

# *El sistema de los acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (y II)*

*Las técnicas jurídicas utilizadas en el proceso de génesis hacia la supresión de las fronteras interiores en el ámbito comunitario.*

*(Perspectiva de armonización y conclusiones)*

Dámaso-Javier Vicente Blanco  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

#### IV. LA ARMONIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE VISADOS Y DE LAS NORMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ESTATALES PARA EL EXAMEN DE LAS DEMANDAS DE ASILO.

##### A. *EL PROBLEMA DE LA INMIGRACIÓN Y EL ALCANCE DE LAS NORMAS DE LOS ACUERDOS DE SCHENGEN: LA «EUROPA-FORTALEZA»*

Como ya vimos inicialmente en la primera parte de este trabajo, en el epígrafe dedicado a las dificultades para la eficacia de la libre circulación de personas en la realización del Mercado Interior(1), el problema de la libre circulación de extranjeros no comunitarios por el territorio común es precisamente el escollo fundamental que ha obstaculizado la interpretación, con eficacia jurídica directa, del artículo 8A (hoy 7A) del Tratado CEE, en el sentido de conllevar la supresión, tras el 1 de enero de 1993, de las fronteras físicas, técnicas y fiscales comunes a los Estados miembros, sin necesidad de un desarrollo legislativo posterior.

La cuestión está directamente vinculada con el fenómeno de las migraciones internacionales y los problemas que origina en este final de siglo. El itinerario de la inmigración internacional se había dirigido, a lo largo del siglo pasado y de la

primera mitad del presente, «de los países ricos y dominantes hacia los países pobres»(2), a causa del espectacular incremento demográfico acaecido en Europa desde fines del siglo XVIII y por la colonización(3). Es tras la II Guerra Mundial cuando se produce un cambio histórico del sentido tradicional de las migraciones internacionales(4), que hace que los flujos migratorios se dirijan -dicho sea en una terminología extendida en el ámbito de la geografía económica(5)- de los países del Sur periférico a los del centro, ubicado en el Norte.

El cambio de signo tiene que ver con la explosión demográfica que se viene produciendo en los países subdesarrollados(6) y el estancamiento poblacional del mundo hasta ahora llamado industrializado; con la depauperación de la vida en el Sur, en sus megaciudades -«centros de pobreza y colapso social»(7)-, generadas por la emigración acelerada, en unas sociedades agrarias, del campo a la ciudad; y con la imposibilidad de que tales megaurbes ofrezcan generalmente a sus poblaciones ninguno de los beneficios que eran tradicionales de las ciudades europeas, tales como la vivienda, la sanidad, el transporte, la distribución de alimentos, el trabajo(8), y una cierta idea de seguridad.

En contraste, los países desarrollados aparecen para estas poblaciones como una tierra de promisión en la que es posible prosperar al margen de las turbulencias de sus países de ori-

gen(9). Sus propios Estados, además, han integrado en sus políticas de desarrollo la posibilidad de la emigración como única contribución a sus problemas económicos(10).

A esta constatación se suma la presión procedente del Este y el Centro de Europa tras la desaparición de los regímenes del socialismo real y «las rápidas dislocaciones económicas, políticas y sociales» que ello ha generado(11).

El hecho cierto es que todos los Estados comunitarios constituyen en la actualidad, incluyendo a España(12), países de inmigración, al convertirse en receptores de un flujo migratorio insólito hasta el momento, caracterizado, como ha puesto en evidencia J.Y. CARLIER, por «una cantidad jamás alcanzada -5 millones anuales- y una calidad nueva que introduce, sin conquista, en los países de acogida, elementos culturales, muy distintos, la cultura musulmana en Europa, la cultura hispana en los Estados Unidos de América»(13).

En lo que hace referencia a su dimensión cuantitativa, a comienzos de la década de 1990, los datos sobre los entonces doce Estados miembros de las Comunidades Europeas, hablaban de 8 millones de extranjeros no comunitarios con carácter de inmigrantes legales, frente a una población total de alrededor de 325 millones de personas, de las que 12 millones, pertenecientes a su población activa, eran parados(14).

Pero la verdadera importancia de las cifras se advierte al observar las estimaciones de la presión potencial de la inmigración. A pesar de las divergencias e inexactitudes de los cálculos y de las cifras consiguientes, Europa occidental puede recibir en la presente década, sólo del Este de Europa, una presión media de entre 15 y 20 millones de inmigrantes -que podrían quedarse en 5 millones, según el límite mínimo de los cálculos más restrictivos, o llegar hasta los 40 que prevén como cota máxima las estimaciones generosas(15). A ello habría que sumar la presión migratoria de otros países, fundamentalmente la que procede de los países islámicos.

En cuanto a la dimensión cualitativa referida por CARLIER, la sedentarización de estas poblaciones en los Estados receptores, sin confundirse con la población autóctona, crea minorías sociales que mantienen su sistema de creencias y de vida; y con él, durante algún tiempo, su índice de natalidad(16). Las diferencias en el crecimiento demo-

gráfico respecto a las poblaciones autóctonas constituyen una fuente potencial de conflictos sociales a causa del desplazamiento físico y cultural que realizan sobre las mayorías nacionales.

La propia Comisión de las Comunidades Europeas, en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la inmigración, de 3 de octubre de 1991, ha afirmado que «son particularmente reveladores los problemas de integración de los inmigrantes legales instalados en los Estados miembros. En efecto, una sociedad no puede permitirse tolerar una línea de fractura que lleve a la exclusión de una parte de la población. Hay un imperativo social que nos exige mantener el equilibrio de nuestras sociedades»(17).

Cualquiera de los diferentes modelos de integración adoptados por los Estados europeos no está exento de fricciones(18). El modelo francés, con el que culturalmente compartimos en España aspectos básicos, hace hincapié en la asimilación del inmigrante con la población autóctona, y recela de la diferencia(19). En el ámbito jurídico se traduce en el fomento de la naturalización de la segunda generación y subsiguientes (el 95 por ciento de los hijos de inmigrantes nacidos en Francia tienen la nacionalidad francesa). Busca por tanto la confusión del extranjero entre la población autóctona.

A contrario, el modelo alemán es refractario a la integración, y busca el confinamiento del inmigrante y su cultura. En el terreno jurídico, desconfía de la naturalización (un 95 por ciento de los hijos de inmigrantes nacidos en Alemania no tienen la nacionalidad alemana; al mismo tiempo, el 70 por ciento de los extranjeros residentes en territorio alemán han nacido en Alemania)(20). Durante años, Alemania, igual que los Países Bajos rechazaron su caracterización como país de inmigración.

El modelo británico, junto al que podría ubicarse también a los Países Bajos, comparte con el alemán la idea de confinamiento, pero no se traduce en términos jurídicos en recelos hacia la concesión de la nacionalidad a los hijos de los inmigrantes(21). Se rige por un individualismo en la diferencia. Comparte con el modelo alemán la constitución de sociedades multiétnicas, de una sociedad multicultural que se articula sobre el «respeto a la diferencia, la diversidad cultural y al modo de vida»(22). El modelo francés, que se rige por principios individualistas e igualitarios y

persigue la integración social de forma igualitaria para todos los ciudadanos, no ha conseguido en la práctica resultados plenamente satisfactorios en su objetivo de asimilación, dando lugar también a supuestos de multiculturalidad(23).

Ninguno de los supuestos ha estado libre de generar conflictos sociales, ni encendidas polémicas(24). Cada cual tiene sus partidarios y detractores(25). Pero como sostienen tanto IZQUIERDO ESCRIBANO como HOFFMANN-NOWOTNY, «existe una enorme confusión, una enorme dificultad, al movernos en propuestas fundamentalmente ideológicas»(26).

Estas realidades tienen una intensa proyección en el ámbito jurídico. Una literatura cada vez más extensa en el área del Derecho Internacional Privado en Europa está abordando con una nueva perspectiva, de carácter antropológico y relativista, problemas jurídicos -pertenecientes especialmente al campo del Derecho de Familia- que ya habían aflorado doctrinalmente y que están conectados o se han generado a causa de la multiculturalidad; problemas a los que la práctica y la jurisprudencia debieron hacer frente con anterioridad con nuevos planteamientos(27).

No obstante, ante el alcance del fenómeno, los Estados europeos han dedicado más esfuerzos a controlar los flujos migratorios que a la integración de las poblaciones(28). Han modificado sus legislaciones sobre nacionalidad, extranjería o asilo con objeto de adaptarlas a esa finalidad(29), o han puesto en marcha procesos de regularización de extranjeros para hacer aflorar los inmigrantes ilegales(30).

En este marco es donde se inscriben los Acuerdos que instituyen el Sistema de Schengen, con una finalidad concreta: el control de los flujos migratorios. J.A. BELLOCH, un año antes de acceder a las titularidades ministeriales en el Gobierno, escribía sobre el Convenio de Aplicación de Schengen que éste suponía «la más explícita declaración política en materia de *extranjería* que conozco y, mucho me temo, prefigura las políticas nacionales, no ya sólo de los firmantes, sino también de todos los Estados miembros de la Comunidad Europea (...) no teniendo las legislaciones nacionales (y entre ellas, desde luego, la española) más que un mero valor instrumental de adaptación a su normativa interna a los principios allí recogidos o, a lo sumo, un valor adjetivo de complemento o marización, en su propio

ámbito de aquellos principios»(31). Y resaltaba que una de las cuestiones básicas de donde parte el texto convencional está en cómo disminuir los flujos migratorios, sin que las partes cuestionaran la legitimidad del objetivo, persiguiendo únicamente el uso de los medios más eficaces(32).

Los Acuerdos de Schengen constituyen efectivamente un instrumento al servicio del control de los flujos migratorios(33), pero no contienen en sí mismos una política migratoria. Es preciso discernir ambas cuestiones. En los Acuerdos de Schengen se prevé, como ya expusimos en la primera parte del presente trabajo(34), un reforzamiento de los controles en las fronteras exteriores, y en especial, como veremos en el próximo epígrafe, el establecimiento de instrumentos uniformes que buscan hacer más riguroso el control de los extranjeros extracomunitarios. Al tiempo, como ha señalado con énfasis M.P. LAFRANCHI -al analizar la supresión de los controles en las fronteras interiores derivada del artículo 8A del TCEE y la puesta a su servicio de los Acuerdos de Schengen- los Acuerdos «no tienen por objeto ni por efecto la libre circulación de los trabajadores migrantes nacionales de Estados terceros»(35). Lo afirmamos ya al estudiar los controles en las fronteras exteriores, «los Estados miembros no persiguen establecer una política común de inmigración, sino posibilitar la libre circulación de personas por el espacio común»(36).

El Sistema de Schengen, en sí mismo considerado, no tiene por qué prefigurar una determinada política migratoria (de carácter restrictivo), sino que bien podría servir a cualquier tipo de política de inmigración, incluso de carácter receptivo, con objeto de planificar la inmigración y evitarse ir detrás de la realidad, haciendo frente a problemas inesperados derivados de una inmigración espontánea consentida(37). La responsabilidad sobre las políticas migratorias y su carácter restrictivo se traslada a los Estados y a las escasas medidas de cooperación intergubernamental. Son los Estados, y en su caso la carencia de una verdadera política migratoria, individualmente segmentada o coordinada, los que hacen que las disposiciones de los Acuerdos de Schengen se transformen en las únicas normas en la materia.

La propia Comisión de las Comunidades Europeas ha resaltado que el debate sobre la inmigración no puede centrarse en la dialéctica entre la apertura laxa de las fronteras y su cierre,

sino en su gestión, al afirmar que: «algunas voces piden que se frene totalmente la inmigración; ello no es factible ni deseable: lo que se necesita es una gestión adecuada de la política de inmigración»(38). El mero cierre de las fronteras no detendrá, en todo caso, los flujos migratorios, sobre la base del uso de instrumentos legales y policiales(39). Como ha señalado P. KENNEDY, refiriéndose a Europa, sobre la base de la experiencia norteamericana: «es improbable que los mayores esfuerzos por controlar la inmigración consigan tener éxito frente al importante desnivel de los equilibrios demográficos globales»(40). Una excesiva restricción podría favorecer un «mercado negro» de inmigrantes clandestinos, de muy difícil control(41), que es precisamente lo que se dice oficialmente se pretende evitar y combatir(42). Schengen será un mecanismo puramente restrictivo de la migración, y la única política migratoria, si no se establecen políticas de acogimiento de inmigrantes legales(43).

El caso de España es al respecto paradigmático ya que, como ha resaltado desde la doctrina española de Derecho Internacional Privado J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, la legislación de extranjeros en nuestro país se caracteriza por un enfoque desde la perspectiva de la seguridad pública que se centra en el control de los extranjeros, y se complementa por una práctica de índole fundamentalmente gubernativo, facilitada por el excesivo uso de conceptos jurídicos indeterminados(44). En paralelo, A. BORRÁS RODRÍGUEZ ha destacado la práctica restrictiva de la política migratoria española(45). S. COLLINSON, sin embargo, ha puesto en duda la capacidad de nuestro país como Estado del Sur, junto a Italia y Grecia, para controlar la inmigración, debido a la rapidez con que se estableció la normativa para adaptarse a las exigencias europeas y atajar la nueva ola migratoria procedente del norte de África(46). Con todo, España ha adoptado, aunque tardíamente y con resultados no muy satisfactorios a causa de la falta de planificación, la política de cupos, y así, en Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de Marzo de 1993, el Gobierno español determinó un contingente de autorización para trabajadores extranjeros para el año 1993 de 20.600 trabajadores, en aplicación del punto 1º de la Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991(47). La práctica se ha mantenido en 1994, con idéntica cifra, y se pretende subir a 25.000 en 1995(48).

Una «gestión adecuada» del problema de la inmigración, como ha resaltado ESPADA RAMOS(49) sólo es posible, en la perspectiva actual Europea, desde la adopción de una política común de alcance comunitario, superando los escollos con que se han tropezado los intentos previos, y que hacen que nos encontremos aún en un momento que hace tan sólo año y medio era calificado por la Comisión como «fase de aproximación y no de armonización de las políticas de inmigración y asilo»(50).

