

# LA EXTRANJERÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

Por D. JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*

*Área de Derecho Internacional Público*

*Universidad de Extremadura*

## SUMARIO

1. LA EXTRANJERÍA Y LOS OBJETIVOS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA
  - 1.1 **La libre circulación de personas como soporte de la inclusión de normas sobre extranjería**
  - 1.2. **Las bases jurídicas para una política migratoria común**
2. PRINCIPALES DIMENSIONES DE LA REGULACIÓN DE LA EXTRANJERÍA
  - 2.1. **Régimen general de entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros**
  - 2.2. **El derecho de asilo en la Unión Europea**
3. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA EXTRANJERÍA Y LA CIUDADANÍA EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

Entre los elementos más sobresalientes sobre los que ha profundizado la última reforma de los Tratados que conforman la Unión Europea se encuentran algunos aspectos fundamentales relacionados con la libre circulación de personas entre los Estados miembros<sup>1</sup>. Desde un punto de vista normativo se ha operado una auténtica refundación<sup>2</sup> que introduce un nuevo objetivo de la Unión Europea a la vez que comunitariza algunos sectores que hasta entonces estaban sometidos a una cooperación intergubernamental sistematizada. Sobre estas renovadas bases normativas se ha introducido una nueva comprensión de la posición específica que ocupan los extranjeros dentro de la Unión, como se abordará a continuación.

A estos efectos, debe hacerse observar que cuando se trata de abordar el estudio de la extranjería desde la perspectiva de la Unión Europea, sin duda, debe tenerse como elemento referencial básico la existencia de la ciudadanía de la Unión que se atribuye a quienes ostentan la nacionalidad de un Estado miembro. Por esta razón, en la medida en que esta ciudadanía permite superar la concepción general de la extranjería para comprender la relación de los ciudadanos con los Estados miembros de los que no son nacionales<sup>3</sup>, resulta más adecuado reservar el término «extranjero» para referirse a los «no nacionales» de estos Estados<sup>4</sup>. De una forma más precisa, un acercamiento inmediato desde

---

<sup>1</sup> El texto aludido es el Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, celebrado en Amsterdam el día 2 de noviembre de 1997.

<sup>2</sup> Como expresivamente califica esta renovación Valle Gálvez, A., en su estudio «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 2, n.º 3, 1998, págs. 41-78.

<sup>3</sup> Como ha destacado Mangas Martín, A., «La ciudadanía de la Unión elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de «extranjero» referida a un nacional de un Estado miembro» («La ciudadanía de la Unión Europea», en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, pág. 66). Desde una perspectiva positiva, incluso se podría apreciar en esta forma de ciudadanía «un papel análogo al de la nacionalidad en relación con los Estados miembros», como afirma Pérez Vera, E., «La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», *Sistema*, n.º 114/115 (junio 1993), págs. 149-150.

<sup>4</sup> Aunque en un espacio originariamente diferenciado al marco jurídico de la Unión, si bien no es ya ajeno a él, puede resultar ilustrativo destacar que el art. 1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 establece, a los efectos de definir los términos empleados a lo largo de su texto, que se entenderá por extranjero «toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas». Con un contenido similar, véase el apartado 1 del art. 1 del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990. Si bien en estos momentos sólo se pretende precisar la terminología que se empleará a continuación, se puede apreciar ya desde este momento que incluso antes de la entrada en vigor del T.U.E. se encontraba latente esta concepción de una especie de extranjería común.

esta visión determina que sean extranjeros aquellas personas que no son ciudadanos de la Unión<sup>5</sup>.

No obstante, una visión como la expuesta no se contempla con tal nitidez en el plano de las realizaciones jurídicas, donde se puede observar claramente que la convivencia de los conceptos «no ciudadano de la Unión» y «no nacional de un Estado miembro» perviven más allá de la identidad subjetiva general que representan. Con ello no se pretende poner de manifiesto otra cosa que la premisa necesaria para el adecuado encuadre de los problemas que se suscitan en torno a esta materia: la situación jurídica de estos individuos viene singularizada, por la confluencia de un conjunto de normas, de variado alcance, naturaleza y significación, que permiten inducir la existencia de una posición específica caracterizada como una extranjería en la Unión, por contraposición a la representación en positivo que supone la ciudadanía de la Unión<sup>6</sup>. Pero no puede olvidarse que la denominación propuesta sólo se justifica desde la manifiesta funcionalización de las realizaciones habidas sobre esta materia en orden a la consecución de los objetivos esencialmente internos de la propia Unión Europea.

## 1. LA EXTRANJERÍA Y LOS OBJETIVOS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Del mismo modo que la posición jurídica de los nacionales de los Estados miembros ha ido transformándose de forma progresiva hasta su consideración como ciudadanos, la inserción de los nacionales de Estados terceros en el siste-

<sup>5</sup> En la lógica de la extranjería, cuya concreción clásica viene determinada desde las definiciones negativas, los extranjeros en la Unión bien podrían definirse así, parafraseando aquella formulación tradicional según la cual el término extranjero se aplicará «a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre», como se recoge en el art. 1 de la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven* (A.G. Res. 40/144, O.N.U. Doc. A/40/53, 1985). Aunque en lo sucesivo se haga referencia genérica a éstos como nacionales de Estados terceros, debe precisarse que se incluyen dentro esta concepción también los apátridas.

<sup>6</sup> Entre los autores que han abordado en general la situación de los nacionales de Estados terceros dentro de la Comunidad Europea, primero y en la Unión Europea después, pueden destacarse, entre otros, Alexander, W., «Free Movement of Non-EC Nationals. A review of the Case-law of the Court of Justice», en T. M. C. Asser Institut, *Free Movement of Persons in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, págs. 485-496; Escobar Hernández, C., «Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea», en *Extranjería e Inmigración en España y en la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, n.º 3, 1998, págs. 103-126; Hoogenboom, T., «Integrations into Society and Free Movement of Non-EC Nationals», *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992, n.º 2, págs. 36-52; Ortiz-Arce de la Fuente, A., «Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo», en Mariño Menéndez, F., y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996, págs. 155-176; Stangos, P. N., «Les ressortissants d'États tiers au sein de l'ordre juridique communautaire», *Cahiers de Droit Européen*, vol. XXVIII, 1992, n.º 3-4, págs. 306-347; Weiler, J. H. H., «Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of the Non-EC Nationals. A Critique», *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992, n.º 2, págs. 65-91; Evans, A., «Third Country Nationals and the Treaty on European Union», *European Journal of International Law*, vol. 5, 1994, n.º 2, págs. 199-219.

ma jurídico comunitario ha sido objeto de una evolución constatable a lo largo del proceso de integración.

No puede olvidarse que la naturaleza esencialmente económica de los objetivos que presidían las originarias Comunidades Europeas determinaron que el disfrute de las libertades reconocidas a los individuos quedara circunscrita por la posesión de la nacionalidad de algún Estado miembro<sup>7</sup>. Por esta razón, y con un carácter general, los sujetos no vinculados de este modo a la Comunidad permanecieron al margen de este proceso de integración y expuestos a unas políticas estatales descoordinadas y, eventualmente, sometidas a los acuerdos celebrados por los Estados para el reclutamiento de mano de obra exterior<sup>8</sup>.

No obstante, se puede apreciar cómo desde la irrelevancia que en las primeras etapas de la construcción comunitaria presentan las migraciones procedentes de Estados terceros se ha propiciado la generación de un incipiente régimen de extranjería dentro de la Unión<sup>9</sup>. Pero debe tenerse presente en todo caso las limitaciones propias de esta formulación como consecuencia del complejo reparto de competencias entre los estados y la Comunidad Europea.

---

<sup>7</sup> Como se sabe, hasta finales de los años sesenta no se concreta el desarrollo normativo de la libre circulación de trabajadores cuyo contenido básico se plasma en el reconocimiento de unas condiciones de igualdad en las relaciones de trabajo y ventajas sociales para los trabajadores comunitarios, junto a la prioridad comunitaria en el empleo y la supresión del anteriormente necesario permiso de trabajo. Esto tuvo lugar mediante la aprobación del Reglamento 161/68, la Directiva 360/68 y el Reglamento 360/68, que retienen en todo caso el criterio de la nacionalidad frente al silencio de los Tratados respecto al ámbito subjetivo de la libre circulación de trabajadores. Esta situación ha sido criticada por algunos autores por entender que la libre circulación de trabajadores y la libre circulación de servicios podrían haber quedado aseguradas también para los nacionales de terceros Estados, particularmente si hubiera prosperado una interpretación de los arts. 48 y 51 basada en el criterio de la residencia y no de la nacionalidad, al que estos preceptos no acuden expresamente. Entre otros autores, este argumento ha sido puesto de relieve por Plender, R., «An Incipient Form of European Citizenship», en *European Law and the Individual*, Amsterdam-New York-Oxford, 1976, pág. 43.

<sup>8</sup> Excepción hecha, claro está, de las normas de Derecho derivado que atribuían derechos a los nacionales de Estados terceros en virtud del principio de reagrupación familiar, y los derechos reconocidos a los nacionales de los Estados con los que la Comunidad concluyera acuerdos de asociación o de cooperación. Debe recordarse asimismo, como excepción a la afirmación mantenida, que el Reglamento 1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, contempla en su art. 2 la extensión de estos derechos a ciertas categorías de no nacionales de Estados miembros como son los apátridas y los refugiados, quienes disfrutarán también de ciertos beneficios al amparo de la libre circulación de trabajadores (Declaración 64/305/CEE, de 25 de marzo de 1964, J.O.C.E. n.º 78, de 22 de mayo de 1964, pág. 1225).

<sup>9</sup> Sobre este particular, el Grupo de Reflexión constituido antes del inicio de la Conferencia Intergubernamental hizo alusión a un régimen de extranjería dentro del sistema comunitario (puntos 49 y 55 del Informe del Grupo de Reflexión. Secretaría General del Consejo de la Unión Europea. Bruselas, 5 de diciembre de 1995). No obstante, el sentido que podría atribuirse a esta expresión supera su significación jurídica a la luz del grado de realizaciones que se han producido sobre esta materia.

## 1.1 LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO SOPORTE DE LA INCLUSIÓN DE NORMAS SOBRE EXTRANJERÍA

Sin duda alguna, el elemento fundamental para la conexión de los no nacionales de Estados miembros con el espacio de la Unión viene determinado esencialmente por la circulación (no tan libre) de personas, y los derechos que a ella se puedan asociar<sup>10</sup>. Constituyendo la libertad de circulación en el territorio de los Estados miembros un derecho fundamental de los ciudadanos, ya desde las primeras tentativas de institucionalización de una ciudadanía europea se puso de relieve la oportunidad de generar normas que regulasen la extranjería<sup>11</sup>. Con independencia de las limitadas consecuciones obtenidas en estas etapas preliminares, se evidencia ya con claridad el sistema lógico que debe presidir cualquier realización que suponga la abolición de los controles fronterizos internos: si bien los derechos asociados a la libre circulación de personas se circunscriben exclusivamente a los nacionales de los Estados miembros, la incompatibilidad de cualquier modalidad de control en frontera destinado a la verificación de la nacionalidad de las personas con el objetivo propuesto, conlleva inevitablemente que la libre circulación de personas beneficie también a los no nacionales de los Estados comunitarios<sup>12</sup>.

Más avanzado el proceso de integración, esta misma perspectiva es evocada por la Comisión en el célebre *Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior*<sup>13</sup>, su influjo sobre el Acta Única Europea se deja sentir con la introducción en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de un precepto, el art. 8.A, en el

<sup>10</sup> Sobre las relaciones entre la extranjería y la libre circulación de personas en general, véase por todos Jiménez de Parga Maseda, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994, especialmente, págs. 103-163; Lirola Delgado, M. I., *Libre circulación y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, en particular, págs. 228-246.

<sup>11</sup> Recuérdese a estos efectos que la creación de una Unión de Pasaportes propuesta a finales de 1974 debía conducir, en opinión de la Comisión, a la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras y a la armonización de las normas reguladoras de la extranjería extra-comunitaria (vid. «Rapport de la Commission sur la mise en oeuvre du point 10 du Communiqué final du sommet de Paris des 9 et 10 décembre 1974», *Bulletin CE*, Supplément 7/75, pág. 8).

<sup>12</sup> En este orden de ideas, la propia Comisión estimó que esta Unión de Pasaportes serviría asimismo para operar una ampliación del ámbito de aplicación de la libre circulación de personas, y que habría de derivar hacia una armonización de las legislaciones de los Estados miembros aplicables a los nacionales de Estados terceros. Aun cuando no parece acertado adentrarse aquí en su análisis, sí debe aludirse al hecho de que propuestas de estas características apuntan con nitidez a una auténtica integración política; adelantándonos a los problemas que se suscitarán en el futuro, quizás sea ésta la motivación que ha conducido a que se haya recurrido a técnicas normativas extracomunitarias para abordar la regulación de la extranjería, las cuales presentan un carácter instrumental para la realización de los derechos que se les reconoce a los ciudadanos en el marco jurídico comunitario.

<sup>13</sup> COM (85) 310 final, presentado por al Consejo Europeo en junio de 1985. En el punto 55 de este Libro Blanco se proponen medidas concretas para que los nacionales de Estados terceros puedan desplazarse libremente dentro de la Comunidad, para lo cual se exige la coordinación de normas relacionadas con la residencia, entrada y acceso al empleo, medidas en relación con el derecho de asilo, y el desarrollo de una política comunitaria de visados.

que se incluye el objetivo de crear un «espacio sin fronteras interiores»<sup>14</sup>. En esta nueva situación surge de manera inmediata la necesidad de concretar los dominios que se comprenden dentro de este objetivo y, junto a ello, la determinación de los sujetos destinatarios de estas normas. Estas circunstancias se ponen de manifiesto en la medida en que una adecuada realización de este objetivo debe conducir al reconocimiento con carácter general de un derecho a desplazarse libremente entre los Estados miembros para cualquier persona. A ello se añade que su consecución precisa no estar sometido a ningún régimen de formalidades para efectuar el cruce de las fronteras interiores<sup>15</sup>, para lo cual el art. 3.c) instaba la necesidad de acciones en este sentido para la consecución de los fines de la propia Comunidad.

Como puede observarse, más allá de la concreción de los individuos que singularmente poseen un derecho de libre circulación<sup>16</sup>, la conformación de la libre circulación de personas presenta una clara incidencia en la posición de los extranjeros. En esta línea, algunos autores, como Hoogenboom, han realizado una cierta incompatibilidad de la «discriminación» subjetiva existente en relación con la libre circulación de personas con la lógica básica que preside esta materia, lo que ha manifestado en los siguientes términos: «*Continued inequality between EC nationals and non-EC nationals in this matter constitutes a perversion of Community principles and, on a number of points, is contrary to the logic of both the internal market suggested by Article 8.A of the EEC Treaty, and of the principles which underlie the free movement of persons within the Community*»<sup>17</sup>.

Ahora bien, la realidad jurídica que se plasma en el Acta Única Europea presenta ciertas ambigüedades en torno al alcance y al contenido del objetivo de crear un espacio sin fronteras interiores. Sin embargo, el principal problema técnico-jurídico está en las limitaciones del sistema de competencias comunitarias para hacer efectiva una auténtica política migratoria común. A estos efectos, el encuadre de esta materia desborda ampliamente los aspectos comprendidos dentro del ámbito social que se reflejan en el art. 118 del T.C.E.E., lo que no ha impedido, por otra parte, reconocer ciertas competencias de carácter procedimental encomendadas a la Comisión<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Este art. 8.A fue introducido por el art. 13 del Acta Única Europea, pasando a ser el art. 7.A del T.C.E. con la modificación introducida por el T.U.E., siendo actualmente, con la reenumeración operada por el Tratado de Amsterdam el art. 14 del T.C.E.

<sup>15</sup> En este sentido, Lobkowicz, W., «Quelle libre circulation des personnes en 1993?», *Revue du Marché Commun*, n.º 334, 1990, págs. 95 y 96; Peaucelle, C., «L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe: enjeux et perspectives», *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, 1990, pág. 519.

<sup>16</sup> Art. 18 en relación con el art. 17 del T.C.E. (antiguos arts. 8.A y 8), como se sabe, determina que este derecho de los ciudadanos sea reconocido sólo a los nacionales de los Estados miembros.

<sup>17</sup> Hoogenboom, T., «Free Movement and Integration of Non-EC Nationals and the Logic of the Internal Market», en T. M. C. Asser Institut, *Free Movement of Persons in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, pág. 511.

