

La construcción europea de una fortaleza sin murallas

Autora: Irene Claro Quintáns
Profesora de Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

En este artículo se deja constancia del proceso de formación del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” y de los avances que han tenido lugar, sin entrar en el examen concreto de las distintas cuestiones involucradas (inmigración, asilo, control de fronteras, cooperación judicial y policial). Para ello se analiza la libre circulación de personas como base de la construcción doctrinal del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”; la reglamentación de los Convenios de Schengen, debido a su carácter precursor, y, por último, su regulación a través de las distintas reformas de Ámsterdam y Niza, con especial referencia a la que plantea para el futuro el Tratado de la Constitución Europea.

Palabras clave: Libre circulación de personas, Convenio de Schengen, Tratado de Amsterdam, Tratado de Niza, Tratado de la Constitución Europea.

Summary

This article examines the evolution of an Area of Freedom, Security and Justice in the European Union. First of all, we take into account free movement of persons, as a basis of this new concept. Moreover, it analyses several important steps given by Member States in relation to this common area: 1990 Convention of Schengen, the Amsterdam Treaty, the Nice Treaty and the European Constitution.

Key words: Free movement of persons, Convention of Schengen, Amsterdam Treaty, Nice Treaty, European Constitution.

El pasado 4 de julio los Ministros del Interior de cinco Estados miembros de la Unión Europea (UE) –Francia, Alemania, Reino Unido, Italia y España- se reunieron en la localidad francesa de Evian, a orillas del lago Lemán, para tratar como tema central la inmigración ilegal. Los acuerdos alcanzados sobre control de fronteras, visados, documentos de identidad y expulsión conjunta de inmigrantes ilegales, insisten en la idea de que el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” no debe verse afectado por la crisis que atraviesa la construcción europea.

Uno de los ejes de la consolidación europea ha sido la creación de un espacio interior único en el que se suprimen las fronteras intracomunitarias. El “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” quiere significar un salto cualitativo en la formación de un espacio interior en la UE. Ante este panorama, las negativas francesa y holandesa a ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europea¹ no van a frenar el desarrollo del nuevo concepto de “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”.

La consagración de la libre circulación de personas y del espacio Schengen, así como la aparición del Tercer Pilar sobre Cooperación en asuntos de Justicia e Interior (CAJI) representan las tres vías que conducen a este nuevo concepto. En este artículo se deja constancia de su proceso de formación y de los avances que han tenido lugar, sin entrar en el examen concreto de las distintas cuestiones involucradas (inmigración, asilo, control de fronteras, cooperación judicial y policial). En este sentido, se analiza la libre circulación de personas como base de la construcción doctrinal del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”; la reglamentación de los Convenios de Schengen, debido a su carácter precursor, y, por último, su regulación a través de las distintas reformas de Ámsterdam y Niza, con especial referencia a la que plantea para el futuro el Tratado de la Constitución Europea.

I. El origen del “espacio de libertad, seguridad y justicia” en la libertad de circulación

Como es bien sabido, la libre circulación de personas es una de las cuatro libertades que pertenecen al rango de instrumentos previstos para alcanzar los objetivos de la Unión. A partir de esta teoría se construye un espacio común sin fronteras

¹ DOCE C 169, de 18 de julio de 2003. Tras el acuerdo alcanzado por los Estados miembros en el Consejo de 17 y 18 de junio de 2004, la nueva Constitución Europea se firma en Roma el 20 de noviembre de 2004.

interiores. El desarrollo de la UE está ligado a la consecución de la libertad de circulación y residencia, convertidas ambas en ejes del proyecto de integración europeo.

