

- 7 de junio de 2007 «Comisión/Bélgica», asunto C-254/05, RJTJ pg. I-4269.
- 14 de febrero de 2008 «Dynamic Medien Vertriebs GmbH», asunto C-244/06, RJTJ pg. I-505.
- 11 de septiembre de 2008 «Comisión/Alemania», asunto C-141/07, RJTJ pg. I-6935.
- 10 de febrero de 2009 «Comisión/Italia», asunto C-110/05, RJTJ pg. I-519.
- 23 de abril de 2009 «VTB-VAB NV», asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07, RJTJ pg. I-2949.
- 30 de abril de 2009 «Fachverband der Buch-und Medienwirtschaft», asunto C-531/07, RJTJ pg. I-3717.
- 4 de junio de 2009 «Mickelsson y Roos», asunto C-142/05, RJTJ pg. I-4273.
- 8 de julio de 2010 «Comisión/Portugal», asunto C-171/08, RJTJ pg. I-6817.
- 21 de octubre de 2010 «Idryma Typou AE», asunto C-81/09, RJTJ pg. I-10161.
- 11 de noviembre de 2010 «Comisión/Portugal», asunto C-543/08, RJTJ pg. I-11241.
- 2 de diciembre de 2010 «Ker-Optika», asunto C-108/09, RJTJ pg. I-12213.
- 24 de marzo de 2011 «Comisión/España», asunto C-400/08, pendiente de publicación.
- 10 de noviembre de 2011 «Comisión/Portugal», asunto C-212/09, pendiente de publicación.
- 12 de julio de 2012 «Fra.bo SpA», asunto C-171/11, pendiente de publicación.

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad de Sevilla
Cátedra Jean Monnet de la Unión Europea

REVISTA DE UNIÓN EUROPEA 10. Octubre-2012, págs. 57 a 79

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. CIUDADANÍA EUROPEA. II. ASILO Y REFUGIO. III. GESTIÓN INTEGRADA DEL CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES. IV. VISADOS CUALIFICADOS. V. INMIGRANTES DE LARGA DURACIÓN. VI. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR. VII. LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Se analizan las fortalezas y debilidades de la libre circulación de personas desde una perspectiva general, práctica y actual. Por ello, eligiendo aquellos aspectos más relevantes de la citada libertad y dejando voluntariamente algunos otros como la política exterior migratoria, las acciones de FRONTEX, la política migratoria marítima, etc. Se ha incidido en aquellos aspectos que aún faltan por desarrollar o que han sido débilmente desarrollados o que se aplican indebidamente. Especialmente se analizan los aspectos que tienen que ver con la ciudadanía europea, el asilo, el control de fronteras exteriores, los visados, el estatuto del inmigrante de larga duración, al reagrupación familiar y la lucha contra la inmigración ilegal.

PALABRAS CLAVES: Libre circulación de personas, ciudadanía europea, asilo y refugio en Europa, control de fronteras exteriores, visados, inmigrantes de larga duración, reagrupación familiar, inmigración ilegal.

ABSTRAT: This article analyzes the strengths and weaknesses of the free movement of persons from a general perspective, and current practice. Therefore, the most relevant aspects of that freedom have been chosen. The author has voluntarily left some other issues on immigration as the international agreements on migration matters, the actions of FRONTEX, the maritime migration policy, etc. Those aspects that have been poorly developed or improperly applied are studied by the author. Especially the aspects concerning to European citizenship, asylum, external border control, visas, immigrant status of long-term, family reunification and the fight against illegal immigration are studies.

KEYWORDS: Free movement of persons, European citizenship, asylum and refugees in Europe, control of external borders, visas, long-term immigrants, family reunification, illegal immigration.

INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa recoge expresamente la política migratoria como una política compartida por la Unión Europea y sus Estados Miembros, garantizando una política común de control de fronteras, asilo e inmigración.

Ahora bien, hay que decir que política común no quiere decir política uniforme. Por ello, no todos los Estados participan de la misma manera o con la misma intensidad. Incluso hay exclusiones expresas en los tratados constitutivos que respetan regímenes excluyentes, concurrentes o incluyentes, como las de Dinamarca, el Reino Unido o Irlanda. Incluso hay declaraciones de exclusión del ámbito territorial de algunos Estados, declaraciones de inclusión, aunque no participen en la política concreta, etc.

La red normativa creada hasta la fecha es tan compleja como el propio Derecho de la Unión Europea. Hay aspectos de la política migratoria que se fijan en el marco de lo intergubernamental y otros en el estrictamente comunitario. Los instrumentos jurídicos donde se plasman recorren todo el arco de las fuentes jurídicas. Van desde los Tratados constitutivos, tal como aparecen enmendados e incluso modificados, pasando por tratados internacionales exclusivos de la Unión Europea, o de tratados complementarios de los Estados Miembros o tratados mixtos de ambos, de reglamentos, directivas, decisiones, resoluciones, incluso de posiciones comunes en el marco de la política exterior, etc. lo que complica sobre manera una visión ordenada y sistemática de la política migratoria de la Unión Europea.

Por tanto nos encontramos con fortalezas bien definidas y ancladas en los tratados constitutivos pero, al mismo tiempo nos encontramos con debilidad propias de una política de delicadas aristas, que tanto conmueven el alma nacionalista de los ciudadanos y, por tanto, de los Estados.

Se ve a diario la lucha impenitente entre la Comisión por asumir más competencias y por regular mayores aspectos de la libre circulación de personas, y los Estados, temerosos de que un tema tan esencial termine plenamente en los brazos de Bruselas. Todo esto no es de extrañar, debido a que el espacio que conocemos como espacio Schengen, hoy «abarca una zona de 42 673 km de mar y 7 721 km de fronteras terrestres exteriores, donde más de 400 millones de europeos de 26 países pueden viajar sin pasaporte»¹.

I. CIUDADANÍA EUROPEA

La ciudadanía europea ha sido una de las mayores conquistas de la Unión Europea. Hay excelentes monografías que se han ocupado de este análisis a los que me remito porque no interesa expresar un cuadro de su evolución, con-

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe semestral sobre el funcionamiento del espacio Schengen 1 de noviembre 2011-30 de abril 2012, 16.5.2012, COM(2012) 230 final, p. 2.

cepto, contenido, etc. de la ciudadanía europea². Lo que importa es el detalle de lo conseguido y asentado y aquellas otras cuestiones que requieren aun precisión, elaboración y garantía.

Cuando en 2004 el Consejo Europeo adoptó el conocido como Plan plurianual de La Haya para reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea³, estableció 10 prioridades. De estas 10 prioridades, sólo dos se refieren directamente a los ciudadanos europeos, la prioridad de reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía y la de garantizar un auténtico espacio europeo de justicia. Las otras tienen más que ver con inmigración, delincuencia, vida privada y seguridad o lucha contra el terrorismo que implicaría indistintamente a ciudadanos europeos y extracomunitarios.

En relación con el reforzamiento de los derechos fundamentales de la ciudadanía, es verdad que se ha elevado la Carta de Derechos Fundamentales a la categoría de tratado originario o constitutivo y ello eleva el nivel de protección en estos aspectos⁴.