<sup>18</sup> Así lo ha considerado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 9 de julio de 1987, asuntos acumulados 281, 283 a 285 y 287/85, *República Federal de Alemania y otros contra Comisión de las Comu-*

Sentada esta premisa, si consideráramos que el objetivo general de la libre circulación de personas se incluye dentro del sistema comunitario, la posibilidad de adoptar normas básicas sobre extranjería no puede ser otra que el art. 100 del T.C.E.E., precepto que se ha juzgado suficiente para armonizar las normas relativas a la entrada y residencia de los nacionales de Estados terceros<sup>19</sup>. Incluso se podría aventurar que cuando el alcance de las medidas necesarias para hacer efectiva la libre circulación de personas desbordara los límites de esta norma, el art. 235 podría colmar las lagunas e introducir elementos complementarios a las medidas que pudieran adoptarse sobre la base del art. 100<sup>20</sup>.

Ahora bien, cualquier defensa de un procedimiento estrictamente comunitario para la regulación de aspectos referidos a la extranjería debe partir en todo caso de una consideración básica: las competencias comunitarias sólo deberían ser extendidas a aquéllos aspectos fundamentales para la realización de la finalidad perseguida, esto es, la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras comunes de los Estados. En estas condiciones, se hace preciso la fijación de un esquema de limitación funcional de los poderes normativos de la Comunidad para concluir el objetivo de la libre circulación de personas, lo que

---

*nidades Europeas* (Rec. 1987-7, págs. 3203-3258). Este asunto tenía como objeto inmediato la validez de la Decisión 85/381, por la que se establece un procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a Estados terceros (J.O.C.E. n.º L 217, de 14 de agosto de 1985, pág. 25), por la cual se pretendía obligar a los Estados a informar a la Comisión y a los restantes Estados sobre los proyectos de medidas nacionales o de acuerdos que afectasen a los trabajadores de Estados terceros y a los miembros de sus familias, en situación legal o no, en relación con las condiciones de entrada, residencia y empleo, así como las condiciones de vida, trabajo, salarios, integración y retorno voluntario al Estado de origen. Cinco Estados miembros impugnaron esta Decisión, lo que dio lugar a que el Tribunal rechazase «la tesis según la cual la política migratoria seguida en relación con terceros países es totalmente ajena a las materias sociales respecto a las cuales el art. 118 prevé una colaboración entre los Estados miembros» (F.J. 18). Sobre este argumento se justifica la legalidad de la Decisión de la Comisión para adoptar medidas destinadas a la identificación de los problemas y a establecer posibles orientaciones en torno a una futura acción común de los Estados miembros (F.J. 20 a 28). Puede verse un comentario detallado de esta sentencia en Desolre, G., «Compétences en matière de politique migratoire vis-à-vis des États membres», *Cahiers de Droit Européen*, vol. XXVI, 1990, n.º 3-4, págs. 453-464.

<sup>19</sup> En este sentido, Timmermans, C. W. A., «Free Movement of Persons and the Division of Powers between the Community and its Member States», en T. M. C. Asser Institut, *Free Movement of Persons in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, pág. 359. Debe hacerse notar, asimismo, que en este art. 100 se contiene una alusión al «mercado común» y no al «mercado interior», donde se debe realizar la libre circulación de personas definida en el art. 8.A. A este respecto debe señalarse que no se trata de una discordancia efectiva si entendemos que el primero queda subsumido dentro del segundo; esta interpretación se impone si consideramos que en el apartado 2 del art. 100 A se excluye expresamente la libre circulación de personas del procedimiento en él desarrollado para la conclusión de los nuevos objetivos comunitarios.

<sup>20</sup> Como ha destacado Plender, R., «Competence, European Community Law and Nationals of Non-Members States», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, Part 3, págs. 605 y 609. No obstante, también se ha afirmado la validez general del art. 235 del T.C.E.E. para la adopción de normas sobre algunos aspectos propios de la extranjería que de forma global no tuvieran cabida en la realización del mercado interior, como ocurriría con el derecho de asilo. En este sentido, Weckel, P., «La Convention additionnelle à l'accord de Schengen», *Revue Générale de Droit International Public*, 1991/2, pág. 434.

predeterminará que la toma de decisiones quede sometida a la unanimidad de los Estados miembros<sup>21</sup>.

Sin embargo, no parece que las voluntades se muestren acordes para profundizar en esta línea, de modo que las discrepancias existentes entre los Estados ilustran suficientemente sobre las dificultades que conlleva la realización de esta libre circulación de personas dentro del marco jurídico estrictamente comunitario<sup>22</sup>. El celo de los Estados por retener sus competencias, especialmente aquéllas que inciden sobre aspectos nucleares de su soberanía condujo a que los avances futuros sobre esta materia fueran desplazados hacia ámbitos de estricta cooperación<sup>23</sup>. La primera expresión política de esta concepción puede encontrarse en la creación del «Grupo *ad hoc* Inmigración», inicio de la generación de diversos foros sobre el tratamiento de los aspectos relacionados con la libre circulación de personas siguiendo esta técnica<sup>24</sup>. A este respecto debe destacarse la creación en 1989, durante la Presidencia española de la Comunidad, de un

<sup>21</sup> En este sentido, Timmermans, C.W.A., «Free Movement of Persons and the Division of Powers between the Community and its Member States», en T. M. C. Asser Institut, *Free Movement of Persons in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, pág. 361. Como pone de manifiesto este autor, las acciones comunitarias no deben conducir necesariamente a una armonización sustancial del conjunto de normas y políticas nacionales que se aplican en la Comunidad por los Estados miembros; no obstante, esta aseveración no implica necesariamente la existencia de obstáculos para la profundización en otros ámbitos a través de técnicas de cooperación entre las administraciones nacionales.

<sup>22</sup> La diversidad de posicionamientos políticos entre los Estados miembros sobre la generación de un espacio donde sea efectiva la libre circulación de personas se puede constatar incluso en el plano de las realizaciones jurídicas. Así se puso de manifiesto cuando los Gobiernos de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa firmaron en Schengen el 14 de junio de 1985 el *Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, diferenciando de este modo el ritmo de la integración sobre bases convencionales extracomunitarias.

<sup>23</sup> Así, en la *Declaración General sobre los art. 13 a 19 del Acta Única Europea* se señaló que «ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros para adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y antigüedades». Esta posición se reafirma de nuevo en la *Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros* aneja al Acta Final de la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, que hizo constar que «con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular, en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo, cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades». Con esto queda clara la resistencia de los Estados miembros a ver mermadas sustancialmente sus competencias en materia de control sobre los movimientos migratorios extra-comunitarios, debiéndose subrayar en todo caso la desafortunada redacción de esta declaración pues de la lectura conjunta de toda ella se pueden abstraer conclusiones asociativas entre los movimientos migratorios y la delincuencia internacional, materias que, por ser diferentes, no debían haber sido abordadas en tales términos.

<sup>24</sup> Sobre este particular, *vid.* Boixareu Carrera, A., «Los trabajos del grupo de coordinadores para la libre circulación de personas: El «Documento de Palma»», *Gaceta Jurídica de la C.E.*, B-1989, págs. 3-11. Un análisis de estos grupos puede verse en De Zwaan, J. W., «Institutional Problems and Free Movement of Persons. The Legal and Political Framework for Cooperation», en T. M. C. Asser Institut, *Free Movement of Persons in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, págs. 335-351.

«Grupo de coordinadores especiales para la libre circulación de personas» cuyas actividades quedan sometidas a la iniciativa del Consejo de «Asuntos Generales», y en cuyo seno se elaborará el conocido «Documento de Palma», que fue presentado por la Presidencia española al Consejo Europeo de Madrid. De este importante informe puede destacarse la distinción expresa entre la dimensión interna de la libre circulación de personas y su dimensión externa. Esta diferenciación tiene una particular trascendencia como consecuencia de la constatación del hecho de que si la libre circulación de personas tiene como elemento de referencia la supresión de las fronteras interiores de los Estados, de forma inmediata se opera una llamada a la generación de unas fronteras exteriores sometidas a un régimen común. De aquí surge la necesidad de adoptar normas para la armonización de las condiciones de entrada y circulación de nacionales de Estados terceros, así como algunos aspectos materiales propios del derecho de asilo y la condición de refugiado.

En el plano de las realizaciones jurídicas, las más significativas de las habidas en el seno del Grupo *ad hoc* inmigración son particularmente relevantes puesto que van a marcar unas pautas para el futuro de esta materia a través de la concreción de nuevos medios para la integración de la extranjería mediante fórmulas jurídicas peculiares. La labor preparatoria de este Grupo se va a ver plasmada en dos importantes instrumentos que inciden sobre la posición de los extranjeros en el marco de la libre circulación de personas: el «Convenio relativo a la determinación del Estado responsable de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas»<sup>25</sup> y un «Proyecto de Convenio relativo al cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros de las Comunidades»<sup>26</sup>.

Pero junto a estos elementos de progresión colectiva de los Estados miembros, no puede olvidarse que ya un año antes de la firma del A.U.E., Francia, la República Federal de Alemania y los tres Estados que componen la Unión Económica del Benelux concluyeron en la ciudad luxemburguesa de Schengen un Acuerdo cuya finalidad esencial era la supresión progresiva de los controles en

---

<sup>25</sup> Hecho en Dublín el 15 de junio de 1990, y firmado por once Estados miembros, salvo Dinamarca que procedió a su firma el 13 de junio de 1991 (el texto puede encontrarse en el *Boletín CE*, 1990-6, págs. 159-166).

<sup>26</sup> *Convention of the Member States of the European Communities on the Crossing of their External Borders* (Brussels, 24 June 1991, SN 2528/91 WGI822). Sobre esta materia, el documento más avanzado es la «Propuesta de Decisión basada en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se aprueba el Convenio relativo al control de las personas en el cruce de las fronteras exteriores» [COM (93) 684] (D.O.C.E. n.º C 11, de 15 de enero de 1994), en el que se refleja su adaptación al marco cooperativo establecido al respecto por el T.U.E. Como se sabe, una de las causas fundamentales para el estancamiento de este Proyecto se encuentra en la posición mantenida por España, que rechaza la inclusión dentro del ámbito de dicho Convenio el territorio de Gibraltar hasta que no quede resuelto el largo contencioso hispano-británico sobre la soberanía del mismo. Sobre la posición española al respecto, puede verse la explicación dada por el Ministro español de Asuntos Exteriores, Sr. Solana Madariaga, ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados (B.O.C.G., V Leg., Congreso, Comisiones, núm. 173, pág. 5465).

las fronteras comunes entre estos Estados, lo que tiene como objetivo inmediato asegurar la libre circulación de mercancías y personas con independencia de su origen o nacionalidad<sup>27</sup>. Al margen de la incidencia del mismo sobre las personas que ostentan el derecho a circular libremente dentro de la Comunidad, los Acuerdos de Schengen contienen una detallada regulación de la extranjería, comprendiendo elementos fundamentales de la misma como son los aspectos relacionados con el derecho de asilo y la circulación de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas<sup>28</sup>. Como se sabe, han sido muchas las dificultades con que se ha encontrado la aplicación efectiva de estos Acuerdos, pero si alguna virtud debe ser destacada en los mismos, podría subrayarse la trascendencia que ha tenido para el desarrollo futuro de la cooperación intergubernamental entre la generalidad de los Estados comunitarios.

En suma, la evolución reseñada pone de relieve el cúmulo de dificultades técnicas y políticas existentes para la realización de una política migratoria antes de la creación de la Unión Europea. Pero en la misma se observa una opción decidida de los Estados miembros por no proceder a su comunitarización, mostrándose más proclives hacia instrumentos normativos formalmente ajenos al ordenamiento jurídico comunitario. Estas realizaciones anteriores a 1992 denotan con claridad una tensión entre lo comunitario y lo intergubernamental para realización de la libre circulación de persona, lo que va a incidir claramente en la conclusión del Tratado de la Unión. Con independencia de que se produzca una clara decantación hacia estas técnicas de cooperación, su vigencia va a pervivir más allá de los posibles desarrollos que pudieran deducirse de la entrada en vigor del Tratado de la Unión, particularmente porque va a marcarse con claridad cuáles son las pautas básicas para la regulación de estas materias.

## 1.2. LAS BASES JURÍDICAS PARA UNA POLÍTICA MIGRATORIA COMÚN

La simple lectura del Tratado de Maastricht demuestra el triunfo de las posiciones mantenidas por los Estados para avanzar en la definición progresiva de

---

<sup>27</sup> Acuerdo que fue firmado el 14 de junio de 1985, y que ha sido objeto de un desarrollo posterior a través del «Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen» de 19 de junio 1990. Para un análisis general de estos Acuerdos, puede verse, entre otros, Blanc, H., «Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 351, 1991, págs. 722-726; Chocheyras, L., «La Convention d'application de l'Accord de Schengen», *Annuaire Français de Droit International*, 1991, págs. 807-818; Costa-Lascoux, J., «De Schengen à Maastricht: Libertés et contrôles dans l'Europe des Citoyens», en *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec, Paris, 1992, págs. 129-138; Schutte, J. J. E., «Schengen: Its Meaning for the Free Movements of Persons in Europe», *Common Market Law Review*, vol. 28, n.º 3, 1991, págs. 549-570.

<sup>28</sup> Puede destacarse, entre otras medidas contempladas en el Acuerdo de Schengen, la introducción de la coordinación de las políticas nacionales en materia de visados (art. 7), que a largo plazo se convertirán en una armonización de las mismas (art. 20); asimismo se considera un objetivo consecuente con el traslado de los controles fronterizos a las fronteras exteriores la adopción de medidas complementarias para impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas (art. 17).

una política migratoria para la Unión, sin que ello suponga una merma sustancial de las competencias retenidas; pero también se aprecia con nitidez el respeto garantizado por las atribuciones que corresponden a la Comunidad Europea en relación con la libre circulación de personas<sup>29</sup>.

El marco normativo que emerge por el Tratado de la Unión europea introduce significativas modificaciones en la materia que aquí se aborda. Si bien puede apreciarse que el referente natural de estas «novedades» se encuentra precisamente en los antecedentes expuestos, no puede pasarse por alto el hecho de que uno de los elementos más relevantes que se incluyen en el renovado sistema de los Tratados es precisamente que pueda comprenderse con propiedad la existencia de una ciudadanía y de una extranjería en la Unión<sup>30</sup>.

Debe destacarse con carácter previo, y como rasgo positivo del T.U.E., que los indudables claroscuros a los que se veía sometido cualquier intento de delimitación de competencias entre los Estados miembros y las Comunidades Europeas en el marco jurídico anterior parecen haber sido objeto de una cierta ordenación. Sobre este particular, cabe subrayar que, al margen de las consideraciones que suscita la falta de comunitarización de algunos aspectos, se ha operado una conveniente delimitación nítidamente inclinada hacia los niveles de cooperación intergubernamental.

La causa de esta afirmación es la premisa fundamental latente en el T.U.E.: los principales elementos de las políticas de control sobre los movimientos migratorios extracomunitarios son competencia de los Estados miembros<sup>31</sup>. Sentadas estas bases, la concreción de las disposiciones vigentes en la Unión en relación con la política de extranjería se encuadran sistemáticamente entre las destinadas a la regulación de la cooperación en ámbito de la justicia y de los asuntos de interior (Título VI), incluyendo en la misma la implantación de normas especiales para determinar la posición específica de los extranjeros en la Unión. Más

---

<sup>29</sup> Como se puede observar, existe una prevención frente a posibles vulneraciones de la «primacía constitucional» del sistema comunitario que debe quedar en todo caso garantizada. Así aparece expresamente en el art. K.1 del T.U.E., e incluso en los instrumentos vigentes con anterioridad se puede apreciar esta supeditación al respecto por el ordenamiento comunitario, como se pone de manifiesto en el art. 134 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en el que se dispone que el mismo sólo será aplicable en la medida en que no se opongan al ordenamiento comunitario. No existe esta cláusula de supeditación al Derecho comunitario en el Convenio de Dublín, pero se ha previsto en su art. 16, apartado 2, la posibilidad de su revisión o modificación para el supuesto en que la Comunidad Europea introdujese normas específicas sobre el asilo para conseguir los objetivos relacionados con la libre circulación de personas.

<sup>30</sup> Como ha destacado Escobar Hernández, C., «Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea», en *Extranjería e Inmigración en España y en la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, n.º 3, 1998, pág. 107.