La inexistencia de una efectiva política común de inmigración, aunque prevista en el Tercer Pilar del Tratado de Unión Europea (Título VI), se ha mantenido pese a los intentos de la Comisión de abordarla ya en 1985, mediante el establecimiento de un primer instrumento que pudiera consolidar competencias comunitarias, y que era la Decisión 85/381 de 8 de julio de 1985, de la Comisión, por la que se establecía «un procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a terceros Estados», que incorporaba obligaciones de información para los Estados sobre medidas nacionales o acuerdos con terceros Estados, en la materia, persiguiendo una posición común(51). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hubo de pronunciarse sobre la incompetencia de la Comisión para dictar una norma, basada en el artículo 118, o en cualquier otro, del Tratado de Roma que estableciendo un procedimiento para la concertación de las políticas migratorias, imponía el resultado, impidiendo a los Estados la realización de proyectos y disposiciones contrarios a las acciones comunitarias(52). La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 9 de julio de 1987, calificada de salomónica por A. ORTIZ-ARCE, dejaba en la práctica sin contenido las competencias atribuidas a la Comisión por la Decisión citada(53).

En caso de no establecerse una política común de inmigración difícilmente se podrá alcanzar el objetivo que afirmaba BOIXAREU CARRERA era perseguido junto al reforzamiento de los controles en las fronteras exteriores: «En una palabra, al tiempo que se reafirma la necesidad de reforzar los controles en las fronteras exteriores, no se quiere dar la impresión de que la Comunidad se erige en una «fortaleza» frente al resto del mundo, que es la crítica que se ha solido hacer estos últimos años a la creación del Mer-

cado Interior Comunitario»(54). Y la imposibilidad del objetivo vendrá dada porque no se tratará sólo de que se perciba subjetivamente o de que dé la impresión desde fuera de configurar una fortaleza, sino porque las técnicas jurídicas utilizadas y sus correlatos fácticos establezcan una barrera material frente a todo extranjero que pretenda acceder como inmigrante económico o incluso como demandante de asilo.

De hecho, el Derecho de asilo ha sido desbordado por la presión migratoria, pues, como ha señalado K. HAILBRONNER, parece existir una ley de la naturaleza que hace que si no se puede canalizar por la vía de la inmigración legal se conduce por el derecho de asilo(55). El momento actual en Europa se caracteriza por la crisis del concepto de asilo y refugio surgido en la Guerra Fría(56), y por la vinculación real que se ha producido entre asilo e inmigración(57), hasta tal punto que en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen todas las normas que se exigen a los inmigrantes son de aplicación previa para los solicitantes de asilo, lo que hace recalcar a D. LÓPEZ GARRIDO el carácter de «Europa-Fortaleza» que tiene su trazado(58). Con todo, el conflicto armado entre los herederos de la antigua Yugoslavia ha supuesto una avalancha de refugiados tal que ha llevado a Alemania a pedir cuotas de refugiados entre los países de la Unión Europea tras la toma por los croatas en el verano de 1995 de la región de Krajina y la previsión de una nueva oleada de reclamaciones(59).

En este contexto europeo, España vendría a desempeñar una función de guardián de la seguridad, como frontera del Sur, frente a las migraciones norteafricanas(60).

Como se ha señalado por distintos autores ya citados (NAÏR, DE LUCAS, ESPADA RAMOS, ENZENSBERGER), no desde la evocación del derecho positivo, pero sí desde la perspectiva de los valores y principios generales que en nuestras sociedades Europeas lo estructuran y sustentan, está en juego también una concepción de la convivencia y la identidad como civilización. H.M. ENZENSBERGER lo resume así: «a lo largo de la historia de la humanidad este mínimo (de pluralismo, libertades, solución pacífica de los conflictos, seguridad frente a los abusos físicos del Estado, no discriminación,...) sólo se ha alcanzado excepcionalmente y por poco tiempo; es frágil y fácilmente vulnera-

ble. Quien pretenda protegerlo ante eventuales ataques externos, se encontrará ante un dilema. Porque cuanto más intensamente se defiende y cuanto más se amuralla una civilización frente a una amenaza exterior, menor será lo que finalmente quede por defender. Y en cuanto a los bárbaros, no es necesario que esperemos su llegada; siempre han estado entre nosotros»(61).

El Derecho, según la afirmación de F. RIGAUX parafraseando la expresión de Leonardo relativa a la pintura, «es una realidad intelectual (*una cosa mentale*)»(62), y por tanto, como ha afirmado J.M. BROEKMAN, «un elemento de la cultura»(63).

#### B. LA ARMONIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE VISADOS COMO MEDIO PARA CONSTITUIR CONDICIONES UNIFORMES DE ENTRADA Y CIRCULACIÓN EN EL ESPACIO COMÚN

Al enfrentarnos, en la primera parte de este trabajo, al estudio de la supresión de los controles en las fronteras interiores, y su transferencia a las fronteras exteriores, y en particular al reforzamiento de los controles en estas fronteras exteriores(64), hacíamos referencia a cinco condiciones uniformes y cumulativas exigibles a los extranjeros -nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea- para que se considere que cruzan legalmente tales fronteras y se les permita el acceso al espacio común Schengen(65). Hablábamos entonces de: (a), poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, y que deben ser determinados por el Comité Ejecutivo del Convenio; (b), estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido; (c), presentar documentos en los que se justifiquen el motivo y las condiciones de la estancia prevista; disponer de medios de subsistencia o estar en disposición de obtenerlos, tanto para el tiempo de estancia como para la salida hacia otro Estado tercero donde su admisión esté garantizada, sea o no el de su procedencia; (d), no estar entre los extranjeros incluidos en la lista de no admisibles; y (e) no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estados miembros.

Estas condiciones constituyen el Régimen de Entrada al territorio común Schengen. Entre las citadas condiciones existe una clara interrelación

de tal modo que la mencionada en segundo término -la exigencia de visado válido- se constituye en eje del sistema(66), y el resto la complementan.

### B.1. *El Visado Uniforme para Estancias de Corta Duración.*

El principal instrumento de las normas que armonizan el régimen de entrada y circulación en el espacio Schengen es el visado uniforme para estancias de corta duración, regulado en la sección 1 del Capítulo III del Título II del Convenio de Aplicación, artículos 9 a 17. Este tipo de visado uniforme, y su regulación, constituye, además el medio por el que las partes establecen su política común sobre circulación de personas y visados, a cuya adopción se comprometen en el apartado 1 del artículo 9 del Convenio de Aplicación(67). Inicialmente, en el proceso de elaboración y negociación del Convenio de Aplicación, se pensó en crear una política uniforme de visados, a la manera de la que existe entre los países del Benelux, pero no pudo realizarse completamente(68).

La política del visado uniforme se asienta sobre la creación de una *lista común de terceros Estados* -adoptada por acuerdo unánime entre los Estados parte antes de la entrada en vigor del Convenio de Aplicación- a cuyos ciudadanos se les aplicará el régimen común de visados(69). Esta lista supone un compromiso cierto de los Estados miembros, como ha sido señalado, con objeto de perseguir una actuación conjunta en sus relaciones con los Estados en ella incluidos, en aras a un interés común(70).

La decisión de incluir un país en la lista no se adopta por el mero hecho de que todos los Estados miembros exijan visado a sus nacionales, sino que constituye una decisión expresa, siendo adoptada valorando factores diversos que incluyen consideraciones políticas o de seguridad, a los que seguidamente haremos referencia(71). A causa de estos condicionantes, el acuerdo en el que se determinaban los Estados que debían ser incorporados a la lista debió adoptarse sobre mínimos(72), estando incluidos un total de ciento catorce países(73). Fueron excluidos aquellos países sobre los que existían diferencias, y para la modificación de la lista -que se regula en el artículo 9.2, *in fine*- se estableció un procedimiento guiado por el fin de consolidar las decisiones que conllevaban una armonización, evitando que si aparecían nuevas diferencias influyesen en lo ya acordado; de tal

modo que para excluir de la lista a un país previamente incluido se exige también un acuerdo adoptado por unanimidad, al igual que para la inclusión de nuevos Estados en la lista. La finalidad, con objeto de alcanzar una política realmente uniforme relativa al visado común para estancias de corta duración, está en reducir la zona gris existente entre dos ámbitos imaginarios: el primero, la lista común expresamente adoptada entre los Estados miembros que incluye los Estados a cuyos nacionales se les exige el visado uniforme; y el segundo, formado por otra lista de Estados, existente *de facto*, y que está formada por todos los terceros Estados a cuyos nacionales ninguno de los Estados miembros exige visado para entrar en su territorio nacional(74). En esta zona intermedia se hallan los terceros Estados a cuyos nacionales no todos los Estados parte exigen visado, y aquellos que, aún exigiéndoselo en el presente por todos los Estados miembros, hay controversia sobre su inclusión en el régimen común, y por tanto, sobre la intención de que pueda someterse a revisión su status actual en el futuro inmediato.

Los criterios utilizados para la inclusión de los Estados en la lista han girado en torno a dos principios básicos, a saber, la **prevención de la inmigración ilegal** y la **defensa de la seguridad interior**, como ha señalado JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA(75). Esta autora sostiene también que si bien éstos han sido los principios básicos utilizados hasta el momento, cabrían otros, tales como la *reciprocidad*, la *adopción de medidas compensatorias* o la *oportunidad política*, para tomar la decisión y optar entre incluir o no a los Estados en la lista(76). En mi opinión -aunque más por falta de consenso en la inclusión de algunos Estados concretos en la lista que por haber alcanzado expresamente un acuerdo respecto a su exclusión-, la ausencia de determinados Estados responde precisamente a este tipo de principios; si bien de forma incompleta. En particular, la exclusión de la lista de la mayor parte de los países latinoamericanos -salvo Cuba y la República Dominicana- se debe a la utilización por ciertos Estados parte, fundamentalmente España, de **criterios de oportunidad política** basados en lazos históricos y afinidades culturales. JIMÉNEZ DE PARGA da a estas dos categorías -a las que cita como hipotéticos criterios de definición de la lista- la calificación de «**motivos estructurales**» -en contraste con las circunstancias

de oportunidad política coyunturales; y propugna su uso de forma conjunta por los Estados parte con objeto de definir con mayor nitidez los regímenes aplicables a los países terceros y la política común de visados(77). Con todo, a mi juicio, no puede soslayarse que diecisiete de los treinta y un países ubicados en la zona gris, en el momento de la confección de la lista, son Estados latinoamericanos, un indicativo importante del peso de este criterio en su elaboración, pues fueron excluidos pese a los posibles problemas que en relación con la inmigración podían suscitar.

En cuanto al criterio que hace referencia a la adopción de medidas compensatorias, éste alude a la puesta en práctica con determinados países de instrumentos que pretender evitar los efectos de la supresión del visado, lo que permite su exclusión de la lista común de visado uniforme obligatorio. Se alude, en especial, a la adopción, entre los Estados del Grupo de Schengen y terceros Estados singularmente considerados, de convenios de readmisión de ilegales o de sus nacionales cuando se hallen en situación irregular dentro del espacio Schengen. Como ha señalado J.Y. CARLIER, tras el desplome del bloque del socialismo real, y bajo el impulso del relanzamiento de las relaciones económicas -o de la búsqueda de nueva mano de obra en ciertas actividades industriales en Europa Occidental-, se suprimieron los visados para determinados países del Este de Europa tales como Polonia, Hungría o la antigua Checoslovaquia(78). Como medida compensatoria, con Polonia se adoptó por parte de los Estados del Grupo de Schengen el Acuerdo relativo a la Readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bruselas el 29 de marzo de 1991(79), al que posteriormente haremos referencia en el presente epígrafe.

Por su parte, respecto al aludido criterio de reciprocidad -mediante el que se realiza la mutua supresión de la exigencia de visados- hipotéticamente sería susceptible de ser utilizado como vía para despejar la «zona gris» de aquellos países que no planteasen problemas de inmigración masiva, como podrían ser los supuestos de Australia o Israel. Pero en alguno de estos casos podrían hallarse involucradas consideraciones políticas de los Estados, aunque se concreten en una medida que, por efecto de las normas de los Acuerdos de Schengen, acabe por tener un carácter casi testimonial(80).

La confección de la lista y el establecimiento de una política común en materia de visados entre los Estados Schengen -basados ambos fundamentalmente en los dos principios inicialmente mencionados (la prevención de la inmigración ilegal y la defensa de la seguridad interior)- ha generado en nuestro país críticas doctrinales(81) y ocasionado problemas diplomáticos a España y Portugal, resultando, como ha señalado ADRIÁN ARNÁIZ, una «cuestión espinosa para la política exterior española [y para la portuguesa, cabe añadir] en la América Latina y en otros países tradicionalmente vinculados con España [o en su caso con Portugal]»(82).

Existía el precedente de los países del Magreb, en particular Argelia, Marruecos y Túnez -a los que habría que sumar Turquía, por afinidad-, con quienes España tenía acuerdos, bajo forma de canjes de notas, de los años 50 y 60 sobre supresión recíproca de visados a los nacionales respectivos(83). El 15 de mayo de 1991, cuarenta días antes de la firma por España del Acuerdo de Schengen de 1985 -el 25 de junio-, y tras la denuncia de esos acuerdos, se pasó a exigir visado a todos los nacionales de los Estados magrebíes(84). No obstante, posteriormente se pactó con algunos un régimen formalmente flexible de concesión del visado, con un abaratamiento del coste y la tramitación administrativa aligerada(85).

