

**El extranjero
no comunitario:
actualidad y
evolución en materia
de política común
de inmigración.
¿Hacia un posible
estatuto coherente?**

Blanca Vilà
Catedrática de Derecho
Internacional Privado,
Universitat Autònoma
de Barcelona.
Experta nacional,
Servicio Jurídico,
Comisión Europea.

La libre circulación de personas en la Unión Europea (UE) -y en particular, en la Comunidad Europea (CE), artículos 3c y 100C del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) en vigor- constituye uno de los capítulos esenciales objeto de revisión en la agenda de la Conferencia Intergubernamental (CIG) que se propone la reforma de los Tratados. Un ejemplo concreto de la importancia de este capítulo -que, por supuesto, comprende la futura ubicación de lo que hoy día, bajo la rúbrica Justicia e Interior, constituye el contenido del denominado tercer pilar- lo hallamos en el lugar fundamental que ocupa en el documento *Marco General para un Proyecto de Revisión de los Tratados*, aprobado el 5 de diciembre de 1996 en Dublín (Dublín II) en el marco de la CIG (CONF 2500), así como en el documento presentado al Consejo de Asuntos Generales, el 24 de febrero de 1997, en calidad de Nota de la presidencia holandesa sobre el establecimiento progresivo de un área de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (CONF 3823; Meijers, 1993). La reflexión que aquí se inicia abordará el tema de la incipiente existencia de una política común de inmigración a escala comunitaria, en base a los documentos producidos en los últimos años -incorporando los más recientes- y girará en torno a dos consideraciones. En primer lugar, ¿cómo queda tratada la noción de “libre circulación de personas” en los trabajos comunitarios de los últimos años? ¿Nos hallamos ante un fenómeno de *desmembramiento conceptual*, o ante una *globalización de los conceptos básicos* -trabajador, ciudadano- cuando éstos se aplican a los nacionales de terceros países, los extranjeros no comunitarios, que parecen no gozar en absoluto de un régimen jurídico coherente? La realidad de una comunidad de más de 10 millones de residente legales se impone. En segundo lugar, y vinculado con el punto anterior, ¿encontraremos en las evoluciones más recientes las claves para un posible saneamiento de los complejos estatales que no ceden al temor de una gestión común de la política de inmigración? ¿Significará esto la luz verde para tal gestión común? Para responder a tales cuestiones se revisará brevemente el período histórico reciente (desde la entrada en vigor del Acta Única Europea -AUE- hasta las últimas propuestas de reforma de la CIG), en torno a las cuestiones clave relativas a la entrada, desplazamiento y estancia, de extranjeros no comunitarios, llegando a analizar las perspectivas para un nuevo régimen jurídico común de la política de inmigración.

La evolución: breve aproximación a las condiciones de entrada, circulación y estancia en la Unión

La entrada en el territorio de la Unión: las “fronteras exteriores” (art.100C y K1-9)

¿Se halla, hoy por hoy, la “política migratoria”, o política de inmigración, de ciudadanos de terceros países en cada Estado miembro de la Unión Europea en manos

comunitarias? Por supuesto, la gestión de los flujos inmigratorios ha estado tradicionalmente en manos de cada Estado, perteneciendo incluso a las esferas más íntimas de su soberanía nacional. Pero los datos de los últimos 25 años, marcados tantas veces por problemas comunes, han ido acercando sus tradicionales políticas migratorias. En realidad, el alineamiento se da ya en los setenta, en la medida en que todos los países de inmigración europeo-occidentales se proponen frenar o, cuando menos, limitar sus flujos de entrada, y ello por consideraciones de orden general -económico y demográfico, fundamentalmente- al margen de las expectativas de eventuales migraciones, ahora ya comunitarias, de los nuevos socios del Mediterráneo: Grecia en los ochenta, España y Portugal en los primeros noventa. Si observamos tal alineamiento, el conjunto de países de la Unión disponen, en sus políticas migratorias nacionales, de dos únicas vías abiertas para la entrada de extranjeros no comunitarios: *el asilo y el reagrupamiento familiar*, al margen de la inmigración aceptada por cada uno sobre base convencional, normalmente con países, como veremos, con los que les unían antiguos lazos coloniales. Estas únicas vías son comunes y

“La libre circulación de personas en la UE constituye uno de los capítulos esenciales objeto de revisión en la Conferencia Intergubernamental”

constatan que de facto nos hallamos desde el comienzo de la recesión migratoria ante el fenómeno, anormal hasta cierto punto, de la gestión plural y dispar de una problemática común, ante la que cada Estado ya aceptaba soluciones en ciertas medidas también comunes¹. Ahora bien, las adhesiones de tres países de tradicional exportación de mano de obra hacia la

Comunidad dieron la vuelta a la llave de los flujos tradicionales. Abiertas a partir de los ochenta y comienzos de los noventa para todos las *fronteras interiores* en cuanto al acceso al empleo, y planteada la supresión de las fronteras internas como mensaje del *mercado interior* (actual art.7A; tras el AUE, art.8A), se imponían automáticamente la realidad y la urgencia de la *gestión en común* de las “fronteras exteriores” de la Comunidad. Y la vinculación esencial entre las dos cuestiones, política común de inmigración y control de fronteras exteriores se manifiesta en dos pasos.