En una primera etapa el disfrute de las cuatro “libertades fundamentales” de circulación se limita únicamente al campo económico. Aquellas libertades más próximas a las personas –las que afectan a los trabajadores, al establecimiento y a la prestación de servicios- se vinculan a la realización de una actividad económica. No se utiliza la noción de ciudadano y, por añadidura, cualquier mención a la persona física va acompañada de una connotación económica, ya sea como trabajador, empresario o consumidor. Es decir, siempre como “operador económico”. El cambio de orientación se produce gracias a la evolución del proceso de integración económica entre los Estados miembros y a la dimensión política que paulatinamente va adquiriendo la Comunidad Europea².

Con el transcurso del tiempo la libre circulación de personas refuerza su naturaleza política al desvincularse de la actividad económica. Hasta entonces se había referido a categorías muy amplias de personas, mas limitadas o determinadas de algún modo y, en todo caso, relacionadas siempre con el desempeño de una actividad económica. La reforma del Acta Única Europea (AUE) de 1986 examina la libre circulación de personas desde el mercado interior. Después de proclamarse en relación con los trabajadores, con los servicios y el derecho de establecimiento, se extiende a los miembros de la familia del beneficiario inicial.³

² LIROLA DELGADO, M.I. “Libre circulación de personas y Unión Europea” Civitas, Madrid, 1994, pág. 61.

³ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Instituciones y Derecho de la Unión Europea” Tecnos, Madrid, 2003, págs. 575-578. El Consejo aprueba el 28 de junio de 1990 tres directivas relativas a sectores de la población que no encajaban en el hecho económico que permitía la libertad de circulación de trabajadores, servicios y establecimiento, y de sus familiares (90/364, sobre rentistas; 90/365, sobre jubilados o pensionistas, y 90/366, relativa a estudiantes). En las tres se amplía el derecho a la familia, siempre que tanto ésta como el beneficiario inicial dispongan de suficientes recursos económicos y de un seguro de enfermedad

A pesar de que en el Tratado de Maastricht (en adelante, también TUE) se garantiza el respeto a los derechos humanos y a las obligaciones internacionales de los Estados miembros en ese sentido –con una mención expresa al Convenio de Roma de 1950 en el artículo 6(2)-, la libertad de circulación en este contexto no se puede construir como un derecho fundamental, sino como un derecho derivado de la eficiencia económica y del simbolismo de una Unión cada vez más estrecha y, en cualquier caso, limitada a sus ciudadanos⁴.

El Tratado de Ámsterdam (TA) reitera la importancia del mercado interior como un espacio sin fronteras interiores dispuesto con el fin de promover la economía y el empleo. Sin embargo, va más allá: no se limita a repetir una idea que ya se había convertido en el motor del proceso de integración europea, sino que trasciende la visión puramente económica predominante hasta entonces. A partir de su entrada en vigor, la Unión Europea pasa a concebirse además como un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” y no sólo como un área sin fronteras interiores en la que se hubiera garantizado, entre otras, la libre circulación de las personas. Uno de los objetivos de la Unión que menciona el artículo 2 del TUE se encuentra

“mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con las medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.

⁴ El significado de la libertad de circulación de las personas en el Derecho comunitario difiere considerablemente del que recibe en las normas sobre derechos humanos. En estos últimos se refiere al derecho de toda persona a viajar libremente dentro de los países y a abandonar y regresar al propio país. En este sentido, véanse el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 16 de diciembre de 1966 o el artículo 2 del Protocolo número 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 16 de septiembre de 1963.

La redacción del TA implica un grado de desarrollo de la libre circulación distinto al hasta entonces conocido. La libertad de movimientos es una premisa de la realización del nuevo espacio. La tensión entre el “espacio sin fronteras interiores” y la creación de un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” introducida con la reforma de Ámsterdam, pone de manifiesto la ambivalencia que caracteriza el proyecto europeo. Hemos de recordar que la inmigración desde el exterior de la UE y el movimiento de nacionales de terceros países en el interior del territorio comunitario ha permanecido durante mucho tiempo casi exclusivamente dentro del ámbito de soberanía nacional de los Estados miembros. La facultad de decidir quién reside en el país se considera un elemento básico de la misma.