Los problemas diplomáticos españoles con los países latinoamericanos aparecieron, como ha puesto en evidencia FERNÁNDEZ ROZAS, en cuanto la proyectada política comunitaria de armonización de visados, antes de la entrada en vigor del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, parecía presagiar la extensión de la exigencia del futuro visado uniforme comunitario a los nacionales de los Estados de América Latina; dejando de lado los Acuerdos bilaterales sobre supresión del documento que España tenía concluidos con la mayor parte de estos Estados(86). De hecho, la «suspensión temporal», en febrero de 1992 y aún vigente, entre España y Perú del Acuerdo sobre supresión de Visados establecido por ambos países por Canje de Notas de 14 de abril de 1959, fue vista por la doctrina como el posible inicio de un proceso por el que se abandonaba la política de supresión de visados con este grupo de países vinculados histórica y culturalmente con el nuestro(87). Las razones de la

suspensión, en el caso concreto, se debieron más bien a una decisión del Gobierno peruano motivada por los continuos rechazos y devoluciones de nacionales de éste país en la frontera española(88). Por su parte, Portugal pasó por una crisis diplomática con Brasil en febrero de 1993, a causa de las restricciones que impuso a los nacionales de este país por aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985, y en previsión de la entrada en vigor del Acuerdo de Aplicación(89). No obstante, en el estricto marco comunitario, la lista de Estados definitiva -incluida en la «Propuesta de Reglamento, basado en el artículo 100 C del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros»(90)- a cuyos nacionales se les impone el visado uniforme comunitario, no ha confirmado los presagios anteriores. Esta lista comunitaria, prevista en el artículo 100 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, es una de las vías de integración en el Derecho comunitario de los modos técnico-jurídicos de operar nacidos en el marco de la experiencia Schengen.

Con todo, con el problema de los países latinoamericanos subyacente, se ha criticado el riesgo que existe con carácter general de que esta armonización de las políticas nacionales sobre visados conlleve esa renuncia a los lazos históricos y políticos que han justificado en nuestro país los acuerdos de exención de visados en el plano bilateral, y que ahora deberían negociarse en el marco conjunto de los Estados miembros(91). El apartado 1 del artículo 9º del Convenio de Aplicación incluye el compromiso lógico de proseguir la armonización. Si ese compromiso, como ha señalado JIMÉNEZ DE PARGA(92), efectivamente significa, por una parte, la adaptación progresiva de los acuerdos nacionales para que se acomoden a los cambios de la realidad -las nuevas condiciones o los nuevos flujos de inmigración, por ejemplo-, y por otro lado -lo que es imprescindible desde la lógica de la armonización- que los Estados adoptarán sus decisiones desde la perspectiva del interés de todas las demás Partes, quizás termine por ser difícil de sostener, frente a las presiones de otros Estados miembros, la postura española manteniendo sus acuerdos bilaterales y a la mayor parte de los Estados latinoamericanos fuera de la lista común.

Desde una perspectiva técnico jurídica, el problema, y la solución alcanzada en la actualidad para llegar a la elaboración de la lista armonizada, es el resultado de la tensión existente entre los intereses comunes y los intereses y valoraciones nacionales, con la perspectiva del objetivo final de la armonización. La solución actual consiste en llevar esa armonización hasta donde llega el consenso, y aceptar un margen de competencia nacional respecto a aquellos Estados sobre los que no hay acuerdo. Este margen nacional será, en principio, transitorio, pues el objetivo final está puesto en la armonización total de las listas de Estados reducidas a dos -a los que se exige el visado uniforme y a los que no- eliminando cualquier zona gris, pues con ella se permite la entrada en el espacio Schengen de nacionales de esos países sin el acuerdo de alguno de los Estados parte del Convenio. Puede parecer que hoy, a la luz de las distintas listas, los intereses comunes se concretan, a priori, en la utilización de los dos principios señalados inicialmente, que son principios que persiguen evitar determinados «efectos perversos» de la supresión de las fronteras interiores -la prevención de la inmigración ilegal y la defensa de la seguridad interior-. Si, por el contrario, en el principio que hace referencia a los lazos históricos solamente se expresan los intereses y valoraciones nacionales, la lógica del Convenio llevará en el futuro al abandono de los acuerdos bilaterales y a la exigencia del visado. La solución pasa por la asunción de este criterio de forma conjunta por los Estados parte, como decíamos más arriba que ha propugnado algún autor(93).

La lista en cuestión, en todo caso, no tiene más fin que la determinación de a qué países se exige conjuntamente por los Estados miembros el visado uniforme, razón por la cual, para evitar otros efectos internacionales no buscados por los Estados parte, le acompaña un texto anejo en el que se afirma que la inclusión de un Estado en la lista no prejuzga la posición de los Estados miembros con respecto al estatuto internacional de los países incluidos ni con respecto a las relaciones que mantengan con ellos.

No obstante, según se recoge en el apartado 2 del artículo 9 del Convenio de Aplicación, caben excepciones al régimen uniforme de exigencia de visados, y los Estados miembros podrán sustraerse a él con los países incluidos en la lista

común, siempre que existan motivos imperiosos de política nacional que precisen una decisión urgente, consulten previamente al resto de Estados miembros y tomen en consideración los intereses de éstos y las consecuencias de su decisión.

El visado uniforme, propiamente dicho, se regula en los artículos 10 a 18 del Convenio de Aplicación. Se trata de un documento, válido para el territorio de todas las partes contratantes, que emiten las autoridades de los Estados miembros, y mediante el cual se autorizan una o varias entradas para una estancia máxima de tres meses(94). Se prevé un período transitorio hasta la instauración del visado uniforme, durante el que las partes reconocerán los visados nacionales de los otros Estados miembros siempre que respondan a las modalidades previstas para el visado uniforme(95).

El artículo 11 del Convenio de Aplicación establece dos tipos de visado:

- el visado de viaje, que comprende al *de entrada*, expedido en la representación diplomática o consular del Estado, situada en el territorio de un tercer Estado; y al *de regreso*, expedido en el territorio del Estado del que se tiene intención de salir para poder volver a ingresar(96). Será válido para una o más entradas, sin que el tiempo de estancia por semestre, a partir de la fecha de la primera entrada, pueda superar los tres meses, ya sea en un período consecutivo o por la suma de los períodos sucesivos. Durante el semestre en cuestión, las partes podrán conceder un nuevo visado a quien haya agotado el período máximo de tres meses, en cuyo caso el supuesto se sustrae del régimen uniforme y el visado sólo tendrá validez en el territorio del Estado que lo conceda(97).
- el visado de tránsito, válido para atravesar una, dos o varias veces los territorios de los países miembros para dirigirse a un tercer Estado, sin que el tiempo de tránsito pueda superar los cinco días. El tránsito, lógicamente, puede realizarse tanto por vías terrestres, como en supuestos de escalas aéreas o marítimas, aunque en estos últimos casos, si la escala no conlleva la entrada, propiamente dicha, en el país, por ejemplo

para pernoctar, más allá de las «áreas de tránsito» del puerto o aeropuerto, el estatuto especial de estas zonas suele dispensar de la exigencia de visado(98).

Además de las modalidades, se han armonizado también los requisitos formales del visado uniforme y las condiciones para su concesión.

En cuanto a los requisitos formales, los artículos 13 y 14 del Convenio de Aplicación, en primer lugar, privan de validez a los visados que figuren:

- en documento de viaje caducado (13.1). Se exige además que la validez del documento de viaje sea superior a la del visado, considerando el plazo de utilización de éste; debiendo permitir el regreso del extranjero a su país de origen o la entrada en un tercer país(13.2).
- en documento de viaje que no sea válido para ninguna de las legislaciones de los Estados miembros. Si sólo es válido en alguna, se limitará su eficacia a los Estados miembros donde tenga validez(14.1). Pero se contempla también que en el supuesto de que el documento de viaje no estuviera reconocido como válido en una o más legislaciones de los Estados parte, podría expedirse el visado bajo la forma de una autorización que haga sus veces(14.2).

En segundo lugar, hay que referirse a lo relativo a *la forma que debe adoptar la etiqueta-visado Schengen*. Para determinar esa forma resultaba competente, según el artículo 17. 3. d) del Convenio de Aplicación, el Comité Ejecutivo de los Acuerdos, quien ha optado por el modelo elaborado y presentado por la Fábrica de Moneda y Timbre de España; debiéndose llevar a cabo por cada Estado su fabricación respectiva(99).

En relación con las *condiciones armonizadas de concesión del visado uniforme*, el artículo 12.1 designa como competentes para su expedición a las autoridades diplomáticas y consulares de las Partes contratantes, y a aquellas autoridades de los Estados miembros que señale el Comité Ejecutivo, en el marco de competencia que le atribuye al respecto el artículo 17. 3. b) del Convenio de Aplicación. En la actualidad, según *Declaración de los Ministros y Secretarios de Estado* del Grupo Schengen, sólo están habilitados para la expedición del visado uniforme las Misiones Diplomáticas y las oficinas Consulares de

Carrera; con la única excepción, de carácter transitorio, referida a los cónsules honorarios de los países del Benelux, a los que se reconocerá la competencia en los supuestos específicos en que sus Estados enviados invoquen esta excepcionalidad, una vez aceptada tal justificación por el resto de Estados miembros(100).

El artículo 12, en sus apartados 2 y 3, establece las normas que resuelven los posibles conflictos de competencia de autoridad en la expedición de visados, determinando, el apartado 2º, que serán competentes *las autoridades del Estado que resulte el destino principal del solicitante del visado*; y en caso de no poder determinarse, lo serán *las autoridades del Estado por donde se realice la primera entrada al espacio común*. Al no especificarse en este apartado 2º qué se entiende por destino principal, ni cuales son los criterios para su determinación, el apartado 3º del mismo artículo prevé que sea el Comité Ejecutivo de los Acuerdos el que los fije. Si bien la solución de atribuir esta competencia a la autoridad común es un modo viable que sirve a los fines de la armonización, desde una perspectiva técnico jurídica parece que hubiera sido más conveniente realizar un esfuerzo mayor por parte de los Estados miembros en la elaboración y positivación de ciertos criterios, más o menos precisos, cuando menos para que pudieran servir de pauta al Comité Ejecutivo en su toma de decisiones. Ello habría sido muy útil en aras, por un lado, de evitar la merma de la seguridad jurídica de los solicitantes de visado, y, por otro, para eludir la aparición de innecesarios conflictos negativos de competencia, en los supuestos en los que ninguna de las autoridades Estatales se considera competente para la expedición. Estos conflictos no son descartables, al menos hasta que el Comité Ejecutivo elabore las normas previstas. Todo ello redundará, en mi opinión innecesariamente, en perjuicio del solicitante del visado, que puede encontrarse al arbitrio de las autoridades competentes sin tener a su disposición, en el marco de las normas de los Acuerdos, como veremos más adelante, procedimientos para recurrir la decisión de las autoridades nacionales(101).

Adicionalmente, el artículo 15 del Convenio de Aplicación exige que para que pueda expedirse el visado, el solicitante debe cumplir cuatro requisitos, que son los establecidos en el artículo 5 como condiciones de entrada al espacio Schen-

gen, junto a la posesión de un visado válido cuando éste sea exigido. Es aquí donde se observa el carácter complementario, al que nos referíamos al comienzo de este epígrafe, de esas cuatro condiciones respecto a la exigencia de visado.

Las cuatro condiciones, volvemos a reiterarlas, son las siguientes:

- poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, y que deben ser determinados por el Comité Ejecutivo del Convenio;
- presentar documentos en los que se justifiquen el motivo y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia o estar en disposición de obtenerlos, tanto para el tiempo de estancia como para la salida hacia otro Estado tercero donde su admisión esté garantizada, sea o no el de su procedencia;
- no estar entre los extranjeros incluidos en la lista de no admisibles; y
- no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estados miembros.

Estos cuatro requisitos muestran cuáles son las preocupaciones prioritarias y las cautelas de los Estados miembros, al responder precisamente a los objetivos de *contención de los flujos migratorios* y a la defensa de la seguridad interior. La primera de estas preocupaciones se manifiesta en las condiciones económicas exigidas al solicitante del visado, en el sentido de que sus medios le posibiliten mantenerse a sí mismo durante el período de estancia y su salida del espacio común; pero también se expresa en la obligación de presentar constancia documental de los motivos y condiciones de la estancia prevista(102).

La *preocupación por la seguridad* se refleja en las dos últimas condiciones. La primera de ellas -no estar incluido en la lista de no admisibles- tiene un carácter reforzado y formal, aunque, como vimos en la primera parte de este trabajo, algunos de los criterios utilizados para la inclusión de extranjeros en la lista responden a conceptos vagos o indeterminados(103). La última condición -no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estados miembros- contiene una fórmula general, compuesta también de conceptos jurídicos indeterminados, de carác-

ter abierto, y además informal, frente a la condición anterior. Los problemas de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en cuestiones de seguridad son habituales en la práctica jurídica de casi todos los Estados, pero no por ello menos susceptibles de su uso discrecional por las autoridades, y, en su caso, de la puesta en peligro de derechos fundamentales. Ello exige, en todo caso, la presencia, ante su aparición, de mecanismos procedimentales protectores que permitan el control judicial de las actuaciones de autoridad.

El requisito que resta por comentar -la posesión de un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera- no tiene mayor singularidad, ya que es el documento que posibilita la identificación del extranjero (*u.g.* el pasaporte).

Se ha señalado por la doctrina la contradicción que manifiestan estos criterios restrictivos *ad extra* frente a la eliminación de fronteras *ad intra*, creándose un espacio sin barreras que permite la circulación libre de las personas(104). Esa contradicción entre libertad y seguridad bien puede ser la responsable de la «impresión» de *Fortaleza-Europea* que afirmaba BOIXAREU CARRERA(105) se percibe desde el exterior, pero son los instrumentos y técnicas jurídicos y sus efectos los que materialmente, y más allá de las impresiones, son capaces de verificar la existencia de una estructura jurídica y fáctica que pueda recibir tal calificación.

Si bien la concurrencia de los cuatro requisitos es *condictio sine qua non* para la obtención del visado uniforme, no da lugar a un derecho de entrada para el solicitante, como ha señalado M.I. LIROLA DELGADO(106), ya que la concesión del visado va a depender de una decisión discrecional de las autoridades competentes.

Además, el carácter restrictivo del visado de corta duración hace de él un mero control previo a la entrada(107) y no tanto una garantía, sometida a protección jurídica, para la entrada y la permanencia en el territorio.