<sup>31</sup> No ocurre lo mismo con el régimen fundamental de libre circulación de personas dentro del ámbito comunitario, sobre el cual se puede afirmar una competencia exclusiva de la Comunidad Europea, fundamentalmente desde la consideración de aquélla como derecho subjetivo configurador de la ciudadanía de la Unión.

concretamente, debe subrayarse la trascendencia de su art. K.1, en el que se opera una identificación singular de las materias que han de ser objeto de cooperación. Entre ellas se atribuye una particular relevancia a las que se incluyen ya dentro de los elementos fundamentales que contribuyen a la definición de una auténtica política migratoria de la Unión<sup>32</sup>, lo que ha permitido afirmar la voluntad de profundizar en los distintos sectores que componen esta política común a través de su regulación concreta<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> En concreto, en este precepto se dispone lo siguiente:

«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:

1. La política de asilo;
2. Las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y de la práctica de los controles sobre esas personas.
3. La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de:
  - a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados;
  - b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar;
  - c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros (...).

Nótese la gran semejanza entre el primer párrafo de este art. K.1, y la *Declaración General sobre los arts. 13 a 19 del Acta Única Europea*, así como con la *Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros* aneja al Acta Final de la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (*cit. supra*). No obstante, en línea con lo ya manifestado, el T.U.E. asienta unas bases normativas a este respecto que elevan ya los planteamientos políticos propios de las Declaraciones anejas al A.U.E. a la categoría de «normas constitucionales» de la Unión.

<sup>33</sup> Concretamente, se puede hacer notar que mediante la Resolución del Consejo de 14 de octubre de 1996 sobre el establecimiento de prioridades de la cooperación en materia de Justicia y Asuntos de interior para el período que va del 1 de julio de 1996 al 30 de junio de 1998 (D.O.C.E. n.º C 319, de 26 de octubre de 1996) se da una particular importancia a la cooperación en materia de inmigración y asilo, así como al refuerzo de los controles de personas en las fronteras exteriores. Una ligera aproximación a la complejidad de la definición de estas medidas que afectan a los nacionales de Estados terceros se entiende por la simple enumeración de las propuestas allí contenidas. Así, en relación con la mejora de la cooperación en materia de inmigración y asilo se contemplan las siguientes: a) aplicación del Convenio de Dublín; b) aproximación de los procedimientos nacionales de concesión del derecho de asilo; c) aproximación de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; d) elaboración del sistema Eurodac (convenio y especificaciones técnicas); e) examen de la situación jurídica de los nacionales de terceros países con residencia legal en el territorio de los Estados miembros; f) estudio de los problemas relativos a la protección temporal y al reparto de cargas; g) estudio de las formas de protección subsidiaria (protección de hecho y permiso de residencia humanitario); h) refuerzo de las medidas de lucha contra el empleo y la inmigración ilegales, y en especial contra las redes organizadas de inmigración clandestina; i) mejora de la cooperación con los países de origen; j) mejora de la cooperación en materia de expulsión de inmigrantes ilegales; problemas de readmisión; k) documentos falsos: elaboración de un sistema armonizado de archivo y transmisión de imágenes; cooperación práctica; l) estudio de los problemas relativos a la reagrupación familiar. (apartado 4 de la Resolución). Respecto al control de personas en las fronteras interiores se enumeran estas otras: a) proyecto de convenio relativo al cruce de fronteras exteriores y medidas de aplicación; b) proyecto de convenio relativo al sistema de información europeo; c) refuerzo de la cooperación práctica entre las autoridades de control en las fronteras exteriores; d) visados: reconocimiento mutuo de los visados; manual y otras medidas de aplicación; actualización de las reglamentaciones al respecto (apartado 5 de la Resolución).

Además de las normas comunitarias que progresivamente han ido generando posiciones de privilegio para determinadas categorías de extranjeros, las atribuciones de la Comunidad en materia de extranjería se han visto respaldadas por la inclusión en el T.C.E. de un nuevo precepto, el art. 100.C, en el que se dispone de manera expresa una competencia comunitaria en relación con los visados. La ubicación sistemática de este precepto dentro del Capítulo 3 del Título V del T.C.E. («Aproximación de legislaciones») otorga a esta materia una especialidad en relación con las medidas para la conclusión del mercado interior<sup>34</sup>, consecuente en la lógica de las tensiones entre las fórmulas antedichas para la realización de la libre circulación de personas. Se ha alcanzado de este modo un cierto compromiso entre las necesidades que se derivan de los objetivos de la integración y los posicionamientos estatalizadores a través del Título VI, lo que permite articular las realizaciones anteriores alcanzadas a nivel intergubernamental, posibilitando a la par un mayor grado de regulación desde el nivel comunitario<sup>35</sup>.

No obstante, la situación descrita resulta compleja para la determinación final de la posición de los nacionales de Estados no miembros en la medida en que sobre ésta recae un conglomerado de normas de dispar origen, comunitario o intergubernamental, al que han de sumarse las realizaciones habidas con anterioridad al T.U.E., cuya validez dentro del mismo queda asegurada a través del art. K.7<sup>36</sup>. Pero esta delimitación de competencias, por otra parte, no está destinada a su estabilización dentro de los distintos sectores de cooperación intergubernamental; la razón de ser de esta afirmación se encuentra en la posibilidad contemplada de someter al régimen jurídico comunitario la realización de ciertos aspectos de las políticas migratorias reservados a las acciones cooperativas entre los Estados, como se dispone en el art. K.9 en relación con el art. 100.C, apartado 6<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido, el art. 3.d) señala entre las acciones para la consecución de los fines de la Comunidad la necesidad de adoptar medidas relativas a la entrada y circulación de las personas en el mercado interior, de conformidad con el art. 100.C, lo que lo separa del art. 3.c) donde se define el mercado interior a través de la supresión entre los Estados de los obstáculos a la libre circulación de personas.

<sup>35</sup> Como ha destacado Ortiz-Arce de la Fuente, A., *op. cit.*, pág. 173.

<sup>36</sup> En este precepto se establece que «Las disposiciones del presente Título no serán óbice para la institución o el desarrollo de una cooperación más estrecha entre dos o más Estados miembros, en la medida en que dicha cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el presente Título». Con ello se está amparando aquellas realizaciones particulares entre los Estados miembros que, sin oponerse al Derecho de la Unión, profundicen en aspectos de integración más avanzados que los desarrollos habidos en éste, como es el caso particular del sistema convencional de Schengen o la Convención de 11 de abril de 1960, por la que se establece la abolición de los controles fronterizos internos y se fija una frontera externa común para todos los Estados del Benelux. Una situación distinta es la existente en relación con la Unión Escandinava de Pasaportes, en la que participan Estados no miembros de la Unión Europea como son Islandia y Noruega; esta situación ha tenido su incidencia sobre las normas encuadradas en el Acuerdo de Schengen, lo que ha propiciado la asociación de estos dos Estados a su aplicación desde el 19 de diciembre de 1996.

<sup>37</sup> Incluso en ciertos sectores de la cooperación intergubernamental se mostró un particular interés por comunitarizar algunos aspectos susceptibles de armonización, como se muestra en el apar-

La valoración que merece esta «pasarela» no puede menos que ser positiva<sup>38</sup>, pero en todo caso parece alejada de la fórmula que más satisfactoriamente hubiera permitido la realización de una política migratoria realmente común a través de su comunitarización genérica<sup>39</sup>, lo que no es más que una consecuencia de la concepción de las relaciones entre la Unión y los nacionales de Estados terceros sobre la base de la libre circulación de personas.

A este planteamiento responde la trascendental modificación que sobre esta materia se contiene en el Tratado de Amsterdam, en el que se introduce un tratamiento amplio de la política migratoria. Esta profundización debe ser comprendida con la introducción de un nuevo concepto entre los objetivos de la Unión: la creación de «un espacio de libertad, seguridad y justicia» en el que quede asegurada «*la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración...*»<sup>40</sup>.

Sobre este presupuesto general se produce la inclusión de esta materia dentro del sistema jurídico comunitario<sup>41</sup>, traspasándose así las férreas trabas que se deducían de una compleja delimitación de competencias como la contenida en el Tratado de Maastricht, y procediendo a definir ya resueltamente dentro del marco normativo de la Comunidad Europea los elementos medulares de una auténtica política migratoria para la Unión. La concreción de los aspectos materiales que incluyen estas nuevas competencias comunitarias tiene lugar identificando, junto al tránsito a través de las fronteras existentes entre los Estados miembros, el cruce de fronteras exteriores y la política de visados (art. 62). A ellos se añaden a través del nuevo art. 63 la política de asilo, las medidas que se adoptarán respecto de los refugiados y personas desplazadas, la política de inmigra-

---

tado 2 de la Declaración relativa al asilo anexa al T.U.E. Esta voluntad originaria, sin embargo, ha encontrado fuertes problemas de carácter político para su realización, como se pone de manifiesto en la *Conclusiones del Consejo, de 20 de junio de 1994, sobre la posibilidad de aplicación del art. K.9 del T.U.E. a la política de asilo* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996), en la que se decide posponer la decisión de utilizar este mecanismo a pesar de que la Comisión había destacado las ventajas que se deducirían de ello.

<sup>38</sup> Especialmente si observamos que las pretensiones de este precepto son expandir las potestades de la Comunidad Europea, impidiendo la restricción de las competencias comunitarias sobre sectores comprendidos en su Tratado constitutivo, como ha destacado Müller-Graff, P.C., «The Legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty», *Common Market Law Review*, vol. 31, n.º 3, 1994, pág. 505.

<sup>39</sup> Como pusiera de manifiesto O'Keeffe, D., «The Emergence of a European Immigration Policy», *European Law Review*, 1995, vol. 20, n.º 1, págs. 20-36.

<sup>40</sup> Como dispone el renovado art. 2 del T.U.E. (antiguo art. B).

<sup>41</sup> Especialmente relevante a estos efectos resulta el nuevo art. 61 del T.C.E. (antiguo art. 73.I), en el que se establece que «a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará:

- a) (...) medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el art. 14 [antiguo art. 7.A], conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración (...);
- b) otras medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países (...).

ción y, finalmente, la regulación de los derechos y las condiciones en que los nacionales de Estados terceros residentes legalmente dentro de un Estado miembro podrán residir en otros Estados miembros.

El alcance de este nuevo Título IV del T.C.E. presenta una comprensión más amplia que la estricta circulación de nacionales de Estados terceros dentro de la Comunidad, de modo que su trascendencia real debe ser valorada desde una redefinición del concepto general de libre circulación de personas. Así ha sido puesto de relieve por Valle Gálvez cuando ha puesto de manifiesto que «*la definición de mercado interior del art. 7.A (actual art. 14) en lo atinente a las personas adquiere el importantísimo matiz de que el espacio sin fronteras interiores excluye cualquier control en frontera, comprendido el de la verificación de nacionalidad de la persona, y ello con rango de Derecho originario*»<sup>42</sup>.

En todo caso, se puede apreciar que ciertos sectores encuadrados anteriormente en la cooperación intergubernamental, concretamente en la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior, pasan al pilar comunitario<sup>43</sup>. Pero no es menos destacable el hecho de que aquella cooperación especializada que emprendieron algunos Estados para crear un espacio más integrado sobre la base de la profundización en la libre circulación de personas, y que se inició con el denominado Acuerdo de Schengen, ha encontrado por fin su acomodo dentro del marco básico de la construcción europea del que no debió haber salido. El Tratado de Amsterdam, a través del Protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea<sup>44</sup> permite conectar formalmente a la Unión el conjunto de normas que nacieron bajo el signo de la diferenciación en los ritmos de la integración. Cierto es que el carácter fragmentario de este «acervo Schengen» sigue estando presente<sup>45</sup>, sin embargo, encuentra ya sus cauces propios dentro de la Unión, desapareciendo así el último instrumento de realización del objetivo de creación de un espacio para la libre circulación de personas que no había sido absorbido por el sistema jurídico de la Unión Europea.

<sup>42</sup> Valle Gálvez, A., *loc. cit.*, vol. 2, n.º 3, 1998, pág. 53.

<sup>43</sup> Como se sabe, el renovado Título VI del T.U.E. modifica ampliamente su contenido para contener las «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal» (arts. 29 a 42 del T.U.E.).

<sup>44</sup> Protocolo que se incorpora tanto al Tratado de la Unión como al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este acervo Schengen se define en el anexo al Protocolo, comprendiendo el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 y los distintos Protocolos y acuerdos de adhesión de Italia, España, Portugal, Grecia, Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia, a los que se añaden las distintas decisiones y declaraciones adoptadas por el Comité ejecutivo creado por el Convenio de aplicación de 1990, así como los actos adoptados para su aplicación por instancias a las que este Comité haya atribuido competencias decisorias.

<sup>45</sup> Así lo reconoce el propio art. 1 del mencionado Protocolo, en el que se determinan los Estados que participarán dentro del mismo, y en el que se vuelve a dejar sentir la ausencia de Gran Bretaña y de Irlanda, Estados a los que, sin embargo, se les autoriza a solicitar su incorporación al mismo (art. 4). Junto a los Estados que forman la Unión, se asocian a la ejecución de este acervo y asu desarrollo futuro a Islandia y Noruega, como dispone el art. 6 del Protocolo. Como se sabe, estos

Con estas nuevas bases normativas se produce el ensamblaje de todos los componentes del régimen de extranjería dentro de la Unión; pero del renaciente sistema de competencias comunitarias sobre elementos centrales de la política migratoria no debe deducirse que ésta comporte una atribución en exclusiva a la Comunidad de competencias sobre la materia. Se trata esencialmente de introducir en el marco básico de la integración las normas elementales sobre la materia sin alterar por ello las potestades de los Estados sobre el mantenimiento de su seguridad interior y del orden público<sup>46</sup>. Esta limitación de las atribuciones a la Comunidad se traduce expresamente en su señalamiento para impedir que el Tribunal pueda conocer de las medidas o decisiones que incidan sobre estos aspectos y que hubieren sido adoptadas sobre la base del punto 1 del art. 62<sup>47</sup>.

Ahora bien, cuando aparece ya con cierta nitidez la formulación de una auténtica política migratoria sobre las bases comunitarias, se observa que la misma aún se encuentra plagada de cautelas e incluso ciertas incertidumbres como la propia circulación de personas dentro del espacio de la Unión. Pero quizás éstas puedan considerarse ya superadas a la vista de las Conclusiones a las que se llegó en la sesión especial del Consejo Europeo en Tampere<sup>48</sup>, donde se abordó particularmente la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Al hilo de la reafirmación del enraizamiento de la construcción europea con la libertad, los derechos humanos y el Estado de derecho, en relación con la materia que nos ocupa se ha afirmado expresamente lo siguiente: *«Esta libertad no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión.*

---

Estados participaban en la aplicación de los Acuerdos de Schengen con anterioridad al Tratado de Amsterdam; las nuevas circunstancias creadas por éste han sido recogidas en un Acuerdo de 18 de mayo celebrado entre Islandia, Noruega y la Unión Europea (D.O.C.E. n.º L 176, de 10 de julio de 1999). Los actos de desarrollo de nuevos instrumentos jurídicos considerados como «acervo Schengen» son adoptados solamente por los Estados de la Unión, pero estos dos Estados participan en su aplicación. En virtud de este Acuerdo se ha creado un Comité mixto fuera del sistema de la Unión y se han establecido algunos procedimientos para la notificación y la aceptación de las futuras medidas y actos (el reglamento interno de este Comité fue adoptado el 29 de junio de 1999, y se encuentra publicado en el D.O.C.E. n.º L 211, de 23 de julio de 1999).

<sup>46</sup> Como reconoce el art. 64.1 del T.C.E. (antiguo art. 73.L). Ciertamente debe reconocerse que el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior de los Estados ha constituido tradicionalmente un núcleo competencial irreductible a lo largo de todo el proceso de creación de una política migratoria común. Así, puede recordarse que el art. K.2 del Tratado de Maastricht tenía por objeto preservar este ámbito material, reducto básico de sus soberanías, tanto frente a eventuales intentos de «invasión» sobre los mismos desde este sector de la cooperación intergubernamental, como frente a las potencialidades expansivas de las competencias comunitarias que pudieran afectar a estos extremos (art. 100.C, apartado 5 del T.C.E.). Todo ello permite abundar en la constatación del celo de los Estados miembros por continuar controlando los elementos fundamentales de su seguridad interior, como ya se pusiera de manifiesto anteriormente en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en cuyo art. 5 se prevé como condicionante a la admisión de extranjeros, que éstos no supongan un peligro *«para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes»*.