Por otro lado, nos encontramos ante una libertad de circulación sometida a restricciones e incompleta en relación con quién tiene derecho a ejercerla y con la clase de movimientos autorizados. Las limitaciones que afectan a los sujetos activos de la libertad de circulación abarcan incluso a los ciudadanos de la Unión que se desplazan por motivos de trabajo, haciéndose también distinción entre los nacionales de los Estados miembros y los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁵.

El principio general de libre circulación se manifiesta a través de leyes positivas y a su expansión contribuyen los distintos tratados que se han ido firmando. El apoyo a la libertad de mercado en términos generales contradice aparentemente el desarrollo de las políticas de inmigración restrictivas. Por otro lado, la abolición de controles en las fronteras y la noción de ciudadanía europea están íntimamente asociadas o ligadas.

La combinación del control de la inmigración y de las fronteras externas induce a los gobiernos a presionar para que la vigilancia vaya acompañada de una reducción de

⁵ Entre las limitaciones que afectan a su libertad de movimiento cabe destacar las justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Vid. artículo 39(4) del TCE.

la permeabilidad de las fronteras. La causa se debe, probablemente, a la voluntad de reducir el problema a la inmigración irregular, definida, en parte, por el cruce clandestino o fraudulento de fronteras, y de dejar al margen cuestiones como la integración o la necesidad de una política de población y de envejecimiento.

Para evitar que existan controles fronterizos se recurre a un mecanismo de supresión técnica de fronteras interiores, ya que éstas no desaparecen físicamente. El control de paso de los extranjeros y de los nacionales de los Estados miembros se limita a las fronteras exteriores (puertos y aeropuertos internacionales y fronteras terrestres internacionales)⁶.

La libre circulación de personas admite también diferencias en cuanto a la naturaleza de esos movimientos intracomunitarios. Hay que distinguir entre ciertos desplazamientos admitidos (de turistas, inmigrantes por motivos económicos que se necesitan como mano de obra, etc.) y los prohibidos (tráfico de drogas y de personas, mafias, etc.). Precisamente, en el espacio Schengen se pretende reducir o eliminar los controles sobre los primeros, o, por lo menos, la ostentación de llevarlos a cabo especialmente a través de la comprobación de pasaportes, como elemento emblemático.

Aunque tras la última ampliación de la UE el primero de mayo de 2004 la libre circulación de personas para los nacionales de los Estados recién incorporados no será

⁶ Mientras el artículo 14 del TCE dispone, al menos teóricamente, la abolición de las fronteras internas entre los Estados, el artículo 62(1) del TCE reconoce explícitamente su existencia al afirmar que el Consejo deberá adoptar “medidas encaminadas a garantizar, de conformidad con el artículo 14, la ausencia de controles sobre las personas en el **cruce de las fronteras interiores**, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países” (la negrita es mía). Si la desaparición de las fronteras interiores fuera una realidad, resultaría ociosa la obligación impuesta en el artículo 62(1) del TCE. Este apartado podría interpretarse en el sentido de que la libertad de circulación, sujeta al respeto a la seguridad, es compatible con la existencia de fronteras internas entre los Estados miembros. En definitiva, quizás no podamos hablar de desaparición de las fronteras interiores entre los Estados miembros, ni siquiera retóricamente. La libre circulación de personas no es incompatible con su mantenimiento. CROWLEY, J. “Differential Free Movement and the Sociology of the ‘Internal Border’”, en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*, E. Guild y C. Harlow (eds.), Hart Publishing, 2001, pág. 17. Para este autor la pretendida “eliminación” de las fronteras interiores no

una realidad hasta 2006, la futura desaparición de las fronteras internas y el traslado de los controles a las externas de la UE plantea ciertas dudas que no son nuevas⁷. No hay que olvidar que los mismos recelos invadieron a los Estados Parte en los Convenios de Schengen cuando la Unión se fue ampliando progresivamente hacia el sur e Italia, Grecia, España y Portugal se sumaron al espacio común.