En un primer paso en 1987, el Tribunal de Justicia (TJ), aunque cede a las reivindicaciones de los Estados miembros y anula la Decisión de la Comisión 85/381, concluye en la existencia de

una competencia potencial de la Comunidad en el ámbito de la política de inmigración², en base al artículo 118 del tratado. Simultáneamente, el texto del tratado tras el Acta Única Europea marca un giro en el régimen jurídico del ámbito de la inmigración. En efecto, si ya desde 1976 podemos hablar de una practicada cooperación intergubernamental en la materia³, el texto del tratado y concretamente el nuevo artículo 8A define la libre circulación de personas como uno de los cuatro elementos constitutivos del mercado único, transfiriendo este capítulo a la competencia comunitaria: se crea el grupo ad hoc “Inmigración” (que, desde 1986, reúne a los ministros responsables), cuya secretaría se afecta a la secretaría general del Consejo. Sin embargo, aunque la Comisión tiene estatuto de observador en las reuniones del Consejo, puede decirse que la gran parte del capítulo “inmigración”, incluso tras el reconocimiento por el TJ de la competencia comunitaria en la materia, se desarrolla por la vía de la intergubernamentalidad. En 1988, el Consejo Europeo de Rodas encargó al grupo intergubernamental de coordinadores sobre la libre circulación de personas que estudie las condiciones necesarias para la creación de un “espacio sin fronteras internas”, en el sentido del entonces artículo 8A del tratado, proponiendo medidas para la supresión de los controles internos. En 1989, en Palma de Mallorca y bajo presidencia española, el “Documento de Palma” proponía un programa de trabajo, de talante coordinador, para los distintos aspectos de la cooperación necesaria en Justicia y asuntos de Interior, intentando superar el hecho de una fragmentación y multiplicación de instancias y grupos. En efecto, los distintos grupos trabajaban de modo separado, producían distintos documentos, y los ministros del Interior se reunían a distintos títulos para problemas comunes. Y, al tratarse de cooperación intergubernamental, los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo se hallaban ausentes del eventual control de sus trabajos en un sector tan sensible. Los límites naturales de una acción desarrollada fundamentalmente a partir de la *multiplicación de instancias*, según el método de la intergubernamentalidad, impusieron, cuando menos, la pauta marcada por el Tratado de Maastricht, en su título VI, constitutivo de tercer pilar: “Disposiciones sobre la cooperación en los ámbitos de Justicia y asuntos de Interior”, siguiendo el esquema que se encontrará más adelante. En rea-

lidad, la consolidación de la agenda europea para las cuestiones de inmigración en el título VI del Tratado de la UE (TUE) respondía a la necesidad urgente de integrar el sistema opaco de los grupos en una estructura global que los cubriera en su conjunto, evitando el doble empleo de las múltiples instancias existentes y coordinando su trabajo⁴. Los trabajos fueron, a partir de noviembre de 1993, preparados por un comité de coordinación (Comité K4) compuesto de funcionarios de los Estados miembros, al que se hallaba asociada la Comisión. El texto proponía la consulta mutua y recíproca (art.K3) para coordinar su acción, y el instrumento jurídico de los Estados propuesto para materializarlos era el convenio (art.K3,c). Sin embargo, en la medida en que el título VI se había construido sobre la multiplicidad de instancias de la cooperación intergubernamental anterior, el resultado ha sido enormemente limitado y se ha caracterizado por el mantenimiento de los múltiples niveles de trabajo en su seno, por su propia complejidad y por su falta de transparencia. En él las instancias comunitarias sólo disponen de un papel limitado, sin auténtico control ni político, ni judicial⁵. Dos son, en este contexto, los textos convencionales más significativos que abordan el problema de la entrada de nacionales no comunitarias: por una parte, el Convenio de Dublín (15.06.90), relativo a la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo que se haya presentada ante uno de los Estados miembros de la CE; y, por otra, el Proyecto de Convenio sobre control de personas al cruce de las fronteras exteriores de la CE⁶, presentado por la Comisión el 10 de diciembre de 1993 (O'Keefe, 1994; Handoll, 1995).

Muy brevemente, señalaremos que el Convenio de Dublín es el resultado de las negociaciones intergubernamentales emprendidas en el seno del grupo ad hoc "Inmigración", y se propone como objetivo garantizar los derechos (entre ellos, la seguridad jurídica) de los solicitantes de asilo en un Estado miembro de la Comunidad, al tiempo que contribuye a reducir los riesgos de la inmigración clandestina. El principio rector consiste en la determinación de un único país competente para el examen de toda solicitud de asilo, Estado responsable de su tramitación. El texto del Convenio prevé que el Estado responsable será aquel que mantenga un vínculo más estrecho con el solicitante a través del cual tal persona haya *accedido al territorio*