<sup>47</sup> Como se dispone en el apartado 2 del art. 68 del T.C.E.

<sup>48</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999 (SN 200/99).

*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.»*

Puede entenderse con estos términos que existe un cambio de sensibilidad sobre las materias relacionadas con el hecho migratorio, e incluso que la voluntad expresada en esta ciudad finlandesa será objeto de plasmación adecuada en las realizaciones normativas que se deducirán en el futuro; no obstante, hasta que ésta llegue, debe destacarse la existencia actual de ciertas realizaciones importantes que serán expuestas a continuación.

## 2. PRINCIPALES DIMENSIONES DE LA REGULACIÓN DE LA EXTRANJERÍA

Una de las primeras consideraciones que debe hacerse en torno al estudio de la extranjería en la Unión se encuentra en la especial dificultad existente en torno a la concreción normativa de las consecuencias alcanzadas al respecto. Esta circunstancia es particularmente destacable en relación con las condiciones de entrada y circulación en el conjunto de los Estados miembros, materia en la que se hace notar la existencia de un conjunto normativo de dispar origen y alcance. Sin embargo, esta situación podrá ser superada en el futuro como consecuencia de las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam, que permitirán por fin aglutinarlas a través del nuevo Título IV del T.C.E. bajo la denominación de «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas».

No obstante, hasta que se pueda concluir la realización completa de los objetivos en que se inscribe esta nueva situación en el contexto normativo comunitario, se puede intuir ya con cierta nitidez cómo los instrumentos utilizados anteriormente han supuesto una cierta convergencia material, fundamentalmente en relación con lo que se conoce como *acervo Schengen* y el desarrollo de antiguo Título VI del T.U.E. Esta circunstancia se deduce claramente, como se ha apuntado, de la sobredimensión de la libre circulación de personas entre los Estados miembros hacia la generación de unas fronteras exteriores que deben partir, en todo caso y con carácter general, de la necesidad de homogeneizar el régimen de entrada en sus territorios como paso previo a la regulación de algunos aspectos básicos de la residencia de los nacionales de Estados terceros en un espacio común.

Una visión amplia de la extranjería en la Unión ha conducido, asimismo, a establecer las bases para que el derecho de asilo reconocido a los extranjeros sea abordado desde la misma lógica integradora, materia que se ha visto particularmente enriquecida desde el punto de vista sustantivo con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.

Pero quizás uno de los aspectos más desarrollados dentro de la Comunidad Europea es la creación de posiciones especiales que se identifican como «privilegiadas»<sup>49</sup>, materia que ha sido ampliamente analizada por la doctrina y la jurisprudencia comunitaria y sobre la que no inciden de modo específico las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam. Sobre este particular, baste señalar que quedan comprendidos dentro de esta calificación los nacionales de Estados terceros que disfrutarán de ciertos derechos asociados a los derechos de los ciudadanos de la Unión a los que les unen vínculos familiares, especialmente los referidos a la libre circulación de personas<sup>50</sup>. Asimismo, debe mencionarse la existencia de posiciones de privilegio derivadas de la realización de una política exterior comunitaria que ha conducido a la celebración de Acuerdos con Estados terceros, en virtud de los cuales se extienden ciertos beneficios a sus nacionales, si bien se puede apreciar distinta intensidad entre ellos<sup>51</sup>.

## 2.1. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA Y RESIDENCIA EN EL TERRITORIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Como ya se apuntó anteriormente, la posibilidad de reconocer derechos relacionados con la entrada y circulación de los nacionales de Estados terceros en un espacio sin fronteras interiores evoca de manera inmediata la generación de unas fronteras exteriores comunes al territorio de los Estados miembros<sup>52</sup>. No obstante, debe destacarse con carácter previo que los controles en estas fronteras exteriores serán ejercidos por las autoridades nacionales competentes y de conformidad con el Derecho interno del Estado que ejerza el control, lo que será realizado de conformidad con los principios uniformes que se recogen en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Como ha puesto de relieve Cerexhe, E., *Le droit européen. La libre circulation des personnes et des entreprises*, Nauwelaerts, Bruxelles, 1982, págs. 45-48.

<sup>50</sup> Así, en las normas de derivado en las que se regula la libre circulación de personas, sea con carácter específico sea con carácter general, puede encontrarse este derecho. Véase especialmente, art. 10 del Reglamento 1612/68; arts. 1, 2, 3 y 4 de la Directiva 68/360, arts. 1, 2, 3 y 4 de la Directiva 73/148; arts. 1 y 2 de las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96. Sobre el sentido amplio otorgado por la jurisprudencia a las concepciones familiares véase asimismo la Sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83, *Diatta*, Rec. 1985-2, págs. 567-591 y la Sentencia de 17 de abril de 1986, asunto 59/83, *Reed*, Rec. 1985-4, págs. 1283-1305).

<sup>51</sup> Para un análisis detallado de estos Acuerdos y los derechos que se reconocen a estas categorías de nacionales de Estados terceros véase por todos Lanfranchi, M.P., *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté européenne*, Economica, Paris, 1994, en especial el Capítulo II de la Primera Parte.

<sup>52</sup> Estas fronteras exteriores son delimitadas en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen con un sentido negativo, esto es, por exclusión respecto de la definición dada a las fronteras interiores (art. 1); por su parte, el Proyecto de Convenio relativo al control de las personas en el cruce de las fronteras exteriores, en su art. 1. apartado 1, letra h) también se definen estas fronteras del mismo modo.

<sup>53</sup> Como dispone el art. 6 del citado Convenio. A este respecto, debe destacarse que entre las prioridades adoptadas por la citada *Resolución del Consejo de 14 de octubre de 1996 sobre el establecimiento de prioridades de la cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior* (D.O.C.E. n.º C 319, de 26

Sobre esta consideración de unas fronteras exteriores de la Unión, resulta consecuente que aparezcan configuradas como puntos de entrada al conjunto de los Estados miembros<sup>54</sup>, en los que los nacionales de Estados terceros han de ser objeto de un control particular diferente a los nacionales de Estados miembros<sup>55</sup>. Sin embargo, la evitación de interferencias entre el ordenamiento comunitario y las normas emanadas de la cooperación intergubernamental en materia de control de extranjeros no debe conducir a excesos en los que se pueda estar obstaculizando los derechos que el sistema comunitario atribuye a ciertas categorías de extranjeros, salvo en aquellas situaciones en las que se exija la posesión de un visado de entrada.

En estas condiciones descritas, resulta lógica la uniformación de los requisitos documentales para la verificación de la entrada en el territorio de los Estados miembros lo que exige, en primer lugar, una aproximación común a los visados que permitan autorizar la entrada y la residencia, siquiera temporal, tanto en el Estado que lo otorga como en el resto de los Estados miembros. Se trata de una materia sobre la que se ha contado con un importante ensayo dentro del «espacio Schengen» a través del establecimiento de una lista común de Estados cuyos nacionales estarán sometidos al régimen de visados, pero que desde la creación de la Unión Europea queda comprendida dentro de las competencias comunitarias<sup>56</sup>. A este respecto puede considerarse que la introducción del art. 62 del T.C.E. a través del Tratado de Amsterdam ha delimitado con una mayor precisión sus perfiles básicos, consolidando la práctica que hasta el momento se ha llevado a efecto. Desde esta perspectiva, el citado precepto en su apartado 2 determina la aplicación de sus normas para los visados cuya duración no sea superior a tres meses, concretando que la regulación comunitaria

---

de octubre de 1996), en su apartado 5 se introduce el reforzamiento de la cooperación práctica entre las autoridades estatales competentes, así como otras medidas de aplicación en relación con el refuerzo de los controles de personas en las fronteras exteriores.

<sup>54</sup> Al respecto, el art. 3.1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el art. 2.1 del Proyecto de Convenio relativo al control de las personas en el cruce de las fronteras exteriores prevén que el cruce de las fronteras sea realizado por los puntos autorizados al efecto en el horario que se establezca, pudiéndose establecer un régimen de sanciones para los individuos que contravengan estas normas, si bien, como consecuencia lógica de que el control es realizado por los propios Estados miembros, puede establecerse lo contrario.

<sup>55</sup> En concreto, según el art. 6.2 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el art. 5.1 y 7 del Proyecto de Convenio relativo al control de las personas en el cruce de las fronteras exteriores exigen la comprobación detallada de los documentos de viaje junto a las condiciones de entrada, residencia, de trabajo y de salida, así como la investigación y la prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de los Estados miembros.

<sup>56</sup> Como es bien sabido, la introducción de una política común respecto de los visados aparece enmarcada dentro del sistema comunitario como establece el art. 100.C del T.C.E. No obstante, ya existía una importante regulación entre los Estados que formaban el espacio Schengen contenida en el Capítulo III del Título II del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (arts. 9 a 18). Para un análisis detallado de las condiciones de ejercicio de esta competencia comunitaria y su trascendencia sobre la política migratoria de la Unión, *vid.* Hailbronner, K., «Visa Regulations and Third-Country Nationals in EC Law», *Common Market Law Review*, vol. 31, n.º 5, 1994, págs. 969-995.

comprenderá la lista de países nacionales deberán proveerse de un visado para cruzar las fronteras exteriores<sup>57</sup>, los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados, el establecimiento de un modelo uniforme de visado, así como la fijación de normas para un visado uniforme<sup>58</sup>; todo ello no impide, por otra parte, que la política migratoria comunitaria pueda llegar a extenderse también a los visados de larga duración [art. 63, apartado 2).a)].

Sin embargo, las consecuciones alcanzadas en relación con los visados presentan una dimensión verdaderamente más extensa porque necesita avanzar hacia reglas con un alcance más amplio, en las que si bien se aprecian elementos esencialmente formales<sup>59</sup>, tienen como destino último fijar las bases para la construcción de una auténtica política migratoria común.

El establecimiento de condiciones homogéneas para la entrada en el territorio de los Estados de la Unión a través de las normas sobre el visado tiene como objetivo reconocer situaciones propias de los extranjeros en un espacio donde los controles en las fronteras interiores se encuentran suavizados. Esto se encuadra ya en el objetivo de establecer «*las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un*

<sup>57</sup> Ya con anterioridad al Tratado de Amsterdam, este aspecto aparecía regulado mediante el *Reglamento n.º 2317/95, de 25 de septiembre de 1995, por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores* (D.O.C.E. n.º L 234, de 3 de octubre de 1995). Para un análisis más detallado de este Reglamento y las vicisitudes a las que se vio sometida su adopción, así como una cierta crítica sobre el limitado alcance de la norma para favorecer la libertad de circulación dentro de la Comunidad, véase Peers, S., «The Visa Regulation: Free Movement Blocked Indefinitely», *European Law Review*, 1996, vol. 21, n.º 2, págs. 150-155. Asimismo, debe apuntarse que este Reglamento ha sido sustituido por el *Reglamento n.º 574/1999, de 12 de marzo de 1999* (D.O.C.E. n.º L 72, de 18 de marzo de 1999). Tanto el Reglamento de 1995 como el de 1999 contienen sendos anexos en los que se detalla una lista de Estados cuyos nacionales deben proveerse de visado para entrar en la Unión.

<sup>58</sup> Véase el *Reglamento n.º 1683/95, del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado* (D.O.C.E. n.º L 164, de 14 de julio de 1995). En relación con este modelo uniforme de visado, debe precisarse que el art. 5 del Reglamento que lo regula dispone que «*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 o de varios Estados miembros».*

<sup>59</sup> No puede olvidarse que uno de los aspectos en los que se ha avanzado es el de la coordinación de las autoridades encargadas de la expedición de los visados, pudiéndose encontrar ya distintos actos en los que se pretende concretar. A este respecto pueden destacarse la *Recomendación del Consejo, de 4 de marzo de 1996, relativa a la cooperación consular en materia de visados* (D.O.C.E. n.º C 80, de 18 de marzo de 1996); el *Texto adoptado por el Consejo el 20 de junio de 1994, sobre «Cónsules honorarios ya facultados para expedir visados que podrán, con carácter transitorio expedir visados uniformes* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996); la *Posición común, de 25 de octubre de 1996, definida por el Consejo sobre la base de la letra a) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las misiones de asistencia y de información efectuadas con anterioridad al cruce de la frontera* (D.O.C.E. n.º L 281, de 31 de octubre de 1996).

*período no superior a tres meses»*<sup>60</sup>. Para su realización, debe señalarse que uno de los elementos formales ya establecidos es la uniformación de los permisos de residencia de los extranjeros, de gran importancia para facilitar la circulación de los mismos en el interior de los Estados miembros<sup>61</sup>.

Ahora bien, sentadas estas bases para la conformación de una auténtica política migratoria común, no debe dejar de hacerse notar la presencia dentro de la misma de elementos claramente restrictivos. Éstos empiezan poniéndose de manifiesto a través de la definición de una amplia lista de Estados cuyos nacionales habrán de proveerse del correspondiente visado para entrar en cualquier Estado de la Unión<sup>62</sup>, a lo que habrá de sumarse el requisito singular de no encontrarse el extranjero inscrito en la lista de «no admisibles»<sup>63</sup>.

Pero las limitaciones más severas a la presencia de los extranjeros dentro de la Unión quizás puedan ser encontradas en la negativa de los Estados a conceder permisos de residencia a quienes pretenden realizar alguna actividad económica dentro de los mismos, fundamentalmente si ésta presenta una naturaleza laboral<sup>64</sup>, mostrándose una «generosidad» relativa mayor cuando las

<sup>60</sup> Como dispone el apartado 3 del art. 62 del T.C.E. Apréciase que tanto en este precepto como en algunas de las normas anteriormente señaladas se introduce una limitación temporal de tres meses, lo que responde al hecho de no querer condicionar con plazos más amplios las políticas que puedan llevar a cabo los Estados sobre el establecimiento de los extranjeros.

<sup>61</sup> Sobre este particular, una de las medidas adoptadas para su consecución es la *Acción Común 97/11/JAI, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión europea, sobre el modelo uniforme de permisos de residencia*, que fue aprobada por el Consejo el 16 de diciembre de 1996 (D.O.C.E. n.º L 7, de 10 de enero de 1997).

<sup>62</sup> Concretamente, en el Reglamento n.º 574/1999 la cifra de Estados a cuyos nacionales se les exigirá visado asciende a más de cien.

<sup>63</sup> Condición que se establece en el art. 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, lo que presupone que el mismo se encuentra inscrito en el Sistema de Información de Schengen en las condiciones establecidas en el art. 96. En todo caso, estas condiciones no impiden que se exijan los requisitos documentales previstos en el citado art. 5, o que pueda considerarse que la presencia del extranjero suponga un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de los Estados parte en el Convenio.

<sup>64</sup> Así se reconoce abiertamente en la *Resolución del Consejo de 20 de junio de 1994 sobre las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996), donde se explicita entre los criterios generales contenidos en la misma que «Los Estados miembros denegarán a los nacionales de terceros países la entrada en sus territorios con fines laborales» (apartado C.i). Este criterio se encuentra fundamentado en el interés político por fomentar la prioridad comunitaria en el empleo, lo que justifica que las excepciones a este criterio general queden referidas fundamentalmente a la autorización de la entrada en los casos en que las demandas laborales no puedan quedar cubiertas con trabajadores nacionales o comunitarios o con extranjeros que ya residan legalmente dentro de los Estados miembros.

En relación con los trabajadores por cuenta propia, la *Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994 sobre la limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad profesional por cuenta propia* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996) sienta como principio general que sólo se autorizará la estancia de los socios que participen activamente en la realización de los objetivos de la sociedad y en su gestión, y cuya presencia sea necesaria, reservándose los Estados el derecho a no admitirlos si los socios no cuentan con una mayoría o una parte sustancial en las acciones de la empresa (apartado C, punto 1, c).

motivaciones de la residencia dentro de la Unión son distintas<sup>65</sup>. Ahora bien, en torno a este propósito de introducir limitaciones a la admisión de nacionales de Estados terceros debe hacerse notar el hecho de que quizás deba ser objeto de una reconsideración en un futuro no muy lejano a la vista de la delicada situación demográfica que presentan los Estados europeos en general, más perceptible en determinadas regiones que presenta severos problemas de despoblamiento<sup>66</sup>.