Probablemente el traslado de la responsabilidad de los controles a las fronteras externas descargará el peso de los controles policiales y de inmigración en unos países alejados del núcleo central de cooperación compuesto por los Estados Parte en los Convenios de Schengen⁸. La importancia de estos últimos hace preciso examinarlos, aunque sea de forma concisa, en el siguiente epígrafe.

II. El espacio de schengen como precursor del “espacio de libertad, seguridad y justicia”

A finales de los años ochenta resultaba evidente que los Estados miembros de las Comunidades no podrían llegar a un consenso que permitiera garantizar la libre circulación de personas antes del 31 de diciembre de 1992, tal como establecía el AUE. Cinco Estados miembros, aquellos que ya habían demostrado cierta experiencia en la conclusión de acuerdos bilaterales y multilaterales sobre la materia, deciden acelerar unas negociaciones que conducen, finalmente, a la firma del Acuerdo de Schengen en

dejó de ser en ningún momento nada más que un deseo bajo el cual subyacía en realidad la intención de configurar de nuevo las fronteras para, en ciertos aspectos, reforzarlas.

⁷ Por lo que respecta a España y salvo para los nacionales de Chipre y Malta. Alemania y Austria han optado por el máximo periodo de transición permitido. Vid. el Tratado de adhesión firmado por los Estados miembros con las Repúblicas Checa, de Estonia, de Chipre, de Letonia, de Lituania, de Hungría, de Malta, de Polonia, de Eslovenia, y de Eslovaquia (DOCE L 236, de 23 de septiembre de 2003).

⁸ HARLOW, C. “Endpiece” en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law* VV.AA., E. Guild y C. Harlow (eds.), Hart Publishing, 2001, págs. 317-318.

1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes⁹. De este modo, el origen del Acuerdo se encuentra en la voluntad de estos Estados de adelantar entre ellos un objetivo comunitario que se extendería más adelante a los demás Estados miembros. Las frecuentes referencias al ámbito comunitario a lo largo del texto son muestra inequívoca de esa vocación “comunitaria” que anima a los signatarios.

Aunque se trata de un acuerdo claramente intergubernamental, se toman en consideración la Declaración del Consejo Europeo de Fontainebleau, celebrado los días 25 y 26 de junio de 1984, y los progresos ya realizados en el seno de las Comunidades Europeas; progresos que giran en torno a la libertad de movimiento y a la supresión de formalidades de policía y aduanas entre las fronteras interiores con el objeto de facilitar ese libre desplazamiento. En el Preámbulo del Acuerdo de Schengen de 1985 se insiste en la idea de que la unión entre los Estados debe plasmarse en “*el libre paso de las fronteras interiores*” para los nacionales de los Estados miembros, así como en la libertad de circulación de mercancías y servicios. Para ello se hace imprescindible eliminar los obstáculos a la libre circulación en las fronteras comunes, es decir, suprimir los controles que afectan a las personas y facilitar la circulación de los bienes.

El Acuerdo de Schengen se convierte en una suerte de declaración de intenciones y funciona como una especie de “laboratorio” en una época en la que se está gestando el AUE. Se prepara con el fin de anticipar la libre circulación prevista por el Acta Única¹⁰. Se firma acompañado de dos declaraciones complementarias. Una

⁹ Esos Estados eran los miembros del Benelux, Francia y Alemania. Los primeros pasos se dieron en la década de los sesenta a partir de la creación por parte de los Estados del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) de una Unión económica que suprimió los controles en sus fronteras. Por su parte, Francia y Alemania eran Parte del Convenio de París de 1977 sobre cooperación policial en la frontera franco-germana y del Convenio de Saarbrücken de 1984 concluido para facilitar los controles sobre las personas en la frontera común.