Ahora bien, no basta ese nivel jurídico porque la Carta es aplicable a los Estados sólo en la medida en que apliquen el Derecho de la UE y, además, la UE todavía no ha conseguido acceder al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pese al mandato del Tratado de Lisboa y al proyecto de Acuerdo existente para tal fin, que se elaboró en junio de 2011.

Por otra parte, la cooperación judicial transfronteriza en cuestiones de índole civil y penal ha recibido un fuerte impulso, más en materia civil que en materia penal, que sigue siendo una de las grandes deficiencias del proceso.

Por tanto, en relación con la libre circulación de ciudadanos europeos, no hay apenas prioridades. Esto puede deberse a que se considera ya, en sí mismo, un éxito rotundo esta libertad, para los ciudadanos europeos.

Eso, desde luego, puede ser verdad. Sin embargo, hay algunos aspectos que sí pueden tener relación con estos dos puntos previos mencionados y que requerirían reflexión y regulación.

Por ejemplo, en relación con las medidas de seguridad establecidas en los aeropuertos que pueden violar derechos fundamentales (no sólo de los ciudadanos europeos) que se pueden traducir en trabas a la libre circulación

² Entre las muchas, puede verse la de Maas, Willem, *Creating European Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Para ver un análisis jurisprudencial sobre la libre circulación de ciudadanos de la UE, véase, Reich, Norbert, *The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union*, en *European Law Journal*, Volume 11, Issue 6, November 2005, pp. 675-698.

³ Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (Diario Oficial C 198 de 12.8.2005).

⁴ Se puede ver un comentario artículo por artículo en la obra de Mangas Marín, Araceli (Dir.): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

de ciudadanos europeos, por extensión de los malos tratos o tratos inhumanos y degradantes. Hay abierto un debate europeo al respecto porque se hace necesario combinar las amenazas reales, con la seguridad aérea y con los derechos fundamentales. Las actuales medidas, reguladas por las normas europeas, pueden suponer excesos de celo, como el escáner corporal u otras medidas⁵. Es verdad que las medidas de seguridad están contempladas en un Reglamento (Reglamento (UE) n° 185/2010 de la Comisión de 4 de marzo de 2010 por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea⁶). Sin embargo, las distintas aplicaciones de estas medidas generan cierta desconfianza ciudadana, por su arbitrariedad y severidad.

Igualmente se podrían violar derechos relacionados con la protección de datos⁷, en relación con las obligaciones de las compañías aéreas de proporcionar los datos de los pasajeros por razones de lucha contra el crimen o el terrorismo. Aparentemente, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves⁸ es inocua. Se trata de luchar contra el terrorismo y otros delitos graves. Sin embargo, como señala el Dictamen de 25 de marzo de 2011, del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Propuesta de Directiva

«el principal objetivo del régimen no es un control fronterizo tradicional, sino servir como instrumento de investigación y de arresto de personas que no son sospechosas, antes de la comisión de un delito. El desarrollo de un sistema similar a escala europea, que implique la obtención de datos de todos los pasajeros y la toma de decisiones sobre la base de criterios de evaluación desconocidos y en evolución, plantea graves problemas en materia de transparencia y proporcionalidad»⁹.

También señala el riesgo de desviación de su uso, el excesivo ámbito de aplicación material, la inseguridad que genera la falta de limitación temporal de los datos, etc.¹⁰

⁵ Véase el interesante trabajo de Figueras Tugas, Joan, *Privacidad en los escáneres corporales en los aeropuertos de la U.E.*, en *Novática*, n° 217, mayo-junio 2012, pp. 39-44. Especialmente útil para nuestros argumentos resulta el detallado análisis en cada uno de los Estados de la UE.

⁶ DO L 55, de 5.3.2010.

⁷ Véase, al respecto, González Fuster, Gloria y Bellanova, Rocco, *La protección de datos en Europa y la inquietante presencia de la privacidad*, en *Novática*, n° 217, mayo-junio 2012, pp. 9-15.

⁸ COM(2011) 32 final, 2 febrero 2011.

⁹ DO C 181, de 22 de junio de 2011, punto 16

¹⁰ La Agencia Europea para los derechos Fundamentales también ha emitido un Informe sobre esta Directiva (Opinion of the EU Agency for Fundamental Rights on the Proposal for a Directive on the use of Passenger Name Record (PNR), en http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/opinions/op-passenger-name-record_en.htm. (disponible el 26 de septiembre de 2012)

Otro problema pendiente es el de la regulación uniforme de los derechos de los cónyuges de los ciudadanos europeos¹¹, en igualdad de condiciones. Hasta hoy, depende de la buena fe de los Estados el que se admita, por ejemplo, un cónyuge de un matrimonio homosexual entre un ciudadano europeo y otro no europeo, porque la regulación de los distintos Estados de la UE es muy diversa y genera situaciones de injusticia y desigualdad. Ello es porque, aunque el Código de Fronteras Schengen¹² admite el derecho uniforme del cruce de fronteras y, por tanto, de libre circulación de personas a los familiares no comunitarios de los ciudadanos europeos, la regulación europea específica se ha establecido en una Directiva¹³, con la variada regulación que ello ha supuesto.

Además, no parece que este tema preocupe en exceso a la Comisión Europea, puesto que en su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen¹⁴, de 10 de marzo de 2011 no recoge nada al respecto.

La transposición de la Directiva ha permitido que cada Estado regule esta situación, como mucho, en el marco de su legislación nacional y de la situación humanitaria, pero, es tratado como un tema que afecta a lo que consideran el orden público y, en realidad, afecta a derechos fundamentales y a ciertas trabas a los derechos de la libre circulación de ciudadanos europeos.

Otro problema que podría limitar la libre circulación de personas sería las restricciones existentes en el reconocimiento de cualificaciones profesionales para poder ejercer la profesión en cualquier Estado de la UE¹⁵. Es verdad que esta cuestión es una cuestión más relacionada con el propio mercado interior pero, indirectamente, afecta a la libertad de circulación, por tanto, debería ponerse más acento en culminar la regulación de este tema.

En este sentido, la Comisión Europea ha presentado una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Re-

¹¹ Ver a este respecto, Calvo, Kerman, *Reconocimiento, ciudadanía y políticas públicas hacia las uniones homosexuales en Europa*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Volume 129 / 2010, pp. 37-59.

¹² Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). DO L 105, 13.04.2006.

¹³ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DO L 158 de 30.4.2004.

¹⁴ Bruselas, 10.3.2011, COM(2011) 118 final, 2011/0051 (COD), C7-0070/11.

¹⁵ Véase Hanf, Georg y Rein, Volker, *El marco europeo y nacional de cualificaciones: un reto para la formación profesional en Europa*, en *Revista Europea de Formación Profesional*, n° 42/43, 2007, 2008, pp. 121-137.

glamento [...] relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior¹⁶.

La propuesta de la Comisión incluye la emisión de una Tarjeta Profesional Europea, el refuerzo de la libre prestación de servicios y reconocimientos automáticos de experiencias y requisitos de formación. Sin embargo, a fecha de hoy, continua siendo una propuesta, que aun no ha sido formalizada como Directiva.

Otro problema relacionado con la libre circulación de ciudadanos europeos es el de la marginación de las comunidades gitanas¹⁷. Esto supone uno de los retos más importantes en esta materia.