Finalmente, la progresiva asunción por parte de la Unión de un papel definitorio de una política migratoria común ha propiciado la inclusión dentro de la misma de un interés creciente por la lucha contra la inmigración y el empleo ilegales<sup>67</sup>. Esto ha permitido introducir ciertas acciones sobre materias que tradicionalmente han estado reservadas a la decisión de los Estados miembros y que presentan una gran complejidad como es el caso de la adopción de medidas de expulsión de los extranjeros. Las bases normativas deben ser encontradas ya en el art. 63, apartado 3).b) donde, junto a la habilitación de los medios para

---

<sup>65</sup> Así puede apreciarse en la *Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994 relativa a la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996). El tránsito de los estudiantes procedentes de Estados terceros por el territorio de los Estados miembros se encuentra completado asimismo por la *Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 1994, sobre una acción común adoptada por el Consejo en virtud de la letra b) del punto 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a las facilidades de desplazamiento para los escolares de terceros países que residan en un Estado miembro* (94/795/JAI) (D.O.C.E. n.º L 327, de 19 de diciembre de 1994). En esta Decisión se contempla la no exigencia de visado para los escolares cuando realicen una breve estancia en otro Estado miembro en el que no son residentes o se encuentren en tránsito, para lo que habrán de reunirse una serie de condicionantes establecidos en el art. 1 y 2 de la misma. Asimismo, se prevé la readmisión de estos escolares que sean residentes en un Estado miembro y que hayan sido admitidos en otro Estado miembro de acuerdo con esta acción conjunta (art. 3).

<sup>66</sup> Esta situación ha sido abordada en el *Informe de la Comisión sobre la situación demográfica de la Unión Europea (1995)* [COM (96) 60], donde se pone de relieve las importantes consecuencias que la baja tasa de fertilidad y la emigración presentan sobre algunos aspectos como el empleo, el crecimiento económico, el medio ambiente y la salud pública. Asimismo, la Comisión manifiesta la posibilidad de completar los grupos de población activa a través de la admisión de inmigrantes, si bien la previsible ampliación de la Unión Europea podría variar algunos parámetros de este análisis.

<sup>67</sup> Uno de los documentos donde se puede encontrar con mayor amplitud el sentido que se pretende imprimir a estas acciones se encuentra en la *Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin* (D.O.C.E. n.º C.5, de 10 de enero de 1996). En ella se proponen determinadas medidas que sólo serán aplicables a los nacionales de Estados terceros, excluidos los que forman parte del Espacio Económico Europeo. Con estas medidas se trata de fomentar el control de legalidad de la estancia de los extranjeros en los controles de identidad y vincular las prestaciones de carácter público a la verificación de las condiciones de empleo y de residencia del extranjero, excepción hecha, claro está, de las que se justifiquen por razones humanitarias imperiosas. Desde esta perspectiva de control se recomienda exigir a los empleadores que comprueben la situación legal del extranjero que pretenden contratar y se propone que la contratación de inmigrantes en situación ilegal sea sancionada de modo efectivo. Asimismo se propicia un mayor control de las personas a las que no se autoriza la residencia para que realmente abandonen el territorio del Estado, animando a los Estados a proceder a la informatización de los datos referidos a la situación administrativa de los extranjeros y fomentando medidas nacionales tendentes a evitar la falsificación

regular la entrada y residencia de los nacionales de Estados terceros, se contempla la adopción de medidas sobre la inmigración y la residencia ilegales, a lo que se adiciona la repatriación de los residentes ilegales.

Sobre este aspecto, pueden encontrarse ya ciertas acciones normativas de la Unión en las que se aprecia una tendencia a contemplar los aspectos más complejos relacionados con la expulsión de extranjeros<sup>68</sup>. Por una parte, se han sentado las bases para el establecimiento de una cooperación más estrecha entre las autoridades que deben adoptar las decisiones de expulsión<sup>69</sup>, que se ve acompañada por la uniformación de los requerimientos documentales de los que deberá ir provista la persona objeto de estas medidas<sup>70</sup>. Pero junto a ello, por otra parte, no se ha olvidado la dimensión internacional que en sentido estricto presenta la lucha contra la inmigración ilegal; así, desde una perspectiva fundamentalmente de concertación, se ha abordado la animación a los Estados miembros para que concluyan acuerdos de cooperación con Estados terceros sobre la readmisión de extranjeros<sup>71</sup>.

de documentos. Finalmente, cabe destacar la propuesta de que se apliquen sanciones a los extranjeros que no faciliten su identificación por haber organizado su clandestinidad.

<sup>68</sup> No obstante, también pueden encontrarse algunas acciones incluidas en el terreno de la repatriación de nacionales de Estados terceros que no necesariamente se encuadran en la lucha contra la inmigración clandestina a través de la adopción de medidas de expulsión, sino más bien en las acciones emprendidas por los Estados para apoyar el regreso voluntario. Sobre este aspecto, se ha propiciado el intercambio de informaciones a través de la *Decisión del Consejo de 26 de mayo de 1997 relativa al intercambio de información en materia de ayuda a la repatriación voluntaria de nacionales de terceros países* (D.O.C.E. n.º L 147, de 5 de junio de 1997), en la que se exponen las motivaciones que guían las acciones emprendidas por los Estados de la Unión. Debe reseñarse, en relación con los inmigrantes en situación legal que estas ayudas «deberían ir dirigidas a lograr su integración en la sociedad y que no debería interpretarse que su retorno voluntario refleja una política de fomento activo de dicho retorno, sino que persigue simplemente facilitar el regreso de aquellas personas que hayan tomado una decisión libre y voluntaria al respecto»; en relación con los inmigrantes en situación ilegal, estas ayudas están «en consonancia con la tradición humanitaria europea y puede contribuir a encontrar una solución digna tendente a reducir el número de nacionales de terceros países que residen ilegalmente en los Estados miembros».

<sup>69</sup> Contenidos particularmente en la *Recomendación del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativa a la concertación y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión* (D.O.C.E. n.º C 5, de 10 de enero de 1996). En la misma se contemplan ciertos principios relacionados con la cooperación para la obtención de documentos de identidad y para la realización del tránsito, así como con la concertación para la ejecución de medidas de expulsión.

<sup>70</sup> Lo que se contiene en la *Recomendación del Consejo, de 30 de septiembre de 1994, relativa a la adopción de un documento de viaje normalizado para la expulsión de nacionales de terceros países* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996).

Asimismo, puede destacarse el seguimiento que se hace de la aplicación de los actos que han emanado del Consejo sobre la lucha contra la inmigración ilegal a través de la técnica de control difuso contenido en la *Decisión del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al seguimiento de los actos ya adoptados por el Consejo en materia de inmigración ilegal, de readmisión, de empleo ilícito de nacionales de terceros países y de cooperación en la ejecución de órdenes de expulsión* (96/749/JAI) (D.O.C.E. n.º L 342, 31 de diciembre de 1996).

<sup>71</sup> Lo que ha tenido lugar inicialmente mediante la *Recomendación del Consejo, de 30 de noviembre de 1994, relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996), que se ha visto acompañada posteriormente por la *Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1995, sobre los principios rectores que deberán*

Ahora bien, siendo la repatriación de extranjeros una competencia que se incardina ya en el sistema jurídico comunitario, la implicación de la Unión en la lucha contra los residentes ilegales debe ser mayor. Además de las normas sobre readmisión interna, estas nuevas circunstancias deberán conducir al desarrollo de nuevas bases de cooperación internacional en sentido estricto en la política exterior comunitaria; de este modo se hace necesario propiciar la celebración de acuerdos de readmisión o la inserción de cláusulas específicas en los acuerdos que se celebren con Estados terceros<sup>72</sup>.

Sin embargo, los problemas que se deducen de las presiones migratorias sobre las fronteras de la Unión exigen acciones más profundas que el «simple blindaje» de las fronteras a la luz de un contexto de creciente internacionalización. Verdaderamente, las lamentables situaciones de desarraigo que con frecuencia padecen los emigrantes anima al emprendimiento de medidas tendentes a su evitación a través del fomento de acciones destinadas a atacar las causas que impulsan a la emigración<sup>73</sup>. Aun cuando su eficacia resulte dudosa, en la Comunidad se ha puesto de relieve la oportunidad de fomentar el desarrollo en las zonas sometidas a depresión económica o azotadas por conflictos bélicos como especie de medida preventiva frente a las masivas llamadas a las puertas de la Unión<sup>74</sup>.

Centrándonos en los aspectos esencialmente internos de estos fenómenos, no puede olvidarse que la regulación descrita tiene un marcado carácter finalista porque debe contribuir a generar unas condiciones comunes de circulación dentro de la Comunidad, lo que hasta el momento sólo aparece recogido efectivamente dentro del espacio Schengen. En este ámbito particular, se reconoce un

---

*seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión* (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996), con la que se pretende inspirar una homogeneización de las modalidades técnicas de aplicación de aquellos acuerdos bilaterales en relación con los procedimientos de readmisión, los medios de identificación de las personas que deban readmitirse, la designación de las autoridades competentes, las condiciones de tránsito de nacionales de Estados terceros, así como la protección de los datos personales de las personas objeto de readmisión.

<sup>72</sup> Sobre este particular, el Consejo Europeo de Tampere ha instado al Consejo a que se celebren concluyan acuerdos en los términos señalados [Conclusiones de la Presidencia (SN 200/99), párrafo 27].

<sup>73</sup> Entre los distintos análisis realizados sobre la cooperación internacional como medio destinado a promover el desarrollo de las áreas con flujos migratorios hacia los Estados de Europa occidental pueden verse, entre otros, Böhning, W.R., y Schloeter-Paredes, M.L., *Aid in place of migration? Selected contributions to an ILO-UNHCR meeting*, International Labour Organization, Ginebra, 1994; Tapiños, G., «La coopération internationale peut-elle constituer une alternative à l'émigration des travailleurs?», *Problèmes Économiques*, n.º 2333, 7 de julio de 1993, págs. 8-14, así como la bibliografía allí reseñada.

<sup>74</sup> En este sentido, el Consejo Europeo de Tampere se ha pronunciado en el sentido de que «*La Unión Europea necesita un enfoque global de la migración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito*». Desde esta perspectiva, se ha instado a la Unión y a sus Estados miembros para que se adopten medidas para luchar contra la pobreza, se mejoren las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, se contribuya a prevenir los conflictos, se consoliden los estados democráticos y se garantice el respeto por los derechos humanos.

limitado derecho de circulación de los extranjeros que hayan cumplido con los requisitos de entrada en el territorio de los Estados Parte<sup>75</sup>. Las formalidades que lleva aparejadas este derecho resultan limitadas a la obligación de notificar a las autoridades nacionales su presencia. Pero sobre este extremo surge una consideración que apunta hacia una cierta contradicción: cuando el art. 22 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen dispone que, a elección de las Partes contratantes, esta declaración deberá realizarse bien al momento de la entrada bien en los tres días siguientes a la misma, lo que parece evocar un restablecimiento particular de controles en las fronteras cuando precisamente el objeto del Convenio está referido a la supresión de estos controles fronterizos<sup>76</sup>.

En cualquier caso, debe tenerse presente que se trata de reconocer un derecho que extiende un cierto beneficio de la libre circulación de personas entre los Estados miembros para los extranjeros, pero que se encuentra limitado temporalmente. Por esta razón, se permite la adopción de medidas para dar cumplimiento a este término que se traducen, en primer lugar, en la obligación de abandonar el territorio del Estado donde tiene lugar la estancia, de modo que si dispone de un permiso o autorización de residencia vigente deberá dirigirse de forma inmediata al Estado que lo expidió; si no es así, deberá abandonar el territorio de los Estados parte<sup>77</sup>. Por otra parte, cuando el extranjero no realiza voluntariamente la salida o pueda presumirse que no se producirá, o cuando se justifique en razones de seguridad nacional u orden público, el Estado miembro donde se encuentre podrá proceder a su expulsión hacia el Estado de origen del mismo o hacia un Estado con el que exista un Acuerdo de readmisión, siguiendo los procedimientos establecidos en su Derecho interno.

Como se deduce del régimen expuesto y aun cuando se distingan en el mismo distintas intensidades normativas, se pueden encontrar ya perfilados en la Unión los elementos básicos relacionados con la entrada y estancia de los extranjeros en el territorio de los Estados miembros. Aunque lo cierto es que aún se encuentran pendientes de desarrollo dentro del reforzado sistema comunitario

---

<sup>75</sup> Así, en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen se dispone que la duración del mismo abarca un período máximo de tres meses para los nacionales de los Estados terceros a los que se haya concedido un visado uniforme (art. 19.1 y 2) y a los que sean titulares de un permiso de residencia o autorización provisional de residencia por alguno de los Estados Parte. Esta temporalidad se ve ampliada hasta los seis meses para los nacionales de terceros Estados que no estén sujetos a la posesión de un visado, cuyo cómputo se inicia a partir de la fecha de la primera entrada (art. 20.1).

<sup>76</sup> Como destaca Lirola Delgado, M. I., *Libre circulación y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 237. En la perspectiva de desarrollo del Título IV del T.C.E. quizás este tipo de alusiones debieran desaparecer para cumplir con lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 62, en particular cuando en el mismo se establece la adopción de medidas destinadas 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 Estados terceros*».

<sup>77</sup> Art. 23.1 y 2 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el art. 15.1 y 2 del Proyecto de Convenio relativo al control de las personas en el cruce de las fronteras exteriores.

saliente de Amsterdam. Pero se hacen notar algunas deficiencias en la progresiva concreción de una auténtica política migratoria; éstas son especialmente relevantes en la perspectiva de dotar de una eficacia real a la definición de un renovado concepto de extranjero, o al menos de una renovada posición jurídica propia de la extranjería, lo que debería propiciar la introducción de aspectos armonizados que fundamentasen un estatuto propio de los extranjeros en la Unión.

En esta línea parecen caminar los avances en este terreno como se puede apreciar en la *Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros*<sup>78</sup>. Con ella que se pretende una mayor integración de los residentes de Estados terceros fundamentalmente a través del otorgamiento de una autorización de residencia más prolongada, restringiendo las condiciones exigidas al resto de los extranjeros, y reconociéndole tanto a él como a los miembros de su familia unas condiciones de equiparación a los propios nacionales en materias sociales y de prestaciones públicas. Sirvan estas líneas para apuntar un problema de entidad mayor que será analizado más adelante y que se centra en las posibles fórmulas de mejora de la integración de los nacionales de Estados terceros.

## 2.2. EL DERECHO DE ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA

En el análisis de la posición de los extranjeros en la Unión reviste una particular importancia la institución del asilo, cuya incidencia es clara en la concreción de los derechos de entrada y residencia de los nacionales de Estados terceros en el territorio de los Estados miembros<sup>79</sup>. Sobre esta consideración, debe partirse en todo momento de las especialidades que la institución del asilo impone sobre las reglas generales de la extranjería en la Unión. Éstas derivan fun-

<sup>78</sup> D.O.C.E. n.º C 80, de 18 de marzo de 1996. Esta consideración la tendrán aquellos nacionales de Estados terceros que acrediten una residencia legal y continuada durante un período determinado conforme al Derecho del Estado de residencia, que en cualquier caso se reconocerá después de diez años de residencia legal.

<sup>79</sup> Sobre el asilo en el marco comunitario, primero, y de la Unión en su consideración formal, después, véanse por todos Barontini, G., «Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo la Convenzioni di Schengen e di Dublino», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, vol. LXXV, págs. 335-347; Escobar Hernández, C., «El Convenio de aplicación de Schengen y el convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XX, 1993, n.º 1, págs. 53-100; Hailbronner, K., «The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community», *International Journal of Refugee Law*, 1990, págs. 341-360; Hailbronner, K., «Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit», *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, págs. 917-939; López Garrido, D., «El hecho migratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y del refugio», *Jueces para la Democracia*, 1990, págs. 57-64; Stéfanini, P., y Doublet, F., «Le droit d'asile en Europe: la convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un État membre des Communautés européennes», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 347, 1991, págs. 391-399.

damentalmente de la conjunción de los objetivos referidos al desarrollo de la libre circulación de personas en un espacio donde las fronteras comunes se diluyen, junto a la debida observancia de los instrumentos internacionales que la regulan desde la perspectiva propia de la protección internacional de los derechos humanos<sup>80</sup>. En todo caso, debe subrayarse que las dificultades que surgen en torno a esta materia se derivan fundamentalmente de la compleja naturaleza del asilo, en el que concurren caracteres que lo singularizan como un derecho del individuo junto a su consideración como una potestad propia del Estado soberano que procede a su reconocimiento<sup>81</sup>. Así debe ser comprendida la acción normativa de la Unión Europea sobre este sector de la extranjería, en el que quizás se haya producido un desarrollo más amplio que sobre otros aspectos de la misma.