comunitario, o aquél que haya *concedido un visado de entrada*, o con el que existan *vínculos familiares*. El Proyecto de Convenio, basado en el artículo K3,2 del TUE, fija las normas comunes que regulan el paso de fronteras exteriores de los Estados miembros, propósito que ya se hallaba en la agenda comunitaria desde la presidencia española de 1989 -Declaración de Palma- y que constituyó el objeto fallido de una primera propuesta de la Comisión (20.06.91), cuya ratificación no puede obtenerse por el tema del control en la frontera de Gibraltar, reivindicado, como es sabido, un tiempo por Gran Bretaña y por España. Así, en cuanto a su contenido, si al cruce de las fronteras exteriores, toda persona -incluidos los ciudadanos comunitarios- es objeto de un "control visual" en condiciones que permitan, por el examen de sus documentos de viaje, verificar su identidad (art.5.1 del Proyecto de Convenio), los ciudadanos de terceros Estados pueden ser objeto de un control más detenido, concerniente, en particular, al documento de entrada (visado), y a las condiciones para el período de estancia propuesto. En cuanto a su ámbito de aplicación, la precisión de la propuesta es interesante para definir claramente a los ciudadanos de terceros países *no beneficiarios de la libertad de entrada*; así, el convenio no se aplicará: a los ciudadanos de los Estados miembros, ni a miembros de la familia de aquéllos que sean nacionales de un tercer país; a los ciudadanos de un tercer país que gocen, en materia de entrada y residencia, de los mismos derechos que los ciudadanos comunitarios, así como a los miembros de sus familias con derecho de entrada y residencia. Además, el convenio enumera las disposiciones relativas a los visados *comunes* a todos los Estados miembros, precisando la instauración de un visado *uniforme* (arts.18-23), válido para las estancias de corta duración (no superiores a tres meses ininterrumpidos, o estancias sucesivas con un total de tres meses de estancia, durante los primeros seis meses)⁷. En fin, el convenio se aplicará también a los visados no cubiertos por el artículo 100C (art.24): así, cualquier persona que posea un permiso de entrada y una autorización de residencia expedida por un Estado miembro, cuyo período de validez restante sea superior aún a cuatro meses, no requiere visado para entrar en el territorio de este Estado miembro en tránsito o para una corta estancia. Quizá el extremo más importante que aparece en la propuesta de diciembre de 1993, consiste en la

previsión de la competencia del TJ para su interpretación en vía prejudicial, en base a lo dispuesto en el artículo K3,2, “comunitarizando” el control judicial del contenido del mismo. Es ésta la primera vez que aparece dicha competencia en un texto convencional en este ámbito. Ello nos plantea el tema que abordábamos en la introducción a este estudio: ¿se dan actualmente las condiciones para una “comunitarización” de la política de inmigración, asimilando concretamente bajo el mismo techo de la “libre circulación de personas” no sólo la emisión de un visado uniforme, (art.100C) sino también algunas de las otras acciones que correspondan a ámbitos definidos en el artículo K1?

En realidad, el único ámbito bajo competencia comunitaria desde la reforma operada por el Tratado de Maastricht es el relativo a la armonización de visados: la Comisión presentó al Consejo (10.12.93) una proposición de reglamento basada en el artículo 100C, determinando en 126 los países terceros cuyos nacionales debían disponer de un visado para el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros. Otra propuesta de reglamento (04.08.94),

con amplias precisiones técnicas en anexo, establecía un modelo-tipo de visado. Ahora bien, el documento de Dublín II para la reforma de los tratados propone la modificación del cuarto apartado del artículo B del TUE. Además, el documento del 19 de febrero de 1997 se manifiesta, introductivamente, en estos términos precisos: “En cuanto

a determinar en qué lugar de los tratados ubicar las disposiciones relevantes, la Presidencia constata que una amplia mayoría de delegaciones se pronuncian a favor de utilizar métodos comunitarios para la libre circulación de personas así como para las medidas directamente relacionadas con ellas”. Su Parte B, con las disposiciones sobre libre circulación de personas, asilo e inmigración, contiene los artículos A a I, en los que -por primera vez- se pasa a un techo común la libre circulación de personas, vinculándola al principio establecido en el artículo 7A del TCE, y sometiéndola a los métodos comunitarios. El artículo H organiza el proceso de decisión de la manera siguiente: “1. El Consejo, por mayoría cualificada sobre una

propuesta de la Comisión y [papel del Parlamento Europeo por decidir] deberá adoptar las medidas referidas en el presente título. La Comisión deberá examinar cualquier petición de un Estado miembro que someta una propuesta al Consejo; 2. Por un período de (...) años tras la entrada en vigor del tratado, el Consejo deberá adoptar las medidas referidas en el párrafo 1, a propuesta de la Comisión o de cualquier Estado miembro y [papel del Parlamento Europeo por decidir]”⁸. En realidad, la postura mantenida en este documento supone una progresiva -pero clarísima- comunitarización de métodos de estos ámbitos necesarios y urgentes, que parecen quedar garantizados al mantenerlos aislados (operación efectuada por el documento de Dublín II) del resto de cuestiones que se mantienen en el título VI, artículo K del TUE. Como vemos, esta comunitarización que prevé un derecho de iniciativa límpido de la Comisión (flanqueada posiblemente por el Parlamento y por las eventuales iniciativas estatales que serán objeto de examen), y un voto por mayoría cualificada del Consejo, puede ser una base para un pleno desarrollo, en plazo relativamente breve, de las capacidades del artículo 7A del TCE en relación a nacionales de terceros países. Como señaló en su momento cierta doctrina (Carlier, 1995; Jiménez de Parga, 1994), una de las cuestiones consiste en el posible control jurisdiccional por el Tribunal de Justicia de la CE de la excepción de orden público que permite a los Estados miembros ejercer las responsabilidades que les competen (art.100C.5) y rechazar el cruce, por un ciudadano de un tercer país, de la *frontera exterior* de un Estado miembro, previsión del artículo 7.1.c del Proyecto de Convenio de 1993. Recordemos que, de momento, “el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior (art.K2.2) es un ámbito “de interés nacional” al margen de todo control jurisdiccional centralizado”. Ante una eventual extensión del control jurisdiccional del TJ, y con total independencia de las eventuales adaptaciones materiales del ejercicio de su jurisdicción en estos ámbitos, parece claro que la interpretación de la excepción de orden público en el marco del art.100C.5, o en base del futuro artículo 7.1.c del convenio sobre fronteras externas, debe ser una interpretación restrictiva en tanto que límite al ejercicio de derechos individuales de los nacionales de esos terceros países.