Habida cuenta, por tanto, del carácter restrictivo de los criterios y de los posibles problemas de inhibición de las autoridades competentes, parece que hubiera sido conveniente contemplar en el Convenio de Aplicación un sistema propio y singular de protección y garantía para los extranjeros a los que se deniegue la entrada. Es cierto que los solicitantes siempre podrán acudir a procedimien-

tos estatales de protección, pero su propia caracterización nacional privará a estas instancias de la perspectiva supranacional que exigen las normas uniformes, que precisamente por ese carácter son susceptibles de generar supuestos de indefensión específicos para los extranjeros. Es exactamente eso lo que sucede, por ejemplo, en los conflictos negativos de competencia. Una aproximación a la solución del problema podría hallarse efectuando una interpretación sistemática, de tal modo que se pongan en relación, por un lado, la virtualidad general que, como ha señalado también LIROLA DELGADO(108), deben tener en todo el sistema de los Acuerdos de Schengen las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y, por otro, la perspectiva que hemos expresado en la primera parte de este trabajo al estudiar la caracterización jurídica de los Acuerdos de Schengen(109), referida a la necesidad de que el juez -o autoridad- nacional tome en consideración el carácter internacional de los acuerdos al interpretar y aplicar sus disposiciones, sin que pueda asimilarlas a las normas meramente internas.

Los Estados miembros podrán, no obstante, de acuerdo con el artículo 16 del Convenio de Aplicación, establecer excepciones a las cuatro condiciones de entrada citadas que constituyen requisitos para la concesión del visado uniforme. Los motivos en los que pueden fundar los Estados esas excepciones son los enumerados en el artículo 5.2 del Convenio de Aplicación, y hacen referencia, como dijimos(110), a razones humanitarias, de interés nacional o por obligaciones internacionales. En estos supuestos excepcionales, el visado expedido al extranjero que incumple alguna de las condiciones señaladas verá limitada su validez, de acuerdo con el mismo artículo 16, *in fine*, al territorio del Estado parte que se lo concedió. Y éste Estado se somete a la obligación de comunicárselo a los otros Estados parte.

Del régimen expuesto debe resaltarse, a mi juicio, desde el punto de vista de la técnica de armonización utilizada, su carácter **parcial y limitado**. *Parcial*, en cuanto que -más allá de que se refiera exclusivamente a los visados de duración inferior a tres meses- perviven, junto a la lista común, listas nacionales diferenciadas que contemplan los Estados a cuyos ciudadanos cada Parte exige visado autónomamente. Y ello constituye en la actualidad una traba real a la armonización, que no es fácil de resolver a causa de

los problemas expuestos derivados de las diferencias de criterios, valoración e intereses.

La armonización debe calificarse también de *limitada*, en la medida en que las distintas excepciones que hemos ido enunciando, previstas en el Convenio, suponen una limitación real a los fines de la armonización, pese a que siempre restringen su eficacia al territorio del Estado que las establece. No obstante, junto a ello, debe tomarse en consideración, a mi juicio, que en un marco como el que constituyen los Acuerdos de Schengen, que se ubica netamente en el ámbito de la cooperación intergubernamental, difícilmente puede avanzarse más allá; pues, en algunos casos, supondría establecer límites demasiado estrictos a la actuación de los Estados, cuando nos hallamos aún en un período de aproximación y ensayo normativo.

*B.2. Los Visados Nacionales para Estancias de Larga Duración y el conflicto que plantea la concesión de un permiso de residencia a un extranjero inscrito en la lista de no admisibles.*

Como afirmamos ya al examinar los controles en las fronteras exteriores(111), los Acuerdos de Schengen no persiguen establecer una política común de inmigración entre los Estados miembros, sino posibilitar la libre circulación de personas *ad intra*, suprimiendo los controles en las fronteras interiores. Ello no quiere decir, como hemos visto en el apartado anterior del presente epígrafe, que se haga abstracción de las consideraciones relativas a los flujos migratorios, pero conlleva que los instrumentos jurídicos de la política migratoria son competencia de cada Estado miembro y se gestionan de forma soberana por cada autoridad nacional. Al respecto, y en la medida en que inevitablemente tienen incidencia en el régimen de entrada y circulación, se contemplan los visados para estancias de larga duración, así como algunas cuestiones conexas relacionadas con los permisos de residencia.

La sección 2 del Capítulo III del Título II del convenio de aplicación, que tiene como único al artículo 18, hace referencia a los visados para estancias de larga duración. Este tipo de visados, para estancias superiores a tres meses, son de competencia exclusiva de cada Estado y expedidos de acuerdo con las normas nacionales por sus autoridades. A estos visados nacionales se

les va a otorgar por el resto de los Estados miembros eficacia jurídica, con lo que se establece una primera conexión con los visados de corta duración, como documento válido a efectos del régimen de entrada, pues sus titulares podrán transitar por el territorio de los Estados miembros para dirigirse al territorio del Estado parte que expidió el visado(112). Ello es así, a salvo que el titular del visado no cumpla cualquiera de las tres condiciones de entrada indicadas por el artículo 18 del Convenio de Aplicación, de entre las ya referidas del artículo 5.1. Las condiciones son, en este caso: en primer lugar, poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, y que deben ser determinados por el Comité Ejecutivo del Convenio; en segundo lugar, no estar entre los extranjeros incluidos en la lista de no admisibles; y, en tercer lugar, no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estados miembros. A ellas suma el artículo 18 una más, que se refiere a que el titular no figure en la lista nacional de no admisibles perteneciente al Estado parte por cuyo territorio quiera transitar. Esta última condición está motivada porque junto a la lista general de no admisibles, cada Estado miembro podrá establecer su propia lista nacional de no admisibles, en la que podrán figurar extranjeros residentes en otros Estados parte.

A mi juicio, existe una segunda conexión, de carácter lógico pero con incidencia jurídica, entre el visado de corta y el de larga duración, al funcionar entre ambos como vasos comunicantes. La conexión a la que nos referimos tiene que ver con los efectos que se desprenden de la imposición o exención de la exigencia del visado de corta duración a los nacionales de determinados Estados, y en particular, de la existencia de la lista de países a cuyos nacionales se exigirá visado. Los nacionales de Estados incluidos en esa lista tendrán necesidad del visado de larga duración inevitablemente para transitar por cualquier Estado miembro hacia el Estado que les haya concedido un permiso de residencia superior a tres meses. En ese sentido, la armonización realizada en el ámbito de los visados de corta duración se extiende a los visados de larga duración. En paralelo, los nacionales de Estados terceros a los que ningún Estado miembro exige visados para estancias de corta duración podrán

transitar hacia el Estado miembro donde tengan su residencia sin necesidad de visado de larga duración. Por último, los nacionales de los Estados ubicados en la «zona gris» sólo podrán transitar hacia el Estado parte donde tengan su residencia sin necesidad de visado de larga duración por aquellos Estados que les eximan de la exigencia del visado de corta duración.

El convenio de Aplicación regula también - en el artículo 25, como artículo único del Capítulo V del Título II- un supuesto de conflicto que se da entre un acto estatal y las normas uniformes, a causa de la expedición de un permiso de residencia a un extranjero incluido en la lista de los no admisibles.

Como se sabe, la creación de la lista de no admisibles que se contempla en los artículos 5.1 y 96 del Convenio de Aplicación, especialmente, se fundamenta en que la presencia del extranjero constituye una amenaza para el orden público o la seguridad nacional, según criterios que ya expusimos en la primera parte del presente trabajo(113). Las consecuencias que se derivan de la inclusión en la lista son, en primer lugar, el incumplimiento de una de las condiciones de entrada al espacio común, establecidas en el artículo 5.1 del Convenio, y por tanto tendrá vedado el acceso; en segundo lugar, la expulsión inmediata del territorio común si es hallado en cualquiera de los Estados miembros; y, en tercer lugar, la puesta a disposición del *Sistema de Información de Schengen (SIS)* para la puesta en práctica de las dos consecuencias anteriores.

Desde este punto de vista, la concesión por un Estado parte de un permiso de residencia a un extranjero incluido en la lista de no admisibles supone un enfrentamiento directo entre un acto de competencia del Estado, no sometido a la armonización del Convenio -los permisos de residencia- y una de las normas de armonización de carácter más defensivo y de máximo rigor -la institución de los «no-admisibles».

Para que el Estado miembro que tiene intención de conceder el permiso de residencia al extranjero «no-admisibles» pueda expedírselo, deberá consultar previamente, según el apartado primero del artículo 25 del Convenio de Aplicación, al Estado parte que lo incluyó en la lista de «no admisibles» y tomar en consideración los intereses de éste Estado al adoptar la decisión. El primero de los Estados sólo podrá expedirle el

permiso de residencia por serios motivos, de carácter humanitario o vinculados a obligaciones internacionales, por lo que el Convenio de Aplicación supone una limitación a su actuación en esta materia. Si, con todo, se expide el permiso, el Estado miembro que incluyó al extranjero en la lista de «no admisibles» debe retirar la inscripción, y podrá incluirlo en su lista nacional de personas no admisibles.

Puede suceder también que el extranjero ya sea titular de un permiso de residencia válido en un Estado miembro y se le incluya en la lista de no admisibles por otro Estado. En este caso, según el apartado 2 del artículo 25, el Estado que pretende incluir al extranjero en la lista deberá consultar al Estado que lo concedió para que examine si existen razones suficientes para que se lo retire. Si ese Estado no le priva del permiso de residencia, se elimina la inscripción de la lista de no admisibles y el Estado que la promovió podrá inscribir al extranjero en su lista nacional de no admisibles.

### B.3. *Las Medidas de Apoyo o Acompañamiento al Régimen de Entrada.*

El Capítulo VI del Título II establece un conjunto de medidas tendentes a reforzar los controles que realizan las autoridades estatales en las fronteras exteriores verificando el cumplimiento de las condiciones de entrada por los extranjeros que ingresan en el territorio Schengen. Estas medidas se refieren a los transportista aéreos, marítimos y terrestres. Con carácter general, en la letra b) del apartado 2º del artículo 26 del Convenio de Aplicación, se obliga a los transportistas a comprobar que el extranjero al que conducen por vía aérea o marítima -o por carretera en autocar en el marco de viajes de grupos por enlaces internacionales(114)- esté en posesión de los documentos de viaje que se le exigen para entrar en los territorios de los Estados miembros.

Cuando se rechace la entrada al territorio común de un extranjero, la letra a) del apartado 2º del artículo 26 del Convenio obliga a hacerse cargo de él al transportista que lo trasladó por vía aérea, marítima o terrestre; y las autoridades de fronteras podrán exigirle que le devuelva al Estado tercero que le expidió su documento de viaje o a cualquier otro Estado no miembro que lo admita(115).

Sobre la base de la uniformización de las normas anteriores, que obligan al transportista a la verificación de los documentos y a hacerse cargo del extranjero, el apartado 2 del artículo 26 del Convenio -completado por el apartado tercero- atribuye a cada Estado parte la regulación de las sanciones que aplicarán sus autoridades al transportista que por vía aérea, marítima o en el marco de los viajes por autocar antes señalados haya conducido al territorio de las partes contratantes a extranjeros carentes de los documentos de viaje exigidos.

Las obligaciones y las sanciones previstas para los transportistas han recibido las más duras críticas doctrinales. Bien, como ya veremos más adelante, por su posible incidencia negativa en las cuestiones de asilo, como resaltó D. LÓPEZ GARRIDO(116) -con el riesgo de poner una traba previa al planteamiento de cualquier demanda de asilo-. Y ello pese a las declaraciones formalmente impecables de respeto a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. O bien porque se descarga a las autoridades estatales de frontera de sus funciones de control por la vía de atribuir a los transportistas privados una función pública de policía que excede el ejercicio típico de su actividad. Al respecto B. NÉEL se ha preguntado si no era sorprendente hacer de los transportistas «auxiliares de policía» y luego aplicarles una sanción en caso de «falta»(117). Además, estas obligaciones tienen, como ha señalado LIROLA DELGADO, el efecto de trasladar los controles de entrada a los países de origen y, dice literalmente, «remiten a una política de restricciones al tráfico internacional de las personas de dudosa conveniencia»(118). Ese efecto extensivo de los controles internos, reforzados en la frontera propiamente dicha, pero desplegándose también hacia el exterior, recuerda, como un símil de su estructura técnica, a un muro de contención que extiende su falda hacia el exterior. Luego, la imagen de la «fortaleza europea» no siempre responde a impresiones subjetivas.

Desde la perspectiva del respeto a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados miembros, El propio LÓPEZ GARRIDO plantea la posibilidad de que las sanciones previstas para los transportistas fueran contrarias al Anexo 9 del Convenio de Chicago de Aviación Civil Internacional de 1944(119), cuestión que retoma LIROLA DELGADO(120). Este Anexo se refiere

a la «Facilitación» del transporte aéreo internacional(121) y contiene un conjunto de reglas que persiguen obligar a los Estados a limitar las formalidades administrativas que corran el riesgo de obstaculizar los transportes aéreos internacionales. En particular, el capítulo 3 establece disposiciones relativas a la admisión de pasajeros(122). Efectivamente, como señala la autora citada, si las obligaciones que impone el Convenio de Aplicación a los Transportistas -referidas a la comprobación de los documentos exigidos para la entrada y de hacerse cargo de los extranjeros rechazados en la frontera- llevan a la imposición de controles frecuentes en las líneas aéreas de tal modo que pueden poner en peligro la seguridad y comodidad del tráfico aéreo internacional, deben considerarse contrarias a los p. 3.35 y 3.36 del Anexo 9 del Convenio de Chicago. El problema está en determinar la virtualidad jurídica internacional de esas normas, y de los Anexos del Convenio de Chicago de 1944, puesto que, como señala M. LITVINE, su contenido sólo tiene fuerza obligatoria en el territorio de los Estados parte del Convenio de Chicago tras haber sido incorporado en la legislación nacional(123). Lo cual, ciertamente, plantea, cuando menos, el problema sobre la exigibilidad internacional de tales normas.