Pero en todo caso, la consideración del asilo en la Unión Europea presenta como referente básico la extranjería en los términos que aquí se viene comprendiendo, lo que ha conducido progresivamente a incompatibilizar su régimen jurídico con la existencia de la ciudadanía de la Unión<sup>82</sup>.

En todo caso, el adecuado encuadre de la regulación sobre el asilo dentro de la Unión debe partir de uno de los instrumentos más relevantes sobre el que se asienta, que es el *Convenio de Dublín para la determinación del Estado responsable de las demandas de asilo*<sup>83</sup>. Se trata de un instrumento que ha dejado sentir clara-

<sup>80</sup> En este sentido, P. Stefanini y F. Doublet. (*loc. cit.*, pág. 391) refiriéndose al Convenio de Dublín para la determinación del Estado responsable de las demandas de asilo, destacan que este Convenio presenta la virtud de introducir una cierta armonización en las políticas de asilo, preservando las competencias de los Estados y adhiriéndose a la protección de los derechos de los refugiados contenidos en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

<sup>81</sup> En todo caso, un correcto encuadre del derecho de asilo no permite aventurar más que su inclusión como institución destinada a la protección de los derechos humanos, pues, como pone de manifiesto Díez de Velasco, «tiene su fundamento en el momento actual de la evolución del Derecho internacional en la competencia que ejerce el Estado sobre su territorio, y en virtud de ella puede conceder no sólo la entrada en el mismo, sino también otorgar protección mientras se habe dentro de su ámbito territorial» (Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, 10.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 630).

<sup>82</sup> Como se ha destacado en el estudio de Carrera Hernández, F. J., «El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XXII, 1995, n.º 3, págs. 837-858. En términos de expresión positiva, así se deduce del Protocolo n.º 29 anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, sobre el asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, así como las Declaraciones relativas al Protocolo sobre el asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y sobre la letra d) del artículo único de este Protocolo, y que fueron adoptadas por la Conferencia. Debe señalarse, no obstante, que la presencia de las mencionadas normas internacionales ha conducido a que los resultados finalmente alcanzados en la Conferencia Intergubernamental de 1996 presenten excepciones idóneas para que un espacio aún insuficientemente integrado en relación con la protección de los derechos humanos.

<sup>83</sup> «Convenio relativo a la determinación del Estado responsable de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas», de 15 de junio de 1990, *cit.* La importancia de este Convenio debe ser contrastada con un antecedente inmediato constituido por la regulación contenida en el Capítulo 7 del Título II (arts. 28 a 38) del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, donde se contenía una regulación concurrente con el contenido del primero, en concreto bajo la rúbrica «Responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo». Esta cir-

mente su existencia sobre las políticas de asilo desplegadas por los Estados miembros antes de la entrada en vigor del T.U.E., pero a su vez ha permitido destacar la importancia de la regulación sobre la materia, de modo que ésta se identificara como uno de los objetivos básicos en el texto fundamental de la Unión Europea, especialmente por su relación con la libre circulación de personas<sup>84</sup>. Por esta razón, a partir de la entrada en vigor del T.U.E., esta materia ha adquirido unas dimensiones más amplias, como se ha sido puesto de relieve en la doctrina<sup>85</sup>, lo que se ha visto acompañado de una decidida voluntad política por avanzar con celeridad en los trabajos para regular el asilo dentro de la Unión<sup>86</sup>.

Con todo lo importante que deban considerarse las consecuencias alcanzadas antes de la entrada en vigor del T.U.E., debe constatarse con carácter previo que la regulación convencional apuntada no tiene como objetivo inmediato estructurar una regulación material de esta institución a través de la configuración de un derecho de asilo armonizado, sino que se caracterizan esencialmente por su carácter procedimental<sup>87</sup>. Sin embargo, en la medida en que

---

circunstancia de duplicidad de regulaciones sobre la misma materia resulta consecuente en buena parte con las distintas motivaciones que condujeron a su celebración en instrumentos diferenciados, pero planteaba algunos problemas de aplicación para aquéllos Estados que hubieran suscritos ambos Convenios toda vez que existían algunas diferencias entre ellos. No obstante, estos problemas hoy se encuentran esencialmente solucionados a través del «Protocolo relativo a las consecuencias de la entrada en vigor del Convenio de Dublín sobre ciertas disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen» firmado en Bonn el 26 de abril de 1994 (el Instrumento de ratificación por España de fecha 24 de noviembre de 1995 puede encontrarse en el B.O.E. núm. 163, de 9 de julio de 1997, págs. 21089-21090). En él se dispone la no aplicación de las normas antes citadas del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, así como de las definiciones de «solicitud de asilo», «solicitante de asilo» y «examen de una solicitud de asilo» para la evitación de las dificultades que pudieran deducirse de su aplicación, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 142.1 de dicho Convenio de Aplicación. Para un análisis detallado del conflicto que surgía de la existencia de estas normas de dispar origen y contenido material, véase por todos Escobar Hernandez, C., «El Convenio de aplicación de Schengen y el convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XX, 1993, n.º 1, págs. 92-95; Schutte, J. J. E., «Schengen: Its Meaning for the Free Movements of Persons in Europe», *Common Market Law Review*, vol. 28, n.º 3, 1991, pág. 567.

<sup>84</sup> Como se estableció en el art. K.1 del T.U.E., en cuyo apartado 1 se considera la política de asilo como de interés común.

<sup>85</sup> Hailbronner, K., «Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit», *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, págs. 917-939.

<sup>86</sup> Así se puso de manifiesto en el propio Tratado de la Unión al incluir una Declaración relativa al asilo cuyo tenor literal es el siguiente: «1. La Conferencia conviene en que, en el marco de los trabajos previstos en los arts. K.1 y K.3 de las disposiciones sobre cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, el Consejo estudiará prioritariamente las cuestiones referentes a la política de asilo de los Estados miembros, con la finalidad de adoptar, a principios de 1993, una acción común destinada a armonizar algunos de sus aspectos, a la luz del programa de trabajo y de los plazos estipulados en el informe sobre asilo elaborado a petición del Consejo Europeo de Luxemburgo de los días 28 y 29 de junio de 1991.»

<sup>87</sup> Ciertamente, las realizaciones convencionales dentro de la Unión relativas al asilo antes del T.U.E. sólo han pretendido establecer procedimientos para la determinación del Estado responsable de examinar las demandas de asilo. No obstante, desde la doctrina ya se ha apuntado las posibilidades que despliegan las normas vigentes para una futura armonización del concepto de asilo, *vid.* Escobar Hernandez, C., «El Convenio de aplicación de Schengen y el convenio de Dublín: una apro-

tanto el Convenio de Dublín como el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen introducen ciertos elementos para la configuración de una política común de asilo, surge de manera inmediata la necesidad de una regulación substantiva en la que se ha de incluir necesariamente un concepto único y uniforme de asilo, que no es alcanzado a través de estos Convenios<sup>88</sup>. Sin embargo, tan sólo puede destacarse que se ha generado un concepto común de *sollicitud de asilo*, elemento básico para el despliegue de sus efectos propios por las normas citadas<sup>89</sup>.

Centrándonos en el carácter hasta el momento esencialmente procedimental de la regulación específica del asilo en la Unión, ésta representa una respuesta eficaz a un doble problema que se ha suscitado con una particular intensidad en Europa: por un lado, el representado por los llamados «refugiados en órbita», es decir, aquellos individuos que son rechazados en las fronteras de los Estados de forma sucesiva por no querer éstos entrar en el examen de las solicitudes presentadas; y, por otro lado, el denominado «*asylum-shopping*» que supone la presentación sucesiva de solicitudes de asilo en varios Estados con objeto de conseguir la protección de las legislaciones nacionales más generosas o, en cualquier caso, permanecer el mayor tiempo posible en la relativamente próspera Europa occidental<sup>90</sup>. En este sentido, las normas reguladoras del asilo vienen a establecer una garantía para los solicitantes de asilo en los Estados parte en el sentido de que al menos uno resultará competente para el examen de la solicitud y, en consecuencia, obligado a ello<sup>91</sup>.

---

ximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XX, 1993, n.º 1, págs. 57-65.

<sup>88</sup> No obstante, debe destacarse que el limitado alcance del Convenio de Schengen está referido a la armonización de las condiciones de acceso o cruce de las fronteras exteriores, no así respecto de las políticas de inmigración que continúan residiendo esencialmente dentro de los Estados miembros. Esta necesidad de «crear» un concepto común de asilo ha sido puesta de relieve por algunos autores como Blanc, H., «Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 351, 1991, pág. 725.

<sup>89</sup> Así, el art. 1, párrafo 1, apartado b), del Convenio de Dublín dispone que la solicitud de asilo es «... una solicitud mediante la cual un extranjero pide a un Estado miembro la protección de la Convención de Ginebra, invocando la condición de refugiado con arreglo al art. 1 de la Convención de Ginebra modificada por el Protocolo de Nueva York», añadiendo en el art. 3.1 que esta solicitud podrá ser presentada tanto en la frontera como en el territorio de un Estado miembro de las Comunidades Europeas.

<sup>90</sup> No obstante, la comprensión general del asilo debe ser encuadrado en un marco de progresiva internacionalización de los problemas que se asocian a esta institución. Buena muestra de ello es el hecho de que en el seno del Consejo de Europa se haya intentado una aproximación al contenido material del asilo a través de un Proyecto de Convenio del Comité *ad hoc* de expertos sobre los aspectos jurídicos del asilo territorial, de los refugiados y de los apátridas (CAHAR), que tiene su origen en 1989, pero que aún no ha visto la luz. En el seno de esta Organización internacional tan sólo se ha llegado al establecimiento de normas para el traslado de un Estado parte a otro de la responsabilidad sobre los refugiados (*vid.* Accord Européen sur le transfert de la responsabilité à l'égard des réfugiés, hecho en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980, Conseil de l'Europe, Traités européens, STE n.º 107).

<sup>91</sup> De esta manera se da un cumplimiento más correcto a los arts. 31 a 33 del Convenio de Ginebra de 1951.

El análisis del Convenio de Dublín permite abstraer un procedimiento regulador esencialmente de la determinación del Estado responsable de la demanda de asilo, fijándose al respecto una serie de reglas<sup>92</sup>. Con carácter general, se considera responsable en primer lugar al Estado que ha autorizado la entrada en el espacio de la Unión, sea mediante la expedición de un visado o un permiso de residencia<sup>93</sup>; a falta de estas autorizaciones, quedará obligado a examinar la demanda de asilo el Estado cuyas fronteras exteriores hayan sido cruzadas de forma irregular<sup>94</sup>. En defecto de pruebas o elementos objetivos que permitan la aplicación de los criterios anteriores, resultará responsable del examen el Estado en el que se haya presentado en primer lugar la solicitud de asilo<sup>95</sup>. Pero junto a estas normas de carácter general, los Estados miembros conservan el derecho de poder entrar a examinar cualquier solicitud presentada por una persona, cuando existan motivaciones especiales para ello y siempre que el solicitante de asilo consienta en ello<sup>96</sup>. Aun cuando ello supone asumir ciertos deberes de información con el Estado que resultaba responsable según las reglas generales, una decisión de estas características supone exonerar de sus obligaciones a este último Estado<sup>97</sup>. Sea por la vía que fuere, lo cierto es que uno de los aspectos destacables de estas normas es que siempre habrá al menos un Estado que se responsabilice de conocer de la demanda de asilo presentada por un extranjero.

---

<sup>92</sup> En concreto, se trata de los arts. 4 a 8 del Convenio de Dublín, siguiendo el orden preestablecido como se indica en su art. 3. Como elemento formal para la concreción del Estado responsable de la demanda de asilo, véase el Texto adoptado por el Consejo el 20 de junio de 1994 sobre el «*Formulario uniforme para determinar el Estado responsable de examinar una solicitud de asilo*» (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996).

<sup>93</sup> Art. 5 del Convenio de Dublín. En cualquier caso, la caducidad del documento que autoriza la permanencia en el territorio del Estado no le exime de la responsabilidad de examinar la demanda de asilo. En el supuesto de que el solicitante de asilo posea más de un visado o más de un permiso de residencia, resulta responsable el Estado que haya expedido el visado o permiso que caduque en fecha más tardía (art. 5.3). Los supuestos de visados de tránsito, son regulados por el art. 5.a) y b) del Convenio, para determinar la responsabilidad del Estado de destino, siempre que los Estados miembros que concedieran este visado se aseguraran que la persona cumple las condiciones de entrada en el Estado de destino.

<sup>94</sup> Art. 6 del Convenio de Dublín.

<sup>95</sup> Art. 8 del Convenio de Dublín. En relación con los elementos de probatorios que contornan la determinación del Estado responsable de la demanda, véase el Texto adoptado por el Consejo el 20 de junio de 1994 sobre los «*Medios de prueba en el marco del Convenio de Dublín*» (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996).

<sup>96</sup> En concreto, el art. 3.4 del Convenio de Dublín contempla la posibilidad de un Estado de examinar una solicitud de asilo aun cuando de la aplicación de las reglas señaladas resulte obligado otro; por su parte, el art. 9 permite el examen de cualquier solicitud de asilo por un Estado que no resulte obligado por razones de carácter humanitario basadas, en particular, en motivos familiares o culturales, o a instancia de otro Estado miembro. Esta especialidad deriva fundamentalmente, como pone de manifiesto K. Hailbronner («*Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit*», *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, pág. 923), de las exigencias constitucionales de los Estados, en particular, de la República Federal de Alemania.

<sup>97</sup> En cualquier caso, es una norma consecuente con el ámbito intergubernamental en el que se desarrolla, donde las obligaciones de los Estados operan con unas peculiaridades que no presenta el ámbito comunitario. No obstante, este grado de discrecionalidad que mantienen los Estados para

A la luz de las nuevas disposiciones que sobre la materia se han introducido por el Tratado de Amsterdam, además de observarse que en el mismo se produce su inclusión en el sistema comunitario, puede comprobarse con facilidad que el objeto del Convenio de Dublín se corresponde parcialmente con los objetivos contenidos en el apartado 1 del art. 63 del T.C.E. Efectivamente, la introducción en el marco jurídico comunitario de la política de asilo ha tenido como virtud añadida una mejor identificación de los elementos centrales sobre los que deberán girar las normas que se dicten para su desarrollo.

De este modo, junto a las señaladas normas procedimentales para determinar el Estado responsable de las demandas de asilo (apartado a), habrán de dictarse unas normas mínimas para la acogida de los solicitantes en los Estados miembros (apartado b). En cierto modo, el Convenio de Dublín ya ha dado una respuesta parcial a este aspecto en el sentido de junto a las obligaciones para conocer de las demandas, se reconoce al solicitante el derecho a gozar de una residencia temporal hasta que se resuelva sobre su situación<sup>98</sup>. De ello se puede incluso deducir una armonización particular de las obligaciones de los Estados respecto del solicitante puesto que se institucionaliza un nuevo derecho para el solicitante de asilo<sup>99</sup>. Asimismo, la existencia de reglas que determinan el Estado que habrá de conocer de las demandas de asilo permiten la posibilidad de que el solicitante deba transitar entre Estados miembros hacia aquél que le corresponda examinar la solicitud, lo que exige adoptar ciertas normas que posibiliten el tránsito y garanticen que el examen sea realizado<sup>100</sup>.

Se impone, por otra parte, la adopción de normas para la uniformación de algunas disposiciones relativas al asilo, especialmente en lo que se refiere a su conformación material y al procedimiento para su concesión. Entre otras razones, una técnica de estas características impediría que las fórmulas de determi-

---

poder entrar a conocer de una demanda de asilo habrá de ser resuelto una vez que se introduzcan las normas de desarrollo sobre esta materia dentro del sistema jurídico estrictamente comunitario.

<sup>98</sup> Art. 10 del Convenio de Dublín. La duración de este derecho de residencia temporal no ha de ser inferior al tiempo que dure el examen de la solicitud por parte del Estado responsable de la misma, de modo que una resolución estimatoria supondría el reconocimiento del estatus de asilado con lo cual tendría que hacerse cargo del mismo. Sin embargo, como pone de manifiesto C. Escobar Hernández («El Convenio de aplicación de Schengen y el convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. XX, 1993, n.º 1, pág. 85), las obligaciones del Estado responsable de la demanda de asilo no se extinguen por la simple resolución de la misma en cualquier sentido, sino que se extiende a la posición del individuo después de la adopción de una decisión. En consecuencia, este Estado estará obligado a recibirlo en su territorio aunque la resolución sobre la solicitud haya sido negativa, debiendo resolver sobre su situación ya sea otorgándole un permiso de residencia o procediendo a su expulsión fuera del territorio común, claro está, respetando el principio de *non-refoulement*.