¹⁰ El carácter experimental o de laboratorio de los acuerdos de Schengen se muestra también a través de diversos artículos del Convenio de 1990, en los que se recoge la pertenencia a Schengen de los Estados miembros de las Comunidades Europeas (art. 140), la aplicación de las disposiciones del Convenio “*en la*

primera declaración política asegura el carácter compatible del respeto a la libertad de circulación de personas con la cooperación entre los Estados miembros en relación con los nacionales de terceros países y con la lucha contra el terrorismo o el tráfico de drogas. En segundo lugar, una declaración general garantiza que ninguna disposición afectará al derecho de los Estados miembros a aprobar normas internas de control de la inmigración.

Por otro lado, prevé la adopción de un conjunto de medidas aplicables a corto y largo plazo, relacionadas con la circulación de personas. Entre las primeras, la simple inspección ocular de los vehículos de turismo y otras medidas destinadas a facilitar, a través de la relajación de los controles de policía y aduanas, la rapidez y celeridad en el hecho físico de cruzar las fronteras comunes, así como la coordinación de las políticas en materia de visados. En cuanto a las medidas a largo plazo, éstas se dirigen a adecuar las disposiciones legislativas y reglamentarias sobre prohibiciones y restricciones en los controles fronterizos y aduaneros y a completar aquellas destinadas a garantizar la seguridad y a coordinar la lucha contra el tráfico de drogas, el crimen internacional y la inmigración ilegal. Los Estados miembros conservan la opción de introducir medidas para mejorar su seguridad interna, siempre que éstas sean compatibles con la legislación comunitaria. Se abre de este modo el camino a la cooperación intergubernamental en materia de justicia penal.

Cinco años después, las negociaciones de 1985 se concretan en un nuevo compromiso plasmado en la firma, el 19 de junio de 1990, del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante, Convenio de Schengen). En principio, el Convenio debía haberse firmado el 15 de diciembre de 1989, pero se decidió aplazar la

medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario” (art. 134) o el acuerdo de las Partes para modificar o sustituir las disposiciones de Schengen afectadas por la firma de convenios entre los Estados miembros para realizar un espacio sin fronteras interiores (artículo 142).

firma alemana a la espera de comprobar las consecuencias de la caída del Muro de Berlín sobre los movimientos de ciudadanos de Europa del Este a través de la frontera de Alemania oriental. No estamos ante un hecho aislado. Los Estados Parte en Schengen tampoco habían conseguido alcanzar un acuerdo en la reunión de París de junio de 1989 sobre cuestiones polémicas como la extradición, la política de visados, los procedimientos de asilo o la creación y localización del Sistema de Información Schengen (SIS). No obstante, las negociaciones se reanudaron en marzo de 1990 y culminaron tres meses más tarde con la firma del mencionado convenio¹¹.

Los plazos para su implantación definitiva se incumplían reiteradamente debido a las dificultades tecnológicas y a los desacuerdos acerca de las políticas de inmigración o de lucha contra el tráfico de drogas. Por fin, el 1 de septiembre de 1993 entraron en vigor los artículos relativos a las actividades y competencias del Comité Ejecutivo Schengen para los miembros originarios. La entrada en vigor total del Convenio dependía de una decisión del propio Comité Ejecutivo que no se aprobó hasta el 26 de marzo de 1995 y que va a afectar a Bélgica, España, Francia, Holanda, Luxemburgo, Portugal y la República Federal de Alemania. Este retraso de varios años para su entrada en vigor fue debido, entre otras causas, a las dudas francesas sobre los visados, la operatividad del SIS y los controles fronterizos griego e italiano, así como a sus reticencias ante la política en materia de drogas de Estados como los Países Bajos.

