

CARLOS DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA

Doctorando Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado y obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2002** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña María Emilia CASAS BAAMONDE, don Javier Esteban VALLEJO SANTAMARÍA, don Carlos FONT BLASCO, don Ignacio GARCÍA PERROTE, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA y don Donato E. TAGLIAVIA LÓPEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

El trabajo de los extranjeros no comunitarios está condicionado, sin lugar a dudas, por su régimen de entrada y salida en el territorio de la Comunidad. Por consiguiente, para hablar del empleo de los inmigrantes es conveniente tratar previamente qué deben hacer para acceder al mercado de trabajo comunitario. Éste es el objeto de nuestro estudio: primero, analizar las competencias que aglutina la Unión Europea en relación con la entrada y salida de los extranjeros no comunitarios; segundo, ver de qué manera puede influir y de hecho influye esta regulación en las legislaciones de los Estados miembros y, por último, estudiar qué atribuciones tiene la Unión para regular las condiciones de trabajo de estos extranjeros y si han aumentado en el Tratado de Niza, última reforma de los Tratados Fundacionales de la Unión Europea.

La principal conclusión a la que llegamos en el trabajo es que las competencias comunitarias en esta materia van progresivamente en aumento, a pesar de las reticencias de los Estados miembros de delegar en una función que afecta en el núcleo de la seguridad de sus territorios.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Las competencias de la Unión Europea.
 - A) Breve referencia a las competencias en los acuerdos de la Unión con terceros Estados u organizaciones internacionales.
 - B) Las competencias comunitarias atribuidas por el Derecho Originario.
 - 1. Las competencias comunitarias hasta el Tratado de Amsterdam.
 - a) La situación hasta 1986.
 - b) El Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht.
 - 2. La regulación en el Tratado de Amsterdam.
 - a) La regulación del Título IV TCE.
 - 1. Se «comunitariza» gran parte del tercer pilar.
 - 2. División de las materias.
 - 3. El artículo 64.1 TCE, límite infranqueable en la regulación de las materias.
 - 4. Plazos para ejercitar las competencias.
 - 5. Procedimiento de adopción de actos.
 - 6. Particularidades del control por el TJCE.
 - 7. Posiciones particulares de algunos Estados miembros en la aplicación del Título IV.
 - b) El artículo 137 TCE de transposición del Protocolo de Política Social.
 - c) La «comunitarización» del Acuerdo de Schengen.
 - 3. Las modificaciones por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.
- III. Las posibles repercusiones de los últimos actos normativos comunitarios en la regulación española.
 - A) En la entrada y salida del territorio. (El Convenio de Schengen y su implicación en los arts. 25 y ss. de la Ley 4/2000).
 - B) En la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. (La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo de los extranjeros no comunitarios está condicionado, sin lugar a dudas, por su régimen de entrada y salida en el territorio de la Comunidad ¹. De ahí que se haya dicho que «el tratamiento de la condición del extranjero (...) está muy conectado con la política migratoria, o sea, con la mayor o menor apertura de las fronteras a los trabajadores extranjeros, y a la política de inserción social de los inmigrados» ² o, desde otro punto de vista, es claro que existe una manifiesta y continuada vinculación entre el permiso de trabajo y la autorización de residencia en nuestro país. Por consiguiente, para hablar del trabajo de los inmigrantes es conveniente tratar previamente qué deben hacer para acceder al mercado de trabajo comunitario. Éste es el objeto de nuestro estudio: primero, analizar las competencias que aglutina la Unión Europea en relación con la entrada y salida de los extranjeros no comunitarios; segundo, ver de qué manera puede influir y de hecho influye esta regulación en las legislaciones de los Estados miembros y, en fin, estudiar qué atribuciones tiene la Unión para regular las condiciones de trabajo de estos extranjeros y si han aumentado en el Tratado de Niza (en adelante, TN) ³, última reforma de los Tratados Fundacionales de la Unión Europea.

Antes de comenzar el estudio, se han de hacer tres precisiones, dos terminológicas y una metodológica. En primer lugar, debemos entender la inmigración como la instalación de un no nacional en un Estado con la intención o finalidad de trabajar en el mismo y, por tanto, la noción de inmigrante es más reducida que la de extranjero ya que ésta «incluiría a individuos tales como turistas, diplomáticos o trabajadores fronterizos que, sin embargo, no pueden ser calificados como inmigrantes» ⁴. En segundo lugar, no podemos incluir dentro de la noción de inmigrante de la Unión Europea a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein ya que, por efecto del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ⁵, a partir del 1 de enero de 1994 están asimilados a los nacionales de los Estados miembros. Por último, nos limitaremos a estudiar el tema desde el único prisma del trabajo por cuenta ajena debido a que este ámbito es suficientemente amplio por sí solo y a que los ángulos de la Seguridad Social y del trabajo por cuenta propia han sido recientemente analizados ⁶.

II. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como establece el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) ⁷ «la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna». Esto que alguna parte de la doctrina ha denominado «principio de atribución» ⁸ significa resumidamente que las Comunidades Europeas no tienen la facultad de

autoatribuirse competencias al margen de las previstas en los Tratados. Como complemento de lo anterior, la Comunidad también puede adquirir competencias por efecto de los Acuerdos alcanzados con otros Estados no miembros de la Unión Europea o con otras Organizaciones Internacionales. Es decir, el Derecho Originario de la Comunidad Europea, básicamente el artículo 310 TCE, permite a la Comunidad «celebrar con uno o varios Estados o con organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares». Por ello, sin llegarse a romper el principio de atribución del artículo 5 TCE, lo cierto es que pueden aumentar sus atribuciones por medio de estos Pactos Internacionales. Aunque las competencias comunitarias devienen de forma mediata de los Tratados Fundacionales, se podrían dividir entre las que vienen establecidas directamente en los Tratados y aquellas provenientes de los compromisos internacionales.

Esto ocurre en la materia objeto de estudio, el trabajo y el acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios, en la que las competencias comunitarias se pueden dividir en:

- A) Competencias adquiridas en Acuerdos Internacionales.
- B) Competencias estipuladas en el Derecho Comunitario Originario.

A) BREVE REFERENCIA A LAS COMPETENCIAS EN LOS ACUERDOS DE LA UNIÓN CON TERCEROS ESTADOS U ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Sin ánimo de exhaustividad debido a que el presente estudio se quiere centrar en las modificaciones acaecidas en las competencias comunitarias establecidas en los Tratados debido al TN y en la repercusión de las mismas en la legislación española, es necesario poner de relieve cómo, por medio de Acuerdos sobre la libre circulación de trabajadores, la Unión Europea tiene también atribuida la regulación de la entrada, residencia, acceso al trabajo y salida de los nacionales de terceros Estados no miembros de la Comunidad. Como se ha dicho, estos extranjeros «podrán gozar de ciertos derechos económicos y sociales, principalmente por su calidad de trabajadores, pero en ningún caso son asimilados pura y simplemente a los nacionales de los Estados miembros»⁹. Existe una excepción a esta regla, que antes adelantamos, constituida por los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein quienes se equiparan a los ciudadanos de la Unión Europea por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Entre los compromisos alcanzados merece destacarse, a título de ejemplo, el Acuerdo de Asociación entre la CEE y Turquía de 12 de septiembre de 1963¹⁰.

La base jurídica de estos acuerdos de cooperación con terceros países, aparte del ya anteriormente mencionado artículo 310 TCE, se puede encontrar para cada materia concreta a lo largo de todo el articulado del TCE. Así, el Tratado atribuye competencias a la Unión para cooperar con ellos en política comercial (art. 133 TCE), educación (art. 149.3 TCE), formación profesional (art. 150.3 TCE), cultura (art. 151.3 TCE), salud pública (art. 152.3), redes transeuropeas (art. 155.3 TCE), investigación [arts. 164 b) y 170 TCE], medio ambiente (art. 174.4 TCE), cooperación al desarrollo (art. 181 TCE) y cooperación económica, financiera y técnica con terceros países (art. 181 A TCE)¹¹.

En estos convenios con terceros Estados se llega a la prohibición de toda discriminación basada en la nacionalidad en lo que respecta a las condiciones de trabajo de los trabajadores de un Estado no miembro de la Unión Europea. Ello conlleva que se les aplicarán las mismas normas y con la misma interpretación que a los ciudadanos comunitarios. Y ello no sólo desde el día en que se alcanza dicho acuerdo y con efectos para el futuro sino también con efecto retroactivo, siempre y cuando el contrato de trabajo al que se aplique expire con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio ¹². Por su parte, la reciente STJCE de 27 de septiembre de 2001 en relación con el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Bulgaria, aunque referida al derecho de establecimiento puede perfectamente aplicarse al trabajo por cuenta ajena, establece que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores comunitarios y los búlgaros es compatible con las competencias de los Estados miembros para aplicar las normas de inmigración. Es decir, el límite de la prohibición de no discriminación está constituido por las normas nacionales relativas a la admisión, estancia y establecimiento de extranjeros no comunitarios y por ello se deniega el derecho a un nacional búlgaro que residía ilegalmente en un Estado miembro.

Por otro lado, el Consejo Europeo en su reunión de Tampere ¹³ concluye en invitar al Consejo a que celebre acuerdos de readmisión para el caso de que una persona no sea admitida en el territorio de la Unión o inserte cláusulas de este estilo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes. Es de señalar que este tema ya había sido previsto con anterioridad por algún Estado miembro. Así, en el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado el 13 de febrero de 1992, se exige la readmisión de los entrados ilegalmente ¹⁴.

B) LAS COMPETENCIAS COMUNITARIAS ATRIBUIDAS POR EL DERECHO ORIGINARIO

1. Las competencias comunitarias hasta el Tratado de Amsterdam.

Podemos dividir esta etapa en dos momentos: a) La situación antes de 1986, momento en el que se aprueba el Acta Única Europea, primera modificación de los Tratados Fundacionales. b) Las reformas acaecidas en el Acta Única y en el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión.

a) La situación hasta 1986.

a') Las competencias en los Tratados Originarios:

En el Tratado de Roma de 1957, las normas que regulan la libre circulación de trabajadores se aplican sólo a quienes siendo trabajadores por cuenta ajena y nacionales de cualquier Estado miembro de la CEE, se desplazan al territorio de otro por motivos laborales ¹⁵. Por consiguiente, en un

principio la Comunidad no tomó en cuenta el trabajo por cuenta ajena de los no comunitarios ya que pensaba que la oferta de empleo en un determinado país se cubriría con la demanda de los trabajadores de otro país miembro que se desplazarían a aquél, consiguiéndose un elevado nivel de ocupación en el mercado comunitario.

El importante crecimiento experimentado por las economías europeas hizo tanto que los desplazamientos intracomunitarios de los nacionales de los Estados miembros se redujeran al mínimo, como que aumentaran la oferta de empleo para trabajadores extranjeros no comunitarios los cuales eran contratados sin ningún problema. Al observar que se seguían contratando trabajadores no comunitarios de forma generalizada al llegar la crisis de los años setenta, la Comunidad pensó en poner en práctica acciones a favor de los trabajadores migrantes nacionales de terceros Estados para, de esta forma, equiparar su régimen jurídico con los comunitarios y desincentivar su contratación. Se planteó pues «la concertación en el seno de la Comunidad de las políticas migratorias frente a terceros Estados y la lucha contra la inmigración clandestina, como medida de defensa del mercado de trabajo interno»¹⁶ frente al desempleo que comenzaba a crecer como consecuencia de la crisis económica. La preferencia en la contratación de los trabajadores inmigrantes procedentes de países terceros frente a los nacionales de la Comunidad motivó los primeros acuerdos entre los países miembros en esta materia.

En un principio, las medidas adoptadas se situaron fuera de las Instituciones comunitarias destacándose el Convenio de Nápoles de 1967 en el que se contempla la asistencia mutua entre las autoridades aduaneras de los Estados miembros. Habría que esperar a mediados de los setenta para que se comience a actuar en el marco de la Comunidad Europea. Se hizo dentro el Primer Programa de Acción Social para los años 1974-1976 por medio de una Resolución del Consejo de 9 de febrero de 1976 relativa a un programa de acción a favor de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias en la que se destaca la importancia de emprender una concertación apropiada de las políticas migratorias frente a terceros Estados amén de la ya aludida colaboración en la lucha contra la inmigración clandestina.

A partir de ella, fue la Cooperación Política Europea el medio utilizado para la cooperación intergubernamental en esta materia. Aunque inicialmente estaba referida a la cooperación en política exterior, se acabó utilizando de cobertura para todo pacto entre los Estados miembros que tuviera por objeto un ámbito o sector no deferido a la competencia comunitaria¹⁷. En este sentido, se podrían mencionar:

- La Resolución de 27 de junio de 1980, sobre orientaciones para una política comunitaria del mercado de trabajo, en la que se pretendía «una concertación adecuada de las políticas migratorias en relación a terceros estados»¹⁸.
- Las Conclusiones del Consejo de 22 de junio de 1984, relativas a un programa de acción social comunitario, en las que se destaca «la importancia de los problemas migratorios y de las actuaciones comunitarias tendentes a: reforzar las políticas que favorezcan la inserción cultural y social de los emigrantes, desarrollar la cooperación de los Estados miembros en materia de control de flujos migratorios procedentes de terceros países, y confron-

tar las políticas de reconversión de los trabajadores migrantes voluntarios para regresar a los terceros países de origen y examinar los vínculos entre estas políticas y las políticas comunitarias de cooperación con esos países»¹⁹.