Es verdad que los Estados tienen derecho a expulsar a ciudadanos de la Unión Europea o a retirarles su derecho de residencia en determinadas condiciones estrictas y claras, pero estas condiciones están definidas en la Directiva europea sobre libre circulación de 2004¹⁸. Por tanto, todos los ciudadanos de la Unión Europea tienen derecho a desplazarse y establecerse en otro país de la UE y el derecho a no ser discriminados.

Esto supuso el inicio de un procedimiento informativo contra Francia, por la expulsión de ciudadanos europeos de origen romaní, en el verano de 2010¹⁹. Francia ha modificado su normativa interna pero deberíamos asegurarnos con normas europeas que estas cuestiones no vuelvan a suceder.

II. ASILO Y REFUGIO

Hasta ahora, la política comunitaria común de inmigración ha sido más intensa en materia relacionada con el asilo y los refugiados²⁰. La causa se debe a que el enfoque dado a esta materia migratoria no era el de un problema de índole económico o de seguridad sino un problema de derechos humanos.

En general se puede decir que la política migratoria relacionada con el asilo y el refugio ha sido poco generosa con las circunstancias actuales²¹. Se ha par-

¹⁶ COM(2011) 883 final, 19.12.2011

¹⁷ Véase, Mejía Betancourt, Claudia, *El caso de los gitanos en Francia: entre la ilegalidad, el interés nacional, el derecho internacional y la presión comunitaria*, en *EAFIT Journal of International Law*, vol. 2, January-June, 2011, pp. 107-124.

¹⁸ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30.4.2004, pp. 77-123)

¹⁹ Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.

²⁰ Véase, Fernández Arriba, Gloria, *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2007.

²¹ Véase, Ortega Terol, Juan Miguel, *El asilo y el refugio en la Unión Europea: crónica de un amor ausente*, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, 2006, pp. 55-65.

tido siempre del concepto restrictivo y reduccionista de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de refugiado y se ha tendido hacia una política de mínimos.

De esta forma la armonización de las políticas de asilo y refugio en los Estados Miembros de la Unión Europea se ha caracterizado por recoger, como he dicho, un concepto restrictivo y por poner más el acento en un procedimiento de examen de las solicitudes y concesión del estatuto. En este sentido se puede afirmar que la Unión Europea, en este tema, se ha limitado más al establecimiento de aspectos más procedimentales que materiales.

Eso sí, al menos, ha terminado con la figura del refugiado en órbita porque se ha obligado a los Estados Miembros a que, como mínimo, uno de ellos examine la solicitud de refugio de un solicitante, aunque en último extremo sea el primero en el que se realizó la primera solicitud, siempre teniendo en cuenta, con criterios humanitarios, los intereses justificados del solicitante.

También se garantiza la cláusula de soberanía, en el sentido de que un Estado que cuente con la autorización del solicitante, aunque no sea el Estado en cuyo territorio se encuentre el solicitante, o el primero donde se ha solicitado o cualquier otra contingencia puede atender la solicitud.

Hay que aplaudir a la Unión Europea por el diseño de un modelo de protección temporal para los flujos masivos de las personas desplazadas, que con todos sus déficits, reconoce una protección similar a la de los refugiados para los grupos humanos que se desplazan masivamente como consecuencia de los conflictos armados, de las violaciones masivas de los derechos humanos u otras causas involuntarias, con un régimen de protección, que con toda su temporalidad, se ofrece como una garantía para estas personas tan necesitadas de protección internacional, que no siendo refugiados en el sentido jurídico del concepto establecido en la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiado, si lo son *de facto*. En todo caso, esta protección temporal no prejuzga los derechos de los solicitantes de refugio, ni es contraria a los principios y normas que inspiran la Convención de 1951²².

Para esta protección temporal, aplicable a los flujos masivos de población, se ha establecido una normativa específica, mediante una Directiva. Para los casos individuales se ha establecido una protección subsidiaria, cuando no les sea de aplicación la normativa de refugiado.

Algo muy importante que ha recogido la Directiva de protección temporal ha sido el reparto equitativo de cargas entre los Estados Miembros, reparto que es deudor del principio de distribución equitativa, pero la Directiva no recoge

²² Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DO L 212 de 7.8.2001. Véase los comentarios que al respecto hace la Profª Arenas Hidalgo, Nuria, *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2005.

un reparto imperativo sino que deja a la solidaridad comunitaria, la discrecionalidad del volumen de personas acogidas.

Otra norma que afecta a los refugiados y que ha sido tramitada en sede comunitaria, ha sido la *Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*. Con ella se ofrece un marco mínimo de condiciones de acogida, incluidas las condiciones materiales. Merece la pena destacar el derecho de libre circulación en el territorio del Estado de acogida.

El Consejo de la Unión Europea también ha establecido *unas normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria*²³.

Las normas mínimas para poder obtener el estatuto de refugiado se ciñen bastante a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado aunque moderniza las definiciones, actualiza los criterios de elegibilidad y establece requisitos más generosos. En ese sentido, aunque no llega a cubrir todo el arco de preocupaciones que ha detectado la doctrina o los órganos internacionales de protección, la Directiva comunitaria que se encarga de estos asuntos, si resulta generosa en relación a la Convención de 1951.

Con respecto a la protección subsidiaria, debe reconocerse que supone un paso muy adelante, que venía exigiéndose desde numerosos sectores estudiosos de esta materia y que, por fin, se ve materializada en una Directiva comunitaria. Esto me ha llevado a hablar de nuevos motivos para la obtención del asilo²⁴.

Aquellas personas que no siendo elegibles como refugiados requieren protección, a título individual, podrán obtener la protección subsidiaria. Y eso, en sí mismo, es un logro del Derecho Comunitario, que a estos niveles se ha puesto a la altura de otras regiones del mundo que ya contemplaban ese tipo de protección.

Esta Directiva amplía los actos de persecución y establece claramente cuáles son los graves daños a los que se le pueden atribuir a las personas necesitadas de protección internacional. Ello me parece un acierto porque sitúa a la Unión Europea en la cúspide mundial de protección jurídica para estos colectivos necesitados de protección, elevando a la categoría jurídica supuestos doctrinales o que pertenecían a categorías morales o llamada humanitarias. Ahora se puede ejercer el derecho a recibir protección, sin esperar un acto de magnanimidad de los agentes de control migratorio, de los Gobiernos e incluso de los Estados.

²³ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, DO L 304 de 30.9.2004.

²⁴ Fernández Sánchez, Pablo Antonio, *New Reasons for obtaining asylum in Europe*, en *Africa e Mediterraneo*, nº 54-2006, pp. 32-37.

Con ello, la Unión Europea da respuesta a un problema de enorme dimensión estratégica en materia de derechos humanos pero, al mismo tiempo, como dejó claro el prof. Martín y Pérez de Nanclares, en 2002, pero que podemos seguir manteniendo hoy día, estas normas «acoge(n) una constante preocupación por desmotivar y prevenir la emigración hacia Europa»²⁵.