El Reino Unido e Irlanda han optado voluntariamente desde el principio por permanecer al margen de estos acuerdos, para mantener el control de entrada a través de sus fronteras. El 21 mayo 1999 el primero presenta una solicitud formal para unirse a

¹¹ La confianza que se tenía en la próxima reunificación de Alemania hizo que se acordara que los controles fronterizos externos se trasladarían a las fronteras entre la antigua RDA y Polonia y Checoslovaquia. Este proceso se cerró con la firma, el 29 de marzo de 1991, de un acuerdo de readmisión entre los Estados Schengen y Polonia. Véase BOER, M. den "Justice and Home Affairs: Cooperation

ciertas disposiciones del acervo de Schengen sobre policía y seguridad, SIS y protección de datos, excluyendo cualquier referencia a la libertad de movimientos. Por otro lado, Noruega e Islandia reciben el estatuto de asociados en la reunión del Comité Ejecutivo de La Haya de 19 de abril de 1996. Esto supone la aplicación del Convenio sin que puedan participar formalmente en la toma de decisiones. Su intervención en el modelo de Schengen se explica porque estos Estados forman parte desde 1958, junto a Dinamarca, Finlandia y Suecia, de otro espacio de libre circulación de personas como es la Unión Nórdica de Pasaportes¹².

Los nuevos Estados Parte en los Acuerdos de Schengen de 1985 y 1990 no podían renegociar sus términos. En su día se popularizó la metáfora de la “Europa de dos velocidades” con intención de diferenciar entre los Estados Parte en Schengen y los que no lo son. No hay que perder de vista, no obstante, el hecho de que no todos los Estados Parte en Schengen actúan siguiendo el mismo patrón ni proceden a implantar de igual modo estos acuerdos¹³.

En un primer momento las relaciones entre las Partes contratantes del sistema de Schengen se rigen exclusivamente por las normas propias del Derecho internacional público. No se crea ningún orden jurídico autónomo. Tampoco el Comité Ejecutivo es un órgano supranacional ni existe un mecanismo de control judicial sobre futuros litigios, o político sobre la toma de decisiones. Sólo el proceso de integración del acervo de Schengen modifica esta situación de dependencia de la cooperación

without integration” en *Policy-Making in the European Union*, H. Wallace y W. Wallace (eds.), Oxford University Press, 1996, pág. 398.

¹² Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Instituciones ...” *op.cit.* pág. 703.

¹³ Véase GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU External Borders” en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*, E. Guild y C. Harlow (eds.) Hart Publishing , 2001, págs. 125-128.

intergubernamental y del Derecho internacional público, y permite la vinculación efectiva con el Derecho comunitario¹⁴.

Así, el Tratado de Ámsterdam añade como anexo al TUE y al TCE el Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea. Este acervo, compuesto por el Acuerdo, el Convenio, los acuerdos relacionados y las normas adoptadas en virtud de los mismos, se ha “cuarteado” y repartido entre los Tratados.

La integración del acervo de Schengen en el marco institucional único de la Unión supone deslindar su contenido y atribuir la correspondiente “base jurídica” a cada norma, ya sea en el Primer Pilar (TCE) o en el Tercer Pilar (TUE). De este modo, se pretende evitar que las reformas introducidas en las materias reguladas en el sistema de Schengen conduzcan a la existencia de dos espacios paralelos que se ocupen de la libre circulación de personas, de la seguridad y del orden público¹⁵.

Para resolver estas cuestiones el Consejo aprueba dos Decisiones el 20 de mayo de 1999. La primera, sobre definición del acervo de Schengen, es adoptada por los trece Estados miembros que son Parte del Convenio de Schengen y que aplican todas sus medidas¹⁶. La segunda, sobre determinación de la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo, la toman entonces los 15 Estados miembros de la UE¹⁷.

¹⁴ Sin embargo, la inserción de la estructura del secretariado de Schengen en las instituciones de la Comunidad como parte de la incorporación del acervo de Schengen podría ser un indicio de la falta de deseo de cambiar la orientación de las políticas que afectan a estas materias.

¹⁵ TRUJILLO HERRERA, R. “La Unión Europea y el derecho de asilo” Dykinson, Madrid, 2003, pág. 215.

¹⁶ Decisión 1999/435, DOCE L 176, de 10 de julio de 1999.