- Por otro lado, la Comisión adoptó el 8 de julio de 1985 la Decisión 85/381/CEE, por la que se establece un procedimiento de notificación previa y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros países. Esta Decisión fue declarada nula por Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) de 9 de julio de 1987²⁰, posteriormente sustituida por la Decisión de 8 de junio de 1988²¹.
- Por último, el Libro Blanco sobre el mercado interior de 1985 pone de manifiesto la necesidad de intensificar la cooperación en el control de las fronteras exteriores y definir una política de inmigración y asilo común.

a") El Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985:

Al margen de las Instituciones de la Comunidad Europea se llegó a un Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Tiene su origen y su base jurídica en el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 y en el Convenio de aplicación adoptado en la misma ciudad el 14 de junio de 1990²², aunque no entró en vigor hasta el 26 de marzo de 1995. Por el Convenio de 1990 se creó un Comité ejecutivo del sistema del que emana «una compleja maraña de normas, reglamentaciones, prácticas administrativas y mecanismos operativos»²³ denominada «acervo Schengen». Por este pacto que, insistimos, no formó parte del Derecho de la Unión Europea sino hasta el Tratado de Amsterdam, se permite la libre circulación de ciudadanos de terceros países por todos los Estados que componen el «área Schengen», desde el momento de la llegada de los mismos a cualquiera de las fronteras. No sorprende pues la relevancia que se da por los países firmantes de este Acuerdo al control exterior de las fronteras y a la armonización de las políticas nacionales de inmigración, asilo y refugio²⁴. Ha sido en este ámbito donde ha habido una mayor colaboración con respecto a la entrada, permanencia, política de visados, salida, expulsión, etc., de los extranjeros no comunitarios.

b) El Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht.

b') Acta Única Europea:

Firmada en 1986, es un instrumento por el que se amplían los objetivos y las competencias de la Comunidad. Se introduce en el TCE el artículo 8 A (art. 7 A después del Tratado de Maastricht y 14 tras el Tratado de Amsterdam), según el cual el objetivo de un mercado interior «implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado». Al extenderse la libre circulación de los trabajadores a las personas, se necesita reforzar el control sobre las fron-

teras exteriores y definir una política común de asilo e inmigración. No obstante, de los artículos 13 a 19 del Acta Única y la Declaración sobre la libre circulación de personas, se extrae la conclusión de que sigue siendo un ámbito de cooperación interestatal y, por tanto, excluido de la competencia regulatoria comunitaria quien sólo aglutina una genérica atribución de apoyo y fomento de la colaboración entre los Estados miembros en esta materia.

b") Tratado de Maastricht:

El TUE se celebró en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y «no alteró, en lo esencial, por más que incorporase formalmente la cooperación en los asuntos de justicia y de interior al ámbito de acción y al marco institucional único de la nueva Unión Europea (Título VI TUE), la naturaleza intergubernamental de dicha cooperación»²⁵. Las materias objeto de esta colaboración no se traspasaron a la Comunidad salvo alguna residual: en concreto, la determinación de los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de visado para el cruce de fronteras exteriores de la UE y el establecimiento de un modelo uniforme de visado (art. 100 C TCE). Para regular estos aspectos se han aprobado, por un lado, el Reglamento CE 2317/95, de 25 de septiembre de 1995 (DOCE L 234, de 3 de octubre de 1995) por el que se establece la relación de Estados terceros a cuyos nacionales se les exigirá visado para la entrada en la UE, sustituido por el Reglamento CE 574/1999, de 12 de marzo de 1999 (DOCE L 72, de 18 de marzo de 1999, p. 1) y, más recientemente, por el Reglamento CE 539/2001, de 15 de marzo de 2001 (DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001, p. 1), por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Por el otro, la UE adoptó el Reglamento CE 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995 (DOCE L 164, de 14 de julio de 1995, p. 1), por el que se establece un modelo uniforme de visado, modificado ulteriormente por el Reglamento CE 334/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002 (DOCE L 53, de 23 de febrero de 2002).

En el Tratado de Maastricht aunque no se «comunitarizan» las materias, es decir, se delegan plenamente por los Estados a la Comunidad, se concibe una solución para poder delegarlas en un momento determinado. Esta solución la constituyen las llamadas «vías de tránsito» o «pasarelas», esto es, la posibilidad de que por medio de decisión unánime del Consejo se sometieran al procedimiento comunitario las disciplinas del llamado «tercer pilar»²⁶ las cuales en principio estaban excluidas de la competencia reguladora de la Unión pero que de utilizarse esta vía contemplada en el artículo K.9 podrían constituir una auténtica atribución comunitaria. No obstante, se exceptuaban de esta posibilidad los ámbitos de cooperación judicial, aduanera y policial (apartados 7 a 9 del antiguo art. K.1 TUE). Por consiguiente, aunque la competencia de regulación seguía siendo de los Estados miembros ya se empieza a vislumbrar que en un futuro podría ser la Unión la competente al quedar previsto un medio para que, si los propios gobiernos lo consideran oportuno, pudiesen delegar en la Unión. De todas maneras, al excluirse de estas vías de tránsito determinadas áreas se ponen de manifiesto las reticencias de los Estados en delegar completamente a favor de la Comunidad.

Las materias a las que se circunscribía la cooperación en asuntos de justicia e interior venían recogidas en el listado del artículo K.1 TUE, que enumeraba para lo que ahora nos interesa dentro de los nueve «ámbitos de interés común», los siguientes: la política de asilo, el cruce de personas por las fronteras exteriores y la práctica de controles sobre esas personas, la política de inmigración y la relativa a nacionales de terceros Estados en relación con: 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, y c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en territorio de los Estados miembros.

Lo que se quiere poner de relieve es que la competencia en este ámbito seguía siendo de los Estados y la Unión sólo podía fomentar la cooperación interestatal, adoptar acciones comunes en la medida que un objetivo comunitario pudiera alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros (art. K.3) y, en general, tener presentes siempre estos temas en los trabajos de la Comisión, la presidencia y del Parlamento Europeo (art. K.6). No obstante, se mejoran los órganos de cooperación por medio del Comité de Coordinación –o «Comité K.4» en razón del precepto en el que se regula– que atesora no sólo competencias de coordinación sino igualmente capacidad de formular dictámenes y de contribuir en los trabajos del Consejo. Por otro lado, se sigue manteniendo la vía convencional para el avance en estas materias [art. K.3.2 c)], la unanimidad como medio de expresión del Consejo (art. K.4.3) y, además de las ya aludidas acciones comunes, se prevé que los Estados miembros sostuvieran posiciones comunes en las organizaciones internacionales en las que participasen (art. K.5). Por último, el artículo K.3.2 TUE reconocía al TJCE dos mínimas competencias: 1) interpretar las disposiciones de los convenios celebrados en este ámbito, y 2) dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, cuando así se hubiere previsto en el propio convenio en cuestión y de conformidad, siempre, con las modalidades que en él pudieran establecerse.

Este diseño institucional del Título VI TUE «se reveló insuficiente e ineficaz, arrojando escasos resultados»²⁷. Varias son las razones alegadas por la doctrina, entre ellas, la debilidad jurídica de dos de sus principales instrumentos de actuación (las posiciones y las acciones comunes), la lentitud de la vía convencional, la utilización creciente de instrumentos de actuación distintos de los previstos en el Tratado y, precisamente por ello, carentes de efectos jurídicos (Resoluciones, Recomendaciones, Declaraciones, etc.), la necesidad de unanimidad en las votaciones del Consejo y, por último, las escasas competencias de la Comisión y el Parlamento Europeo.

Mención aparte merece el **Protocolo de Política Social**, firmado por todos los miembros de la Unión Europea con excepción del Reino Unido. El hecho de no poder ser incluido en los Tratados se consideró como un auténtico fracaso y como la señal de que los objetivos económicos y monetarios prevalecerían siempre sobre los sociales en la construcción del espacio supranacional europeo. En lo que ahora nos afecta, en el artículo 2.3 de dicho Protocolo aparece por vez primera la competencia del Consejo para decidir por unanimidad sobre «las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Comunidad».

2. La regulación en el Tratado de Amsterdam.

El Tratado de Amsterdam (en adelante, TA) de 2 de octubre de 1997 entró en vigor el 1 de mayo de 1999 y, hasta que lo haga el TN, continúa siendo la regulación vigente. Tres son los aspectos en los que vamos a centrar nuestra exposición: a) La regulación del Título IV TCE. b) El artículo 137 TCE de transposición del Protocolo de Política Social. c) La «comunitarización» del Acuerdo de Schengen.

a) La regulación del Título IV TCE.

El TA establece como objetivo de la Unión «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia» (nuevo art. 2 TUE). En el marco de esta misión comunitaria se regula el nuevo Título IV cuyo título reza «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» (arts. 61 a 69 TCE). Como se puede observar, el legislador europeo ha unido en un mismo título un conjunto de materias heterogéneas sin apenas sistematización, dando lugar a una compleja regulación que provoca inseguridad jurídica. Ésta es quizá la primera conclusión que extraemos y que nos da pie a facilitar el estudio de este Título con las siguientes aclaraciones:

1. Se «comunitariza» gran parte del tercer pilar.

El tercer pilar, como se dijo, se refiere a los ámbitos de justicia e interior. Tras la unión económica y monetaria y la cooperación en la seguridad y política exterior, se consideró esencial para profundizar en la Unión Europea no sólo colaborar los Estados sino delegar sus competencias a las instancias supranacionales. Esto es lo que quiere decir «comunitarizar», ceder a favor de la Comunidad las atribuciones que por su soberanía pertenecen a cada Estado. Por la regulación de este Título IV, pues, la Unión asume competencias en la mayoría de los ámbitos que formaban la cooperación intergubernamental en asuntos de justicia e interior: asilo, refugio, cruce de fronteras exteriores e inmigración. Se exceptúa la «cooperación policial y judicial en materia penal» sin perjuicio de lo establecido en el TUE²⁸ al respecto. A los efectos de este trabajo dejamos de lado la cooperación policial y judicial civil y penal.

2. División de las materias.

Las materias son susceptibles de división a efectos sistematizadores entre las que se refieran al acceso de los inmigrantes a la Unión y aquellas relacionadas con los inmigrantes una vez hayan entrado en la Comunidad.

a) Por las primeras, la Unión asume competencias para adoptar medidas sobre:

- El cruce de las **fronteras exteriores** de los Estados miembros y, en concreto, sobre las normas y los procedimientos que deben aplicarse para el **control de las personas** en dichas fronteras ²⁹ [art. 63.2 a)].
- Las **normas sobre visados** tanto para las estancias no superiores a tres meses cuanto a los de larga duración.

En el primer aspecto se incluye tanto la lista de los terceros países cuyos nacionales tienen la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior y de aquellos cuyos nacionales están exentos de esa obligación, como los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros, un modelo uniforme de visado y las normas para un visado uniforme [art. 63.2 b) TCE] ³⁰.

Por lo que se refiere a la segunda materia, la Comunidad asume competencias sobre las condiciones de entrada y residencia y el procedimiento de expedición de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar [art. 63.3 a) TCE]. En esto último, la competencia comunitaria no sólo es compatible con que las naciones firmantes mantengan o introduzcan disposiciones nacionales compatibles con el Tratado y los acuerdos internacionales (art. 63.4 segundo acápite TCE), sino, como permite la Declaración 18, con que los mismos Estados miembros puedan negociar y celebrar acuerdos con terceros países, siempre que tales pactos respeten igualmente el Derecho Comunitario.

- Los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una **solicitud de asilo** presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país y las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros [art. 63.1 a) y b) TCE]. Sobre las cuestiones relativas a la política de asilo además, según la Declaración número 17, «se entablarán consultas (...) con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con otras organizaciones internacionales pertinentes». Es, por tanto, otra competencia exclusiva de la Unión.
- En cuanto a los **refugiados y personas desplazadas**, la Comunidad asume competencias en la concesión del estatuto de refugiado a los inmigrantes, las normas mínimas de los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado [art. 63.1 c) y d) TCE], normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas que no puedan volver a su país de origen o que por cualquier otro motivo necesiten protección internacional y, por último, la Unión puede fomentar el esfuerzo equitativo de los Estados miembros tanto en la acogida de refugiados y personas desplazadas como en la asunción de las consecuencias de dicho acogimiento [art. 63.2 a) y b) TCE].
- Para terminar con este primer grupo de atribuciones comunitarias, se asumen competencias sobre **la inmigración y la residencia ilegales**, incluida la repatriación de residentes ilegales [art. 63.3 b) TCE]. No obstante, éste es otro punto en el que no se impide el mantenimiento o la introducción de legislaciones nacionales al respecto compatibles con el TCE y los Acuerdos Internacionales.

b) Por lo que se refiere a las atribuciones de la Unión en relación con los inmigrantes una vez que ya estén dentro del territorio comunitario, se pueden destacar las siguientes:

- La adopción de medidas para garantizar, de conformidad con el artículo 14 TCE ³¹, la **ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores**, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países [art. 62.1 TCE].
- La competencia de regular las medidas que establezcan las **condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros** durante un período superior a tres meses [art. 62.3 TCE].
- El establecimiento de reglas que definan los derechos y las **condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros** [art. 63.4 TCE]. Estas reglas comunitarias se establecerán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para mantener o introducir disposiciones nacionales compatibles con aquéllas, con el TCE y con los Acuerdos Internacionales.