“A partir de los ochenta se imponían la realidad y la urgencia de la gestión en común de las fronteras exteriores de la Comunidad”

Desplazamiento y estancia en la Unión

La lógica del refuerzo de los controles en las fronteras exteriores nos lleva al tema de los eventuales controles en el paso de las fronteras interiores para los extranjeros no comunitarios. Si se analiza el significado del artículo 7A del TCE, a la luz de la Comunicación de la Comisión del 8 de mayo de 1992, el principio de libre circulación de personas en el mercado interior impide limitar sus efectos a los ciudadanos comunitarios, concernidos éstos por el artículo 8A, que prevé para ellos el estatuto jurídico de ciudadano comunitario y que comporta claras obligaciones de resultado. ¿Comporta, pues, el artículo 7A para los ciudadanos de terceros países un verdadero “derecho a la libre circulación interna”? Podríamos asumir una posición doctrinal bastante extendida (Moura, 1992; Handoll, 1995: 365), según la cual el cruce de las fronteras interiores para estancias cortas, que no superan los tres meses de duración, es un derecho predicable de toda persona que haya entrado legalmente en uno de los Estados de la Unión; y podemos manifestar tal interpretación amplia incluso en un momento caracterizado por la imperfección de los instrumentos jurídicos en vigor. Dos recientes confirmaciones de esta interpretación vienen dadas por el Convenio sobre fronteras exteriores, presentado por la Comisión en 1993, que no retiene en su campo de aplicación regulación alguna sobre las fronteras interiores⁹ y, muy en particular, por el documento presentado por la presidencia holandesa a la CIG, que se agrega al presentado al Consejo Europeo en Dublín II, cuya parte B, artículo B, prevé que el Consejo -bajo el procedimiento comunitario establecido en el artículo H, votado por mayoría cualificada a iniciativa de la Comisión- adopte: “medidas encaminadas a asegurar, en conformidad con el artículo 7a, la inexistencia de cualquier control sobre personas, sean ciudadanos de la Unión o nacionales de países terceros, en el cruce de las fronteras internas”. El texto recoge y encierra, por primera vez, una *acción positiva* de la Unión para impedir la práctica de los controles estatales en las fronteras nacionales frente a los extranjeros no comunitarios, a partir de un resultado conforme al derecho de la libre circulación de personas -sin distinción entre comunitarios y no comunitarios- proclamado por el artículo 7A del TCE¹⁰. En segundo lugar, sabemos que para acceder al derecho de estancia en la Unión¹¹, los nacionales

de terceros Estados disponen, fundamentalmente, de dos vías: la aplicación de los acuerdos concluidos por la Comunidad con determinados países terceros y el reagrupamiento familiar.

Los acuerdos con países terceros: regímenes especiales

Los principales beneficiarios de los *acuerdos de cooperación* son, fundamentalmente, los nacionales de los tres países del Magreb, Marruecos, Argelia y Túnez. La Comunidad concluyó ya a finales de los setenta determinados acuerdos de cooperación con éstos, consolidando por una parte, aunque impulsando por otra, la emigración norteafricana hacia Europa. Son acuerdos muy generales, dirigidos a “contribuir al desarrollo económico y social” del tercer país, y el “refuerzo de las relaciones mutuas”, aunque sí comportan una *cláusula de no discriminación* (art.41) en las condiciones de trabajo y en la remuneración, extensibles al resto de miembros de la familia en materia de seguridad social. El Tribunal de Justicia ha generado un notable jurisprudencia sobre los efectos jurídicos del principio de no discriminación consagrado en el texto de tales acuerdos (Carlier, 1995; Nadifi, 1983). Concretamente, las jurisprudencias Kziber y Yousfi (*Sentencias TJCE*) han respondido claramente, en la línea del reconocimiento de efectos jurídicos para los particulares del artículo 41, al acuerdo con Marruecos, en la medida en que “consagra en términos claros, precisos e incondicionales” tal prohibición de discriminación, siguiendo una jurisprudencia amplia y globalizante relativa a la noción de “trabajador” y de “ventaja social”. Y, más importante, esta jurisprudencia da la vuelta a la clásica jurisprudencia Kermaschek -seguida aún en 1991 en la sentencia Taghavi (*Sentencias TJCE*)-, que interpretaba que los derechos a pensiones de los miembros de las familias eran en estos casos derechos *derivados* de los del trabajador y no autónomos, con el consiguiente fraccionamiento y limitación de los mismos. En segundo lugar, una amplia población goza de un estatuto especial en la CE: en base a los acuerdos del Convenio de Lomé, se hallan legalmente en la Comunidad los nacionales de los países pertenecientes a las antiguas colonias de los Estados miembros. Concretamente, el artículo 5 y el anexo VI de Lomé-IV recogen el principio de no discriminación, aplicándolo en especial a la vivienda, educación, salud y servicios sociales, al