¹⁷ Decisión 1999/436, DOCE L 176, de 10 de julio de 1999. La polémica llegó con el artículo 96 del Convenio de Schengen de 1990, que prevé la creación, dentro del SIS, de una lista de personas a las que se deniega la entrada y la concesión de visados o permisos de residencia. Esta materia debería incluirse dentro del Primer Pilar del TUE. Sin embargo, los Estados miembros sostuvieron que se trataba de una cuestión perteneciente al Tercer Pilar y que, en consecuencia, las disposiciones relativas al SIS deberían

La mayoría de las Decisiones del Comité Ejecutivo relativas al derecho de asilo y la inmigración encuentran su base jurídica en el Título IV del TCE, esto es, en el Primer Pilar. En el Tercer Pilar se integran de forma transitoria aquellas que se refieren al SIS, que se mantienen, de este modo, dentro del ámbito de la competencia intergubernamental¹⁸. Sin embargo, el Consejo no tiene que determinar una base jurídica para todas las normas que forman parte del acervo de Schengen¹⁹.

El Convenio de Schengen consta de ocho títulos, entre ellos, el relativo a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas (Título II), que comprende materias tan diversas como el cruce de fronteras, los visados, las condiciones de circulación, los permisos de residencia, la inscripción en la lista de no admisibles y la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo del capítulo VII. Los restantes títulos hacen referencia a las definiciones (Título I), la policía y seguridad (Título III), al Sistema de Información de Schengen (Título IV) –creado con la intención de preservar el orden y la seguridad públicos-, el transporte y la circulación de mercancías (Título V), la protección de datos de carácter personal (Título VI), el Comité Ejecutivo y las disposiciones finales en los dos últimos títulos.

El hecho de que se regularan en el mismo texto cuestiones tan dispares como el transporte o la lucha contra el tráfico de drogas y la inmigración o el derecho de asilo provocó gran desasosiego. Desde la perspectiva del respeto a los derechos

permanecer allí provisionalmente, de acuerdo con la cláusula de determinación de la base jurídica subsidiaria del Protocolo.

¹⁸ Del Título VIII las únicas disposiciones para las que se ha determinado una base jurídica son el artículo 136 sobre acuerdos de control en las fronteras y el artículo 138 sobre el ámbito territorial. Dinamarca, que forma parte de Schengen, se opone a la comunitarización de las materias del Tercer Pilar y permanece, por tanto, al margen de los ámbitos comunitarizados –salvo los visados-, reservándose la posibilidad de adherirse con posterioridad. Como miembro del sistema de Schengen puede continuar participando en su desarrollo. Véase el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, incorporado por el TA como anejo al TUE.

fundamentales, la doctrina se preguntaba por qué no se habían elaborado dos convenios diferentes, uno de ellos dedicado a las cuestiones incipientes del derecho de asilo y la inmigración. La propia redacción del Convenio admite la posibilidad de que en el ámbito comunitario se coopere de forma más estrecha y que los resultados de esta colaboración modifiquen o incluso sustituyan a las disposiciones del Convenio de Schengen²⁰.

Con anterioridad, el sistema de Schengen se había contemplado como un foro más favorable para el desarrollo legislativo debido a su inferior número de participantes. Parecía más sencillo alcanzar el consenso sobre cuestiones o políticas polémicas en el “espacio Schengen”. Sin embargo, este sistema perdió mucho de ese favor cuando las negociaciones para su implantación se prolongaron casi una década, afectadas negativamente por el declinar del entusiasmo inicial que había rodeado la realización del mercado interior único. El clima político que caracterizaba la etapa inicial de Schengen era más favorable que el ambiente de desconfianza predominante durante el periodo de su puesta en marcha²¹.