Por último, el artículo 66 TCE establece otra atribución, difícil de situar en la clasificación desarrollada, referida a la competencia del Consejo para, según el procedimiento del artículo 67 TCE ³², tomar medidas para garantizar la cooperación en los ámbitos antes referidos (control de las personas en el cruce de las fronteras, normas de visados, refugios y personas desplazadas, etc.) entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros y entre éstos y la Comisión.

3. El artículo 64.1 TCE, límite infranqueable en la regulación de las materias.

Por este precepto los Estados miembros conservan la posibilidad de, aun existiendo regulación comunitaria, ejercitar «las responsabilidades» para el «mantenimiento del orden público y salvaguarda de la seguridad interior». En el ejercicio de estas responsabilidades «los Estados miembros podrán tener en cuenta consideraciones de política exterior» según establece la Declaración número 19. No se sabe bien qué quiere decir la norma al referirse al término «responsabilidades», ya que podría ser un sinónimo de competencias. No creemos que sea ésa la intención del legislador comunitario sino que hace referencia a que, aunque sea una faceta comunitarizada, los Estados miembros mantienen una especie de «derecho de veto», posibilidad de no aplicar una regulación comunitaria cuando piensen que puede no ser conveniente para el mantenimiento del orden público. Más aún, la preocupación por la seguridad interna llega hasta tal punto que el artículo 68.2 TCE excluye del control jurisdiccional del TJCE «las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 (medidas encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores) relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguarda de la seguridad interior» ³³. Se puede comprobar cómo los Estados no quieren dejar de tener cierta competencia en esta materia y es que no debemos olvidar que las políticas de inmigración, asilo y refugio siempre han estado «tradicionalmente vinculadas al núcleo duro de la soberanía de los Estados» ³⁴. Existe, con todo, una matización a este límite, recogido en el apartado segundo de este artículo 64 TCE: «En el caso de que uno de los Estados miembros se enfrente a una situación de emergencia

caracterizada por la llegada repentina de nacionales de terceros países (...) el Consejo podrá adoptar, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, medidas provisionales por un período máximo de seis meses en beneficio de los Estados miembros afectados»³⁵. Nótese la indeterminación del término «provisionales» que dificulta su control jurídico. No obstante, será a dicho control jurisdiccional al cual tendremos que esperar para integrar el contenido real de esta declaración.

4. Plazos para ejercitar las competencias.

En cuanto al plazo para ejercitar las competencias, hay que distinguir entre las materias que deben regularse en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del TA y aquellos otros ámbitos no vinculados a un calendario concreto. Como regla general, se establece que las competencias comunitarias deben ser ejercitadas en el plazo de cinco años pero se exceptúan tres atribuciones en absoluto secundarias, a saber: el fomento comunitario del esfuerzo de los Estados miembros en la acogida de refugiados; la legislación de las condiciones de entrada, residencia y de los procedimientos de expedición de visados de larga duración y permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar y, por último, el establecimiento de reglas para que los inmigrantes que residan legalmente puedan hacerlo en otro Estado miembro. Se puede comprobar, pues, cómo existen unas materias cuya ordenación merece una especial atención para la Unión y otras de menor urgencia. Es de resaltar que entre estas últimas se sitúa la regulación de las condiciones de entrada, permisos de residencia y de los visados de larga duración por su especial vinculación con el permiso de trabajo de los inmigrantes³⁶.

A tenor de esta última precisión podría hacerse una primera valoración de la regulación que se comenta y es que si bien es cierto que la Unión Europea ha asumido competencias en las políticas de inmigración, asilo y refugio, culminando en cierta medida el gradual proceso de comunitarización que se ha venido estudiando en páginas anteriores, también es cierto que nos encontramos a medio camino de una atribución comunitaria plena debido, en primer lugar, a que varias de las competencias normativas son o de condiciones mínimas o compatibles con otras que los Estados dispongan, en segundo lugar, a que existe el límite del artículo 64 TCE sobre salvaguardia del orden público y la seguridad interior y, en fin, a que se han exceptuado del plazo de cinco años competencias regulatorias importantes.

5. Procedimiento de adopción de actos.

Nos encontramos, en cuanto al procedimiento de adopción de actos (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes), con el establecimiento de un período de transición hasta pasados cinco años desde la entrada en vigor del TA (1 de mayo de 2004).

Durante ese tiempo, rige un sistema especial de decisión establecido en el artículo 67 TCE por el cual el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo. Por consiguiente, por este método decisorio, la

Comisión no tiene el monopolio de la iniciativa y el Parlamento Europeo ostenta la más débil de sus intervenciones posibles³⁷. Como excepción, el Consejo decide por mayoría cualificada y la Comisión detenta el monopolio de iniciativa en las materias que el TUE ya había comunitarizado: lista de países cuyos nacionales vienen obligados a ser titulares de visado y aquellos que están exentos de tal coerción y, por otro lado, las normas para un modelo uniforme de visado [arts. 62.2 b) incisos i) e iii) TCE].

Pasado el período transitorio de cinco años desde la entrada en vigor del TA, se podrá decidir no por unanimidad del Consejo sino por el procedimiento de codecisión, en los términos del artículo 251 TCE, por el que regirá la mayoría cualificada y en el que intervendrán tanto el Consejo como el Parlamento Europeo. No obstante, este sistema no regirá de modo automático transcurridos los cinco años, sino que requerirá la decisión unánime del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo. Como excepción, se aplicará de forma mecánica este régimen de codecisión para los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros y para las normas para un visado uniforme [letras ii) y iv) del art. 62.2 b) TCE]. Por último, para el supuesto que haya transcurrido el período transitorio y que el Consejo no haya decidido por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo la aplicación del procedimiento de codecisión, el primer párrafo del artículo 67.2 TCE establece que el Consejo entonces decidirá ya sólo a propuesta de la Comisión (recuperando el monopolio de la iniciativa), si bien ésta estudiará cualquier petición que le haga un Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo.

Por otro lado, según establece el segundo inciso del artículo 67.2 TCE, el Consejo adoptará una decisión, previa consulta al Parlamento Europeo, con la finalidad de que todos o parte de los ámbitos de los que trata el Título IV puedan regirse por el procedimiento de codecisión. Este párrafo debe completarse con la interpretación dada por la Declaración número 21 aneja al Acta Final del TA, la cual conmina al Consejo a, si es necesario, examinar el contenido de la citada decisión para que el procedimiento del artículo 251 TCE rija en esta materia una vez concluido el período transitorio.

El hecho de que exista un procedimiento de adopción de actos peculiar para todo lo relacionado con la inmigración y, por ello, que no se aplique el artículo 251 TCE, es otro síntoma de la especialidad de esta materia o, mejor dicho, que en realidad nos encontramos en un punto intermedio hasta la plenitud del sistema de atribución de competencias a la Unión Europea por parte de los Estados miembros³⁸.

6. Particularidades del control por el TJCE.

Aparte de lo ya comentado de la imposibilidad de control por el Tribunal de Justicia de los actos de los Estados miembros en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior, establecido en el artículo 68.2 TCE, dos precisiones deben hacerse en torno al control del TJCE. Por un lado, según queda establecido en el primer apartado del artículo 68 TCE, existe particularidad en cuanto a los órganos jurisdiccionales nacionales que pueden elevar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo ya que, a diferencia del artículo 234 TCE que reconoce esta facultad a cualquier órgano jurisdiccional, con independencia de si sus resoluciones son o

no susceptibles de recurso, en este ámbito sólo pueden ser aquellos «cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno». No obstante, este órgano quedará sujeto a plantear la cuestión prejudicial «si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo», como queda claro al utilizar el precepto estudiado el imperativo «pedirá».

En segundo lugar, tal y como establece el artículo 68.3 TCE «el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada».

Por consiguiente, estamos ante una cuestión de interpretación que no debe encuadrarse dentro de un pleito o litigio concreto sino que será una cuestión «abstracta»³⁹ que no tendrá efectos sobre las resoluciones con fuerza de cosa juzgada, pero sí, *a sensu contrario*, sobre los procesos aún sin finalizar.

Ésta sigue siendo una regulación *sui generis* sólo aplicable hasta que el procedimiento de codecisión no rija para las materias del Título IV. De este modo, el artículo 67.2, segundo párrafo, es otro exponente más de que se trata de disposiciones de tránsito hasta que la Unión Europea asuma todas las competencias y los procedimientos como cualquier otra política comunitaria más.

7. Posiciones particulares de algunos Estados miembros en la aplicación del Título IV.

A las especialidades ya estudiadas en cuanto competencias, plazos y procedimientos, debe unirse la singularidad, propia de una materia de reciente comunitarización en la que algunos Estados miembros desconfían, en cuanto a la aplicación del Título IV TCE. Y es que según queda establecido en el último precepto del mismo, el artículo 69 TCE, y los Protocolos 3, 4 y 5 anejos al TUE y al TCE, Dinamarca, Reino Unido e Irlanda mantienen una posición particular, y por ello distinta a la del resto de los Estados miembros, en cuanto a la aplicación de éste.

b) El artículo 137 TCE de transposición del Protocolo de Política Social.

El TA consigue un singular avance en la Política Social de la Unión Europea unificando el doble régimen jurídico que se instauró por el TUE⁴⁰.

Como es sabido, en Maastricht la materia social sufre un duro revés con la negativa del Reino Unido a firmar el Acuerdo de Política Social no pudiendo ser incluido directamente en los Tratados y mantenido como Protocolo aplicable a todos los Estados miembros menos al anteriormente citado. Por consiguiente, existía una regulación válida para todos los Estados firmantes, el Título VIII TCE, y, por otro lado, el Protocolo anexo que, repetimos, vinculaba a todos los Estados con excepción del Reino Unido. El TA unifica la materia de Política Social del Derecho originario en el Título

XI TCE dividido en tres capítulos: «Disposiciones sociales», «Fondo Social Europeo» y «Educación, formación profesional y juventud». A nuestros efectos, nos centraremos en un párrafo del primer capítulo, en concreto en el artículo 137 TCE.

Por el apartado tercero del artículo 137 TCE, del que se ha dicho que se ha convertido en el «artículo central de la Política Social Comunitaria»⁴¹, la Unión Europea asumirá competencias en cuanto a la regulación de las «condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad». Se trata de una concreción del más amplio objetivo comunitario de mejorar las condiciones de vida y de trabajo (art. 136 TCE).

Sobre esta competencia conviene afirmar, en primer lugar, que se limita en cuanto a su ámbito de aplicación a la regulación de condiciones para los inmigrantes legales. Por otro lado, si seguimos una interpretación sistemática del precepto, al ponerlo en relación con el apartado segundo vemos que, aunque no se diga expresamente, las competencias comunitarias se refieren a la posibilidad de dictar directivas, no cualquier otro acto normativo (Reglamentos, etc.) y, además, directivas de disposiciones mínimas. Esto último se ve confirmado por el numeral quinto del mismo artículo 137 TCE ya que «las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el presente Tratado». Además, según el apartado sexto, en caso de regulación al respecto no afectará «a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal» debido a que son materias excluidas al legislador comunitario por expresa autolimitación del precepto. Por otro lado, la redacción del precepto no deja claro si, en los ámbitos del apartado tercero, el Consejo Europeo también tiene competencias para «fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, y promover fórmulas innovadoras y experiencias de evaluación con el fin de luchar contra la exclusión social» (último párrafo del 137.2 TCE). La finalidad que mueve estas atribuciones, la lucha contra la exclusión social, y el hecho de que ésta se dé con frecuencia entre los inmigrantes, parece empujar a una interpretación afirmativa. Por último, la regulación viene marcada por la necesidad de unanimidad del Consejo para decidir sobre la materia, tras una previa y simple consulta al Parlamento Europeo. Por tanto, este último requisito dificulta nuevamente la adopción de medidas en la práctica, lo que, unido al carácter mínimo de la atribución comunitaria, da como resultado un tímido avance en el camino de la Unión Europea para conseguir normativizar los detalles de la regulación del trabajo de los inmigrantes en el territorio comunitario.

c) La «comunitarización» del Acuerdo de Schengen⁴².