Hay un conjunto de normas en relación con los refugiados que ya han sido ampliamente desarrolladas y que se puede decir que están ya muy elaboradas. Se trata de las normas relacionadas con *las garantías mínimas para los procedimientos de asilo*²⁶, *las normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo*²⁷ *los procedimientos para la concesión o retirada del estatuto de refugiado*²⁸ y *la cooperación y coordinación de los regímenes de asilo*²⁹.

Ahora bien, incluso esta regulación europea ha supuesto una excusa para los Estados que han transpuesto las directivas comunitarias en materia de asilo y refugio, recortando su propia normativa, cuando, a veces, eran más generosas³⁰. Por ello se requeriría una especie de estatuto uniforme en toda la Unión Europea.

Por ello, la Unión Europea ha aprobado la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida³¹. Esta Directiva aun no ha sido transpuesta por los distintos Estados y habrá que estar a la expectativa de sus logros. Pero, en todo caso, hay que decir que, una vez más, los criterios europeos pueden resultar más restrictivos que las propias legislaciones nacionales, que ahora, se verán forzadas a adaptarse, bajando el nivel de protección o compromiso.

²⁵ Martín y Pérez de Nanclares, José, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea (hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia)*, Colex, Madrid, 2002, p. 24.

²⁶ Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo, DO C 274 de 19.09.1996.

²⁷ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, DO L 31 de 6.2.2003.

²⁸ Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DO L 326 de 13.12.2005.

²⁹ Reglamento (CE) nº 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, DO L 316 de 15.12.2000 y el Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO L 50 de 25.2.2003.

³⁰ Ortega Terol, Juan Miguel, *El asilo y el refugio... op. cit.*

³¹ DO L 337/9, 20.12.2011

III. GESTIÓN INTEGRADA DEL CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES

Para el control de las fronteras exteriores, la Unión Europea ha establecido un procedimiento cuanto menos curioso de comunitarización, aunque no por ello poco corriente en el proceso de integración europeo. Comienza a través de acuerdos multilaterales, en el llamado Acuerdo de Schengen³², que cada vez más se va abriendo a otros Estados Miembros hasta quedar integrado plenamente en la Unión Europea, incluso constitucionalizado en el Tratado de Lisboa, aunque con algunas exclusiones y regímenes particulares, especialmente con Irlanda, Reino Unido y Dinamarca. Hoy día, el acervo Schengen supone uno de los más precisos instrumentos del control fronterizo existentes en la política de libertad, seguridad y justicia de toda la Unión Europea.

En este acervo Schengen hay integrados, incluso, Estados no comunitarios como Islandia y Noruega. Sin embargo, ello responde a otros criterios jurídicos que se centran más en el ámbito del estricto Derecho Internacional Público que en el del Derecho de la UE. La base está en tratados internacionales donde participan los Estados Miembros de la Unión y dichos Estados No Miembros, aunque respondiendo a materias comunitarias y objetivos comunitarios, participando en los mismos las Instituciones competentes de la UE.

Las medidas establecidas en este acervo de Schengen para el control de las fronteras son muy diversas y de muy diferente signo. Sin embargo, estoy en condiciones de decir que todas ellas responden al espíritu del control de fronteras exteriores para el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, tal como lo llaman los tratados constitutivos³³.

Entre las medidas existe un campo de aplicación muy variado porque van desde la creación de un Sistema de Información hasta el establecimiento de una arquitectura técnico-informática que permita a los agentes migratorios tener acceso a información detallada para permitir la entrada y el cruce de las fronteras exteriores de los ciudadanos extracomunitarios³⁴.

Las consecuencias más importantes de la aplicación del sistema Schengen se centran, desde luego, en la política de un visado uniforme, luego común, y en el cruce de las fronteras exteriores. Para ello, la Unión Europea ha establecido una política de visado único con el que conseguir un efectivo control de las fronteras.

Sin embargo, el hecho de mantener cláusulas de salvaguardia de orden público o de seguridad nacional está constituyendo un cierto abuso de los Estados

³² Véase, Mariona Illamola Dausà, *Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea*, en *Documentos CIDOB*, Migraciones, nº 15, 2008.

³³ El Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea regula el «Espacio de libertad, seguridad y justicia».

³⁴ Para una visión práctica de esta situación, véase Marenin, Otwin, *Challenges for Integrated Border Management in the European Union*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Occasional Paper-nº 17, Geneva, 2010.

que la utilizan como medidas de seguridad ante acontecimientos como pueden ser una Reunión importante, un simple Consejo Europeo o un acontecimiento de relevancia pública³⁵.

En general se están cumpliendo los plazos establecidos en las líneas generales de actuación. Sin embargo hay problemas de coordinación de los funcionarios de control de fronteras, en ciertos aspectos logísticos y otros de índole operativa. La formación de las policías de fronteras, por ejemplo, debido a las grandes diferencias existentes entre los distintos Estados miembros, resulta muy desigual.

A pesar de ello, entiendo que los aspectos positivos desde un punto de vista de la eficacia del control migratorio resaltan sobre los negativos, siempre y cuando entre los negativos no incorporemos las consecuencias humanas³⁶.

Si hay uno que redunde en materia de derechos humanos y que debería haberse resuelto con mejores criterios jurídicos en esta materia. Se trata de la atribución a las compañías de transportes, de responsabilidades de control que van más allá de sus propias competencias³⁷, convirtiéndoles en agentes de control migratorio, sin la preparación adecuada y sin el rigor que exigen estos asuntos. Por ejemplo, en materia de refugiados, de personas necesitadas de protección subsidiaria o protección temporal, de asilados y otras figuras, las medidas establecidas para el control por parte de las empresas son inadecuadas. Esto tendrá que ser repensado por la Unión Europea y establecer criterios más adecuados con la finalidad de estas normas protectoras de los derechos humanos.

La Unión Europea también deberá pensar en la formación común de todos los cuerpos de funcionarios destinados en el control fronterizo. Para ello estoy de acuerdo con la creación de Escuelas de Formación especializada y homogénea, que prepare a formadores que luego puedan formar a su vez en los diferentes Estados³⁸. Esta medida no resultaría excesivamente cara ni difícil de aplicar.

³⁵ Por ejemplo, el pasado mes de mayo de 2012, España aprovechó una Cumbre del Banco Central Europeo (BCE), para suspender temporalmente los controles fronterizos con Francia desde las cero horas del sábado 28 de abril hasta las 24 horas del viernes 4 de mayo. El argumento fue que «el texto del acuerdo de Schengen establece que la libre circulación de personas por la Europa sin fronteras puede interrumpirse temporalmente en el caso de que se dé una seria amenaza al orden público o a la seguridad interior».

³⁶ Spijkerboer, Thomas, *The Human Cost of Border Control*, en *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, nº 1, 2007, pp. 137 y ss.

³⁷ De acuerdo con la Directiva del Consejo 2004/82/EC 6/8/2004 las compañías de transporte tienen la obligación de comunicar los datos de los pasajeros.

³⁸ Hay un proyecto de Policía de Fronteras Europeo que aun no se ha desarrollado. Véase, Monar, Jörg, *The Project of a European Border Guard: Origins, Models and Prospects in the Context of the EU's Integrated External Border Management*, en Caparini, Marina and Marenin, Otwin, *Borders and Security Governance: Managing Borders in a Globalised World*, LIT Verlag, Münster, 2006), pp. 181 y ss. También Carrera, Sergio, *Towards a Common European Border Service?*, CEPS Working Document No. 331, Centre for European Policy Studies, June 15, 2010 (<http://ssrn.com/abstract=1635305>) (disponible el 26 de septiembre de 2012).