trabajo y a la seguridad social para aquellos beneficiarios que se hallan legalmente en Europa, y que gozan (a efectos de prestaciones de la Seguridad Social) de una actividad retribuida. En cuanto a los *acuerdos de asociación*, dos son los focos principales de la acción comunitaria: el acuerdo de asociación con Turquía, firmado ya en 1963 y que ha producido una rica e interesante, aunque también crítica, jurisprudencia del TJ (*Sentencias TJCE*), y los nuevos acuerdos de asociación con los PECO (Países de Europa Central y Oriental). Cabe recordar que estos últimos prevén un período de transición de diez años para el acceso de los trabajadores originarios de dichos países, mientras que facilitan el establecimiento de los no asalariados, o el establecimiento y la prestación de servicios de sus empresas, incorporando su mano de obra propia por períodos limitados de tiempo, promoviendo así su competitividad generada por una mano de obra, provisionalmente aceptada, más barata¹². El acuerdo de asociación con Turquía ha sido objeto de varias decisiones del Consejo de Asociación, relativas casi todas a trabajadores turcos residentes en Alemania. Ya en el asunto Demirel -casi

“El único ámbito bajo competencia comunitaria desde la reforma operada por el Tratado de Maastricht es el relativo a la armonización de visados”

simultáneo a los recursos de distintos países contra la decisión de la Comisión en materia de “política migratoria”, y que el TJ anuló en su sentencia del 9 de julio de 1987-, el Tribunal manifiesta que las disposiciones del acuerdo de asociación “forman parte integrante del orden jurídico comunitario”. Y, en la sentencia Eroglu (05.10.94), asumiendo la interpretación amplia y globalizadora dada para los trabajadores comunitarios en su sentencia Antonissen (*Sentencias TJCE*) así como la tesis del efecto útil, el Tribunal concluye en el derecho al empleo y a la prolongación de su estancia de una joven turca que viene al encuentro de su padre, trabajador legal en Alemania en estos términos: quien solicita un empleo debe, como trabajador, beneficiarse de un permiso de estancia “no sólo para responder a los empleos efectivamente ofrecidos, sino también para buscar un nuevo empleo” (punto 21, sentencia Eroglu)¹³.

En materia de reagrupamiento familiar, el otro título que da paso a la estancia legal en un país miembro de la CE, debemos distinguir las condiciones de reagrupamiento familiar de los *trabajadores de países terceros*, determinadas por el derecho nacional que les sea aplicable, del reagrupamiento familiar de los *extranjeros no comunitarios*, familiares de ciudadanos europeos (Idot, 1994; Alexander, 1992; López Bellosta, 1996). En la primera hipótesis, el derecho nacional -o en su caso, convencional, si la materia viene regulada por vía convencional como suele ocurrir- determinará bajo qué condiciones el reagrupamiento familiar dará paso a un derecho de estancia. La única medida comunitaria adoptada en la materia consiste en la resolución del Consejo Europeo de junio de 1993 sobre armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupamiento familiar, que invita a los Estados miembros a hallar criterios comunes para adaptar sus legislaciones: concretamente, en base a un *período de espera* entre la celebración del matrimonio y la obtención de un permiso de estancia, y la condición de existencia de *cohabitación*, algunas veces no exigida por las legislaciones nacionales aplicables. Mucho más precisos son los contornos jurídicos del derecho de reagrupación familiar de los *cónyuges o familiares no comunitarios de ciudadanos comunitarios*. Ya desde sus inicios, el derecho a la libre circulación fue extensivo a los *cónyuges y familiares de los nacionales comunitarios*, en los términos básicos, del artículo 10 del Reglamento 1612/68 y del artículo 3 de la Directiva 68/360 (15.10.68). Y el derecho de estancia del familiar se ha extendido desde el titular “trabajador”, en el sentido de la normativa mencionada, hasta *todo beneficiario de un derecho de estancia autónomo*, tal como este extremo viene regulado por las directivas 90/365 (28.06.90) relativas a los antiguos trabajadores que han cesado sus actividades profesionales, así como por las 90/364 y 90/366, relativas a estudiantes -sustituida por la directiva 93/96¹⁴- garantizando el derecho de estancia bajo importantes condiciones restrictivas.

Las perspectivas para una política común de inmigración

Un posible régimen pleno: el fortalecimiento de la integración de los trabajadores inmigrantes residentes legales en la CE

Recordemos que el programa de trabajo de la Comisión para 1991 observaba la posibilidad de reconocer determinados derechos disfrutados por los ciudadanos comunitarios a los extranjeros no comunitarios que hubieran sido residentes legales en la Comunidad durante cierto tiempo -en parti-