Como ya quedó dicho⁴³, el Acuerdo de Schengen nació como una cooperación reforzada entre los países firmantes, al margen de la Comunidad Europea. En el TUE se inserta el Título VI que materialmente coincide en líneas generales con el acervo Schengen el cual, sin embargo, no se integra dentro de las instituciones comunitarias. Por consiguiente, tras Maastricht, en este ámbito ocurría algo semejante a lo que sucedía en la política social, a saber, existían dos regímenes jurídicos diferenciados: uno de ellos –el Título VI TUE– aunque era sobre todo cooperación interguberna-

mental vinculaba a todos los Estados miembros; el otro –Schengen–, externo a la Unión, afectaba sólo a algunos de éstos. Si añadimos a la regulación del TUE lo establecido sobre visados en el antiguo artículo 100 C TCE, podríamos afirmar que existía prácticamente un solapamiento entre ambos sistemas que demandaba una solución jurídica, que vino con el TA. En efecto, en el Protocolo 2 anejo al TUE y al TCE se decide integrar el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (en adelante, PIAS). Esta integración constituye una extraordinaria operación de «ingeniería jurídica» que merece ser estudiada con detenimiento.

Por el citado PIAS, todos los Estados miembros autorizan a los trece signatarios de los Acuerdos de Schengen (todos menos Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), a instaurar entre sí, se dice literalmente, una «cooperación reforzada»⁴⁴. Esta solución se explica aparte de por la referida situación de los dos países que son miembros de la Unión pero no así de Schengen, porque existen otros Estados que, viceversa, sí pertenecen a Schengen y no a la UE y por la peculiar posición de Dinamarca en el Convenio de la tan reiterada ciudad europea. Dicha cooperación reforzada quedará instalada en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea (art. 1 PIAS). Esta integración se confirma con cuatro datos: 1) La estructura orgánica del sistema Schengen es sustituida por la propia de la Unión, ya que el Consejo Europeo hereda las atribuciones del Comité ejecutivo creado por el Convenio de 1990 (art. 2.1 PIAS) y la Secretaría General del Consejo releva a la de Schengen [Decisión del Consejo 1999/307/CE, de 1 de mayo (DOCE L 119, de 7 de mayo de 1999) en relación con el art. 7 PIAS]; 2) El acervo Schengen deberá aceptarse por cualquier candidato a la ampliación de la Unión Europea (art. 8 PIAS); 3) El Tribunal de Justicia de Luxemburgo asume las competencias de control de la legalidad del acervo Schengen, si bien dicho control queda cercenado al no alcanzar a «las medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden así como a la salvaguarda de la seguridad interior» (art. 2.1, párrafo 3.º PIAS); y, lo más importante, 4) El desarrollo del acervo de Schengen estará sometido a las disposiciones del Tratado (art. 5.1 PIAS). Para ello, el Consejo quedó obligado a determinar la base jurídica comunitaria que legitimase la adopción de decisiones o disposiciones que constituyan el acervo Schengen (art. 2.1.2.º párrafo PIAS). Para el tiempo en que estuviera en vigor el TA y no se hubiera determinado esta base jurídica, el Protocolo soluciona el problema estableciendo que lo determinado en el 5.1 era de aplicación «aun cuando el Consejo no haya adoptado las medidas contempladas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2» (art. 5.2 PIAS) ya que «se considerarán actos basados en el Título VI del TUE» (art. 2.1 último acápite PIAS).

No obstante, este período transitorio se superó pronto con el establecimiento de la base jurídica comunitaria del acervo Schengen por la Decisión del Consejo 1999/436/CE de 20 de mayo (DOCE L 176, de 10 de julio de 1999), que separa las materias según estén incluidas en el Título VI TUE o en el Título IV TCE. De esta manera, las futuras decisiones de desarrollo del acervo Schengen deberán vincularse con un precepto de algún Tratado Originario según la distribución de materias realizada por esta Decisión del Consejo.

Por otro lado, el PIAS soluciona todos los problemas de coincidencia de ámbitos de aplicación entre el Acuerdo de Schengen y los Tratados Fundacionales anteriormente mencionados de la siguiente manera⁴⁵: Dinamarca, según el artículo 3 PIAS, mantiene una posición especial con respecto a las medidas de desarrollo del acervo Schengen que tengan su base en el Título IV TCE pero no así con las vinculadas al Título VI TUE. Irlanda y el Reino Unido, por su parte, que no asumie-

ron los acuerdos de Schengen, «podrán solicitar en cualquier momento participar en algunas o en todas las disposiciones de dicho acervo» (art. 4 PIAS) ⁴⁶. En este caso, a la unanimidad de los trece estados firmantes se debe agregar la del representante del Estado que haya decidido apoyar estas prácticas (arts. 2 y 5 PIAS). Al respecto, debe hacerse mención también a las Declaraciones 45 y 46. Por la primera, se invita al Consejo a recabar el dictamen de la Comisión antes de tomar una decisión sobre la solicitud de Irlanda o el Reino Unido de adherirse a una disposición del acervo Schengen y se llega al compromiso de hacer los mejores esfuerzos para que estos países hagan uso de la vía de participación que contempla el PIAS y, por la segunda, se pretende hacer todo lo posible para que en las futuras medidas de desarrollo del sistema Schengen se integren todos los Estados miembros. En fin, para solucionar la situación con los dos países no miembros de la Unión el artículo 6 PIAS establece que el Consejo celebrará por unanimidad de los Estados firmantes dos acuerdos con Islandia y Noruega. Uno, de asociación a la ejecución del acervo de Schengen en el que también deberá preverse la repercusión financiera de la misma ⁴⁷; y el otro, para determinar los derechos y obligaciones entre Irlanda y el Reino Unido, por un lado, e Islandia y Noruega por otro. En la Declaración 47 se pone de manifiesto el deseo de las partes para intentar que estos acuerdos entraran en vigor en la misma fecha que el TA.

Para terminar, al integrar el acervo Schengen en la Unión Europea se intentó identificar sus múltiples instrumentos y actos de diverso rango y determinar cuáles se encontraban en vigor. Sin embargo, este objetivo no se logró plenamente ya que el Anexo del PIAS tras hacer una relación del Acuerdo y el Convenio de Schengen y de los Protocolos y acuerdos de adhesión de los sucesivos países firmantes, incluyó un inciso genérico en el que mencionaba las «decisiones y declaraciones adoptadas por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio de aplicación de 1990, así como actos adoptados para la aplicación del Convenio por instancias a las que el Comité Ejecutivo haya atribuido competencias decisorias». El problema quedó resuelto, al poco tiempo de entrar en vigor el TA, con la enumeración de decisiones y declaraciones en vigor que realizó el Consejo por medio de la Decisión 1999/435/CE, de 20 de mayo (DOCE L 76, de 10 de julio de 1999).

3. Las modificaciones por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.

- *En el Título IV TCE*

«La reforma de Niza ha tenido un claro objetivo: preparar a la Unión Europea para las futuras ampliaciones» ⁴⁸. Uno de los instrumentos elegidos para ello ha sido el incremento de ámbitos de actuación decididos por mayoría cualificada dentro del procedimiento de codecisión, considerado un método más flexible que permite una actuación más rápida y que en la práctica conseguirá, dado que se está perdiendo la homogeneidad que ha caracterizado a la Unión Europea, un funcionamiento más fluido de las instituciones comunitarias, no como factor de fragmentación sino como motor de fijación de metas más ambiciosas de integración.

En este sentido, en el Título IV TCE, por medio de la inclusión de un apartado quinto en el artículo 67 TCE, un Protocolo sobre este artículo y la Declaración quinta de la Conferencia, se han producido las siguientes modificaciones:

En general, se seguirá aplicando el procedimiento especial del artículo 67 TCE de decisión de actos establecido por el TA y que fue explicado más arriba ⁴⁹. Pero, por un lado, se aumentan los casos en que tras el período transitorio se aplique directamente el procedimiento de codecisión y, por otro, se prevé que en determinados ámbitos el procedimiento del artículo 251 TCE sea diferido, no a la llegada del 1 de mayo de 2004 (finalización del período de transición), sino a que se alcance un acuerdo sobre la materia (lo que puede suceder con antelación a la citada fecha). Además, se concibe un procedimiento especial para la competencia del artículo 66 TCE. Vayamos por partes.

El TA previó, como sabemos, que una vez concluidos los cinco años desde su entrada en vigor (período transitorio entre 1 de mayo de 1999 y 1 de mayo de 2004), se aplicase el procedimiento de codecisión establecido en el artículo 251 TCE siempre que así fuese decidido unánimemente por el Consejo previa consulta al Parlamento Europeo. Como excepción, se aplicará de forma mecánica este régimen de codecisión para los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros y para las normas para un visado uniforme [letras ii) y iv) del artículo 62.2 b) TCE]. Pues bien, el TN ha aumentado los supuestos que dicha aplicación rige de forma automática, es decir, ha incrementado las excepciones. Y así se hará, para las medidas del artículo 62.3 TCE –de condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros–, y en las previstas en el artículo 63.3 b) TCE –sobre inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales–.

Por su parte, el TN ha previsto que la aplicación del procedimiento del artículo 251 TCE pueda vincularse no sólo a la finalización del período transitorio sino además a la consecución de un acuerdo en determinadas materias con lo que cabe la posibilidad de que, de alcanzarse dicho concierto, pueda la Unión ajustarse a dicho sistema en esos ámbitos antes del 1 de mayo de 2004. Así ocurre en el supuesto previsto en el artículo 62.2 a) TCE –normas y procedimientos para la realización de controles sobre las personas en las fronteras exteriores–, una vez que se alcance pacto en dicho aspecto, en el contemplado en el artículo 63.1 TCE –asilo– y en el del artículo 63.2 a) TCE –normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional– en estos últimos casos «siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias» (nuevo apartado quinto del art. 67 TCE, introducido por el TN).

Por último, el Protocolo sobre el artículo 67 TCE establece que en la materia del artículo 66 TCE –medidas para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros y de éstos con la Comisión– actualmente regido por el procedimiento del 67 TCE, a partir de la conclusión del período transitorio se decida por mayoría cualificada y no por unanimidad del Consejo pero, a diferencia del procedimiento del 251 TCE, siga reinando la consulta y no la codecisión con el Parlamento Europeo.

Estas modificaciones, sin duda moderadas, refuerzan la conclusión a la que se llegó en el TA. Es decir, que nos encontramos con un nuevo paso intermedio para que la política de inmigración sea una competencia comunitaria en igualdad de condiciones con otras atribuciones europeas. Y es que en este ámbito parece que son necesarios un número mayor de pasos, pequeños todos ellos, para que los Estados miembros decidan delegar en la organización supranacional este aspecto tan relacionado con la seguridad y el orden público interno. No obstante, las áreas que se han intentado facilitar, en absoluto secundarias, denotan el interés de la Comunidad por acelerar este proceso de delegación.

- *En el artículo 137 TCE*

El artículo 137 TCE ha sido modificado por el apartado noveno del artículo 2 tanto del TN como de la Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza. Esta modificación, a primera vista importante, resulta ser más una aclaración de redacción que una rectificación de contenido material. Es, pues, más una revisión de forma que de fondo.

En efecto, el precepto, por un lado, ya no tiene dos listados de materias sino que se unifican en el primer apartado los ámbitos en los cuales «la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados miembros» por medio tanto del fomento de la cooperación entre las Administraciones como de la adopción de directivas. En la anterior redacción del artículo se podía seguir idéntica interpretación pero la forma en que se renueva la literalidad ayuda, sin duda, a entender más fácilmente la intención del legislador comunitario. Se aclara, por otro, las competencias sobre estas materias que son atribuidas a la Unión y se siguen diferenciando, como en el TA se hacía, los procedimientos de decisión del Consejo según a la materia a la que se refieran. No obstante, en el TN se prevé una vía de tránsito entre ambos sistemas de decisión, cosa que no se incluía en el TA. Por último y como novedad, también se dispone un límite nuevo a la regulación que puedan llevar a cabo las instituciones comunitarias.

En lo que a nosotros ahora nos interesa y concretando lo establecido en el párrafo anterior, las competencias sobre «las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad» [art. 137.1 g) TCE] son dobles, ya que la Comunidad por medio del Consejo Europeo podrá para «apoyar y completar la acción de los Estados»:

1. Fomentar la cooperación entre los Estados miembros, excluyendo toda actividad armonizadora, de dos maneras; a) mediante la mejora o el incremento de los conocimientos de las prácticas que cada país lleva a cabo y b) promoviendo fórmulas innovadoras y evaluando sus resultados cuando sean puestas en marcha.

Sobre esta atribución cabe resaltar que, a diferencia de lo que ocurría en el TA, ya no es vinculada a la lucha contra la exclusión social por lo que puede incrementarse su ámbito y, además, que con esta nueva redacción se aclaran las posibles dudas sobre si esta competencia se refería o no a las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Comunidad.

2. Adoptar directivas de mínimos. Al límite ya establecido en la regulación del TA de la posibilidad de «los Estados miembros de mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el presente Tratado» (párrafo segundo, art. 137.4 TCE), se añade otro por el que «las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste» (párrafo primero, art. 137.4 TCE).