Existe un modelo uniforme de visado para estancias inferiores a tres meses³⁹, cuyas características están aplicándose con cierta satisfacción, habiéndose también determinado la lista de países cuyos ciudadanos necesitan el visado uniforme para entrar en cualquier Estado Miembro de la Unión y aquellos que no lo necesitan (con excepción de aquellos a los que se les aplica un régimen especial, como Irlanda, Reino Unido y Dinamarca), siempre salvaguardando los derechos de los refugiados y personas susceptibles de protección internacional⁴⁰.

Cuando hablo de personas susceptibles de protección internacional no sólo me estoy refiriendo a los asilados, los necesitados de protección temporal o subsidiaria, sino también a los diplomáticos y personas afectas a Organizaciones Internacionales Intergubernamentales. Estos últimos, sin embargo, en mi opinión personal no han quedado bien regulados y debería hacerse un esfuerzo de mejor regulación.

La cooperación consular iniciada a Prístina y Kaliningrado me parecen importantes como modelos pero, poco a poco, tendrán que ir ensayando otros⁴¹. Sin embargo estas cuestiones, aunque importantes para la expedición de los visados, pertenecen más al área de la política exterior que a la de asuntos de interior y justicia.

Otro problema que se ha suscitado en este apartado del control de las fronteras, tiene que ver con las fronteras interiores, pues algunos Estados han establecido controles, ralentización del tráfico, limitaciones de velocidad, etc. En este sentido, «entre el 1 de noviembre de 2011 y el 30 de abril de 2012, la Comisión pidió información en cuanto a la correcta aplicación de la legislación de la UE y, concretamente, del acervo de Schengen en tres nuevos casos y continuó trabajando en los ocho expedientes abiertos a un total de diez Estados miembros (Austria, Bélgica, República Checa, Alemania, Estonia, Italia, Letonia, Países Bajos, Eslovaquia y Suecia)»⁴².

³⁹ Véase el Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO L 243 de 15.9.2009.

⁴⁰ Hay un Reglamento (CE) n° 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) (DO L 218 de 13.8.2008). Igualmente se han determinado las zonas del mundo que requieren visados, así la Decisión 2010/49/CE de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, por la que se determinan las primeras regiones para la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (DO L 23 de 27.1.2010) y la Decisión de Ejecución de la Comisión, de 21 de septiembre de 2012, por la que se fija la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) se pondrá en marcha en una tercera región (DO núm. 256 de 22.09.2012).

⁴¹ Olsson, Stefan, *EU Consular Cooperation in Crisis Situations*, en Olsson, Stefan & Lindström, Madelene *Crisis Management in the European Union*, Springer, Berlin Heidelberg, 2009, pp. 109-126.

⁴² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe semestral sobre el funcionamiento del espacio Schengen 1 de noviembre 2011-30 de abril 2012, 16.5.2012, COM(2012) 230 final, p. 6.

En 2010, el Tribunal de Justicia de la UE dejó claro que el control fronterizo en un espacio próximo a una frontera interior constituye una infracción del artículo 67, apartado 2, del TFEU, así como de los artículos 20 y 21 del Código de fronteras Schengen⁴³.

IV. VISADOS CUALIFICADOS

Otro acierto que me parece importante que se haya regulado ha sido el visado para estudiantes, alumnos, aprendices y voluntarios⁴⁴. Ahora bien, estas categorías no eran acumulables, es decir, un Estado tendría la facultad de otorgar visado sólo a los estudiantes y no al resto, o a todos o sólo a dos o tres de ellos. De esta forma «diez Estados miembros decidieron aplicar la Directiva a estas tres categorías opcionales (alumnos, aprendices no remunerados y voluntarios) y otros cinco Estados miembros optaron por aplicarla a una o dos de estas categorías. Un total de nueve Estados miembros (AT, BE, DE, FI, LT, MT, NL, PL y SE) solo incorporaron las disposiciones relativas a los estudiantes»⁴⁵.

Además, las diferencias de aplicación y las especificidades nacionales redundan de forma negativa en la armonización de estos visados. Por ejemplo, hay Estados que exigen demostrar que un estudiante, al menos recibe 120 € mensuales, mientras otros exigen 2.900 €. Algunos, también por ejemplo, exigen seguros médicos, otros les basta el seguro de estudiantes, si la Universidad se lo provee, etc.⁴⁶ En este sentido, la Comisión Europea ha señalado que «Aunque la prioridad es garantizar que los Estados miembros apliquen de forma efectiva la Directiva, el informe revela también la necesidad imperiosa de modificarla, especialmente por lo que respecta a: el refuerzo de las garantías procesales (plazos específicos para la tramitación de las solicitudes, obligación de que los Estados miembros ofrezcan las razones de la denegación); el refuerzo de las cláusulas de movilidad; el estímulo de las sinergias con los programas de la UE que facilitan la movilidad en la UE de los nacionales de terceros países: la mejora del nivel de armonización por lo que respecta a los voluntarios, los aprendices no remunerados y los alumnos, con vistas a fomentar el desarrollo de un marco jurídico global en la UE en el ámbito de la educación, la formación y los intercambios culturales con los terceros países»⁴⁷.

⁴³ STJUE, Asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, Melki y otros, 22 de junio de 2010.

⁴⁴ Directiva 2004/114/CE del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO L 375 de 23.12.2004, p. 12).

⁴⁵ Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 2004/114/CE, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, COM/2011/0587 final, de 28.9.2011 punto 3.1.

⁴⁶ Para conocer el régimen adaptado por el Gobierno español, véase, Abarca Junco, Ana Paloma y Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *El Régimen Jurídico de los Estudiantes e Investigadores Extranjeros en España*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 17, 2009, pp. 1-40.

⁴⁷ *Ibidem*, punto V.

Un aspecto no regulado por la Directiva es que, en mi opinión personal, ha dejado fuera a los integrantes de comunidades religiosas que necesitan para el mantenimiento de los templos, conventos y monasterios, a personal extranjero, debido a las crisis de vocaciones en Europa y que la normativa europea de visados no da satisfacción más que en las reglas generales. Hay que tener en cuenta que ni son asalariados, ni trabajan por cuenta propia, ni son estudiantes ni aprendices ni voluntarios en sentido estricto. Podría haber habido un pequeño apartado que hubiera satisfecho estas expectativas.

V. INMIGRANTES DE LARGA DURACIÓN

Para los inmigrantes de larga duración, la Unión Europea ha establecido tres tipos de categorías: los inmigrantes residentes permanentes en territorio comunitario⁴⁸, los familiares extracomunitarios de los ciudadanos europeos⁴⁹ y aquellas personas que han sido víctimas de la trata de seres humanos u objeto de una ayuda a la inmigración ilegal⁵⁰.