El artículo 27 del Convenio de Aplicación prevé otras sanciones específicas, que, como ha señalado SCHUTTE, persiguen criminalizar la organización lucrativa de la inmigración ilegal(124). También en este caso los Estados deben incorporar en sus legislaciones nacionales las sanciones específicas contra las personas que con fines lucrativos colaboren o induzcan a franquear la frontera o a permanecer en el territorio de un Estado miembro a un extranjero que incumple sus normas sobre entrada y estancia de extranjeros. Técnicamente, la norma persigue armonizar la tipificación del supuesto de hecho sancionable, pero deja a los Estados la determinación de la consecuencia jurídica, el alcance de la sanción. No obstante, establece un criterio necesitado de valoración por cada legislador, pero al que deben someterse necesariamente al determinar la sanción, pues ésta, según el tenor de la norma convencional, debe ser «adecuada» al hecho tipificado.

Complementariamente, los Estados parte deberán, en su caso, informar a los Estados miembros a quienes afecten de los hechos de este carácter que hayan tenido conocimiento, y los afectados

podrán solicitar ayuda de otro Estado, siempre que justifique que se ha infringido su legislación.

#### B.4. Condiciones de Circulación de los Extranjeros.

El Capítulo IV del Título II del Convenio de Aplicación, artículos 19 a 24, contiene las disposiciones relativas a las condiciones de circulación de los extranjeros, señalando los *extranjeros que gozan del derecho de libre circulación*, una vez que han entrado en el territorio común.

Cuando el nacional de un Estado tercero haya cumplido las condiciones de entrada y se halla en posesión de un visado uniforme, sin limitación de su validez territorial, gozará del derecho a circular libremente por el territorio de los Estados miembros durante el período de validez de su visado, como máximo tres meses desde su entrada(125). Provisionalmente, hasta la instauración del visado uniforme, el apartado 2º del artículo 9, prevé el mismo efecto para los visados nacionales en iguales circunstancias.

Si se trata de un extranjero exento de la obligación de visado, el derecho a circular se le reconoce por un período máximo de tres meses de cada seis, desde su primer acceso al territorio común, siempre que cumpla las restantes condiciones de entrada ya señaladas reiteradamente, a parte del visado, del que se le libera(126).

Si el extranjero en cuestión es titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro y posee un documento de viaje válido, o es titular de una autorización provisional de residencia junto a un documento de viaje expedidos por un mismo Estado miembro, tendrá derecho a circular libremente por el período de tres meses, salvo si incumple alguna de las condiciones de entrada(127). El comité ejecutivo recibirá de cada Estado parte, en relación con estos dos supuestos, una lista de los documentos que cada Estado expida como permisos de residencia, autorizaciones provisionales y documentos de viaje, y que se puedan utilizar con el fin de circular por los Estados parte.

No gozarán, por tanto, del derecho a circular quienes posean un visado que tenga su validez limitada territorialmente.

A propósito de estas disposiciones que establecen las condiciones de circulación, hay que hacer referencia a cómo la regulación ha concedido un régimen en el que, a mi juicio, se puede

rastrear una racionalidad subyacente fundada en los modos de operar comunitarios, en el sentido de que todo él es susceptible de analizarse -salvando ciertas distancias, claro está- desde la perspectiva de algunos principios que rigen las libertades económicas de circulación comunitarias. No podía ser, en todo caso, de otra manera si la finalidad de los Acuerdos de Schengen era la de instituir un laboratorio donde ensayar, entre un grupo de Estados miembros, normas con vocación de extenderse e integrarse en el Derecho comunitario, teniendo como guía y como meta el Mercado Interior del artículo 7A (antes 8A) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea(128).

Así, y en especial, puede observarse cómo la virtualidad del principio de origen(129) subyace a todo el sistema cuando no existen normas convencionales armonizadas, comunes a todos los Estados miembros. De ahí, el mutuo reconocimiento y la eficacia que se otorga a los visados nacionales de larga duración en el momento de la entrada; o a los permisos de residencia, a las autorizaciones provisionales de residencia y a los documentos de viaje expedidos por otros Estados miembros, a efectos de la circulación. Lo que se da es una equivalencia entre esas normas nacionales, haciéndolas útiles para poner en circulación bajo su amparo a un extranjero por el territorio común. Esa equivalencia sólo decae -como se puede comprobar al examinar excepción por excepción- ante la aparición de razones de seguridad pública o similares que operan a la manera de una excepción de orden público. Si hablo de principio de origen es porque no se trata aquí de un supuesto de «libre práctica»(130), a la manera como sucede con los productos extranjeros que pagan el arancel común exterior y luego pueden circular libremente por la Comunidad. En el supuesto de las personas jurídicas extranjeras, nacionales de terceros Estados, cuando se habla del principio de origen, éste no hace referencia al Estado de su nacionalidad, sino al Estado que le otorga, y donde se genera, el *estatuto jurídico* -visado de larga duración o permiso de residencia- que le permite circular o incluso atravesar la frontera exterior por cualquier Estado miembro. Al respecto, aunque referido exclusivamente al Derecho comunitario, M. FALLON ha sostenido que para determinar el Estado de origen en relación a los nacionales de Estados terceros «se trata de fijar, al menos, las autoridades naciona-

les que hayan expedido el permiso de entrada y residencia, cuya validez se extiende al territorio de todos los Estados miembros. Así, el Estado miembro de 'primera acogida' tiene vocación de convertirse en el Estado de origen»(131).

Todos los extranjeros que ejerzan la libre circulación por el territorio de los Estados miembros vienen obligados, por el artículo 22 del Convenio de Aplicación, a declarar ante las autoridades respectivas su entrada regular en el territorio de un Estado miembro. La declaración deberá efectuarse, según decida cada parte contratante, a la entrada en el territorio nacional, o en un período de tres días hábiles desde que se ingresó.

La doctrina(132) y determinadas autoridades policiales francesas, en declaraciones de carácter oficial(133), han expresado sus dudas sobre las posibilidades de que un control *a posteriori*, y mediante una declaración espontánea, tenga visos de ser cumplido o de tener la mínima eficacia, más aún cuando el extranjero puede incluso desconocer la exigencia de realizar la declaración en el período de tres días señalado.

Además, la solución que contempla la posibilidad de que se efectúe a la entrada puede suponer que todo el Sistema Schengen quede como una estructura jurídica absurda y ficticia, al mantenerse los controles en las fronteras comunes. Pues como decía M. AYRAL en relación con el artículo 7A (antes 8A) del TCE, «el mantenimiento de un sólo control justifica el mantenimiento de todos los controles; en efecto, el mantenimiento de un sólo funcionario de control para asegurar el respeto de una sola regla, justifica un control del respeto de todas las reglas»(134). Así lo pone en evidencia también LIROLA DELGADO, quien resalta la contradicción que resulta de que se pueda imponer la declaración en la frontera interior, en el momento de la entrada, como un control de los que teóricamente se pretenden suprimir(135).

Las manifestaciones efectuadas por el Ministerio del Interior francés ante la «Comisión de Control del Senado de Francia encargada de examinar la puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985» vienen a confirmar el fundamento de estas críticas, pues expresan literalmente lo que sigue:

*«Las modalidades prácticas de la declaración obligatoria son actualmente objeto de un*

*estudio profundo. Los primeros elementos de dicho estudio revelan que un sistema que utilice la técnica de la lectura óptica, y que, por tanto, no requiera necesariamente la presencia de agentes podría prever:*

- *la inscripción permite la recolección de datos fiables sobre los extranjeros (y eventualmente su confrontación con la de los registros);*
- *los extranjeros no tendrán que esperar mucho tiempo para el paso de las fronteras»(136).*

Según se desprende del Informe de la citada Comisión fue Francia quien insistió en imponer esta declaración(137).

Plantea además otro problema, que preocupa particularmente a las autoridades policiales francesas(138) referido al contenido de la declaración; y que, a tenor del que se preveía en las manifestaciones que acabamos de transcribir, la transforma en un verdadero control que obstaculizará el paso fronterizo, aunque «no tendrán que esperar mucho tiempo». En todo caso, se hacía depender su contenido y ejercicio por estas autoridades «de las condiciones en las cuales se efectuarán los controles en las fronteras externas»(139).

El artículo 23 del Convenio de Aplicación impone en su apartado primero el abandono inmediato del territorio de los Estados miembros por todo extranjero que no cumpla, o que haya dejado de cumplir, las condiciones de la estancia de corta duración en el territorio de un Estado parte. Si se trata de un extranjero en posesión de un permiso de residencia no caducado en un Estado miembro, deberá dirigirse, de acuerdo con el párrafo segundo de ese mismo artículo, a ese Estado sin demora.

En determinados supuestos, recogidos en el apartado 3º del artículo 23, el extranjero deberá ser expulsado del Estado parte donde se halle. Estos supuestos se refieren a cuando el extranjero se niega, de hecho, a abandonar el territorio; cuando se puede presumir que no va a abandonarlo; o si por motivos de seguridad nacional o de orden público fuera necesaria su salida inmediata. Se expulsará al extranjero del Estado donde se le haya aprehendido, según establezca la legislación del mismo, hacia su país de origen -entendido en este caso en el sentido de aquél del que ostenta la nacionalidad- o hacia cualquier Estado miembro que lo acepte. Puede suceder, y así lo contempla el párrafo tercero del

artículo 23, in fine, que las disposiciones nacionales del Estado miembro donde se aprehende al extranjero, no permitiesen su expulsión del territorio nacional; en cuyo caso, podrá autorizarle la estancia en el país.

Como estipula el apartado 4º del artículo 23, en su parte final, y hemos señalado al hablar de los criterios utilizados para confeccionar la lista común de terceros Estados a cuyos nacionales se les exigirá el visado uniforme, los *Estados miembros pueden concertar con Estados terceros*, con objeto de facilitar la expulsión del espacio Schengen de extranjeros en situación irregular, *acuerdos de readmisión de aquellos que hubiesen penetrado desde su territorio*. Estos acuerdos tienen carácter multilateral al concluirse entre los Estados miembros del Grupo Schengen y el tercer Estado en cuestión.

En la actualidad sólo existe el Acuerdo entre los Estados parte del Acuerdo de Schengen y la República de Polonia relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bruselas el 29 de marzo de 1991(140). Por parte de los Estados firmantes de los Acuerdos de Schengen son miembros: Alemania, los países del Benelux, Francia, España e Italia; pero no Grecia ni Portugal.

Su fundamento, según el «Informe de la Comisión de Control del Senado de Francia encargada de examinar la puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985», se halla en reforzar del modo más firme posible la frontera Oder-Neisse, que la prensa francesa había calificado de «frontera-colador», y donde se habían detectado tráfico de connivencia entre los guardafronteras alemanes y los polacos(141).

Según este Acuerdo, aunque redactado de forma multilateral, Polonia se compromete, a efectos del espacio Schengen, a readmitir sin formalidades a sus nacionales, probados o presuntos, en su territorio, a petición de otro Estado miembro, cuando hayan incumplido las normas de entrada o estancia en otro Estado parte(142). En el caso de que se demostrase que el presunto nacional no lo fuera, la readmisión se aceptaría como hecho consumado(143).

Además, se compromete también, según el apartado primero del artículo 2 del Acuerdo, a readmitir en su territorio, sin formalidades, a los nacionales de terceros Estados que incumplan los

requisitos de entrada o estancia y hayan ingresado en un Estado miembro por la *fronteras exteriores* con Polonia(144).

Los requerimientos de readmisión deben contestarse, según su artículo 3, en un plazo máximo de ocho días, y la readmisión deberá hacerse efectiva en otro plazo máximo de un mes, salvo que el requirente acepte su prolongación.

El Acuerdo permite la adhesión de otros Estados(145), por lo que se configura como un Acuerdo complementario de los otros dos Acuerdos Schengen, con vocación de ampliarse e integrar a los Estados que planteen a los Estados miembros del Grupo problemas de inmigración ilegal.

Por otra parte, el Acuerdo posibilita que sus compromisos tengan efecto para los Estados Schengen entre sí -respetando el Derecho comunitario-, para facilitar, en su caso, entre ellos, las expulsiones sin formalidades, ya de nacionales o residentes que incumplan las condiciones de circulación (*u.g.* excepción de orden público), o de extranjeros que hubieran ingresado al espacio Schengen por las fronteras exteriores de un Estado determinado(146). Sin embargo, parece que este compromiso referido a la expulsión del extranjero de aquel Estado donde se le halla en el espacio común hacia el Estado parte por donde ingresó, entra en colisión con la norma anteriormente aludida *infra* del artículo 23 del Convenio de Aplicación, pues ésta estipula la expulsión del extranjero de aquel Estado parte donde sea aprehendido hacia un tercer Estado. En todo caso, la aplicación del Acuerdo entre los Estados Schengen se subordina, según la Declaración Segunda del Acta Final, relativa a los artículos 1 y 2, y al apartado 3 del artículo 5, a una resolución en ese sentido del Comité Ejecutivo del Convenio de Aplicación.

Portugal, que no es miembro, de momento, del Acuerdo con Polonia, ha concluido con España, el Convenio relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Granada el 15 de febrero de 1993(147), que tiene el mismo objetivo de simplificar, en su caso, las expulsiones de nacionales o extranjeros entre los dos países parte.

Las expulsiones a países terceros acarrearán una considerable suma de gastos, especialmente en países como España que se convierten por su situación geográfica en Estados de frontera, con la función de contener los flujos migratorios. Con objeto de evitar que los Estados de frontera

carguen en solitario con los gastos de su función común, el artículo 24 prevé un mecanismo de compensación entre los Estados de los gastos que ocasionen las expulsiones, cuando no se puedan efectuar con cargo al propio extranjero.

En todo caso, la expulsión debe ceder siempre, y así se dice expresamente en el apartado 5 del artículo 23, ante las normas que amparan al extranjero en su derecho de asilo, en particular por la virtualidad de las reglas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y por el juego de las normas uniformes sobre asilo que forman el Capítulo VII del Título II del Convenio de Aplicación; normas que constituyen el objeto de nuestro estudio en el epígrafe que se abre a continuación.

### C. LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ESTATALES PARA EL EXAMEN DE LAS DEMANDAS DE ASILO.

El Capítulo VII del Título II del Convenio de Aplicación aparece bajo la denominación «Responsabilidad del Examen de las Solicitudes de Asilo», y contiene la armonización de lo que se han llamado «criterios para la determinación del Estado responsable de las solicitudes de asilo»(148). Estos criterios no son otra cosa que normas de atribución de la competencia de autoridad y judicial(149), normas típicas de los métodos de reglamentación del Derecho Internacional Privado, útiles para resolver supuestos que entrañan conflictos de autoridades y de jurisdicciones(150).