La novedad más importante, sin duda, es la introducción por el TN de la posibilidad para que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, pueda decidir que el procedimiento del artículo 251 TCE pueda aplicarse a las letras d), f) y g) del primer apartado del artículo 137. Esto es, a pesar de mantenerse la regulación de las condiciones laborales de los inmigrantes fuera del procedimiento de codecisión y por mayoría cualificada, se prevé una «vía de tránsito» para, si los Estados miembros lo deciden, poder adoptar decisiones al respecto de un modo más flexible y, en la práctica, más efectivo. Se trata, por tanto, como ocurre con el nuevo artículo 67 del Título IV TCE, de un nuevo paso adelante para que la Unión Europea sea la competente en todo lo relacionado con el trabajo de los extranjeros no comunitarios. Es un camino del que ya no hay marcha atrás y que cada vez se convierte en mayor referencia para la regulación por la Comunidad de las condiciones de trabajo también de los ciudadanos de la Unión de las que ahora, según el artículo 140 TCE, se limita sólo a fomentar la colaboración entre los Estados miembros y a facilitar la coordinación de sus actuaciones en esta materia o, según se desprende del artículo 142 TCE, a procurar mantener la equivalencia entre los regímenes de vacaciones retribuidas. Esta solución no iría en contra del principio de subsidiariedad regulado en el artículo 5 TCE que, como se sabe, limita la legislación comunitaria a que regule aquellas cuestiones que responden a objetivos que no pueden ser alcanzados con la sola intervención de las regulaciones nacionales ya que puede lograrse mejor a nivel comunitario.

III. LAS POSIBLES REPERCUSIONES DE LOS ÚLTIMOS ACTOS NORMATIVOS COMUNITARIOS EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

La actuación comunitaria tiene un indudable efecto reflejo en la regulación española y de ello dan buena muestra numerosos actos normativos. Analizaremos en este epígrafe, por un lado, cómo afecta a la entrada y salida de nuestro territorio, es decir, cómo ha incidido la regulación europea, fundamentalmente el Acuerdo de Schengen y su Convenio de Aplicación, en los artículos 25 y siguientes de la Ley de extranjería e integración social⁵⁰ y su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio y, por otro lado, en qué medida puede incidir la legislación comunitaria, y más concretamente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente con ocasión del Consejo Europeo de Niza del 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, en la titularidad y el ejercicio de los derechos para los extranjeros no comunitarios.

A) EN LA ENTRADA Y SALIDA DEL TERRITORIO. (El Convenio de Schengen y su implicación en los arts. 25 y ss. de la Ley 4/2000)

El Capítulo I, «De la entrada y salida del territorio español», del Título II «Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros», de la Ley 4/2000, artículos 25 a 28 y su desarrollo reglamentario, vienen impuestos por la normativa comunitaria; básicamente –aunque no sólo– por el Convenio de Schengen que, como ya se dijo ⁵¹, supone un espacio sin fronteras interiores y fue comunitarizado en el TA.

No vamos a realizar un estudio pormenorizado del régimen jurídico de la entrada y salida de nuestro ámbito geográfico sino que nos limitaremos a intentar descubrir dónde ha quedado patente la huella de los actos normativos comunitarios y, si en algún caso no se ha cumplido, por ser incompatible la regulación española aprobada, con las obligaciones adquiridas con la firma de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea y su legislación de desarrollo.

- La entrada en nuestro territorio se ha de realizar «por los puestos habilitados al efecto» (art. 25.1 Ley 4/2000). Desde la entrada en vigor del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (para lo que sigue, CAS) de 19 de junio de 1990, el 26 de marzo de 1995, los puestos fronterizos terrestres de carácter fijo fueron eliminados por Resolución de 21 de marzo de 1995, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores que anunció públicamente la obligatoriedad de las disposiciones del acervo Schengen. Asimismo, se fijaron las fronteras exteriores del espacio Schengen concretándose en dieciocho puertos, veintiséis aeropuertos y cuatro puestos fronterizos terrestres (Ceuta, Melilla, La Seo de Urgel y La Línea de la Concepción) ⁵². El artículo tercero del CAS especifica que el paso por estos pasos fronterizos será durante las horas de apertura y el sexto puntualiza que en los mismos se hará un control exhaustivo para prevenirse «de peligros para la seguridad nacional y el orden público de las Partes Contratantes».
- Para la entrada, siguiendo lo establecido en el artículo 5.1 c) CAS, el artículo 25.1 de la Ley 4/2000 exige presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España y, según dispone aquel artículo del CAS, «para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada». «La imposición de estas condiciones pretende ser un filtro de la entrada de extranjeros, principalmente de los que no están obligados a presentar visado y de los que presentan un visado de turista» ⁵³.
- Tanto la entrada como la prohibición de acceso rigen para todo el territorio del espacio Schengen, no obstante, el artículo 5.2 del CAS prevé una excepción a esta regla cual es la de que para el caso de que un extranjero no cumpla con todas las obligaciones requeridas, el Estado miembro que esté conociendo el caso puede admitirle «por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales. En tal caso –y aquí se encuentra la peculiaridad– la admisión quedará limitada al territorio de la Parte Contratante de que se trate, la cual deberá advertir de ello a las demás Partes Contratantes» ⁵⁴.

- Dentro del primer apartado del artículo 26 de la Ley 4/2000, que se encarga de enumerar las causas que imposibilitan la entrada en nuestro territorio, se hace una alusión genérica a los Convenios internacionales en los que España es parte. Esta remisión ha de entenderse hecha al CAS y, más concretamente, al artículo 96 del mismo que prevé una «Lista de no admisibles» del Convenio en la cual «se introducirán sobre la base de una descripción nacional» aquellas personas que supongan una «amenaza para el orden público o la seguridad nacional» a juicio del Estado que proponga su inclusión en el listado. Dos son las precisiones a realizar al respecto; por un lado, que en este artículo se esconde nuevamente la filosofía o política de derecho que opta por una comunicación de las decisiones a nivel del espacio Schengen de tal forma que lo que un Estado decida determina a los demás miembros. Por otro, conectado también con lo anterior, que un aspecto que se comunica es tan delicado como la noción de orden público y de seguridad interior, la cual va a trascender de los límites de su Estado, aun cuando lo que para éste sea peligroso para su orden público puede que no lo sea para otro ⁵⁵. Por otro lado, en consonancia con los artículos 110 y 111 CAS, el artículo 19.4 Real Decreto 864/2001 prevé que «al margen de que el interesado haya presentado recurso contra la misma [la resolución denegatoria de la entrada] o no, el extranjero conocedor de una prohibición de entrada por su inclusión en la lista de personas no admisibles, podrá encauzar a través de la Oficina consular una solicitud escrita dirigida al Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior si quisiera ejercer su derecho de acceso a sus datos o a solicitar la rectificación supresión de los mismos en el Sistema de Información de Schengen».
- Como ya tuvimos ocasión de mencionar ⁵⁶, existen determinados extranjeros que no necesitan presentar visado ya que son nacionales de un país incluido dentro del Reglamento CE 539/2001 de 15 de marzo de 2001. El artículo 25.2 de la Ley 4/2000 contempla y legitima esta posibilidad.
- En cumplimiento del artículo 22 CAS y debido al silencio de la Ley 4/2000, el artículo 29 Real Decreto 864/2001 establece el deber de los nacionales de los Estados miembros de comunicar su entrada en el plazo máximo de 72 horas o en el puesto fronterizo o en la Comisaría de Policía u Oficina de extranjeros más cercana con la finalidad de controlar la circulación de los mismos.
- La reforma de la Ley 4/2000 que llevó a cabo la Ley Orgánica 8/2000 enmendó el error en la omisión de las obligaciones que el Convenio de Schengen imponía a los transportistas de extranjeros. De esta manera introdujo en el artículo 66 una regulación muy criticada por un sector de la sociedad que considera que aumenta la inseguridad jurídica y los márgenes de arbitrariedad al convertirse las compañías en los responsables de dar o denegar el embarque ⁵⁷. Y es que en dicho artículo 66 se incorporan varias obligaciones para los transportistas desarrolladas por el artículo 30 de su Reglamento. A saber, comprobar la validez y vigencia de los pasaportes o títulos de viaje de sus clientes, así como la autenticidad de sus visados; deberán hacerse cargo de la manutención de aquellos extranjeros que hayan transportado y no hayan sido admitidos; y, finalmente, deberán conducir de forma inmediata a dichos extranjeros o bien al Estado de origen o bien a cualquier otro donde se garantice su admisión. Habrá que esperar a la práctica forense para determinar hasta dónde vienen obligadas las compañías de transporte.

- Por último, el artículo 17 de la Ley 4/2000 establece quiénes son los extranjeros que pueden alegar el derecho de agrupación familiar. Esta regulación no se aplica a los nacionales de los Estados miembros ya que el artículo 2 del Real Decreto 766/1992, en su redacción dada por el Real Decreto 737/1995, de aplicación exclusiva a estos extranjeros, es más favorable y está en consonancia con lo establecido en los artículos 39, 41 y 50 TCE así como con el Reglamento 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea. No obstante no existe un procedimiento de concesión de visados específico para estas personas. Para terminar, es posible que el artículo 17 Ley 4/2000 deba ser modificado si prospera el artículo 5 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión sobre el derecho a la reagrupación familiar cuyos términos son más amplios que la regulación actual española ⁵⁸.

B) EN LA TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), proclamada en Niza en diciembre de 2000, es el resultado de un laborioso trabajo de un órgano, que se denominó más tarde «Convención», creado por un Acuerdo del Consejo Europeo en junio de 1999 durante su reunión en la ciudad alemana de Colonia. Este órgano *ad hoc*, integrado por parlamentarios nacionales (30) y europeos (16), representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros (15) y un representante del Presidente de la Comisión, a los que se añaden, como observadores, dos representantes del Consejo de Europa, uno de ellos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sesiones de trabajo han sido públicas y cuyos resultados han podido ser seguidos por Internet, supone una nueva modalidad de creación del Derecho Comunitario, más plural y democrática, «a caballo entre el conocimiento «intergubernamental» y el procedimiento «parlamentario», con votaciones meramente indicativas y tratando de encontrar, mediante el consenso, soluciones de compromiso» ⁵⁹ en el que, además, por primera vez han trabajado juntos parlamentarios nacionales y europeos ⁶⁰.

La CDFUE, compuesta por un Preámbulo y 54 artículos agrupados en siete capítulos, Dignidad (arts. 1-5), Libertades (arts. 6-19), Igualdad (arts. 20-26), Solidaridad (arts. 27-38), Ciudadanía (arts. 39-46), Justicia (arts. 47-50) y Disposiciones generales (arts. 51-54), tiene como principal valor el haber conseguido reunir en un mismo texto toda clase de derechos, civiles, políticos, económicos y sociales, a los que se añaden los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, todos ellos con «un mismo nivel de protección (...) aunque la formulación de los derechos no se haga en todos los casos con la misma intensidad» ⁶¹. Este dato aumenta, si cabe, en relevancia al situarlo en el contexto del Derecho Comunitario donde, en palabras del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el español Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, «el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental» ⁶²; de ahí que su conclusión sea que «el establecimiento

de un catálogo de derechos fundamentales reconocidos como tales favorecería evidentemente la seguridad jurídica frente a la situación actual, en la que el Tribunal de Justicia debe decidir en cada caso si un determinado derecho fundamental debe ser reconocido o no como parte integrante del Derecho Comunitario».

La CDFUE viene marcada por dos extremos que merecen una reflexión detenida, su ámbito de aplicación y su valor jurídico.

En cuanto al primero, el artículo 51 CDFUE establece que «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» (apartado primero), matizando que «no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados» (segundo inciso). Por tanto, es «un instrumento de control del respeto de los derechos fundamentales por las instituciones comunitarias y por los Estados miembros cuando actúen en el marco del Derecho de la Unión»⁶³ que «se aplica sólo en materias incluidas entre las competencias de la Comunidad y los objetivos de la Unión Europea»⁶⁴. Por consiguiente, tanto las instituciones y órganos de la Unión como los Estados miembros, cuando actúan en el marco del Derecho Comunitario, «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias» (art. 51.1 *in fine* CDFUE). Como ha criticado la doctrina⁶⁵, resulta «decepcionante» la afirmación de que las misiones y las competencias de la Unión y las Comunidades no se verán modificadas por los derechos reconocidos en la Carta ya que sería como negar su carácter de límite positivo o negativo de la actuación comunitaria, es decir, sería como declararse a sí misma «papel mojado». Quizás podría interpretarse que lo que se ha pretendido expresar ha sido que la Carta no puede suponer una ampliación de las competencias ya existentes que implicase modificación del Derecho Comunitario⁶⁶. Si es así, la CDFUE serviría como referencia a las atribuciones comunitarias que establecen los Tratados pudiendo determinar cuándo una actuación comunitaria es o no correcta. Pero lo que no podría es modificar dichas competencias, ampliándolas, ya que para ello sería necesario una modificación de los Tratados, cosa que intentó evitar la Convención.