Lo más novedoso y beneficioso para los inmigrantes residentes permanentes en un Estado de la Unión es la posibilidad de poder saltar a otro Estado de la Unión, tras un proceso complicado y engorroso pero, al menos, posibilista⁵¹. Es verdad que ha rebajado enormemente las expectativas levantadas. Se creía que iban a asimilarse al máximo a los ciudadanos europeos en cuanto a su derecho de libre circulación y residencia. Sin embargo, es evidente que los Estados de la Unión Europea han tenido miedo y han restringido sobre manera esta similitud. Las medidas son mucho más restrictivas y hubieran merecido mayor atención hacia una ciudadanía inclusiva de los residentes permanentes. Eso sí, al menos tienen un estatuto comunitario y unas posibilidades mínimas que antes no poseían.

Sin embargo, la variedad de regímenes nacionales hace casi inviable la aplicación de esta Directiva. En este sentido, la Comisión señala que «El acervo de Schengen no establece una armonización de las condiciones de expedición de los visados para estancias de larga duración, los permisos de residencia y los documentos de viaje a los nacionales de terceros países. Estas cuestiones se rigen por la legislación nacional de los Estados miembros»⁵². De hecho, Schengen única-

⁴⁸ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DO L 16 de 23.1.2004.

⁴⁹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho la reagrupación familiar, DO L 251 de 3.10.2003.

⁵⁰ Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, DO L 261 de 6.8.2004.

⁵¹ Véase un análisis en Álvarez Rodríguez, Aurelia, *La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, en Documentos CIDOB, Serie Migraciones, nº 8, Barcelona, 2006.

⁵² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe semestral sobre el funcionamiento del espacio Schengen I de noviembre 2011-30 de abril 2012, 16.5.2012, COM(2012) 230 final, p. 13.

mente reconoce el principio de equivalencia entre un permiso de residencia o un visado de larga duración y un visado para una estancia de corta duración⁵³.

El tema de los extranjeros familiares de ciudadanos europeos me parece uno de los más acertados de la Unión porque estábamos en una situación sangrante. No se respetaba el derecho a la vida de familia, exigiéndose visados, a veces imposibles, a los familiares directos de un ciudadano europeo. Y eso es contrario al espíritu y a la letra del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con esta normativa queda claro el derecho. Se está protegiendo, pues, la vida de familia, el derecho de agrupación familiar y ciertos aspectos del derecho a la vida privada. Me ha parecido importante la extensión del derecho a las parejas de hecho (y no sólo a las conformadas jurídicamente en el marco de un matrimonio, sea religioso o civil). Eso sí, siempre habrá de respetarse la legislación del Estado receptor. Lo digo porque en esta materia está sucediendo cambios muy importantes que no están uniformados en todo el marco de la Unión. Por ejemplo, hay algunos Estados que admiten los matrimonios homosexuales y otros no. En estos casos, un ciudadano europeo, casado bajo este régimen en un Estado y que pretenda la residencia permanente de su cónyuge o pareja, debe atenerse a las normas establecidas en el país receptor.

En estos casos, el Estado receptor está obligado a facilitar al máximo la residencia permanente del cónyuge o pareja pero no está obligado a aceptarla. Por tanto, si las normas o las autoridades del Estado receptor no lo permiten, no se violará el derecho del ciudadano europeo, sino que éste tendrá que optar por su residencia sin su cónyuge o pareja o trasladarse a otro Estado comunitario que lo haya regulado.

Por supuesto, aparece el derecho a no exigírsele visado para viajar por territorio comunitario y si se hace, como lo venía exigiendo España, tal como ha condenado el Tribunal de Justicia de las CCEE, es contrario al ordenamiento de la UE⁵⁴.

Esto planteará enormes problemas jurídicos en los próximos años, como los derivados de la continuidad de la residencia cuando haya fallecido el titular del derecho, las exigencias de la residencia permanente, los hijos menores, etc.

Hay también una serie de situaciones especiales que han sido reguladas por la Unión Europea en cuanto a la adquisición de un permiso de residencia. Se trata de los casos de víctimas⁵⁵ de la trata de seres humanos o de inmigrantes

⁵³ Artículo 21, apartados 1 y 3, del Convenio de Schengen modificado por el Reglamento (UE) nº 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2010, DO nº L 85 de 31.03.2010, p. 1.

⁵⁴ Asunto C-157/03, STJCE de 14 de abril de 2005.

⁵⁵ Esta problemática ha sido tratada de forma muy rigurosa por García Vázquez, Sonia, *Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, 2008, págs. 231-274. Un aspecto más general, en Anguita Olmedo Concepción, *El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI*, en *Nómadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 15, 2007, nº 1, pp. 1-14.

ilegales⁵⁶ que cooperen en la lucha contra la inmigración ilegal, siempre que sean mayores de edad según la legislación del estado receptor que se trate, obviamente, señalándose la cláusula de salvaguardia de orden público y protección de la seguridad nacional⁵⁷.

Hay que señalar que estos permisos de residencia son temporales y, en mi opinión bastante precarios. Es verdad que el mínimo es de seis meses, aunque pueden ser renovados. Tiene la generosidad de que si no tienen medios económicos adecuados, los Estados tienen que proporcionárselos. Otra cosa hubiera sido demencial, salvo que se le otorgara simultáneamente al permiso de residencia un puesto de trabajo, lo que no es el caso.

Algo aceptable sería que una vez terminado el procedimiento en el que se requiera su colaboración, la víctima podría iniciar todos los trámites para su eventual consideración como residente de larga duración. Nada impide estos nuevos trámites a los que se puede someter en régimen de igualdad con otros residentes.

Sin embargo, el grado de aplicación deja bastante que desear porque los procedimientos establecidos en las transposiciones nacionales de la Directiva dan muy poca confianza a las víctimas⁵⁸.

VI. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

La reagrupación familiar también ha sido objeto de regulación⁵⁹. No hay que olvidar que por cada inmigrante legal se produce una escalada de posibles llegadas de inmigrantes a través de este derecho que es muy expansivo⁶⁰.

Las enormes diferencias existentes entre las distintas legislaciones de los Estados Miembros en esta materia, aconsejaron a la Unión Europea un marco

⁵⁶ Sobre la problemática de la tipificación de esta conducta, véase Daunis Rodríguez, Alberto, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2010, pp. 1-44.

⁵⁷ Véase el Informe Sobre Trata De Personas 2011 – España, en https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:dvoTHccSX0j:photos.state.gov/libraries/spain/164311/news/TIPREPORT201-Spanish.pdf+v%C3%ADctimas+de+la+trata+de+seres+humanos+o+de+inmigrantes+ilegales+que+cooperen+en+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+ilegal&hl=es&gl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsjm-rJuh_BSB4Cnc-zOybxU-D9sX196vDCHyGKvmLrxyM09ru97tw-qul-Bg5sGOZhteqGsbW2ZwcT2OVzEyitd5cH3xEugiSvpdWvKL2vkRvJqi79pcVQhIn4YAH-Dea1Co3Hc&sig=AHIEtbQI3rk7jd5agldlB1JSD0v9UpydMQ (disponible el 26 de septiembre de 2012).

⁵⁸ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 15 de octubre de 2010, sobre la aplicación de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (COM(2010) 493 final-no publicado en el Diario Oficial).