cular, para su acceso al mercado-, previéndose una agenda de trabajo con los ministerios de la inmigración, cuyos resultados deberían ver la luz en 1994. Este programa de trabajo seguía la línea iniciada en el informe de experto (*Informe Brawn*) de 1990 sobre “la integración social de los inmigrantes en la CE”, a partir de la existencia de más de 10 millones de trabajadores extranjeros no comunitarios *residentes legalmente* en la CE, afectados ellos también por los nuevos flujos de inmigración hacia el mercado comunitario. La óptica tradicional sufre aquí, pues, una inflexión hacia una opción a su vez globalizadora: se tratará de adoptar determinadas medidas de integración, haciéndoles beneficiarios de los derechos de libre circulación y acceso al trabajo como instrumento de lucha, al tiempo, contra los flujos de nuevos inmigrantes ilegales, en un contexto de refuerzo de las fronteras exteriores y supresión de controles de las fronteras interiores. Y la Comisión manifestaba en su programa que “la lógica del mercado interior implica la eliminación de la condición de nacionalidad para el ejercicio de determinados derechos”. En el programa de 1991, la Comisión proponía y distinguía en concreto: la armonización de las políticas de admisión por reagrupamiento, formación y estudios; la armonización de las políticas de admisión para otros fines como trabajador asalariado o independiente; la armonización de las legislaciones sobre autorización de residencia y sus beneficiarios; el desarrollo de las políticas vinculadas a las migraciones legales. Siguiendo el programa establecido, la Comisión presentó en octubre de 1991 dos comunicaciones sobre la inmigración y sobre el derecho de asilo. Pero fue su Comunicación de 23 de febrero de 1994 la que profundizó, marcando un giro, en las vías iniciadas en 1991. Concretamente, las medidas propuestas en la parte de la Comunicación relativa a la política de inmigración eran seis: armonización del status legal de los residentes, en vistas a su residencia permanente; concesión de la residencia legal de los miembros de sus familias; adopción de medidas para conseguir el objetivo de la libre circulación para los residentes legales, incluyendo *libre acceso al empleo*; supresión de las condiciones de nacionalidad para el reconocimiento de derechos, cuando ello no se halla justificado; control de la aplicación de los acuerdos con terceros países por parte de los Estados miembros; ratificación por éstos del Convenio de Naciones Unidas (1990) sobre protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes y miembros de sus

familias (Handoll, 1995). Queda, por primera vez, absolutamente claro en esta Comunicación al Consejo y al Parlamento que la Comisión adopta una *posición abierta* respecto a la extensión de los derechos a la libre circulación y libre acceso al trabajo de los extranjeros no comunitarios residentes legales en la Europa comunitaria. Más allá de un simple estudio estadístico, se plantea -a partir de esta posición abierta- los componentes clave de una política de inmigración eficaz, concretamente: medidas para actuar sobre las presiones migratorias, mediante la cooperación con los principales países candidatos a emigrar hacia Europa; medidas para controlar la emigración, manteniéndola dentro de unos niveles aceptables; medidas para fortalecer la inmigración legal, combatiendo la inmigración ilegal (medios preventivos; medidas de identificación; criterios mínimos para el trato a los inmigrantes ilegales). Esta comunicación ha marcado, pues, el techo máximo para una propuesta de coherencia del estatuto del extranjero legal residente en la Comunidad, ejerciendo presión sobre los trabajos posteriores.

Durante el período 94-96 las medidas contenidas en la Comunicación han sido debatidas en distintos foros. Pero ha aparecido una tensión entre, por un lado, la Comisión y el Parlamento -partidarios de la comunitarización de las medidas a adoptar, bajo la lógica del mercado interior- y, por otro, el Consejo, que no ha querido ni renunciar a la *fragmentación* del régimen sobre libre circulación y acceso al trabajo de los extranjeros no comunitarios -celoso de las competencias internas en materia de políticas de inmigración-, ni abandonar el método de la intergubernamentalidad. Dicha tensión ha impedido mayores avances que los contenidos en la resolución del Consejo (04.03.96) adoptada en el marco del Tercer Pilar, concretamente tomando como base jurídica el artículo K1.3b del TUE, que considera las condiciones relativas a la estancia de los nacionales de países terceros en el territorio de los Estados miembros como cuestión de “interés común”. Ceñida a los residentes “de larga duración”, dicha resolución excluye (art.II) de su ámbito de aplicación a los beneficiarios de un estatuto comunitario o paracomunitario (familiares de un ciudadano comunitario, beneficiarios de derechos en el marco del acuerdo sobre le Espacio Económico Europeo); a los beneficiarios de un régimen convencional especial (acuerdos de asociación o de cooperación), a los estudiantes o investigadores; y no afecta los

derechos de los residentes “refugiados” según el Convenio de Ginebra o de los beneficiarios de un acuerdo bilateral entre un Estado miembro y un país tercero. ¿Cuál es la definición de “residente de larga duración” a los efectos de esta resolución? Tendrá tal condición: quien aporte la prueba de su residencia legal y continuada, ininterrumpida en el territorio de un Estado miembro durante un período determinado por la legislación del Estado de residencia y, en cualquier caso, tras un período de diez años de residencia legal; a quien se le reconozca, en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia, las mismas condiciones de estancia que a la categoría de las personas que se hallan en una de estas situaciones. En estos casos el Consejo estipula que se les conceda el permiso de más larga estancia en su territorio, siguiendo los criterios de esta resolución que, en su punto I, “invita a los Estados miembros a tomar en consideración, en su política en materia de integración” a los extranjeros residentes de larga duración, a los principios enunciados. Dos serían, pues, las características de esta medida del Consejo, adoptada en el marco del artículo K1: coordinar, por vía de la intergubernamentalidad -sin presencia por tanto de Comisión ni

“¿Seguirán los Estados de la UE queriendo actuar solos en temas tan comunes y tan necesitados de eficacia colectiva?”

Parlamento- el refuerzo del estatuto de los inmigrantes legales, que la Comunicación de la Comisión de 1991 y de 1994 vinculaban a la noción de mercado interior y de libre circulación de personas; y limitar las medidas de integración a los que poseen un *título histórico suficiente*, decidido por la legislación nacional aplicable, y, en cualquier caso, a los que hayan

permanecido legalmente diez años, período amplísimo, techo de intervención comunitaria.

¿Hacia el desmembramiento del título VI del Tratado de la Unión Europea?