En cuanto al problema del valor de la CDFUE, hay que recordar que en el Acuerdo del Consejo Europeo del que nació no se fijó como objetivo la incorporación de la misma al Tratado de la Unión Europea sino que se dejó abierta la cuestión al afirmar que «posteriormente habrá que estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse». Por consiguiente, el hecho de que la Carta, en el momento de ser proclamada, no haya sido integrada en los Tratados fundacionales otorgándole pleno valor jurídico, se ha interpretado no como fracaso sino como signo de caución jurídica⁶⁷. De ahí que se haya pospuesto por el TN la cuestión del estatuto de la CDFUE para la Conferencia Intergubernamental ya prevista para 2004. No obstante, el hecho de que se haya proclamado como una declaración política no significa que no tenga relevancia jurídica. Primero, porque es un documento que condensa y expresa, como pone de relieve su propio Preámbulo, los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea⁶⁸; segundo, porque dichos valores son los que legitiman la actuación de las instituciones comunitarias⁶⁹; y, por último, al no poderse excluir su importante⁷⁰ papel como «fuente de inspiración» en la actuación tanto del

Consejo y Comisión cuanto para el TJCE, quien, a través de su actividad pretoriana, podrá imponer el efecto vinculante de la Carta, «en tanto que síntesis y expresión de los principios generales del Derecho Comunitario»⁷¹. Así ha ocurrido en nuestro país cuando nuestro Tribunal Constitucional ha invocado el artículo 8 de la CDFUE al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal en la STC 292/2000, de 30 de noviembre (fundamento jurídico octavo). Ésta es también la posición del Abogado General Tizzano en la Sentencia de 26 de junio de 2001 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-173/99 Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU), para quien la relevancia de la Carta en procesos sobre un Derecho Fundamental «no puede ser ignorada»⁷². Sin embargo, su postura no fue seguida por el Tribunal de Luxemburgo. Por último, más reciente aún, la Carta ha sido nombrada en el seno del Consejo de Europa por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 26 de febrero de 2002, asunto *Frette vs Francia*⁷³.

Vistos ya los aspectos generales de la CDFUE, lo que nos interesa de la misma ahora es estudiar si permite la diferenciación de derechos, en cuanto a titularidad o ejercicio efectivo, según la nacionalidad de las personas. Esto es, se trataría de analizar si la Unión Europea parte de la distinción de Derechos Fundamentales en razón del lugar de nacimiento. Y es que no debemos olvidar que este documento, aunque no tenga aún fuerza jurídica, será tenido en cuenta por las instituciones comunitarias a la hora de ejercitar las múltiples competencias en relación con la inmigración que han sido estudiadas en páginas anteriores y que, como sabemos, van aumentando con el paso del tiempo. Podría pensarse, pues, que aunque la Unión no tenga competencias todavía en algunos aspectos de esta materia, a medio o largo las tendrá y no es lógico, por ello, que los Estados miembros mantengan una postura discordante con la Comunitaria, máxime cuando lo que se ha plasmado en la CDFUE han sido según su Preámbulo «los valores comunes» de los pueblos de Europa. Por consiguiente, allí donde la CDFUE legitime la diferencia en la titularidad o ejercicio de derechos, la Unión mantendrá dicha postura y, viceversa, allí donde este documento no establezca un régimen jurídico opuesto según la nacionalidad de las personas, será difícil que un país comunitario lo mantenga en contra del parecer de la Unión.

De los cincuenta artículos de la CDFUE que reconocen derechos y libertades y dejando de lado aquellos referidos a la ciudadanía que sólo puedan ser ejercitados por los ciudadanos de la Unión⁷⁴, existen varios preceptos que limitan la titularidad o el ejercicio o por no haber nacido en los países comunitarios o por no haber cumplido los requisitos de entrada, residencia y permanencia en los mismos.

En cuanto a la titularidad, la Carta parte de la regla de la universalidad de los derechos. No obstante, existe un precepto, el 15 bajo el título «Libertad profesional y derecho a trabajar», que no reconoce una facultad por el simple hecho de su nacionalidad. En este artículo, aunque se concede a toda persona el «derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada» (art. 15.1), se limita exclusivamente a los ciudadanos de la Unión «la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro» (art. 15.2). Podría quizá salvarse el obstáculo del tenor literal de este acápite por dos caminos diferentes y, de esta manera, podría interpretarse más ampliamente el ámbito de reconocimiento del derecho para que abarcara igualmente a los inmigrantes o, al menos, los inmigrantes «legales»:

De un lado, por medio de una interpretación contextual y teleológica del precepto (*ex art. 3 Código Civil, en adelante CC*), porque las libertades del segundo inciso podrían considerarse instrumentales con respecto a las del primero. Para poder elegir y ejercer una profesión con libertad, se debe poder buscar un empleo lo que puede implicar circular y establecerse por el territorio de los Estados miembros para hacerlo efectivo. Si las libertades del primer apartado se reconocen a toda persona, las del segundo deberían serlo igualmente ya que son un medio para el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. De no hacerse así, el primer enunciado sólo sería una declaración programática.

De otro, por la vía quizá más consistente de la interpretación sistemática del conjunto de la norma y del Derecho Comunitario (art. 3 CC). Si ponemos esta cláusula del 15.2 CDFUE en relación con el artículo 45.2 CDFUE, en el cual se prevé conceder la libertad de circulación y residencia –de conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea–, además de a los ciudadanos de la Unión (art. 45.1), a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro, se podría concluir que dicha libertad de circulación y residencia no implica la libertad profesional o «de buscar un empleo, trabajar, de establecerse o prestar servicios», lo que supondría limitar la primera a viajar por razones de estudio, turismo u otras que no impliquen una prestación remunerada de servicios. En otras palabras, sólo para los nacionales de los Estados miembros la libertad de circulación y residencia implica la libertad profesional. Esta interpretación es coherente con la teoría tradicional de la circulación de trabajadores, artículos 39 y siguientes del TCE, sólo reconocida a los ciudadanos de la Unión. Pero quizá no se acomode a la nueva situación tras el TA y reforzada por el TN, en la que a la «comunitarización» del acervo Schengen, que se basa no olvidemos que en un espacio sin fronteras interiores para la libre circulación de personas y no sólo de trabajadores, se suma que la Comunidad asume competencias para garantizar la ausencia de controles en las fronteras interiores de los nacionales de terceros países (se sobreentiende que regulares, al haber pasado todos los controles de las fronteras exteriores, art. 62.1 TCE) y para regular cómo estos mismos inmigrantes que residen legalmente en un Estado miembro lo pueden hacer en otro (art. 63.4 TCE). Si la Unión concede la libertad de circulación y residencia a los inmigrantes «legales», en el momento en que sean regulados estos aspectos y quizás sin necesidad de este requisito en el espacio Schengen, se producirá –aunque no lo diga el derecho (art. 15.2 CDFUE)–, por vía de hecho una igualación entre los ciudadanos europeos y dichos inmigrantes regulares.

Por otro lado, pero siguiendo todavía con la titularidad de los derechos de la CDFUE, ésta tampoco es reconocida en otras ocasiones para todas las personas, sino que se limita, aparte de a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales de otros países que hayan entrado y residan legalmente. Así, sólo éstos y no todos los extranjeros tienen derecho «a condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión» (art. 15.3); «a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales» (art. 34.2); «a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión» (art. 42); «a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales» (art. 43); «de petición ante el Parlamento Europeo» (art. 44); y, como ya se ha visto, a la «libertad de circulación y residencia», de conformidad con lo dispuesto en el TCE (art. 45). Vuelve, pues, a hacerse patente la política de derecho por la cual la Comunidad distingue, a menudo y para cuestiones importantes, entre inmigrantes regulares y no regulares.

En el resto de derechos y libertades, es decir, en todos los artículos de la CDFUE menos en el 15.2 (si se entiende literalmente), 15.3, 34.2, 42, 43, 44 y 45 se parte de una absoluta igualdad en el reconocimiento del derecho entre nacionales de los Estados miembros y extranjeros. En efecto, en la CDFUE, todas las personas, con independencia de su lugar de nacimiento y siendo indiferente si han cumplido o no la serie de requisitos y condiciones que las naciones establecen para el acceso a su territorio, son acreedoras, en igualdad de condiciones, entre otros, del respeto a la vida privada y familiar (art. 7), de la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art. 10), de la libertad de expresión y de información (art. 11), de las libertades de reunión y asociación (art. 12), del derecho a la educación (art. 14), etc. Lo cual puede llegar a ser muy importante como límite positivo tanto de la actuación comunitaria cuanto de los países y, para éstos, no sólo en el momento de trasladar el Derecho Comunitario a su ordenamiento nacional sino también para adecuar su política de derecho, existente «detrás» de toda regulación, con la de la Unión y los demás Estados miembros. Véase, así, el diferente tratamiento que existe entre el artículo 27.5 de la Ley 4/2000 y el artículo 41.2 CDFUE en relación con la obligación de explicar las causas al denegar los visados ya que mientras que la disposición comunitaria no hace distinción y exige, por ello, a la administración comunitaria la motivación de todas sus decisiones, la norma española sólo contempla dicha motivación «cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena»⁷⁵. La motivación, como bien señala el Informe emitido por el Pleno del Congreso General del Poder Judicial en fase de preparación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 4/2000⁷⁶, «es la expresión de las razones de decisión tomada y de sus fundamentos, facilita al destinatario su impugnación (por lo que contribuye a delimitar su actuación defensiva) y, lo más importante, facilita su control jurisdiccional; una esfera de actuaciones carentes de motivación, aun sucinta y breve, promueve la presencia de zonas de inmunidad de imposible o muy difícil control, contrariando lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución, dejando carente de contenido el control judicial de la Administración. Por otra parte, la motivación es otro mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución». Por estas razones consideramos que podría suprimirse la excepción del artículo 20.2 de la Ley 4/2000 que excluye de las garantías del procedimiento administrativo general lo dispuesto en el artículo 27 que estudiamos sobre la motivación de los visados.

También, nótese el diferente régimen jurídico existente entre el artículo 47 CDFUE y el artículo 22.2 Ley 4/2000 que, bajo el título «Derecho a la asistencia jurídica gratuita», sólo reconoce éste a «los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos» siempre que los procedimientos en los que sean parte no estén relacionados dentro del apartado primero del mismo precepto ya que, en tal caso, el derecho cubriría a todos «los extranjeros que se hallen en España». Por tanto, existen supuestos en los cuales, alejándose del criterio del apartado tercero del artículo 47 CDFUE, la regulación española exige la condición de residente al inmigrante.

De igual modo, los artículos 7, 8 y 11.1 de la Ley 4/2000 divergen por el mismo motivo del artículo 12 CDFUE, ya que vinculan el disfrute de los derechos de reunión, asociación y sindicación a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España mientras que, por su parte, la Carta los contempla para «toda persona», sin necesidad de encontrarse legalmente en el territorio de un país miembro.

En cuanto al ejercicio de los derechos, se debe partir de la regla del artículo 52.1 CDFUE de conformidad con la cual «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades». No obstante, podría hacerse una distinción atendiendo al alcance de la protección, ya que cabría diferenciar entre aquellas facultades que están protegidas en su integridad como, por poner un ejemplo el «derecho a contraer matrimonio y fundar una familia» (art. 9 CDFUE), en cuya actuación «sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» (art. 52.1 CDFUE) y aquellas otras facultades, como la libertad de creación de centros docentes (art. 14.3 CDFUE), no protegidas por la Carta sino en el alcance que establezcan las legislaciones y prácticas nacionales o el Derecho Comunitario. Esta última posibilidad que afecta, salvo error en la contabilidad, a cinco supuestos más –libertad de empresa (art. 16), derecho a la negociación colectiva en los niveles adecuados y a emprender acciones colectivas incluida la huelga (art. 28), derecho a la seguridad social y a la ayuda social (art. 34), derecho a la protección de la salud (art. 35) y el derecho al acceso a los servicios de interés general (art. 36)–, supone que si existe un interés superior que deba ser protegido, toda limitación en el derecho será lícita, salvo que no cumpla lo establecido en el ya visto artículo 52.1, respeto de su contenido esencial y del rango de ley. En lo que ahora nos interesa, en estos casos entonces se podrían negar estos derechos por el hecho de ser extranjero no comunitario o inmigrante ilegal si existe una razón que así lo avale. Así ocurre, sin ánimo de exhaustividad, cuando se impide a los extranjeros ejercer alguna actividad empresarial o, según el artículo 11.2 de la Ley 4/2000, cuando se exige autorización de residencia y trabajo para poder ejercer el derecho a la huelga.

IV. CONCLUSIONES

1. Las competencias de la Unión Europea, según el artículo 5 TCE, son las que vienen establecidas en los Tratados Fundacionales. La Comunidad, pues, no tiene competencias para autoatribuirse otras facultades diferentes. No obstante, al estar también legitimada a celebrar convenios internacionales con terceros Estados u Organizaciones Internacionales puede, por medio de estos pactos, alcanzar otras competencias en relación con aquellos sujetos. Por tanto, aunque no se rompe el «principio de atribución» del artículo 5 TCE, las competencias comunitarias pueden devenir tanto del texto de los Tratados como de acuerdos internacionales. Así ocurre en la materia objeto de estudio, el trabajo de los extranjeros no comunitarios ni miembros del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que a estos efectos quedan asimilados.