⁵⁹ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

⁶⁰ Para analizar los distintos regímenes, véase Quirós Fons, Antonio, *La familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

directriz sobre la reagrupación familiar de extranjeros para armonizar las legislaciones⁶¹.

La Directiva que regula esta materia fija las condiciones de entrada y establece algunos aspectos del estatuto jurídico de los miembros que van a constituir la unidad familiar reagrupada. Para ello parte del principio del respeto de la vida de familia⁶², tal como lo entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶³, configurándose, pues, como un derecho.

Con esta norma en la mano no es posible ejercer un derecho a formar una familia con un extranjero, sino sólo a mantener una familia previamente ya existente a la solicitud de reagrupación. Por tanto no es imprescindible que el matrimonio o la unión de hecho se haya constituido antes de la residencia legal del extranjero, sino antes de la solicitud. Otro problema sería cuánto tiempo antes debe haberse producido el matrimonio o la unión. Y ello queda, en principio, a la discrecionalidad del Estado.

España requería anteriormente tres años, pero esto ha sido considerado por el propio Tribunal Supremo como contrario al ordenamiento jurídico⁶⁴. Es más, yo considero que es contrario al derecho a la vida de familia, tal como se

⁶¹ Para analizar cómo se ha armonizado en España, véase Quirós Fons Antonio, *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. Tesis Doctoral de la Universidad de Murcia, 2006, (<http://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/82>).

⁶² La Spina, Encarnación, *La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2006, vol. 14, p. 1-20 (<http://www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf>) (disponible el 26 de septiembre de 2012).

⁶³ Véase al respecto, Santolaya Machetti, Pablo, El derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH), en García Roca, Javier & Santolaya Machetti, Pablo, *La Europa de los Derechos-El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2009, pp. 545-566.

⁶⁴ En este sentido, Quirós Fons señala lo siguiente: «El matrimonio despliega todos sus efectos desde su válida celebración, por lo que no es preciso exigir convivencia previa. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, referida a cónyuges de comunitarios (Sentencias de 21 de mayo de 2001 [RJ 2001, 7209], 2 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8927], 24 de octubre de 2001 [RJ 2002, 337], 10 de junio de 2004 [RJ 2004/3885]), pero la Audiencia Nacional lo ha hecho extensivo al régimen general en su Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 18 junio 2002 (JUR 2003, 26600), en que cita las STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10312), 23 de enero de 1999 (RJ 1999, 1330) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9382). Así, en la primera de las Sentencias citadas, la de 21 de mayo de 2001, el Tribunal Supremo declara que tanto la protección a la familia (artículo 39.1 de la Constitución) como los deberes de los cónyuges (artículos 66 a 69 del Código civil) no vienen condicionados por el tiempo de duración del vínculo matrimonial sino que se producen desde el momento de contraer matrimonio, ya que éste, según el artículo 61 del Código civil, produce efectos civiles desde su celebración, de manera que cualquier precepto reglamentario que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado, como el de las razones excepcionales para dispensar del visado de residencia, y acaba reafirmando en su criterio de considerar el vínculo matrimonial, salvo supuestos de separación, como razón o motivo excepcional para dispensar del visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio (FJ 3º)». Véase *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, op. cit., p. 309.

contempla en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El núcleo familiar al que se dirige el derecho de reagrupación es el nuclear, es decir, el cónyuge y los hijos menores, así como a los ascendientes dependientes, excluyendo expresamente a los matrimonios polígamos. El Tribunal Supremo ha aceptado a un menor no adoptado por el reagrupante siempre y cuando haya sido establecido un vínculo de protección por una autoridad pública, para evitar el desamparo⁶⁵.

El período de estancia exigible para el ejercicio de este derecho se ha establecido en dos años. Y trascurridos cinco años de permanencia en territorio comunitario de un reagrupado, éste puede ejercer su derecho a la residencia por sí mismo.

Sin embargo, corren malos tiempos para el ejercicio de este derecho. En España, por ejemplo, el reciente Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁶⁶, señala que en caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, el reagrupado para conservar el derecho de residencia, deberá acreditarse uno de los siguientes supuestos:

“a) Duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España.

b) Otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario, al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

c) Existencia de circunstancias especialmente difíciles como:

1.º Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de España sobre «la Kafala», Diciembre 2011. En esta sentencia se dispone que la institución islámica de «la Kafala» Puede reconocerse en España, siempre que haya sido concedida por una autoridad pública, administrativa o judicial.

⁶⁶ BOE nº 285, de 26 de noviembre de 2011.

2.º Haber sido sometido a trata de seres humanos por su cónyuge o pareja durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado y su familiar la de posible víctima, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.

d) Resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita, al hijo menor, del ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando dicho menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.”⁶⁷

También hay mayores exigencias. Por ejemplo, se exige unos medios económicos determinados para ejercer el derecho de reagrupación⁶⁸, lo que antes se adecuaba a las condiciones subjetivas.

VII. LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL

Respecto a la lucha contra la inmigración ilegal, la Unión Europea ha establecido una serie de medidas, que van desde medidas de control migratoria, imponiendo obligaciones a las compañías de transporte, obligándoles a ejercer de policía de fronteras, hasta sanciones por ayudar a la entrada, circulación o permanencia de inmigrantes irregulares (esa ayuda puede consistir también en la incitación, participación y tentativa) hasta normas para el retorno de irregulares)⁶⁹.

Algunas de estas normas han resultado exageradas. Por ejemplo, no se puede sancionar de la misma forma la ayuda a un irregular si es por ánimo de lucro o por ánimo humanitario. Creo que se debería haber distinguido la sanción porque el hecho aunque tenga las mismas consecuencias, que es el resultado de la presencia ilegal de un inmigrante, no tiene el mismo *animus*. Sobre todo, si hablamos no ya de ayudar a entrar ilegalmente sino a circular o transitar.

En muchísimas ocasiones hay personas que ayudan a inmigrantes ilegales, muchas veces sin saber si quiera que son ilegales, con el exclusivo ánimo humanitario y, no por esto debe encontrarse en situación jurídica tan precaria.

⁶⁷ *Ibidem*, art. Dos.

⁶⁸ Véase el *Reglamento de Extranjería que entró en vigor el 30 de junio de 2011* (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009), BOE nº 103, de 30 de abril de 2011.

⁶⁹ *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, DO L 348 de 24.12.2008.

Eso sí, hay que reconocer que, al menos, la Directiva establece una graduación de la sanción, en función de la variabilidad de la conducta.

En este ámbito de la lucha contra la inmigración ilegal también se han establecido normas para el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros Estados⁷⁰, que siempre deben responder a criterios de respeto con los derechos humanos y libertades fundamentales ya reconocidos.

Igualmente tenemos la llamada Directiva de Retorno⁷¹ que ha suscitado, con razón, numerosísimas controversias con la sociedad civil por su carácter tan expeditivo. Es más, aun no se ha terminado de transponer en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados por problemas de sus propias sociedades civiles, muy contrarias a algunos de los aspectos más delicados de la Directiva. De hecho, la Comisión Europea daba cuenta en su último *Informe semestral sobre el funcionamiento del espacio Schengen, 1 de noviembre 2011-30 de abril 2012*. Dicha Informe señala que «El plazo de aplicación de la Directiva sobre el retorno (2008/115/CE) expiró el 24 de diciembre de 2010. Veintiséis Estados miembros han adoptado ya nuevas disposiciones de transposición de la Directiva en su legislación nacional e incorporado las normas comunes. En abril de 2012, sólo Lituania, Polonia e Islandia aún no habían notificado la transposición»⁷².