<sup>99</sup> Como pone de manifiesto Jiménez de Parga Maseda, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 130.

<sup>100</sup> *Vid.* art. 11, apartado 5, del Convenio de Dublín. En relación con los aspectos formales del traslado del solicitante de asilo, véase el Texto adoptado por el Consejo el 20 de junio de 1994 sobre los «Modelo de salvoconducto para transferir a un solicitante de asilo de un Estado miembro a otro» (D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996).

nación de la responsabilidad para el examen de la solicitud de asilo pudieran conducir a una situación en la que un Estado pudiera tener que reconocer una decisión denegatoria del asilo realizada por otro cuando, de haber seguido sus propias normas nacionales este derecho sí se vería reconocido<sup>101</sup>.

Ahora bien, cualquier aproximación conceptual de la Unión al derecho de asilo debe partir en todo caso de los instrumentos internacionales en los que se contiene su regulación<sup>102</sup>, especialmente a través de la adecuación de las normas nacionales a la aplicación armonizada del concepto de «refugiado» contenido en la Convención de Ginebra<sup>103</sup>. La consecución de una aplicación total de esta Convención permitirá que ninguna persona sea repatriada a un Estado donde sufre persecución, lo que conllevará una observancia exacta del principio de no devolución.

Finalmente, la regulación del asilo deberá contemplar la introducción general para todos los Estados de normas que disciplinen mínimamente los procedimientos que habrán de seguir los Estados para la concesión o retirada del estatuto de refugiado [apartado d) del art. 63.1]. Sobre este aspecto, ya con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam fue adoptada la *Resolución del Consejo, de 20 de junio de 1995, relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo*<sup>104</sup>, en la que se prevén, entre otros, ciertos principios generales sobre el procedimiento, las garantías relativas al examen de la solicitud de asilo, los derechos que asisten al solicitante en el proceso que se siga, incluidos los recursos, así como ciertas garantías adicionales que se otorgarán cuando el solicitante sea un menor o una mujer.

Además del asilo, en la regulación de la Unión sobre la protección de nacionales de Estados terceros dentro de los Estados miembros no se ha olvidado la implantación de normas para la protección de los refugiados, particularmente en relación con los desplazamientos masivos. Sobre este aspecto, la práctica segui-

---

<sup>101</sup> Como han puesto de manifiesto Barontini, G., «Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo la Convenzioni di Schengen e di Dublino», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, vol. LXXV, pág. 334; Hailbronner, K., «Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit», *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, pág. 921.

<sup>102</sup> En particular, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y del Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967, tal y como se establece en el art. 63, apartado 1, del T.C.E. Debe referirse a este respecto que la adopción de normas sobre el asilo dentro de la Unión había animado a una cierta homogeneización de las obligaciones internacionales *stricto sensu* que han asumido los Miembros, lo que debe ser comprendido como un aspecto necesario para propiciar una adecuada aplicación de los instrumentos reguladores del asilo en la Unión.

<sup>103</sup> Véase sobre este particular la *Posición común, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo, sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al art. 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados* (D.O.C.E. n.º L 63, de 13 de marzo de 1996).

<sup>104</sup> D.O.C.E. n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996. En la propia Resolución se dispone que las reglas contenidas en ella se aplicarán tan sólo a las solicitudes de asilo al abrigo del Convenio de Dublín, no así a los procedimientos para determinar el Estado responsable de examinar la solicitud.

da con anterioridad al Tratado de Amsterdam ha encontrado su oportuno reflejo en el apartado 2 del art. 63 del T.C.E., fundamentalmente en lo que se refiere a la asunción de los esfuerzos consecuentes a estas situaciones y al reparto de los desplazados<sup>105</sup>. Pero comparada con aquélla, se hace notar el intento por sobrepasar las limitadas pretensiones tenidas con anterioridad, avanzando en la definición de normas mínimas para la concesión de una protección temporal a los refugiados y a las personas desplazadas desde terceros Estados a los que no pueden retornar, así como de otras personas que por motivos distintos deban gozar de protección internacional.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA EXTRANJERÍA Y LA CIUDADANÍA EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

De lo expuesto se puede deducir que la Unión Europea cuenta ya con instrumentos jurídicos suficientes para regular de manera efectiva y generalizada la libre circulación de personas dentro del territorio que comprende. Sin embargo, una reflexión interrogativa se impone: si se crean las condiciones para que el derecho de circulación que se reconoce a los ciudadanos pueda ser efectivo, y de ello se dedujera la posibilidad de que los extranjeros pudieran beneficiarse, siquiera limitadamente, de la circulación libre entre los Estados de la Unión, ¿acaso no será necesario que algunos derechos asociados a esta libertad deban ser extendidos a quienes no son ciudadanos, al menos para que desaparezcan eventuales distorsiones que se derivan de la incompleta política migratoria común? En palabras de Jiménez de Parga Maseda, «*partiendo de la imposibilidad material de averiguar quién es nacional de un Estado miembro y quién nacional de un tercer Estado, es decir, admitiendo, aun cuando sólo sea por estrictos imperativos de lógica jurídica, un derecho al libre desplazamiento ejercitable por todos cuantos se hallen en territorio común, la siguiente cuestión que surge es solventar si podrán o no los Estados miembros proceder, en una segunda fase, a la ya consagrada distinción entre comunitarios y extranjeros, no ya para impedir el paso por frontera, sino para rechazar el respeto de las garantías ofrecidas por el Derecho comunitario*»<sup>106</sup>.

Es en esta perspectiva donde engarzarán en el futuro las relaciones entre la ciudadanía de la Unión y la extranjería, posiciones diferenciadas pero sobre las se puede plantear una cierta convergencia final.

<sup>105</sup> Sobre este particular, la *Resolución del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas* (D.O.C.E. n.º C 262, de 7 de octubre de 1995) estableció algunos criterios para el reparto equilibrado y solidario de estas personas en situaciones de conflicto armado o de guerra civil, como delimita el apartado a) del punto 1. Con el fin de completar esta Resolución, se adoptó la *Decisión del Consejo, de 4 de marzo de 1996, sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal de personas desplazadas* (96/198/JAI) (D.O.C.E. n.º L 63, de 13 de marzo de 1996), en la que fundamentalmente se adoptan reglas procedimentales para la toma de decisiones en las situaciones descritas.

<sup>106</sup> Jiménez de Parga Maseda, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 104.

Cuando se aborda el análisis de la ciudadanía de la Unión se aprecia inmediatamente que el recurso a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro para delimitar los sujetos a los que se atribuye contiene en sí mismo la demostración de que la misma presenta un carácter excluyente respecto de quienes no ostentan esta condición<sup>107</sup>. Sin embargo, no debe pasarse por alto que en la consecuente distinción entre ciudadanos y no ciudadanos puede apreciarse cómo progresivamente se ha ido perfeccionando la estructuración de normas básicas para su comprensión dentro de un sistema integrado.

Como bien se sabe, la última modificación de los Tratados sobre los que se funda la integración europea ha puesto de manifiesto una tendencia claramente continuista en relación con la concepción general de la ciudadanía de la Unión y los derechos que se conciben en su seno. No ha ocurrido lo mismo con la extranjería que, por fin, se introduce materialmente en profundidad dentro del sistema jurídico comunitario y empieza a enlazarse con las raíces fundamentales del ordenamiento sobre el que se construye esta ciudadanía. Aun cuando esta circunstancia venga marcada por aspectos funcionales<sup>108</sup>, sí debe subrayarse que constituye un paso trascendental para comprender de forma definitiva la convivencia normativa armoniosa de los distintos elementos que componen las poblaciones que se agrupan dentro de los Estados de la Unión. Sin embargo, la disonancia queda marcada por el aún limitado grado de realizaciones efectivas.

No obstante, en la medida en que se están determinando las pautas de evolución de la posición de los extranjeros dentro de la Unión, resulta de interés detenerse sobre algunos planteamientos que se han suscitado en torno a la conveniencia de modificar las bases sobre las que se podrían concebir las relaciones entre la Unión y ciertas categorías de no nacionales de Estados miembros<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Como ha destacado, entre otros autores, Sébastien, G., «La citoyenneté de l'Union Européenne», *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1993, n.º 5, págs. 1271-1272.

<sup>108</sup> Una buena muestra de ello puede deducirse del antiguo art. K.1 del T.U.E., en cuyo párrafo tercero se consideraba la política de inmigración y la política de la Unión en relación con los nacionales de Estados terceros como un elemento para alcanzar objetivos de la Unión como es la libre circulación de personas. Con meridiana claridad fue puesto de relieve por J. De Miguel Zaragoza y A. Blanco de Castro, cuando afirman que «el aspecto en que es abordada en el K.1 la política de inmigración no es en función de lo laboral ni de lo social sino en función de la interferencia que la política de admisión de cada Estado o en general su legislación y práctica sobre extranjería puede representar para los demás Estados; como se deduce de la propia entrada del art. K.1 la política de inmigración es de interés común por su interrelación en particular con la libre circulación de personas en un espacio interior» [«El Título VI del Tratado de la Unión: Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior», *Gaceta Jurídica de la C.E.*, D-18 (septiembre 1992), pág. 205].

<sup>109</sup> A este respecto, puede recordarse que el Parlamento europeo ha señalado la oportunidad de considerar una posible extensión de la ciudadanía europea a los nacionales de terceros Estados (*vid.* «Report of the Committee of Public Liberties and Internal Affairs on the citizenship of the Unión», PE Doc. A3-0437/93). A la luz de los resultados alcanzados en Amsterdam, el Parlamento ha puesto de relieve que entre sus carencias se encuentra la falta de reconocimiento pleno de los derechos de los ciudadanos de terceros países que residen legalmente en la Unión (Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre el Tratado de Amsterdam PE Doc. A4-0347/97, CONF 4007/97 - C4-0538/97, párrafo 38).

De forma sintética, se pueden describir estas propuestas desde un modelo diferenciado de ciudadanía en el que la posición jurídico-política de ciudadano no quedara determinada exclusivamente por la asociación del individuo a los Estados por medio de la nacionalidad, sino que se posibilitara también la extensión de su atribución, y el consecuente reconocimiento de los derechos inherentes a ella, siguiendo criterios como la residencia<sup>110</sup>.

Ideas de estas características parecen apuntar hacia la trasposición a un sistema de integración como es la Unión Europea de algunos modelos propuestos que tratan de superar el Estado de base nacional para apostar decididamente por la implantación de una especie de ciudadanía cosmopolita<sup>111</sup>. Estas propuestas gozan, en una primera aproximación, de un cierto atractivo dado lo avanzado de las mismas desde el punto de vista de la integración de los no nacionales de los Estados miembros. Sin duda, si con condiciones predeterminadas éstos se comprendieran entre los ciudadanos de la Unión, dejarían de ser considerados ya extranjeros en la misma, con las consecuencias jurídicas y políticas que de tal situación se deducirían.

Aun cuando resulta evidente que en la configuración formal que en la actualidad posee la ciudadanía de la Unión una formulación como la apuntada no tiene cabida<sup>112</sup>, desde el punto de vista jurídico una reforma de esta entidad conllevaría no ya sólo la superación de las relaciones entre nacionalidad y ciudadanía en el marco supraestatal sobre el que se erige la construcción europea, sino que incluso contendría una disociación subjetiva entre ambas posiciones jurídicas. Con independencia de la valoración que mereciera una decisión de este alcance, lo cierto es que desde un punto de vista estrictamente conceptual la asociación entre nacionalidad y ciudadanía no tiene un carácter de relación necesaria por sí misma<sup>113</sup>. Las virtudes aparentes se deducen inmediatamente por las facilidades integracionistas que presentaría un modelo de ciudadanía europea abierto a no nacionales de los Estados miembros; incluso su justicia se impone

<sup>110</sup> Un análisis de las distintas posiciones mantenidas en torno a lo que genéricamente se ha denominado como la «globalización» de la ciudadanía puede encontrarse en Meehan, E., *Citizenship and the European Community*, Sage Publications, London-Newbury Park-New Delhi, 1993, págs. 8-10.

<sup>111</sup> En esta línea se inscriben algunos autores como J. de Lucas (*El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, págs. 129 y 130), quien en la observación de los profundos cambios sociales, económicos y culturales considera necesario superar el modelo tradicional de ciudadanía para equiparar al nacional con el extranjero, particularmente en relación con el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. De realizarse este tipo de proposiciones, quedaría abierto el camino a la creación de una especie de *status municipalis hominis*.

<sup>112</sup> Recuérdese que el art. 17 del T.C.E. dispone que «Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional».

<sup>113</sup> Como han puesto de manifiesto algunos autores como Habermas, J., «Citizenship and National Identity», en Van Steenberg (ed.), *The condition of Citizenship*, Sage Publications, London, 1994, pág. 23. Incluso se podría añadir, siguiendo a P. Juárez Pérez, que la comparación histórica viene a contrastarlo, como lo demostrarían los intentos por introducir un concepto de ciudadanía automá-

particularmente en aquellos supuestos de inmigrantes que residen de forma permanente en ellos, y cuyos descendientes con frecuencia carecen de posibilidades reales de acceso a la nacionalidad del Estado de residencia. Pero no es menos importante que la equiparación entre los nacionales de los Estados miembros y los residentes procedentes de otros Estados conllevaría la acumulación sobre estos últimos de las posiciones formales de «extranjeros» y de «ciudadanos», que les permitiría disfrutar de las ventajas de esta última sin que ello conlleve situaciones de pérdida de su identidad cultural.

Verdaderamente, la reflexión sobre una homogeneización estatutaria que conllevaría una forma de ciudadanía que sea común a los ciudadanos de la Unión y a los «no ciudadanos» encuentra un laboratorio experimental particularmente interesante en la diversidad de una Europa unida, porque no puede ser entendido el integracionismo desde la defensa a ultranza de una igualdad que no respete el multiculturalismo real. Así lo ha entendido J. de Lucas en relación con la generalización de las posiciones de ciudadano cuando mantiene que debe tratarse de «*un proceso guiado por el objetivo de la equiparación en el reconocimiento jurídico, en la ciudadanía, lo que no supone la clonación, sino el reconocimiento de la igualdad en la diferencia*»<sup>114</sup>.

Ahora bien, aun cuando desde un punto de vista filosófico-político surgen multitud de argumentos que se inclinan hacia la extensión de la condición de ciudadano a personas que no se encuentran vinculadas a los Estados por la nacionalidad, no parece que la realidad de la Unión, y menos aún la de la Sociedad Internacional<sup>115</sup>, encuentre aún el cauce preciso para su desarrollo. Esto no significa, claro está, que puedan encontrarse caminos alternativos conducentes a un resultado similar a través del reconocimiento universal de derechos que, estando encuadrados dentro de la ciudadanía, podrían ser considerados básicos para todos. Quizás, desde esta perspectiva pueda abordarse con mayores dosis de realismo las posibilidades de enriquecer dentro de la Unión la posición jurídica del extranjero.

En cualquier caso, en este estadio de la integración, como pone de manifiesto Mangas Martín, constatada la vinculación entre la nacionalidad y la ciudadanía, resulta coherente el hecho de que este estatuto y los derechos que en

---

tica para los extranjeros en algunos Estados americanos a finales del siglo XIX; si consideramos éstos como un cierto antecedente de la disociación entre nacionalidad y ciudadanía, se hace notar que la formulación de la ciudadanía de la Unión no resultaría tan revolucionaria en este sentido (*Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons/UNED, Madrid/Barcelona, 1998, págs. 324-325).

<sup>114</sup> De Lucas, J.,: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pág. 127.

<sup>115</sup> Así lo ha entendido E. Fernández [«La idea de Europa en Europa y los derechos humanos», *Sistema*, n.º 134 (septiembre 1996), págs. 65-75. en pág. 71], cuando al analizar la oportunidad de introducir un criterio de generalización de la ciudadanía en los Estados afirma que «*ni tan siquiera en Europa se tiene conciencia clara, ni voluntad manifiesta, ni confianza en esa ciudadanía cosmopolita, teniendo en cuenta que ese tipo de ciudadanía precisa previamente de un poder político mundial, de una Constitución mundial y de una economía mundial*».

él se engloban no sean extensibles a los nacionales de terceros Estados pues, en caso contrario, la ciudadanía como tal perdería en gran medida su sentido<sup>116</sup>. A este respecto, no puede olvidarse que la referencia elemental está constituida por la realidad de la ciudadanía de la Unión, de modo que la contextualización general de la oportunidad de extenderla a los nacionales de Estados terceros debe quedar determinada por la constatación de que es una institución en la que se aprecian aún fuertes deficiencias en su caracterización estatutaria.