2. En la promulgación del TCE, la Comunidad no tomó en cuenta el trabajo por cuenta ajena de los no comunitarios ya que pensaba que la oferta de empleo en un determinado país se cubriría con la demanda de los trabajadores de otro Estado miembro que se desplazarían a aquél, consiguiéndose un elevado nivel de ocupación en el mercado comunitario. Fue la preferencia

que se daba a la contratación de los trabajadores inmigrantes frente a los nacionales de los Estados miembros y no razones humanitarias lo que motivó el impulso de la Comunidad para conseguir los primeros acuerdos entre los países miembros en esta materia. Es decir, al observar que se contrataban trabajadores no comunitarios de forma generalizada, la Comunidad pensó en poner en práctica acciones a favor de los trabajadores migrantes nacionales de terceros Estados para, de esta forma, equiparar su régimen jurídico con los comunitarios y desincentivar su contratación.

3. Las primeras acciones de los países miembros sobre el trabajo de los no comunitarios se realizaron fuera de las instituciones comunitarias. A mediados de los setenta, aunque las atribuciones seguían siendo de los Estados, la Comunidad servía de cauce de apoyo y fomento de la cooperación intergubernamental bien por el Primer Plan de Acción Social comunitario (1974) bien por la Cooperación Política Europea, prevista en teoría para la política exterior pero que en la práctica fue utilizada para toda cuestión en la que la competencia no se hubiese delegado por los países firmantes. Se dictaron así las primeras normas comunitarias al respecto y los Estados miembros, aunque no todos, fuera de la Comunidad alcanzaban acuerdos importantes como el de Schengen en 1985 sobre un espacio sin fronteras interiores en el que, por tanto, podrían circular no sólo trabajadores sino toda persona sin distinción de nacionalidad.

4. En el Acta Única Europea se amplían los objetivos de la Comunidad al buscar un mercado interior, sin fronteras interiores, en el que puedan circular libremente personas, mercancías, capitales y servicios. No obstante, tanto en esta modificación de los Tratados, como en la de Maastricht, las competencias sobre los no comunitarios seguían siendo estatales, salvo en los aspectos muy concretos de las normas uniformes de visado y la relación de Estados cuyos nacionales están obligados a presentar visado (art. 100 C TUE), y ello a pesar de insertarse dentro del TUE el Título VI de cooperación en materias de justicia e interior. Por esta regulación se simplifican y mejoran los órganos de cooperación pero de forma insuficiente e ineficaz.

5. El Tratado de Amsterdam resultó ser el momento en el que la Unión asume verdaderamente competencias en la materia. Se inserta en el TCE un Título IV sobre «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» (arts. 61 a 69 TCE), se comunitariza el acervo Schengen y se transpone Protocolo de Política Social en lo que ahora interesa por el artículo 137.3 TCE. Por lo que respecta al Título IV, si bien es cierto que la Unión Europea alcanza competencias de regulación en las materias de inmigración, asilo y refugio, culminando en cierta medida el gradual proceso de comunitarización existente hasta esa fecha, también es cierto que se encuentra a medio camino de una atribución comunitaria plena debido, en primer lugar, a que varias de las competencias normativas son o de condiciones mínimas o compatibles con otras que los Estados dispongan; en segundo lugar, a que existe el límite infranqueable del artículo 64 TCE sobre salvaguardia del orden público y la seguridad interior; y, en fin, a que se exceptúan de la obligación de ejercitar en los primeros cinco años competencias de normación importantes.

6. En el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, cuya ratificación española es permitida por la Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, se sigue avanzando en la asunción sin ninguna restricción de competencias por la Unión sobre el trabajo de los no comunitarios. Es decir, nos encontramos con un nuevo paso intermedio para que la política de inmigración sea una competencia comunitaria en igualdad de condiciones con otras atribuciones europeas. Y es que en este ámbito parece que son necesarios un número mayor de pasos, pequeños todos ellos, para que los Estados miembros decidan delegar en la organización supranacional este aspecto tan relacionado con la seguridad y el orden público interno. No obstante, las áreas que se intentan facilitar, en absoluto secundarias, denota el interés de la Comunidad por acelerar este proceso de delegación.

7. La regulación comunitaria no cabe de que afecta a la legislación española y para su comprobación basta refrendar los preceptos relativos a la entrada y salida del territorio español de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la 8/2000, y su desarrollo reglamentario a cargo del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, con el Acuerdo de Schengen para comprobar hasta qué punto incide en su contenido. Existen cuestiones polémicas como las obligaciones de los transportistas o las prohibiciones de entrada por estar inscrito en la Lista de no admisibles del espacio Schengen que necesitarán de la práctica jurisdiccional para poder ser valoradas.

8. Por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a pesar de no tener aún fuerza jurídica de obligar, sí posee un importante valor como fuente de inspiración de la actuación de las instituciones comunitarias, entre ellas del TJCE que puede declararla vinculante como principio general del ordenamiento comunitario, como permite el artículo 6 TUE y como así ha quedado patente ya en España por interpretación del Tribunal Constitucional, en la Unión Europea en opinión del Abogado General en STJCE y, por último, en el seno del Consejo Europeo por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, aunque en este caso en un voto particular. Pues bien, en esta Carta aun partiendo del principio de universalidad de los derechos, sólo reconoce a los nacionales de los Estados miembros la libertad profesional o «de buscar un empleo, trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro» excluyéndolo en cuanto a su titularidad para los extranjeros no comunitarios. Podría salvarse la literalidad del precepto teniendo en cuenta una explicación sistemática del mismo o, alternativamente y de forma más consistente, interpretándolo en consonancia con el artículo 45 de la misma Carta sobre Libertad de circulación y residencia por la cual teniendo en cuenta las nuevas competencias asumidas por la Unión debería reconocerse aquel derecho a los inmigrantes regulares. Por otro lado, existen otros derechos que sólo se reconocen a los extranjeros no comunitarios que residan legalmente en el territorio de la Unión con lo que se vuelve a poner de manifiesto la idea comunitaria esencialmente restrictiva sobre esta materia y, por último, en el resto de facultades no hay diferenciación en el régimen jurídico entre inmigrantes legales e ilegales lo cual puede llegar a ser muy importante como límite positivo tanto de la actuación comunitaria cuanto de los países y, para éstos, no sólo en el momento de trasladar el Derecho Comunitario a su ordenamiento nacional sino también para adecuar su política de derecho, existente «detrás» de toda regulación, con la de la Unión y los demás Estados miembros. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los derechos de reunión, sindicación y huelga ya que la regulación europea es más amplia en cuanto a su titularidad y ejercicio que la española.

NOTAS

- ¹ En parecidos términos, M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, p. 153.
- ² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Legislación de extranjería y política de inmigración», *RL*, 2000, Tomo II, p. 71.
- ³ Este Tratado se firmó el 26 de febrero de 2001. La Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre de 2001 (BOE del 7 del mismo mes), autoriza la ratificación por España del TN por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Entró en vigor, según establece su Disposición Final Única, al día siguiente de su publicación. Se puede consultar igualmente en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, Ed. Estudios Financieros, núm. 225, diciembre 2001, pp. 73-114.
- ⁴ M.C. POLO SÁNCHEZ, *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES, Madrid, 1994, p. 33 donde también dice expresamente que «inmigrar es venir a instalarse para trabajar».
- ⁵ Ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, BOE de 25 de enero de 1994.
- ⁶ Vid. por todos, R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2002, pp. 79-111; A.L. DE VAL TENA, «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud», *REDT*, 109, pp. 45-77; también desde el prisma de la Seguridad Social, J.A. SAGARDOY y M.R. CRISTÓBAL, «Análisis de los supuestos de aplicación de los Reglamentos Comunitarios a trabajadores no comunitarios», publicado en <http://www.vlex.com>
- ⁷ Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.
- ⁸ Vid. E. LINDE, P. MELLADO, P.P. MIRALLES, M. BACIGALUPO, C. FERNÁNDEZ y J. A. FUENTETAJA, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2000, pp. 102 y ss.
- ⁹ M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares, Granada, 1999, p. 7.
- ¹⁰ Decisión 64/732/CEE del Consejo de 23 de diciembre de 1963. Para los acuerdos más recientes, vid. J.M. GÓMEZ MUÑOZ y P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS, «La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea», en *Una aproximación al Derecho Social Comunitario* (Coordinadores: J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río), Tecnos, Madrid, 2000, p. 46.
- ¹¹ Este último artículo introducido por el TN, artículo 2.16 de la Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, de autorización de ratificación por España del TN.
- ¹² Vid. la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, STJCE) de 29 de enero de 2002 interpretando el artículo 37.1 del Acuerdo de Asociación Comunidades/Polonia.
- ¹³ 16 y 17 de octubre de 1999.
- ¹⁴ Este Acuerdo se puede encontrar en los BOE de 25 de abril y 30 de mayo de 1992. Se exige la readmisión, según dispone el artículo 3, salvo «a) Para los nacionales de Estados terceros que tengan fronteras comunes con el Estado requirente; b) Para los extranjeros que hubiesen sido autorizados a permanecer en el territorio del Estado requirente con posterioridad a su entrada ilegal; c) Para los extranjeros que, en el momento de su entrada en el territorio del Estado requirente, estén en posesión de un visado o de un permiso de estancia concedido por dicho Estado o que, con posterioridad a su entrada han obtenido del mismo un visado o un permiso de estancia; d) Para las personas a quienes el Estado requirente haya reconocido la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951». Ahora bien, como dice el artículo segundo, para imponer la readmisión es necesario probar «por cualquier medio, que el extranjero cuya readmisión se solicita proviene efectivamente del territorio del Estado requerido...». Sobre este Acuerdo, P. AGUELO NAVARRO, «Comentario al artículo 26. Prohibición de entrada en España», en AA.VV. (Directores: J. L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y Real Decreto 864/2001)*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 439.
- ¹⁵ Artículo 48.2 TCE. Por aplicación del artículo 28.1 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, se extienden sus efectos a los nacionales de los Estados firmantes del mismo.
- ¹⁶ A. MONTTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho social europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 128-129.
- ¹⁷ En este sentido, M. BACIGALUPO SAGGESE, «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia)», en E. Linde Paniagua (coordinador), *Políticas comunitarias*, Ed. Colex, 2001, p. 184.

- ¹⁸ Sobre esta Resolución, M. COLINA ROBLEDÓ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 144.
- ¹⁹ *Ibidem*, p. 144.
- ²⁰ Casos acumulados 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 y 287/85, instados por Alemania, Francia, Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido.
- ²¹ DOCE L 183, de 14 de julio de 1988, ya compatible con las competencias establecidas en el Acta Única Europea que más tarde examinaremos. Por esta Decisión «los Estados miembros informarán a la Comisión y a los demás Estados miembros de los proyectos de medidas que prevean tomar respecto de los trabajadores nacionales de terceros países y de los miembros de sus familias, en cuanto a la entrada, residencia y el empleo legales e ilegales, así como respecto de la realización de la igualdad de trato en materia de condiciones de vida y de trabajo, de salarios y de derechos económicos, la promoción de la integración profesional y cultural, y el regreso voluntario a su país de origen; de los proyectos de acuerdos sobre estas materias y de acuerdos de cooperación con terceros países; y de los proyectos de acuerdos sobre las condiciones de residencia y empleo de sus nacionales en países terceros y de los miembros de sus familias».
- ²² Inicialmente adoptado por los Estados del BENELUX, Francia y Alemania a los que se sumaron posteriormente Italia (noviembre de 1990), España y Portugal (junio de 1991), Grecia (noviembre de 1992), Austria (abril de 1995), así como Dinamarca, Finlandia, Suecia y los no comunitarios Islandia y Noruega en diciembre de 1996.
- ²³ M. BACIGALUPO SAGGESE, cit. en nota 17 anterior, pp. 186-187.
- ²⁴ *Vid.* la Convención de Dublín de 15 de junio de 1990, sobre derecho de asilo y la Convención de Luxemburgo, de 15 de julio de 1991, sobre reforzamiento de la frontera exterior común.
- ²⁵ *Vid.* M. BACIGALUPO SAGGESE, cit. en nota 17 anterior, p. 187.
- ²⁶ Como se sabe, el «segundo pilar» se refería a la cooperación en política exterior y el «tercer pilar» al ámbito de justicia e interior. Ambas eran materias sujetas únicamente a la colaboración intergubernamental, a diferencia de la consecución del mercado común, primer pilar o pilar comunitario, auténtica competencia desde los inicios de la Comunidad.
- ²⁷ M. BACIGALUPO SAGGESE, cit. en nota 17 anterior, p. 189.
- ²⁸ Título VI TUE, artículos 29-42, sobre «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal» redactado por el TA.
- ²⁹ Al respecto, se debe hacer referencia al Protocolo número 8 anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea «sobre las relaciones exteriores de los Estados Miembros con respecto al cruce de fronteras exteriores» que establece que las competencias comunitarias «se entenderán sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar o celebrar acuerdos con terceros países, siempre que observen el Derecho Comunitario y los demás acuerdos internacionales pertinentes». Según el artículo 311 TCE, «los protocolos que, de común acuerdo entre los Estados miembros, sean incorporados como anexos al presente Tratado serán parte integrante del mismo».
- ³⁰ Debe hacerse igualmente mención a la Declaración número 16 aneja al Acta Final del TA por la cual en la aplicación de la letra b) del punto 2 del artículo 62 TCE «deberán tenerse en cuenta consideraciones de política exterior de la Unión y de los Estados miembros». No obstante, el alcance en el terreno jurídico de estas Declaraciones «no va más allá de su posible utilización a efectos interpretativos de los Tratados y los Protocolos», R. ALONSO GARCÍA, «Estudio Preliminar», *Tratado de Amsterdam*, Civitas, Madrid, 1999, p. XVIII.
- ³¹ El artículo 14 TCE dispone: «1. La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior (...). 2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».
- ³² Según establece el artículo 67.1 TCE «el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo».
- ³³ En la más exquisita coherencia jurídica, debe relacionarse este precepto con el artículo 35.5 TUE por el que «el Tribunal de Justicia no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior».
- ³⁴ M. BACIGALUPO, cit. en nota 17 anterior, pp. 184 y 196.
- ³⁵ El supuesto de hecho previsto en esta norma se ha dado recientemente en Italia con la declaración del Estado de excepción por la llegada de un barco con una gran cantidad de nacionales Kurdos. Habrá que ver si la Unión hace uso de estas medidas provisionales que la norma permite.