Quiere esto decir que el Convenio de Aplicación no realiza una armonización sustantiva, uniformizando entre los Estados miembros las normas que regulan la concesión del derecho de asilo. El Convenio se limita a armonizar los ya citados criterios que determinan las autoridades de qué Estado resultan competentes para resolver una demanda de asilo. Pero éstas autoridades, según estipula el artículo 32 del Convenio de Aplicación, examinarán y resolverán la solicitud de acuerdo con su Derecho nacional.

Las normas armonizadas supusieron una primera aproximación a la regulación de la materia, preparando el terreno a instrumentos elabora-

dos en el marco de los Estados miembros de las entonces, solamente, Comunidades Europeas. En paralelo a su negociación se llegó a la conclusión y firma, en el marco de la Cooperación Política Europea, a instancias del «Grupo ad hoc sobre inmigración», del Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en ellos. De su conclusión no puede ser ajena la experiencia de trabajo y negociación entre los Estados Schengen(151). La regulación establecida en el Convenio de Dublín, que pese a su firma previa no ha entrado aún en vigor, contiene algunas diferencias con las normas del Convenio de Aplicación, que pondremos en evidencia.

La pretensión de las normas armonizadas, resaltada por SCHUTTE(152), está en evitar dos tipos de situaciones, por un lado, como objetivo oficialmente perseguido, la que se refiere a la desaparición de los «refugiados en órbita», que van Estado tras Estado presentando su solicitud; y, por otro lado, la disuasión a los solicitantes de asilo de presentar solicitudes múltiples en distintos Estados. Ambos supuestos se pretenden evitar por dos medios; por la determinación en todo caso de un Estado que exaninará la demanda, y por el juego de principios equiparables a la «litispendencia» y al *non bis in idem* o a la «cosa juzgada» tras la realización efectiva o el inicio del exámen por parte de un Estado de la solicitud de asilo. Pero la doctrina, como veremos al analizar sus argumentos más adelante, ha puesto en duda que los medios acordados pudieran servir para lograr tales fines(153).

#### C.1. El Concepto de Solicitud y de Asilo en el Convenio.

El Convenio de Aplicación no da una definición de asilo, aunque sí, en su artículo 1, de *solicitud de asilo*, haciendo pivotar sobre ella, la regulación posterior(154):

*«Toda solicitud presentada por escrito, oralmente o de cualquier otra forma por un extranjero en la frontera exterior o en el territorio de una Parte Contratante con el fin de obtener el reconocimiento de su condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el*

*Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y con el fin de obtener el derecho de residencia invocando tal condición».*

De este concepto se desprenden varios caracteres que hacen referencia a la informalidad de la solicitud; a la presentación de la solicitud en la frontera exterior o en el territorio de uno de los Estados parte, no haciéndose referencia a su posible presentación en las legaciones diplomáticas o consulares; a la remisión al Estatuto de Refugiado del Convenio de Ginebra de 1951; y al establecimiento del fin de la solicitud y del asilo en la obtención del derecho de residencia. Nos detenemos brevemente en ellos.

**- la informalidad de la solicitud**

Reviste, a mi entender, una especial transcendencia, pues exigirá para las autoridades de los Estados miembros considerar solicitud de asilo cualquier referencia de un extranjero al respecto. su importancia, a mi juicio, se resalta en los casos de los extranjeros que se hallen en situación irregular dentro del territorio de un Estado miembro, pues en la dialéctica entre dos objetivos que pueden resultar antagónicos, como son la persecución de la inmigración ilegal y la protección del Derecho de asilo, las autoridades y agentes de policía de los Estados deben actuar con absoluto escrúpulo ante la primacía del Derecho de asilo.

**- la presentación de la solicitud en la frontera exterior o en el territorio de uno de los Estados parte**

La relevancia de esta característica está en conexión con los propios criterios establecidos para la atribución de la competencia y con el compromiso del artículo 29.1 del Convenio de Aplicación, en el que se limitan la obligación derivada del acuerdo al examen de las solicitudes presentadas dentro del territorio de las partes contratantes(155).

**- la remisión al Estatuto de Refugiado del Convenio de Ginebra de 1951**

La remisión al estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951 conlleva una armonización sustantiva por parte de los Estados miembros, aunque muy limitada, pero que excede al simple establecimiento de normas sobre atribución de la competencia.

Se ha dicho por la doctrina que el Convenio de Aplicación resulta un complemento del Convenio de Ginebra, y que persigue una aplicación

más eficaz al pretender que se supriman los supuestos de «refugiados en órbita»(156). Sin embargo, la armonización realizada, tomando como parámetro el concepto de la Convención de Ginebra, supone una armonización a la baja, al quedar excluidos supuestos como el asilo humanitario o los refugiados de hecho(147). La regulación de la Convención de Ginebra responde, como ha resaltado Sarah COLLINSON, a conceptos elaborados en la época de la Guerra Fría, que inicialmente sirvieron para dar cobertura fundamentalmente a los disidentes de los países comunistas. La aplicación de la Convención fue extendiéndose paulatinamente a zonas geográficas distintas a la europea, al adherirse nuevos Estados. Con ello, se pusieron en evidencia las limitaciones de la Convención y se crearon nuevos instrumentos regionales menos restrictivos, como el Convenio de la Organización para la Unidad Africana de 10 de septiembre de 1969, y la Declaración de Cartagena de 1984 en el marco la Organización de Estados Americanos(158).

Las modificaciones legislativas que han tenido que realizar varios Estados miembros, entre ellos España, para adaptarse a las exigencias del Convenio de Aplicación, ponen en evidencia el doble plano de la armonización operada(159).

Con todo, la referencia a la Convención de Ginebra debería asegurar el mantenimiento, a priori y debido a sus múltiples referencias expresas, del principio de *non-refoulement*.

**- el establecimiento del fin de la solicitud y del asilo en la obtención del derecho de residencia**

Ésta característica supone fijar expresamente el derecho de residencia como corolario lógico del derecho de asilo, como sucede, por ejemplo en el Convenio de la OEA(160). Es también una de las diferencias entre la regulación del Convenio de Aplicación y el Convenio de Dublín, el cual sólo hace referencia a la concesión del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra(161). Sin embargo, de una interpretación sistemática, como ha señalado ESCOBAR HERNÁNDEZ, se desprende una misma conclusión, el consiguiente reconocimiento del derecho de residencia(162). No se comprende, por tanto, el sentido de la distinta solución que dan ambos instrumentos.

Resta, a mi entender, una característica más que muestra una concepción específica del Derecho de Asilo, y que se desprende de los criterios

utilizados en la regulación y de la lógica que le asiste. Ésta característica es consecuencia del momento histórico de crisis del concepto de asilo y refugio surgido en la Guerra Fría, y de la vinculación real que se ha producido entre asilo e inmigración(163). Me refiero a la concepción que se infiere de los criterios de atribución de la competencia en la materia, considerándolos un medio para distribuir una «carga»(164), y que hace que la competencia se transforme en «responsabilidad». El asilo aparece entonces como una «carga» que debe ser repartida, con objeto de que no recaiga exclusivamente ni en exceso sobre determinados Estados.

*C.2. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCION DE LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR LA SOLICITUD Y LAS NORMAS ASIMILABLES A LAS REGLAS SOBRE «LITISPENDENCIA», NON BIS IN IDEM Y «COISA JUZGADA».*

Se establecen diversos criterios de atribución de la competencia, relacionados entre sí de forma jerarquizada, que parten de la idea base de que el Estado competente -al que se le imputarán las «cargas» de examinar la solicitud de asilo, de hacerse cargo del solicitante y, en su caso, de otorgarle residencia- será el Estado que sea responsable de la entrada en el territorio común del extranjero. La redacción de esta materia resulta bastante farragosa y asistemática, en la medida que se mezclan criterios de atribución de la competencia, propiamente dichos, con normas que incorporan circunstancias fácticas que delimitan los supuestos de hecho de criterios previamente enunciados; e incluso se incorporan como criterios las normas que sirven para resolver los problemas que, en el ámbito del conflicto de autoridades, son equiparables a la «litispendencia» y al non bis in idem o a la «cosa juzgada» del conflicto de jurisdicciones.

Los criterios contemplados para la atribución de la competencia pueden estructurarse de la siguiente manera:

**I.- Criterios de atribución general de la competencia**

- a. en caso de que el solicitante posea un visado o un permiso de residencia que le hayan posibilitado la estancia en el territorio común, mientras estén vigentes, o si, habiendo caducado, el extranjero ha per-*

*manecido en el espacio Schengen [art. 30.1 c)], serán competentes:*

- i. las autoridades del Estado que haya autorizado la entrada del extranjero al territorio común:
 
    - .- bien por medio de la concesión de un permiso de residencia o de visado [art. 30.1 a)],*
    - .- bien porque hubiera autorizado a otro Estado miembro a expedir el visado [art. 30.1 a) in fine];**
  - ii. las autoridades del Estado que, en caso de existir documentos de viaje de más de un Estado, haya autorizado el visado o expedido el permiso de residencia al que le reste mayor validez temporal [art. 30.1 b)].*
- b. subsidiariamente, en caso de que el solicitante esté exento de la obligación de visado:*
- i. en todos los Estados miembros:
 
    - .- las autoridades del Estado por cuyas fronteras exteriores haya entrado el extranjero [art. 30.1 d), pfo. primero];*
    - ii. sólo en algunos Estados miembros:
 
      - .- las autoridades del Estado que autorizan su entrada a causa de la dispensa de visado:
 
        - .- bien porque haya entrado por sus fronteras exteriores [art. 30.1 d), pfo. segundo],*
        - .- bien porque, en virtud de esa dispensa, otro Estado le otorga un visado de tránsito para dirigirse a ese país (excepción al criterio general anterior) [art. 30.1 d), pfo. tercero].****
- c. con carácter subsidiario, en caso de que el solicitante entre en el territorio común sin poseer uno o varios de los documentos exigidos para cruzar la frontera:*
- .- serán competentes las autoridades del Estado por cuyas fronteras exteriores haya entrado al espacio común [art. 30.1 e)].*
- d. con carácter de competencia general subsidiaria:*
- .- serán competentes las autoridades del Estado donde se presente la solicitud:
 
    - .- bien porque no se hayan podido determinar las circuns-**

tancias de los criterios de competencia anteriores [art. 30.2];

.- bien porque las autoridades del Estado donde se haya presentado la solicitud no cursen la misma, en un plazo de seis meses, al Estado que resulte competente de acuerdo con los criterios anteriores [art. 30.3 *in fine*].

## II.- Criterios especiales de atribución de la competencia

### a. El criterio de la reunificación familiar:

.- serán competentes las autoridades del Estado que a un miembro de la familia (legal y mononuclear) del solicitante de asilo le hayan reconocido el Estatuto de Refugiado y concedido el derecho de residencia, siempre que estén de acuerdo los interesados [art. 35].

### b. El criterio de la aceptación voluntaria facultativa de la competencia por el Estado:

.- serán competentes las autoridades del Estado que acepte voluntaria o facultativamente, al margen de los criterios generales y del criterio de reunificación familiar, examinar la demanda de asilo:

.- bien porque hubiera adquirido o mantenido obligaciones nacionales o internacionales más amplias que las establecidas en el Convenio de Aplicación [art. 29.4]; en cuyo caso el Estado competente según los criterios del Convenio queda liberado de su responsabilidad [art. 30.2];

.- bien porque el Estado competente, según los criterios del Convenio de Aplicación, se lo solicite a otro Estado, con acuerdo del interesado, alegando razones humanitarias de carácter familiar o cultural, y acceda el Estado reclamado [art. 36].

Los criterios generales, como habíamos señalado, responden al principio de responsabilidad del Estado que permite la entrada al espacio común. Se encuentran claramente marcados por una aproximación al asilo desde el objetivo de contención de los flujos migratorios(165); y así, por tanto, quien haya permitido el acceso a quien tiene intención de quedarse «cargará» con

él, en caso de que se le deba reconocer el derecho. Sólo se rompe esta lógica cuando no se pueda determinar al Estado responsable de la entrada -en cuyo caso no se conoce más conexión objetiva entre el solicitante y un Estado que la del lugar donde presenta la solicitud-, o cuando el Estado donde se ha presentado la solicitud actúa negligentemente, no trasladando la demanda al Estado competente en el plazo de seis meses, y se produce una traslación de la responsabilidad, y por tanto de la competencia.

Las críticas doctrinales ha cuestionado la eficacia de estos criterios generales en atención al objetivo de la eliminación de los supuestos de «refugiados en órbita». Así, JULIEN-LAFARRIÈRE cree que será sumamente difícil saber por cuál de los Estados ha entrado el solicitante, dado que la mayor parte de los demandantes de asilo lo hacen de forma irregular sin control de entrada de ningún tipo(166). Los Estados podrán reenviarse los solicitantes de unos a otros, a causa de la inexistencia de pruebas formalmente válidas.

Por otra parte, si el Estado rechaza su competencia porque el extranjero no haya presentado prueba alguna de haber entrado por su frontera, no podrá imponer a ningún otro Estado el examen, y una vez pasados los seis meses del plazo del criterio subsidiario, será competente el Estado donde se presentó la solicitud. Si éste resulta el juego práctico de los criterios, como cree JULIEN-LAFARRIÈRE, el planteamiento de distribución de cargas no funcionará(167).

En cuanto a los criterios especiales, el que se refiere a la reunificación familiar, y tiene carácter preferente, es sumamente restrictivo en múltiples sentidos. Por un lado no toma en consideración las relaciones paternofiliales más que cuando los hijos sean solteros y menores de dieciocho años. Por otro, no se contemplan realidades familiares o semi-familiares que tienen reconocidos derechos subjetivos, aunque sea limitadamente, en los ordenamientos internos de los Estados miembros; como las parejas de hecho(168). Y en último lugar, se está utilizando como criterio de conexión familiar un criterio antropológicamente circunscrito, la familia mononuclear, para supuestos cuya concepción de la familia puede no tener nada que ver. En éste último caso, el criterio utilizado no va a poder cumplir adecuadamente los fines humanitarios que teóricamente persigue.