En la Parte A, Sección I del Documento de Dublín II, dedicada a la configuración de un *Espacio de libertad, de seguridad y de justicia*, se da un paso importante: se separa en capítulos aparte, como se ha dicho, las cuestiones relativas a la libre circulación de personas, asilo e inmigración (capítulo 2) y las relativas a la seguridad de las personas (capítulo 3). Lo que es más importante, el Documento propone una modificación del artículo B del TUE, cuarto apartado, con el texto siguiente: “(La Unión se fija como objeti-

vos) mantener y desarrollar la Unión como espacio de libertad, de seguridad y de justicia, conforme a los principios de un Estado de Derecho (a establecer progresivamente antes del 1 de enero de 2001)”. Sin embargo, el documento reconoce, ante la posibilidad de comunitarización ya apuntada de los puntos 1-4 del artículo K1 (vía una posible aplicación del artículo K9 a determinadas materias hoy ubicadas en el tercer pilar), que “varios Estados miembros han dado a conocer que no se hallan dispuestos a aceptar el traslado de cualquiera de las cuestiones que hoy se hallan bajo el título VI del TUE”. ¿Cuál es entonces la situación, en los inicios de la fase final de los trabajos de la Conferencia Intergubernamental? El Documento de Dublín propone la creación de un título nuevo para la libre circulación de personas, asilo e inmigración, en el que se consolida -provisionalmente bajo esa forma- el desmembramiento de los aspectos globales sobre *inmigración, asilo y visados*, del ámbito del título VI, reducido a los ámbitos de la cooperación judicial, policial y criminal, lucha contra el narcotráfico, contra el racismo y xenofobia, contra el fraude internacional y cooperación aduanera.

En suma, a la espera de los resultados finales de la Conferencia Intergubernamental, podríamos preguntarnos si el fenómeno del desmembramiento del Tercer Pilar (título VI del tratado) supone o no una comunitarización de los apartados 1 a 4 del actual artículo K, *al separar claramente de raíz las cuestiones migratorias*¹⁵ de las de cooperación en los ámbitos aduanero, criminal y policial, iniciando una línea política determinante. Esta fragmentación, en nuestra opinión, lleva irremediamente a la adaptación de procedimientos de decisión comunitarios, en la línea del artículo H de la nota de la presidencia holandesa mencionada¹⁶. El problema final que deberá haber resuelto la Conferencia será, en este terreno, el siguiente: ¿seguirán los Estados de la UE queriendo actuar solos en temas tan comunes y tan necesitados de eficacia colectiva? El Tercer Pilar y el título VI ofrecen lo ya conocido, la intergubernamentalidad. Y al hacerlo, se excluyen no sólo de los procedimientos comunitarios de decisión sino de la presencia eficaz de la Comisión -con las manos atadas- y del Parlamento Europeo. Hecha la separación de las grandes cuestiones claramente objeto de cooperación, que permanecen en el título VI, ¿se dará el

paso hacia el método de acción que permita progresivamente la configuración de un estatuto coherente para el extranjero no comunitario, residente legal en un Estado miembro; y que suponga el reconocimiento de más de 10 millones de “contribuyentes netos” a la Unión?

Notas

1. En especial, en la regulación material del derecho de asilo y en los criterios habidos para la aceptación del reagrupamiento familiar.

2. Sentencia al TJ de la CE (09.07.87), RFA, Francia, Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido c. Comisión, avis acumulados C-281/85, 283/85, 285/85 y 287/85; Rep.1987, p. 3203 y ss.

3. La primera cooperación intergubernamental para combatir el terrorismo resulta de la creación del Grupo de Trevi, de los ministros de Interior de la CE, con sus grupos y subgrupos de trabajo.

4. Dentro del ámbito de Justicia e Interior hallábamos también, durante los ochenta, además del Grupo “Inmigración”, el Comité Europeo de Lucha Contra la Droga (CELAD); el Grupo de Asistencia Mutua (GAM) competente en ámbito aduanero. Cabe sumarles las nuevas “estructuras operativas Schengen”, creadas en el Convenio Schengen (1985) y en el Comercio de ejecución (1990), contributivas con éxito a la libre circulación de personas.

5. Un TJ sólo competente para la interpretación de convenios que así lo establecen mediante cláusula expresa; un Parlamento Europeo que puede ser consultado por el Consejo, pero que suele ser simplemente informado, sin poder político alguno; una Comisión “asociada”, con un poder de iniciativa limitado a ciertos puntos y compartido con el de los Estados miembros; y un Consejo paralizado por la unanimidad.

6. COM(93) 684 final. JOCE C11: 6 (15.01.94).

7. Proposición de reglamento (CE) del Consejo por el que se establece un modelo tipo de visado. COM(94) 287 final, JOCE C238 (26.08.94), p.8; dictamen del PE, JOCE, C43 (20.02.95); acuerdo político del Consejo, 09.03.95.

8. CONF 3823/97:11. Los párrafos del art.B2 excluidos se refieren al establecimiento de un visado uniforme y a la lista de países que requieren visado, ambas iniciativas ya

materializadas en base al artículo 100C.3. Por otra parte, el documento prevé 4 posibles opciones para adaptar el tipo de control a ejercer por el TJ.

9. JOCE C11: 6-ss (15.01.94), citado repetidamente. Esta posición de la Comisión ha sido mantenida, no sin ciertos complejos, en sus Comunicaciones de 1991 y 1994 sobre inmigración, a los que luego nos referiremos.