A pesar de ello, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunas cuestiones relacionadas con las órdenes de expulsión de irregulares. Así, ante una cuestión prejudicial presentada por un tribunal italiano en relación con la detención e ingreso en prisión de un ciudadano que tenía una orden de expulsión que había incumplido, el TJUE señala que

“La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado”⁷³.

⁷⁰ Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, DO L 149 de 2.6.2001.

⁷¹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348 de 24.12.2008.

⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe semestral sobre el funcionamiento del espacio Schengen 1 de noviembre 2011-30 de abril 2012, 16.5.2012, COM(2012) 230 final, p.6.

⁷³ Asunto C-61/11 PPU, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de abril de 2011.

Para la lucha contra la inmigración ilegal, hay además una serie de sugerencias, iniciativas, planes, directrices, normas, etc. que van desde los estudios para la viabilidad de una policía europea de fronteras, pasando por la unificación de consulados en el extranjero, una política de repatriación y readmisión de extranjeros ilegales, un sistema de alerta informático, una coordinación de expulsiones conjuntas, etc. que han suscitado tanto interés como temor. Sin embargo, aunque hay que decir que la Comisión Europea se ha atrevido con casi cuantas cuestiones sean susceptibles de mejorar la lucha contra la inmigración ilegal, situando esta lucha en el epicentro de sus preocupaciones, el Consejo y el Parlamento han sido más vagos o más incapaces de establecer normas claras y procedimientos comunes en esta materia.

CONCLUSIONES

Es verdad que la Unión Europea ha hecho un enorme esfuerzo en la última década para favorecer al máximo la libre circulación de personas. Ahora bien, tal como ha sido la lógica de la UE, para el fortalecimiento de la libre circulación de ciudadanos europeos, se ha debido implantar todo un sistema de control de los ciudadanos extracomunitarios, reforzando así las fronteras exteriores de la UE.

Hoy día, los ciudadanos europeos somos más libres de circular por todo el territorio de la UE, en todos los sentidos. Sin embargo, esta fortaleza no debe enmascarar algunas debilidades del sistema. Hay un exceso de control, sobre todo aeroportuario, que dificulta la circulación normal. Las excesivas medidas de seguridad impuestas, el excesivo control y transmisión de datos vulneran derechos fundamentales de los propios ciudadanos europeos. Igualmente las dificultades expresadas para que un ciudadano europeo reagrupe a su familia (donde puede haber ciudadanos extracomunitarios o se haya constituido de conformidad a una legislación que no es aceptada en el Estado europeo receptor) o las restricciones existentes en el reconocimiento de cualificaciones profesionales para poder ejercer la profesión en cualquier Estado de la UE, e incluso la marginación de ciertas comunidades étnicas, aunque sean ciudadanos europeos, son flaquezas del sistema que deben fortalecerse.

En cuanto a los asilados y refugiados, aun reconociendo que se han hecho esfuerzos de armonización de legislaciones, de procedimientos comunes y de sistemas vinculados, todo esto se ha hecho con la cortedad de vista de poner como listón la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiado, que es una Convención de 1952 y que, si bien en ese tiempo respondió a los retos de la sociedad, hoy día, es claramente deficiente. Al menos debería interpretarse extensivamente. Por el contrario, la UE ha preferido crear nuevos sistemas, como el de protección temporal o de protección subsidiaria, que, si bien suponen un grado importante de protección, se queda pequeño para los sistemas similares que se producen en América o África.

Todo el sistema normativo creado para el control de fronteras ha sido muy importante y es lo que permite que se hayan podido dismantelar las fronteras interiores. Esto ha favorecido enormemente la libre circulación de ciudadanos europeos. El sistema creado de visados y de cruce de fronteras, incluyendo su sistema informatizado está funcionando relativamente bien, aunque hay algunos Estados que no terminan de comprender el sistema o no hacen los esfuerzos que deberían.

Algunos Estados también están abusando de las cláusulas de salvaguardia de orden público o de seguridad nacional para fortalecer sus fronteras interiores, incluso estableciendo controles migratorios en las proximidades de las mismas, en contra del ordenamiento de la UE.

Quizás hay una cuestión mayor que debería cuidarse. Las exigencias del control migratorio a las compañías de transporte pueden violar derechos fundamentales y la formación de todo el personal de seguridad y de control fronterizo debería recibir una enseñanza específica mucho mayor. Para ello sería conveniente la creación de un cuerpo europeo de policía de fronteras exteriores.

Se han establecido algunos visados que podemos llamar cualificados como el de estudiantes, alumnos, aprendices y voluntarios. Sin embargo, todas las figuras no son acumulables y esto permite que cada Estado haya organizado su sistema de visados teniendo en cuenta alguna, algunas o todas estas figuras, según sus propios intereses. Los miembros de las comunidades religiosas han quedado fuera de esta regulación y, quizás, debería proveerse un visado cualificado, a la luz de las necesidades europeas de vida religiosa en los conventos y monasterios que cuentan con personal propio muy envejecido y sin vocaciones nuevas.

Los inmigrantes de larga duración han sido una apuesta importante de la UE. Sin embargo, su regulación se ha quedado excesivamente corta. No se han planteado demasiados derechos, aunque la idea era compararlos a los ciudadanos europeos, dificultando su integración en Europa con los procedimientos engorrosos y las trabas de los estados a su propia movilidad en toda Europa.

La regulación en relación con las víctimas de la trata de personas ha resultado excesivamente vaga y escasa. Ello ha permitido que el balance no haya podido ser positivo, sobre todo, entendiendo la diversidad de regímenes que ha creado en los distintos Estados.

La reagrupación familiar ha sido una prueba de fuego para la UE. Sin embargo, su regulación ha sido poco generosa. Es verdad que esta es la vía de ingreso de inmigrantes legales mayor que hay. Sin embargo, afecta a derechos fundamentales y ha sido, pues, muy restrictiva. Incluso en muchos Estados se han rebajado expectativas de reagrupación como consecuencia de la norma europea. La armonización, pues, se ha realizado, una vez más, por debajo.

La norma no permite al inmigrante formar una familia sino únicamente unificarse con la que ya tenía en su lugar de origen. Ahora también las exigencias económicas son mayores.

En cuanto a la lucha contra la inmigración ilegal, considerada desgraciadamente como una medida de seguridad, algunas normas han resultado excesivas, a tal extremo que han supuesto, además de algunas violaciones de derechos humanos (la Directiva de retorno, las detenciones e internamiento por incumplimiento de órdenes de expulsión, etc.), algunas exageraciones (las obligaciones a las compañías de transportes, las sanciones por ayudas a los ciudadanos en situación irregular, etc.).

Sería conveniente que se puedan simplificar las normas, agruparlas, sistematizarlas y ordenarlas para que el conjunto de la política comunitaria de inmigración fuese más comprensible y sirviera mejor a sus objetivos.

Sevilla, 26 de septiembre de 2012