El criterio especial referido a la voluntaria o facultativa aceptación del Estado porque hubiera adquirido o mantenido obligaciones nacionales o internacionales más amplias que las establecidas en el Convenio de Aplicación (art. 29.4), plantea serios problemas al entrar en colisión con la finalidad expresada de evitar las solicitudes múltiples en distintos Estados(169). Pero, para abordar la cuestión, debemos examinar previamente lo referido a las normas que persiguen eliminar las solicitudes múltiples.

Como ya hemos señalado, el Convenio de Aplicación establece normas que introducen principios equiparables a la «diti-spendencia» y los principios de *non bis in idem* o de «cosa juzgada», que tienen su virtualidad en los conflictos de jurisdicciones. Si en el artículo 29. 1 y 3 del Convenio de Aplicación, los Estados parte se comprometen a que uno de ellos examinará cada una de las solicitudes que se presenten, ello tiene el correlato de que cada solicitante sólo verá examinada su solicitud en un Estado(170).

En consecuencia, el apartado f) del párrafo primero del artículo 30 establece una figura, que como se ha afirmado con anterioridad, creemos tiene indudables afinidades con la «diti-spendencia». En ella se prevé que si un Estado ya se ha considerado competente y está examinando la demanda, será este Estado el único competente si el solicitante presenta posteriormente una nueva demanda en otro Estado. Ello, lógicamente, aunque la conexión con el segundo Estado respondiera a un criterio de atribución de la competencia jerárquicamente prioritario. Por ejemplo, porque el solicitante pueda demostrar con posterioridad a la presentación de la primera demanda que entró por la frontera exterior del segundo Estado.

Paralelamente, la letra g) del apartado primero del artículo 30, recoge la figura que decimos se asimila a principio *non bis in idem* o a la «cosa juzgada». Se considera en él que una demanda ha sido examinada y finalmente resuelta, cuando tras una decisión definitiva de las autoridades de un Estado miembro el solicitante ha permanecido dentro del espacio común. En ese caso, cualquier nueva demanda será examinada por el Estado que conoció la primera. Si el solicitante hubiese salido del espacio común, el juego de los criterios se pone en aplicación como un supuesto *ex novo*.

Pues bien, la existencia del referido criterio especial relativo a la facultativa aceptación del Estado que hubiera adquirido o mantenido obligaciones nacionales o internacionales más amplias que las establecidas en el Convenio de Aplicación, pone en quiebra ambas reglas, como ha señalado HAILBRONNER(171). La razón es sencilla, ya que si se presenta una demanda concurrente, o sucesiva a otra anterior, en un Estado que, de acuerdo a su Derecho nacional o a sus obligaciones internacionales, debe conocerla, las normas señaladas carecen de virtualidad alguna. Seguirán siendo posibles, por tanto, los supuestos de solicitudes múltiples o sucesivas(172). Esta razón ha llevado a HAILBRONNER a afirmar que solamente el establecimiento de normas sustantivas uniformes podrían resolver los problemas de solicitudes múltiples(173).

Cuestión distinta es el criterio especial, que se recoge en el artículo 36, referido a la voluntaria aceptación de un Estado parte a petición del Estado miembro que era competente de acuerdo con los criterios del Convenio de Aplicación, alegando razones humanitarias de carácter familiar o cultural. En este caso, si existe, como requiere el Convenio, acuerdo del interesado, el beneficio para el solicitante en caso de decisión favorable es indudable, y podría ser el medio de paliar las carencias que se han puesto en evidencia en la regulación de la reunificación familiar.

### C.3. *Diferencias y relación con el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas.*

Básicamente, la regulación de ambos Convenios se establece sobre análogos fundamentos. Es cierto que el Convenio de Dublín establece expresamente, en su artículo 4, que el criterio de la reunificación familiar es jerárquicamente superior al resto de criterios que hemos considerado que atribuyen la competencia general, pero ello no es más que un trampantojo, pues su carácter especial no se elimina por su distinta ubicación física en el texto escrito, al tiempo que esa prioridad se observa ya, con idénticas limitaciones, en el Convenio de Schengen(174).

Al margen de algunas diferencias menores, relativas al establecimiento en el Convenio de

Dublín de una jerarquización que otorga primacía a los permisos de residencia sobre los visados y entre los distintos tipos de ambos títulos de viaje entre sí(175); tiene mayor trascendencia la diferencia de carácter que en ambos Convenio revisten los criterios generales referidos al Estado responsable de la entrada. Como ha puesto en evidencia ESCOBAR HERNÁNDEZ, en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen tales criterios tienen carácter absoluto(176). Por el contrario, en el Convenio de Dublín tienen carácter relativo y ceden en algunos supuestos. Así, a los tres meses de residir el solicitante en un Estado distinto de aquél por el que entró al espacio común, el Estado que consintió su residencia se convierte en competente; en los casos de exención de visado, el solicitante podrá elegir presentar la demanda en cualquiera de los Estados que no le exija visado, y ese resultará competente; y en los supuestos de permisos de residencia y visados caducados, sólo tendrán eficacia temporalmente a efectos de la presentación de la solicitud en el Estado que se lo expidió, dos años para los permisos de residencia y seis meses para los visados. La razón de tales diferencias, resaltada por la citada autora, está en la eliminación de fronteras que se opera en el caso del Convenio de Aplicación, mientras que eso no sucede aún, como ya sabemos, en el ámbito comunitario(177). Y esto muestra con toda su crudeza el carácter de «carga» de la atribución de la competencia para el examen de la demanda de asilo, dada la responsabilidad aparejada por no «vigilar» suficientemente las fronteras exteriores del espacio común. Espacio inexistente en la actualidad entre los Estados de la Unión Europea.

En cuanto a la relación entre ambos Convenios, se ha planteado por la doctrina la primacía de las soluciones del Convenio de Dublín sobre las establecidas en el Convenio de Aplicación, en cuanto a las diferencias existentes en los criterios de atribución de la competencia para examinar las demandas de asilo(178), sobre la base de la pretensión de provisionalidad del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y del carácter especial del Convenio de Dublín frente al carácter general de primero. A ello habría que añadir que la previsible incorporación del Convenio de Dublín al ámbito comunitario le otorgaría una especial primacía de acuerdo con los artículos 134 y 142 del Convenio de Aplicación a los que aludimos en la primera parte del estudio(179).

### C.3. *La incidencia de la normativa sobre visados y las obligaciones para los transportistas.*

Inevitablemente, el hecho de abordarse la regulación del asilo desde la perspectiva del control de la inmigración, incide negativamente en el acceso de los demandantes al territorio de los Estados, y, por ello, en sus posibilidades de solicitar el asilo.

Como ya afirmamos, pese al concepto de solicitud de asilo que se recoge en el artículo 1 del Convenio de Aplicación, que habla de que será solicitud la que se presente en la frontera exterior o en el territorio de una Parte Contratante, los Estados miembros, en el artículo 29.1, sólo se comprometen a examinar las solicitudes presentadas en su territorio. Para ello el solicitante tendrá que haber entrado legalmente o superado los múltiples obstáculos jurídicos y fácticos establecidos en el Convenio para prevenir la inmigración ilegal. La doctrina se ha preguntado reiteradamente, con dudas más que fundadas, por la compatibilidad de esta regulación con las reglas de la Convención de Ginebra, en especial con el principio de *non-refoulement*, ya que el solicitante de asilo, por sus propias características, en no pocas ocasiones tendrá más que serias dificultades para acceder regularmente al espacio común, pues la declaración del objeto de su desplazamiento transfronterizo ni siempre puede justificarse documentalmente, como exige el artículo 5 del Convenio de Aplicación, ni parece que fuera determinante para la obtención del visado(180).

De esta configuración, lo que se desprende es un presunción contraria a todo reclamante de asilo, y no ya porque el solicitante deba demostrar que es perseguido concreta e individualmente(181), sino porque además tendrá que deshacer las sospechas de no ser más que un solicitante económico, y tendrá la consideración de «carga» para el Estado que pueda ser su receptor.

Muy graves son, no obstante, los efectos de las normas ya aludidas con anterioridad, que obligan a los transportistas a la verificación de los documentos de viaje, a hacerse cargo del extranjero en caso de que no los tenga en regla, y que les imponen sanciones cuando hayan conducido al territorio de las partes contratantes a extranjeros carentes de los documentos de viaje exigidos. La cesión por los Estados de sus obligaciones a las empresas privadas aparecen aquí

como una grave amenaza al Derecho de Asilo, pues al haber trasladado su responsabilidad a las empresas se traspasa también el compromiso de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra, compromiso que, como se puede comprender, no les afecta al no ser sujetos del Derecho internacional. Ante cualquier duda, por otra parte, la empresa de transportes no vacilará en negarle el pasaje al viajero que sin documentación regular le refiera su intención de solicitar el asilo en el Estado de destino. Inexcusablemente, las sanciones y la posibilidad de tener que volver a trasladar, aunque se vulnere el principio de *non-refoulement*, al demandante de asilo, tendrán un efecto disuasorio para los transportistas(182).

## V CONCLUSIONES: EL FACTOR DE APLICABILIDAD Y EL FUTURO COMUNITARIO

El intento de hacer un estudio en panorámica del Convenio de Aplicación plantea la necesidad de identificar un «factor de aplicabilidad»(183) para el conjunto de normas uniformes del Convenio de Aplicación, pues la existencia de normas materiales armonizadas suscita siempre la necesidad de conocer su ámbito de aplicación espacial. El paralelismo al que hemos hecho referencia en diversas ocasiones a lo largo del presente trabajo entre las libertades de circulación comunitarias y la supresión de las fronteras físicas como obstáculos a la circulación de las personas, nos hace acudir a los instrumentos comunitarios que se aplican en el ámbito del Mercado Interior del artículo 7A del TCE. Norma de la que emana teleológicamente la normativa analizada.

De este modo, como ha afirmado J.-P. RÉMERY(184), existe una predominancia del elemento de conexión territorial, de tal forma que la puesta en el espacio común de un nacional extranjero o de uno de los elementos de hecho de otras normas uniformes (*v.g.* narcotráfico) pone en marcha el mecanismo del Convenio de Aplicación. Determinadas normas, las referidas al régimen de entrada, se pondrán en aplicación cuando el nacional extranjero se conecte con las fronteras exteriores del espacio común. Otras, las relativas a la circulación, operarán lógicamente en el interior del territorio.

Conjuntamente con el criterio territorial, actúa un criterio de carácter personal, que muestra la dialéctica tradicional de la doctrina amplia del Derecho Internacional Privado(185), entre la nacionalidad y la extranjería. La antítesis se expresa en el carácter de normas de extranjería de las disposiciones del régimen de entrada y circulación de personas del Convenio de Aplicación. Como contrapartida, la no aplicación a los titulares de la ciudadanía comunitaria les viene de las libertades económicas de circulación comunitarias, pero, en la actualidad, muy singularmente, del derecho que como ciudadanos de la Unión les concede directamente el artículo 8A del TCE.

En lo que se refiere a las previsiones inmediatas del Derecho Comunitario -artículo 100C- y del Título VI, Tercer Pilar, del Tratado de Unión Europea -en los artículos K y siguientes del mismo, referidos a la Cooperación en Materias de Justicia e Interior- supera la finalidad de nuestro trabajo un estudio más ambicioso de previsión de futuro e interconexión(186). Sí es, sin embargo, preciso resaltar la incorporación de la experiencia Schengen en el Tratado de la Unión Europea por medio del artículo K.7, así como los avances existentes para cumplir el plazo determinado en el artículo 100C.3 del TCE de 1 de enero de 1996, por medio del Reglamento (CE) nº 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado(187), mientras aún no se ha aprobado como Reglamento la «Propuesta de Reglamento, basado en el artículo 100 C del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros»(188), que establece la lista comunitaria de países a los que se exigirá visado, y que sin duda prevalecerá sobre la lista Schengen.

Por último, y en relación a cómo comenzábamos la primera parte de este estudio, la Comisión Europea aprobó el 12 de julio de 1995 por amplia mayoría -esto es, con la oposición de los dos comisarios británicos- sus propuestas al Consejo tendentes a suprimir los controles de las personas en las fronteras intracomunitarias(189). Estos instrumentos, que en algún caso adoptan la forma de propuesta de Directiva, referidos a la prohibición de los controles intracomunitarios, al mutuo reconocimiento de los permisos de resi-

dencia, o a la eliminación de los lastres que se refieren a los controles internos del Derecho derivado, son resultado de la experiencia reguladora de Schengen, aunque, jurídicamente se apoyen en la pasarela del artículo K9 del Tratado de la Unión. La Europa integrada está en plena construcción, la proximidad de la Conferencia de modificación del TUE de 1996 prevista en el artículo N.2 del mismo tratado ha hecho aparecer una pluralidad de propuestas sobre su futura configuración(190). El futuro de Schengen, sus luces y sus sombras, están puestas en ella. Aunque ahora haya aparecido un nuevo obstáculo: la suspensión de Francia de la aplicación del Convenio(191).

## NOTAS

(1) VICENTE BLANCO, D.-J., «El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (I). (Perspectiva general y de Cooperación)», *Revista de Estudios Europeos*, nº 10, Mayo-Agosto de 1995, pp. 47-80.

(2) CARLIER, J.-Y., «De Schengen à Dublin en Pasant par Maastricht», *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 133.

(3) KENNEDY, P., *Hacia el Siglo XXI*, Plaza & Janés, 1993, pp. 15-23 y 57-58.

(4) IZQUIERDO ESCRIBANO, «España: La Inmigración Inesperada», *Mientras Tanto*, nº 49, marzo-abril, 1992, p. 85.

(5) LACOSTE, Y., *Géographie du Sous-développement. Géopolitique d'une Crise*, Paris, Presses Universitaires de France, 1976.

(6) KENNEDY, P., *op. cit.* pp. 35-62. Puede consultarse también al respecto el libro de EHRLICH, P.R. y EHRLICH, A.H., *La Explosión Demográfica*, Barcelona, Salvat, 1993, traducción de la versión norteamericana publicada por Simon and Schuster, Nueva York, 1990.