En estas circunstancias cabe plantearse si, más allá de la exclusividad en la atribución de derechos, las motivaciones que justifican su existencia<sup>117</sup> se verían reflejadas en el marco de una posible ampliación «desproporcionada» de los derechos de los extranjeros mediante su equiparación general con los ciudadanos de la Unión. Cuando aún se encuentran en estado germinal algunos aspectos específicos de la ciudadanía, como son los derechos políticos, la situación descrita podría tener como efecto no deseado ciertos desarreglos en su desarrollo futuro; tanto es así, que no puede dejar de contemplarse como posible que una reforma de estas características pudiera conducir a una «congelación» en su evolución. Este temor se acrecienta si consideramos el escaso interés efectivo que han mostrado los Estados por incrementar los derechos de los ciudadanos en la última oportunidad que han tenido<sup>118</sup>.

Sin duda alguna, la mejora de la posición de los extranjeros dentro del sistema jurídico de la Unión se hace necesaria, y en buena medida el parámetro básico de referencia debe estar constituido por los derechos de los ciudadanos; pero no parece adecuado propiciar situaciones en las que se pueda estar desvirtuando políticamente las potencialidades que despierta una ciudadanía cuya creación no deja de ser reciente. Sobre este particular, parece más acertado pensar que el camino debería estar marcado por la estructuración adecuada de un estatuto de extranjero en el sistema de la Unión.

Esta circunstancia, por otra parte, no debe quedar en modo alguno condicionada por la exclusión respecto del estatuto de ciudadano que se deduce de la consolidación de la coincidencia subjetiva entre nacionales de los Estados

---

<sup>116</sup> Mangas Martín, A., y Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 602.

<sup>117</sup> Como se dispone en el art. 2 del T.U.E. (antiguo art. B). El objetivo de la creación de esta ciudadanía es la mejor protección de los derechos e intereses de las nacionales de los Estados miembros.

<sup>118</sup> No obstante, una visión diferenciada ha sido expuesta por A. Castro Oliveira cuando sostiene que «*With regard to Union Citizenship and European political integration in more general terms, in sustaining the extension of this Citizenship to third-country nationals, one may have to be prepared to accept and indeed call for, a deepening of the material content of this Citizenship and for further development of European political integration. Some harmony between development on the one side, of the personal scope of Union Citizenship, and the other side, of the substantial content of that Citizenship and of the European polity, seems inevitable*» [«The Position of Resident Third-Country Nationals: Is it too Early to Grant them Union Citizenship?», en La Torre, M. (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, European Forum, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pág. 198].

miembros y ciudadanos de la Unión. Antes al contrario, el sistema de derechos debería quedar permeabilizado a la extensión respecto de los no ciudadanos, como se consideró en los orígenes de la ciudadanía<sup>119</sup>, claro está, siempre que se establecieran las debidas delimitaciones que impidieran que el alcance de este reconocimiento concluyera en una situación de ciudadanía *de facto*. Avanzar en esta línea no tendría como efecto, en principio, desvirtuar la esencia misma de esta institución y supondría una indudable apertura de la propia Unión Europea a los individuos en cuanto tales<sup>120</sup>, contribuyendo a que su dimensión humana alcanzara potencialmente a la generalidad de las personas.

Desde esta perspectiva debe ser encuadrada la extensión de algunos derechos de los ciudadanos a los extranjeros en los términos que prevé el propio Tratado de la Comunidad Europea. Como se sabe, se trata del derecho de petición al Parlamento Europeo<sup>121</sup>, el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo<sup>122</sup> y el derecho a acceder a los documentos que obren en poder de las Instituciones<sup>123</sup>. No obstante, debe tenerse presente que el reconocimiento de estos derechos a quienes no son ciudadanos no conlleva un tratamiento homogéneo en su alcance por comparación a los ciudadanos de la Unión, del mismo modo que entre los sujetos a los que se amplía existen ciertas diferencias.

Ahora bien, un aspecto de singular importancia para el reconocimiento de estos derechos se encuentra en la necesidad de que el extranjero resida en algún Estado miembro. A pesar de que la coherencia del reconocimiento de derechos en general para los extranjeros queda determinada naturalmente al presupes-

---

<sup>119</sup> En este sentido, debe recordarse una vez más la *Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea*, en cuyo art. 1.3 se contemplaba la posibilidad de extender los derechos allí reconocidos a quienes no ostentasen la condición de ciudadanos de la Unión. Como se sabe, esta concreta propuesta fue finalmente abandonada y no tuvo reflejo alguno en el Tratado de Maastricht, quizás porque tal anticipación podría suponer la creación de nuevas situaciones jurídicas subjetivas como consecuencia del reconocimiento de derechos a los extranjeros, la conveniencia de esta decisión se motiva acaso en la espera de una consolidación de esta institución y de su progresiva definición.

<sup>120</sup> Como pone de manifiesto Adam, R., «Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXV, 1992, pág. 634.

<sup>121</sup> Este derecho de petición se caracteriza como un derecho de los ciudadanos a través del párrafo primero del art. 21 del T.C.E. (antiguo art. 8.D), cuya regulación queda remitida al art. 194 (antiguo art. 138.D), en el que se dispone que este derecho podrá ser ejercido también por personas físicas o jurídicas que tengan su residencia o su domicilio social en un Estado miembro. Al igual que el ejercicio de un derecho de petición por parte de los ciudadanos encuentra antecedentes antes de la creación de la Unión, se propició una cierta práctica que posibilitaba la admisión de peticiones por parte de los extranjeros, si bien el Reglamento del Parlamento Europeo no contemplaba en su art. 128.1 esta posibilidad.

<sup>122</sup> Este derecho aparece recogido en el párrafo segundo del ya mencionado art. 21. Sin embargo, el art. 195 (antiguo art. 138.E) faculta al Defensor del Pueblo a recibir las reclamaciones de las personas físicas o jurídicas en las mismas condiciones que se prevé para el derecho de petición.

<sup>123</sup> Derecho que el nuevo art. 255 del T.C.E. regula conjuntamente para los ciudadanos, las personas físicas residentes en algún Estado miembro y las personas jurídicas con domicilio social en la Comunidad.

to de una residencia legal<sup>124</sup>, las características de estos derechos propicia una mayor flexibilización.

En relación con el derecho de petición, la falta de especificación del Tratado ha permitido que las normas que lo desarrollan introduzcan un margen amplio de discrecionalidad interpretativa acorde con el alcance que pretende otorgársele a este derecho<sup>125</sup>. Tanto es así que se posibilita que el Parlamento pueda entrar en el análisis de peticiones de quienes ni siquiera son residentes<sup>126</sup>, si bien en estos casos no se puede hablar de un derecho reconocido, sino más bien de una potestad de la Institución destinataria de las peticiones. No ocurre lo mismo con el recurso al Defensor del Pueblo, sobre el que no existe una previsión en el Tratado ni en el Estatuto que lo rige, de modo que los extranjeros no residentes no podrán verse reconocidos, en principio, este derecho. Sin embargo, pudiera establecerse un cierto paralelismo con el derecho de petición para propiciar una práctica tendente a la admisión de estas reclamaciones<sup>127</sup> que bien podría tener su origen en las vías indirectas establecidos para el sometimiento de reclamaciones al Defensor del Pueblo<sup>128</sup>.

Verdaderamente, ampliar el ámbito subjetivo de estos derechos de los ciudadanos para comprender a quienes de suyo no lo son debe ser valorado desde la progresividad del sistema atributivo de derechos a las personas dentro de la Unión Europea<sup>129</sup>, lo que permite asimismo contribuir a que los extranjeros sean aproximados a la realidad integradora. A un planteamiento diferenciado responde la posibilidad, ya efectiva en algunos casos, de que los Estados miembros pudieran engrosar los derechos de los extranjeros a través de la incorporación de algunos de los derechos asociados exclusivamente al estatuto de la ciudada-

<sup>124</sup> Evidentemente, salvo en lo que se refiere a la protección de derechos fundamentales de la persona, cuya garantía se entiende comprendida en todo supuesto.

<sup>125</sup> No puede olvidarse a este respecto que la *Declaración de los Derechos y Libertades fundamentales* adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989 (D.O.C.E. n.º C 120, de 15 de mayo de 1989), pretendía reconocer este derecho de petición a «toda persona», sin ninguna exigencia añadida. Sobre la exigencia de una residencia legal, véase Marias, E. A., «Le droit de pétition devant le Parlement Européen», en Marias, E. A. (ed.), *European Citizenship*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, pág. 90.

<sup>126</sup> Así se dispone en el apartado 9 del art. 156 del Reglamento interno del Parlamento Europeo (D.O.C.E. n.º L 49, de 19 de febrero de 1997) cuando establece que «Las peticiones o quejas escritas presentadas al Parlamento por personas físicas o jurídicas que no sean ciudadanos de la Unión Europea ni tengan su residencia o domicilio social en un Estado miembro, se incluirán en una lista separada y se clasificarán de igual modo. Mensualmente, el Presidente enviará una lista de las peticiones recibidas durante el mes anterior a la comisión competente para proceder a su examen, con indicación de su objeto. Dicha comisión podrá pedir el envío de las peticiones cuyo examen estime oportuno».

<sup>127</sup> Como propone Blázquez Peinado, M. D., *La ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los arts. 8.A a 8.D del Tratado de la Comunidad Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 330.

<sup>128</sup> Se trata de la posibilidad abierta al Parlamento Europeo de remitir peticiones al Defensor del Pueblo, el cual dará a éstas el tratamiento propio de una reclamación (*vid.* art. 156.8 del Reglamento interno del Parlamento Europeo y el art. 2.3. de la Decisión del Defensor del Pueblo por la que se adoptan medidas de aplicación, hecha en Estrasburgo el 16 de octubre de 1997).

<sup>129</sup> Como destaca Mangas Martín, A., *loc. cit.* págs. 16-68.

nía de la Unión<sup>130</sup>, o que en el futuro pudieran incorporarse al mismo. En estas circunstancias, estamos ante una situación que deriva exclusivamente de sus ordenamientos internos y no operaría en modo alguno una extensión a los demás Estados miembros, ni comprendería el alcance específico que tiene desde la perspectiva propia del Derecho comunitario.

Ahora bien, frente a estos avances individualizados que realicen los Estados, y desde la perspectiva propia de la Unión Europea, el intento de profundizar en la definición de una posición específica para los extranjeros debe tener pretensiones de generalidad; aun así, en todo caso habrá de tenerse presente que la misma no va a presentar la uniformidad estatutaria preconizada si consideramos la presencia de obligaciones internacionales, tanto de los Estados miembros como de la propia Comunidad Europea, que atribuyen derechos específicos para determinadas categorías de extranjeros, como son los asilados, o para los nacionales de algunos Estados terceros<sup>131</sup>. Sin embargo, esta circunstancia no disminuye las necesidades de mejorar las condiciones de estancia de los nacionales de Estados terceros impulsando que las mismas tengan un carácter general.

Éste es particularmente el caso de aquellos extranjeros que se han establecido de forma permanente dentro de los Estados miembros. Para ellos se ha abierto ya una vía para una mayor integración a través de la Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros; hay que subrayar que su elaboración se inscribe en la perspectiva de que «*la integración de los residentes de larga duración contribuye a una mayor seguridad y estabilidad, tanto en la vida como en el trabajo, así como a la paz social en los distintos Estados miembros*»<sup>132</sup>.

Esta expresión se inscribe, verdaderamente, dentro de una «simple» Resolución del Consejo, cuyo valor formal resulta escaso desde el punto de vista normativo. Sin embargo, marca las pautas para la estabilización de los residentes de larga duración dentro de los Estados miembros a través de garantías para la obtención de permisos de residencia de larga duración y limitando las posibilidades de expulsión; asimismo, se propone que gocen de un trato no menos favorable que el que tienen los propios nacionales en relación con las condiciones laborales, la afiliación a organizaciones sindicales, acceso a la vivienda, seguridad social, asistencia médica o enseñanza.

<sup>130</sup> Tal es el caso del derecho de sufragio en las elecciones municipales en algunos Estados miembros como Dinamarca, Irlanda y los Países Bajos.

<sup>131</sup> Como ha destacado Carlier, J. Y., «De Schengen à Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille», en *Nouveaux itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pág. 136.

<sup>132</sup> Considerando tercero de la Resolución. El texto puede encontrarse en D.O.C.E. n.º C 80, de 18 de marzo de 1996.

Ahora bien, siendo la idea motriz la mejor integración de los nacionales de Estados terceros en los territorios de la Unión, la obtención de este resultado parece avocada a una doble vía que, sin constituir necesariamente un dilema, convergen en este objetivo. Se trata, por una parte, de la posibilidad de que los extranjeros pudieran acceder a la ciudadanía de la Unión, lo que conduciría al más alto grado de inclusión posible, pero que sólo puede ser alcanzada mediante la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro; por otra parte, la definición de un estatuto para los residentes de larga duración permitiría incorporar al extranjero en unas condiciones de integración aceptables que constituiría para aquél una fórmula alternativa eficaz. Puede considerarse que las posibilidades que despliegan ambos cauces deben constituirse como una opción real para los nacionales de Estados terceros, especialmente si consideramos la posible confluencia de períodos de residencia para alcanzar ambos resultados<sup>133</sup>, y especialmente las dificultades que se deducen de una reconfiguración de la ciudadanía de la Unión en los términos señalados.

En relación con la primera posibilidad apuntada, resultará necesario que los Estados flexibilicen las condiciones de naturalización para los nacionales de Estados terceros, lo que permitiría estabilizar de forma definitiva a los inmigrantes<sup>134</sup>. Sin duda, esta línea exigirá una concertación de las políticas nacionales sobre la materia para evitar las distorsiones que se deducirían del ejercicio aislado de las competencias exclusivas que retienen los Estados sobre la nacionalidad<sup>135</sup>. Pero no puede desconocerse que las condiciones que conlleva la adquisición de una nueva nacionalidad invitan a reflexionar sobre la oportunidad de que el ofrecimiento de otorgar la nacionalidad al inmigrante legal no constituya un impedimento para que éste no sufra discriminaciones y que pueda gozar de determinados derechos civiles y sociales, o incluso políticos<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> En este sentido, la *Resolución relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración* determina su concesión a quienes «acrediten haber residido legalmente y de forma ininterrumpida en el territorio del Estado miembro de que se trate durante un período determinado conforme a lo dispuesto en la normativa de dicho Estado miembro y, en cualquier caso, después de diez años de residencia legal» (punto III.1). En relación con la residencia exigida para poder acceder la nacionalidad de un Estado miembro, los períodos exigidos son variables, pero sí debe apreciarse que la *Convención Europea sobre la Nacionalidad* establece un período máximo de residencia para poder solicitar la concesión de la nacionalidad que en ningún caso debe ser superior a diez años (art. 6.3).

<sup>134</sup> Como ha destacado Evans, A., «Nationality Law and European Integration», *European Law Review*, vol. 16, n.º 3, 1991, pág. 196. En contra de esta posibilidad se ha pronunciado Juárez Pérez, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons/UNED, Madrid/Barcelona, 1998, pág. 336.

<sup>135</sup> En esta perspectiva parecen inscribirse las voluntades de los Estados miembros si consideramos que la reunión del Consejo Europeo en Tampere determinó que «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» (Conclusiones de la Presidencia (SN 200/99), párrafo 21).

<sup>136</sup> Como ha enfatizado Remiro Brotons, A., «Unión Europea: ¿sólo cabezas rapadas frente a inmigrantes bravos?», en Lamo de Espinosa, E. (ed.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza, Madrid, 1995, pág. 186.

En este camino parece aventurarse por fin la definición de una política migratoria comunitaria después de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, o, al menos, así lo ha perfilado el Consejo Europeo cuando se ha expresado en los siguientes términos: *«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 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»*<sup>137</sup>.

Cuando se cumplan estos objetivos marcados, sin duda se habrá alcanzado un alto grado de justicia en relación con los nacionales de Estados terceros que residan legalmente dentro de la Comunidad, de modo que la equiparación en ciertos derechos y deberes con los ciudadanos permita eliminar ciertas formas de discriminación que a buen seguro cada vez encajan menos dentro de las sociedades europeas contemporáneas.

---

<sup>137</sup> Conclusiones de la Presidencia (SN 200/99), párrafo 21.