- ³⁶ Más optimistas se muestran J.M. GÓMEZ MUÑOZ y P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, «La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea», cit. en nota 10 anterior, p. 47, cuando afirman que «lo más destacable de todo es que el TA ha servido para poner plazo a la adopción de iniciativas normativas de derecho derivado en materia de asilo, refugio e inmigración, lo que da muestras inequívocas del interés de la Unión Europea por la pronta contención de los flujos de inmigración extracomunitaria como medida principal para la solución del problema de la inmigración ilegal».
- ³⁷ En este sentido, M. BACIGALUPO, cit. en nota 17 anterior, p. 194.
- ³⁸ Matizando esta postura, *vid.* J.M. GÓMEZ MUÑOZ y P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, cit. en nota 10 anterior, p. 49, «se aplicará el procedimiento decisonal propio y general del antiguo artículo 73 O TCE [renumerado en el 67] (...). En este punto es donde mejor puede apreciarse la entidad propia de la que ha sido dotada la Política Inmigratoria Común tras la reforma del TA, pues, al igual que sucederá con la Política de Seguridad Común que adopta los procedimientos normativos del Acuerdo de Política Social, cuando la Comunidad quiere dar carta de autonomía a una política particular el primer paso que realiza es, siempre, la atribución de un procedimiento decisonal propio».
- ³⁹ M. BACIGALUPO, cit. en nota 17 anterior, pp. 196-197.
- ⁴⁰ Al respecto, *vid.* entre otros, P. L. GOMIS, *La política social y de empleo en el Tratado de Amsterdam*, CES, Madrid, 1999, especialmente pp. 65-71; también, M. GÓMEZ JENE, «La política social comunitaria», en AA.VV. (Coordinador: Enrique Linde Paniagua) *Políticas Comunitarias*, Editorial Colex, Madrid, 2001, pp. 417-439.
- ⁴¹ P. L. GOMIS, cit. en nota anterior, p. 68.
- ⁴² *Vid.* para los textos originales, Consejo de la Unión Europea, *El acervo Schengen integrado en la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001.
- ⁴³ *Supra* II.B.1.a").
- ⁴⁴ Sobre la cooperación reforzada, *vid.* el Título VII TUE (arts. 43-45) y el artículo 11 TCE. No obstante, el apartado quinto de éste establece que «el citado artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea».
- ⁴⁵ En cuanto al espacio territorial de aplicación podría existir alguna diferencia entre ambos instrumentos. Al respecto, Francia realizó una Declaración por la cual considera que en la integración del acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea no queda afectado el ámbito de aplicación geográfica del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen tal y como fue definido en el apartado primero del artículo 138 de dicho Convenio, y ello en relación con la situación de los Departamentos de Ultramar. No obstante, de dicha Declaración únicamente se tomó nota.
- ⁴⁶ *Vid.* DO L 131, 1 de junio de 2000, p. 43, Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen.
- ⁴⁷ *Vid.* DO L 176, 10 de julio de 1999, pp. 36 y ss., «Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del Acervo Schengen – Acta Final» y pp. 53 y ss., «Acuerdo en forma de Canje de notas entre el Consejo de la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre los comités que asisten a la Comisión Europea en el ejercicio de sus competencias de ejecución».
- ⁴⁸ R. ALONSO GARCÍA, «Estudio Preliminar», *Tratado de Niza*, Civitas, Madrid, 2001, p. XIII.
- ⁴⁹ *Supra* II.B.2.a). 5.
- ⁵⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 7 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. En adelante, Ley 4/2000.
- ⁵¹ II.B).1.a).a") y II.B).2.c).
- ⁵² No obstante, hasta 6 de febrero de 2001 se ha mantenido aún el personal de otros puestos Navarra, Huesca, Ourense, Zamora, Cáceres y Badajoz, hasta la Orden de 5 de febrero de 2001, BOE de 16 del mismo mes. Al respecto, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 25. Requisitos para la entrada en el territorio español», en AA.VV. (Directores: J.L. Monereo y C. Molina), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería y de Integración Social*, Comares, Granada, 2001, p. 421. «La regulación relativa a estos puestos, aunque no se diga nada en el nuevo texto, deben tener en cuenta los postulados del Convenio».
- ⁵³ M. TARABINI-CASTELLANI, *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería*, cit. en nota 1, p. 159.
- ⁵⁴ Al respecto, los artículos 25.4 y 31.4 de la Ley 4/2000 y 27.2 y 41.3 c) del Real Decreto 864/2001, albergando dudas sobre si se refiere sólo a estancia o es posible también la residencia por motivos humanitarios.
- ⁵⁵ En este sentido, nuevamente M. Tarabini-Castellani, cit. en nota 1, p. 161.
- ⁵⁶ *Supra* II.B).1.b.b").

- ⁵⁷ Vid. Enmienda número 6 a la totalidad del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, número 12-5, de 18 de octubre de 2000, p. 31).
- ⁵⁸ Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 10 de octubre de 2000, COM (2000) 624 final, citado por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 27. Expedición de visado», AA.VV. (Dir: J.L. Monereo y C. Molina), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*, Comares, Granada, 2001, p. 459.
- ⁵⁹ A. RODRÍGUEZ BEREJO, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 1 y 2, 2001, p. 48. Este autor fue el representante en la Convención del Presidente del Gobierno español.
- ⁶⁰ J.A. CARRILLO SALCEDO, «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, 2001, p. 9.
- ⁶¹ E. LINDE PANIAGUA, «Fines y medios de las Comunidades Europeas. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en VV.AA. (Coordinador: E. Linde), *Políticas Comunitarias*, Ed. Colex, 2001, pp. 49-55, entrecomillado, p. 53.
- ⁶² «Reflections on the General Principles of Community Law», en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 1, 1998, pp. 1-16. Transcribe la Mackenzie-Stuart Lecture impartida por el profesor Rodríguez Iglesias, el 10 de febrero de 1997, en el Centre for European Legal Studies de la Facultad de Derecho de Cambridge, citado en J. A. CARRILLO SALCEDO, cit. en nota 60 anterior, p. 20.
- ⁶³ J. A. CARRILLO, cit. en nota 60 anterior, p. 14.
- ⁶⁴ A. RODRÍGUEZ BEREJO, cit. en nota 59 anterior, pp. 51-52.
- ⁶⁵ E. LINDE, cit. en nota 61 anterior, pp. 53-54.
- ⁶⁶ Este precepto lo hemos interpretado según una de las premisas metodológicas acerca de la estructura y el contenido de la Carta que tuvo en cuenta la Convención para atenerse al mandato del Consejo Europeo, según nos dice A. RODRÍGUEZ BEREJO, cit. en nota 59 anterior, p. 52.
- ⁶⁷ En este sentido, A. RODRÍGUEZ BEREJO, cit. en nota 59 anterior, p. 49, «resulta claro que la decisión de otorgar a la Carta un valor jurídico vinculante, como texto normativo, no puede hacerse apresuradamente, de manera inmediata a su proclamación solemne, sin analizar antes de manera exhaustiva y detallada las consecuencias jurídicas de tal decisión».
- ⁶⁸ Lo que supone avanzar en la constitucionalización de la UE. Al respecto, R. ALONSO GARCÍA, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, n.º 209, septiembre-octubre, 2000, p. 10.
- ⁶⁹ Vid. Luis María Díez PICAZO, citado por J. A. CARRILLO SALCEDO, cit. en nota 60 anterior, p. 16, el cual sostiene que «si bien es cierto que una legitimidad que no es impuesta por el brazo armado de la legalidad puede ser impunemente vulnerada, la mejor teoría constitucional ha enseñado siempre que la función de las declaraciones de derechos no se agota en ser un límite, judicialmente verificable, a los actos de los poderes públicos, incluidos los de tipo legislativo. Las declaraciones de derechos cumplen también una función de justificación del poder político, ya que expresan su razón de ser».
- ⁷⁰ R. ALONSO GARCÍA, «Estudio Preliminar», *Tratado de Niza*, Civitas, Madrid, 2001, pp. XIII- XIV, nota número 3.
- ⁷¹ Como permite el artículo 6 TUE. Ésta es la opinión de J. A. CARRILLO, cit. en nota 60 anterior, p. 19. Para reforzar su argumentación, este autor cita la opinión de la Comisión, en una comunicación sobre la naturaleza de la CDFUE, para quien antes o después tendrá plenos efectos jurídicos al integrarse en los Tratados.
- ⁷² En un litigio sobre vacaciones retribuidas, el Abogado General encuentra esencial, para consolidar su opinión sobre la consideración como un Derecho Fundamental, que la CDFUE lo declare como tal en su artículo 31.2 que dice: «Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas». Tizzano mantiene en el considerando número 28 de sus conclusiones: «I think therefore that, in proceedings concerned with the nature and scope of a fundamental right, the relevant statements of the Charter cannot be ignored; in particular, we cannot ignore its clear purpose of serving, where its provisions so allow, as a substantive point of reference for all those involved—Member States, institutions, natural and legal persons—in the Community context. Accordingly, I consider that the Charter provides us with the most reliable and definitive confirmation of the fact that the right to paid annual leave constitutes a fundamental right».
- ⁷³ No obstante, el valor de esta declaración se relativiza al encuadrarse en un voto particular de tres jueces del Tribunal (Sir Nicolas Bratza, M. Fuhrmann y M. Tulkens). Citan la CDFUE para reforzar su argumentación, «Par ailleurs, dans le chapitre III sur l'égalité, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 interdit expressément, "toute discrimination fondée notamment sur le sexe (...) ou sur l'orientation sexuelle"».
- ⁷⁴ En concreto, los artículos 39 «Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo», 40 «Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales» y 46 «Protección diplomática y consular».

⁷⁵ Siguiendo al Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, existen tres clases de visado, de tránsito (art. 6), estancia (art. 7) y de residencia (art. 8), pudiéndose dividir a su vez en varios tipos. El **visado de tránsito** puede ser aeroportuario o de tránsito territorial. El primero habilita al extranjero a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante las escalas o enlaces del vuelo. El visado de tránsito territorial permite al extranjero atravesar el territorio español en viaje, de duración hasta cinco días, desde un tercer Estado a otro que admita a dicho extranjero. El **visado de estancia** puede ser: a) de viaje o para estancias de corta duración; b) de circulación múltiple, para extranjeros por razones profesionales; c) de estancia especial, para la realización de actividades laborales por cuenta ajena o de cursos, estudios o trabajos de investigación o formación. También los visados de cortesía y estudios de corta duración. Por último, el **visado de residencia**, en el cual se incluyen: a) para reagrupación familiar; b) para trabajo; c) para ejercer una actividad lucrativa excluida de la obligación de obtener permiso de trabajo; d) para asilo y e) para residencia no lucrativa de los extranjeros jubilados. En conclusión, de seguir el tenor literal de la norma, sólo debería motivarse la denegación de dos tipos de la rica variedad de visados existente. En palabras de P. AGUELO NAVARRO, «Comentario al artículo 26. Prohibición de entrada en España», en AA.VV. (Directores: J. L. Monereo y C. Molina), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*, Comares, Granada, 2001, p. 442, debería interpretarse «a favor de la necesidad de motivación de todo acto administrativo incluida la denegación de visado. De no aceptarse esta solución resultaría que la denegación de visado solicitado en frontera que daría lugar al retorno gozaría de las extensas garantías previstas para éste y la denegación de visado consular carecería incluso de la garantía mínima de la motivación».

⁷⁶ Citado por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 27. Expedición del visado», en *Ibidem* nota anterior, pp. 456-457.