(7) KENNEDY, Paul, *op. cit.*, p. 41.

(8) KENNEDY, P., *idem*.

(9) Como ha señalado H.M. ENZENSBERGER: «Nadie emigra sin que medie el reclamo de alguna promesa. En tiempos pasados la esperanza nacía fomentada por el aliciente de la leyenda y los rumores. La Tierra de Promisión, la Arabia feliz, la legendaria Atlántida, Eldorado, el Nuevo Mundo: he aquí los mágicos relatos que a tantos y tantos motivaron para ponerse en marcha. Hoy en día han quedado sustituidos por las imágenes de alta frecuencia que gracias a los medios de comunicación llegan hasta la más remota aldea del mundo pobre. Y si bien el contenido de realidad de los media es todavía más escaso que el de las leyendas maravillosas de principios de la Era Moderna, su repercusión, sin embargo, resulta incomparablemente más impactante. En especial la publicidad, que mientras que en los países de origen es reconocida automáticamente como simple sistema de signos sin ninguna referencia real, adquiere en el Segundo y en el Tercer Mundo carácter de descripción fidedigna de una posible forma de vida. Y determina en buena parte el horizonte de esperanzas asociadas con la migración», en *La Gran Migración*, Madrid, Anagrama, 1992, p. 25.

(10) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la inmigración, de 23 de octubre de 1991 [SEC (91) 1855 final].

(11) COLLINSON, S., *European and International Migration*, Royal Institute of International Affairs, Londres, Pinter Publishers Limited, 1993, p. 18. Puede consultarse también: J.C. CHESNAIS, *Europa, Escenario de la Inmigración del Este*, Fundación Paulino Torras Doménech, Barcelona, Itinera Cuadernos, noviembre de 1991.

(12) IZQUIERDO ESCRIBANO, *op. cit.*; y también, del mismo autor es un estudio exhaustivo sobre España, *La Inmigración en España. 1980-1990*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, «Colección Informes», Madrid, 1992.

(13) CARLIER, J.-Y., *op. cit.*, p. 133.

(14) Informe de la Comisión sobre Políticas de Inmigración y de Integración Social de los Inmigrantes en la CEE, Doc. Sec (89) 924 final, de junio de 1989. Distintas referencias a cifras de inmigración pueden hallarse en: COLLINSON, S., *op. cit.*, p. 5; FRIEDBERG, R.M. y J. HUNT, «The Impact of Immigrants on Host Country Wages, Employment and Growth», en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 9, nº 2, Spring 1995, p. 23-44; OCDE, *Trends in International Migration*, 1994. En relación con España, los dos textos citados de IZQUIERDO ESCRIBANO proporcionan cifras hasta el comienzo de la presente década y en relación con el proceso de regularización de 1991. Sobre este proceso también se puede consultar: VV. AA., *El Trabajador Extranjero y la Regularización de 1991*, Fundación Paulino Torras Doménech, Barcelona, Itinera Cuadernos, octubre de 1991.

(15) ZIMMERMANN, K.F., «Algunas Lecciones Generales sobre el Problema Europeo de las Migraciones», en *La Inmigración en Europa: Expectativas y Recelos*, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 4, 1994.

(16) TODD, E., *La Invención de Europa*, Tusquets, Barcelona, 1995, pp. 501-502. La edición francesa de este texto es de 1990 y levantó una amplia polémica a causa de su planteamiento, que consiste en poner en relación la estructura del sistema familiar y la evolución social en espacios geográficos determinados. Con todo, sus aportaciones son útiles para aproximarse a una explicación de las concepciones con las que los distintos Estados se enfrentan al fenómeno de la inmigración, y a su trascendencia en la regulación de la nacionalidad y la extranjería.

(17) Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la inmigración, de 3 de octubre de 1991 [SEC (91) 1855 final].

(18) La explicación de los distintos modelos se hace siguiendo los siguientes textos: TODD, E., *op. cit.*, pp. 497-502; IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», en *Migraciones: Tópicos y Realidades*, Cuadernos de la Federación Sindical de la Administración Pública de Comisiones Obreras, pp. 25-33; COLLINSON, S., *op. cit.*, p. 81. HOFFMANN-NOWOTNY, H.-J., «Oportunidades y Riesgos de las Sociedades Multiculturales de Inmigración», en *La Inmigración en Europa: Expectativas y Recelos*, *op. cit.*, pp. 127-230. Respecto a la falta de un modelo que plantee una solución definitiva, ver éste último autor, p. 167.

(19) TODD, E., *op. cit.*, pp. 498-499; IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», *op. cit.*, pp. 30-32. En otro sentido, aportando una perspectiva evolutiva, HOFFMANN-NOWOTNY, H.-J., *op. cit.*, pp. 146 y 165-167.

(20) TODD, E., *op. cit.*, pp. 499-500; IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», *op. cit.*, pp. 30-32. HOFFMANN-NOWOTNY, H.-J., *op. cit.*, pp. 158-160.

(21) TODD, E., *op. cit.*, pp. 500-501; IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», *op. cit.*, pp. 30-32. HOFFMANN-NOWOTNY, H.-J., *op. cit.*, pp. 160-165.

(22) IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», *op. cit.*, p. 31.

(23) IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», *op. cit.*, pp. 30-32. En otro sentido, aportando una perspectiva evolutiva, HOFFMANN-NOWOTNY, H.-J., *op. cit.*, pp. 146 y 165-167. No obstante, la reciente Ley francesa 93-933 de 22 de julio de 1993 reformadora del Derecho de la Nacionalidad, ha establecido trabas para el acceso a la nacionalidad francesa de las personas de origen extranjero, al tiempo que reforzaba la nacionalidad francesa por filiación para los franceses del extranjero; ver LAGARDE, P., «La Nationalité Française Révisée (Commentaire Critique de La Loi du 22 Juillet 1993 Reformant le Droit de la Nationalité)», *Revue Critique de Droit International Privé*, 82 (4), oct.-déc. 1993, pp. 535-563.

(24) Los actos violentos que se han sucedido en distintas partes de Europa contra inmigrantes y refugiados, y de los que, por

ejemplo, se ha hecho oco la Comisión Europea en algunos de sus informes sobre inmigración (por ejemplo en la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las Políticas de Inmigración y Derecho de Asilo», de 23 de febrero de 1995, [COM(94) 23 final]), han venido acompañados de una agria controversia, por ejemplo, en Francia y Alemania, que enfrentaba posturas en los círculos intelectuales. Respecto al caso alemán, puede verse la recopilación aparecida en el número 45 de la revista española *Debats*, septiembre de 1993, pp. 80-93, donde aparecen textos de B. STRAUSS, A. KILB y E. NÖRDHOFFEN. En esta polémica se ubica también el libro yariado de H.M. ENZENSBERGER, *La Gran Migración*. En Francia un texto de 1987, de A. FINKIEL-KRAUT -editado en España, *La Devora del Pensamiento*, Madrid, Anagrama, 1987- ha constituido el eje del debate. Con carácter general, un texto del norteamericano S. HUNTINGTON -«El Conflicto de Civilizaciones, Próximo Campo de Batalla», *ABC Cultural*, viernes, 2 de julio de 1993, pp. 16-26- ha venido a sumarse, extendiendo y ampliando la polémica a escala mundial, como fiel reflejo del fenómeno de la globalización.

(25) HOFFMANN-NOWOTNY, H.-J., *op. cit.*, pp. 138-153.

(26) La cita es de IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», *op. cit.*, p. 31. Para HOFFMANN-NOWOTNY, *idem*.

(27) Pueden citarse al respecto autores y obras como: J.Y. CARLIER, *op. cit.*; E. JAYME, «Diritto di Famiglia: Società Multiculturale e Nuovi Sviluppi del Diritto Internazionale Privato», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1993/2, pp. 295-304; P. LAGARDE, «La Théorie de L'Ordre Public International Face à la Polygamie et à la Répudiation» en *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, *op. cit.*, pp. 263-282; J. DÉPREZ, «Droit International Privé et Conflits de Civilisation. Aspects Méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel)», en *Recueil des Cours*, t. 211, 1988-IV, pp. 9-372; S.V. UCHE, «Conflict of Laws in a Multi-Tehnic Setting - Lessons from Anglophone Africa», en *Recueil des Cours*, t. 228, 1991-III, pp. 275 y ss; R. CHOMLEWINSKI, «The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, July, 1994, pp. 568-598. También en el terreno de la filosofía del Derecho puede consultarse: SCILLITANI, L., «Dimensione Transculturale dei Fenomeni Giuridici nella Ricerca Antropologica», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, aprile/giugno, 1994/2, IV Serie, LXXI, pp. 291-313.

(28) IZQUIERDO ESCRIBANO, A., «Percepciones y Realidades», *op. cit.*, p. 31.

(29) Véase: BEAUTHIER, G.-H., «Informe sobre la Situación Jurídica de los Migrantes Establecidos Permanentemente en el País de Acogida», Consejo de Europa, Estrasburgo 2 de septiembre de 1991, en *Emigrantes en Europa. Situación y Propuestas de Políticas*, Cuaderno nº39, Fundación Encuentro, Servicio de Documentos, Madrid, octubre de 1992, pp. 91 y 92; «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las Políticas de Inmigración y Derecho de Asilo», de 23 de febrero de 1994, [COM(94) 23 final]; las modificaciones de la legislación francesa sobre nacionalidad y extranjería se recogen respectivamente en la Ley 93-933 de 22 de julio de 1993 reformadora del Derecho de la Nacionalidad, ya citada, y en las Leyes 93-1027 de 24 de agosto, relativa al Control de la Inmigración y a las Condiciones de Entrada, y 93-1417 de 30 de diciembre de 1993 que Contiene Diversas Disposiciones Relativas al Control de la Inmigración y que Modifica el Código Civil, y en la Ley Constitucional de 25 de noviembre de 1993; la modificación de la legislación italiana se hizo por medio de la Ley 39-1989, denominada «Ley Martelli»; de la modificación de la legislación española sobre asilo se recoge en la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (BOE de 23 de mayo), y Reglamento de Aplicación de la Ley aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

(30) Sobre el proceso español de regularización, realizado por obra del acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991 (BOE de 30 de julio de 1991), ver referencias recogidas en

la nota 14. En Italia el proceso de regularización se hizo en dos fases, en diciembre de 1986, por la Ley 943, y por la citada «Ley Martelli» de 1989.

(31) «Racismo, Xenofobia y Extranjería», en *Claves de Razón Práctica*, nº 31, abril, 1993, p. 11.

(32) *Idem*.

(33) Y así es señalado por múltiples autores de la doctrina, como por ejemplo M.L. ESPADA RAMOS, «Asilo e Inmigración en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 86, oct.-dic., 1994, p. 96.

(34) VICENTE BLANCO, D.-J., «El Sistema de los Acuerdos de Schengen... (I)», *op. cit.*, pp. 56-59.

(35) M.-P. LAFRANCHI, *Droit Communautaire et Travailleurs Migrants des États Tiers*, Economica, París, 1994, p. 72.

(36) *op. cit.*, p. 59.

(37) Como señala H.M. ENZENSBERGER, «quien invita a sus compatriotas a ofrecer cobijo a todos los agobiados y abrumados del mundo, posiblemente apelando desde la conquista de América hasta el Holocausto, y todo ello sin el menor cálculo de consecuencias, sin mediación política y económica, sin tener en cuenta las posibilidades de realización de tal proyecto, pierde toda credibilidad y capacidad operativa. Los grandes conflictos sociales no pueden ser eliminados por medio de la prédica», *op. cit.*, p. 58.

(38) «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las Políticas de Inmigración y Derecho de Asilo», de 23 de febrero de 1994, [COM(94) 23 final], p. 1.

(39) Ver: M.L. ESPADA RAMOS, «Asilo e Inmigración...», *op. cit.*, p. 72; y NAÏR, S. Y LUCAS, J. DE, «Europa en una Encrucijada», *El País*, 6 de julio de 1995, p. 14.

(40) KENNEDY, P. *op. cit.*, ver pp. 60-62; la cita está tomada de la p. 61.

(41) H.M. ENZENSBERGER, *op. cit.*, pp. 45-46.

(42) «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las Políticas de Inmigración y Derecho de Asilo», de 23 de febrero de 1994, [COM(94) 23 final], p. 29. En las páginas siguientes del documento de desarrollan las medidas propuestas contra la inmigración ilegal.

(43) S. NAÏR Y J. DE LUCAS afirman: «No decimos que se deben abolir desde ya las fronteras externas, sino que se deben plantear concretamente políticas comunes de los flujos migratorios. Entonces Schengen será un paso positivo para las libertades y los derechos humanos, en caso contrario, cualesquiera que sean los subterfugios utilizados, la política de Schengen quedará como un cierre basado en el temor, el recelo y la indiferencia hacia los mal nacidos del mundo», *op. cit.*

(44) FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Extranjero», vocablo de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid, Civitas, 1995, p. 3.035.

(45) «Los Ciudadanos No Europeos en la Unión Europea», en *Sistema*, vols. 114-115, junio de 1993, p. 230.

(46) *op. cit.*, p. 124.

(47) APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen Administrativo de los Extranjeros en España*, Madrid, Universidad de Málaga-Marcial Pons, 1994, p. 154-155.

(48) *El País*, 18.04.1995, p. 24.

(49) ESPADA RAMOS, M.L., «Asilo e Inmigración en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 86, oct.-dic., 1994.

(50) «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las Políticas de Inmigración y Derecho de Asilo», de 23 de febrero de 1994, [COM(94) 23 final], p. 10.

(51) ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «La Extranjería No Comunitaria en el Marco de la Comunidad Económica Europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, pp. 225-226.

(52) *Idem*.

(53) *Idem*, pp. 227-228.

(54) BOIXAREU CARRERA, A. «Cuestiones Relacionadas con la Libre Circulación de Personas», en *La Europa de los Ciudadanos*, Valladolid, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Valladolid-Lex Nova, p. 155.

(55) HALLBRONNER, K., «Perspectives of a Armonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit», en *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 919.