10. En el marco de los acuerdos de Schengen, art.22, se prevé una medida específica para el cruce de fronteras interiores por nacionales de terceros Estados, sustituyéndola por la clásica obligación de presentarse ante las autoridades locales competentes, o manifestando su presencia, en los tres días siguientes a su llegada al país.

11. No se observa aquí la calidad de *refugiado* con la que puedan acceder al territorio de un Estado miembro. El 23 de noviembre de 1995, el Consejo actuando en el marco del Tercer Pilar, llegó a una *posición común* en el ámbito de Justicia e Interior sobre la aplicación armonizada por las autoridades nacionales de los Estados miembros de los criterios del art.1 de la Convención de Ginebra, definiendo el término “refugiado” en el examen de una demanda de asilo.

12. Replanteándose el problema eterno del “núcleo duro” de las condiciones sociales aplicables a los trabajadores de tales países en Europa. Ver, a este respecto, la nueva directiva 96/71/CE del PE y del Consejo, 16.12.96 (DOCE L18:1, 21.01.97) sobre desplazamiento temporal de trabajadores, efectuada en el marco de una prestación de servicios.

13. Desgraciadamente, esta línea jurisprudencial abierta se ha visto alterada recientemente en la citada sentencia Bozkurt.

14. En efecto, la base jurídica elegida por el Consejo fue impugnada por el Parlamento Europeo, y anulada por el TJ en su sentencia del 7 de julio 1992 (C-295/90), tras una interesantísima evolución jurisprudencial desde 1985, sentencia Gravier (C-293/83), hasta entrada la década de los noventa.

15. Véase lo dicho sobre la nota de la presidencia holandesa a Dublín II, CONF 3823/97.

16. Proponiendo, como se ha visto, la decisión por mayoría cualificada, propuesta de la Comisión “flanqueada” por el PE, y por las prepropuestas posibles de un Estado miembro, que deberá examinar.

Referencias bibliográficas

Alexander, W. (1992) "Free Movement of Non-EC Nationals: a Review of the Case-Law of the Court of Justice", *European Journal of International Law*, 3: 53-64.

Carlier, J.Y. (1995) "La circulation des personnes dans l'UE", *Journal des Tribunaux - Droit Européen*, 18 mai, p. 98.

CONF 2500: 19-36 (05.12.96).

CONF 3823/97: 1-21 (19.02.97).

Handoll, J. (1995) *Free Movement of Persons in the European Union*, Chischester.

Idot, L. (1994) "Le regroupement familial en droit communautaire à la lumière du décret du 11 mars 1994", *Europe*, 5:1-4.

Jiménez de Parga Maceda, P. (1994) *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid.

López Bellosta, M. (1996) *El reagrupamiento familiar en la Unión Europea*, memoria de investigación, Bellaterra, UAB.

Meijers, H. (1993) *A New Inmigraton Law for Europe?* Utrecht.

Moura Ramos, R.M. (1992) *Les nouveaux aspects concernant la libre circulation des personnes. Vers une citoyenneté communautaire*, contribución al XV Congreso FIDE, Lisboa.

Nadifi, A. (1983) "Le statut juridique des travailleurs maghrébins résidant dans la CEE", *Revue du Marché Commun*, 3: 289 ss.

O'Keefe, D. (1994) "The New Draft External Frontiers Convention and the Draft Visa Regulation", en Monar J. y Morgan R. (eds) *The Third Pillar of the European Union*, Bruxelles.

Sentencias del TJCE

Antonissen, C-292/89 (26.02.91). Bozkurt, C-434/93 (06.06.95), Rep.I-1475. Demirel, as.12/86 (30.09.87), Rep.-3749. Eroglu, C-355/93 (05.10.94). Kermaschek as.40/76 (23.11.76), Rep.-1670. Kus, C-237/91 (16.12.92), Rep.I-6807. Kziber, C-18/91 (31.01.91), Rep. I-199 ss. Sevince, C-192/89 (20.09.90), Rep.I-3461. Taghavi, C-243/91 (08.07.92), Rep. I-4401. Yousfi, C-58/93 (20.04.94), Rep. I-1353.

ÁMBITO COMUNITARIO

(Art.100C)

Política de visados

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 la práctica de 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.
4. La lucha contra la toxicomanía [residual respecto de la competencia exclusiva de los Estados en materia de cooperación judicial penal, aduanera y policial (art.K1.7 a 9)].
5. La lucha contra la defraudación a escala internacional (también residual en los mismos términos antedichos).
6. La cooperación judicial en materia civil.

ÁMBITOS DE INTERÉS COMÚN DE LOS ESTADOS

(art.K1)

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 la práctica de 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.
4. La lucha contra la toxicomanía en la medida en que dicha materia no esté cubierta por los apartados 7 a 9 siguientes.
5. La lucha contra la defraudación a escala internacional en la medida en que dicha materia no esté cubierta por los apartados 7 a 9 siguientes.
6. La cooperación judicial en materia civil.
7. La cooperación judicial en materia penal.
8. La cooperación judicial aduanera.
9. La cooperación policial para la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas de delincuencia internacional, incluidos, si es necesario, determinados aspectos de la cooperación aduanera en conexión con la organización, a escala de la Unión, de un sistema de intercambio de información dentro de una Oficina Europea de Policía (Europol).

ÁMBITO DE INTERÉS NACIONAL

(art.K2.2)

Mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.