Las principales críticas al Convenio de Schengen de 1990, vertidas desde la perspectiva de la defensa de los derechos individuales, recaen en el manifiesto déficit democrático que caracteriza el proceso de toma de decisiones, vinculantes para los Estados a través del otorgamiento de importantes competencias en este sentido al “Comité Ejecutivo Schengen”, sin que se haya previsto la consulta previa a los parlamentos nacionales. A este déficit hay que añadir la ausencia de control judicial

¹⁹ Vid. artículo 2 del Protocolo. Los motivos son diversos: porque esas normas han perdido su carácter obligatorio, o han sido sustituidas por normas comunitarias, caen bajo exclusiva competencia de los Estados miembros o nunca han sido obligatorias.

²⁰ Vid. artículo 142(1) del Convenio de Schengen.

²¹ BOER, M. den “Justice and Home Affairs: Cooperation without integration” en *Policy-Making ... op.cit.* pág. 399.

adecuado, puesto que ningún Tribunal internacional es competente para juzgar las decisiones y actuaciones del Comité, y la ausencia de una definición común de “orden público” ya que el Convenio de Schengen lleva a una acumulación de los conceptos nacionales de “orden público”²².

En mayo de 2005, Francia, Alemania, Austria, Benelux y España firman el Tratado conocido como “Schengen III”, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. Este tratado, abierto a la adhesión de todos los Estados miembros de la UE, pretende consolidar el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. No obstante, tal como se recoge en su Preámbulo, el énfasis se pone en la eficacia de la cooperación en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. La mención expresa al respeto a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y al CEDH como límites de esta cooperación parece haberse convertido en una fórmula ritual de dudosa eficacia en la práctica. Por otro lado, la intención de trasladar el régimen previsto en este Tratado al marco jurídico de la UE resucita las críticas por la ausencia de control democrático de unas decisiones que van a obligar directamente a todos los Estados miembros.

III. El presente del “espacio de libertad, seguridad y justicia”: Los tratados de Amsterdam y Niza

Como hemos visto, el Tratado de Ámsterdam supone la aparición en el Derecho originario de un concepto nuevo, el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, que tendrá gran trascendencia para la regulación de las cuestiones relativas al control de fronteras, a la inmigración, al derecho de asilo y a la cooperación policial y judicial. La

²² GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control

reforma del antiguo Tercer Pilar y la creación de este espacio se han calificado como las principales innovaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam.²³

La instauración de un nuevo Título IV del TCE ha significado que ciertas políticas comunes sobre derecho de asilo e inmigración hayan salido de la esfera intergubernamental que representa el Tercer Pilar, para incorporarse al Derecho comunitario a través de su inserción en el TCE, es decir, en el Primer Pilar. A partir de ese momento el Título VI del TUE se reduce a las “*Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal*”. El Tercer Pilar pasa a concentrarse en los aspectos relativos a la seguridad en su vertiente policial y judicial, como contrapartida de un pretendido espacio de libertad de reciente creación.²⁴

El Título IV del TCE constituye un sistema particular frente al modelo general del ejercicio de las competencias comunitarias. El precio ha sido una menor intensidad de las competencias atribuidas, que impide calificar a este proceso de comunitarización como total y repentino.

A diferencia de lo que sucedía con el Tratado de Maastricht, en Ámsterdam los objetivos se plantean a largo plazo, apoyados por nuevos instrumentos legales. El TA, con su programa de 5 años para realizar el objetivo del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, recurre a la combinación de dos métodos presentes en su día en la creación

of EU External Borders” en *Implementing Amsterdam. ... op.cit.* págs. 125-128.

²³ VALLE GÁLVEZ, J.A. “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y *Schengen*: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1998, no. 3, págs. 46-47.

²⁴ En el Tercer Pilar se trata de hacer frente, mediante una estrecha cooperación, a la delincuencia, organizada o no, al terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y de armas, la corrupción y el fraude. A los mecanismos habituales (información y consulta mutua, posiciones y acciones comunes, convenios) se añaden dos nuevos instrumentos: las “decisiones marco” y las “decisiones”. La Comisión pasa a tener iniciativa legislativa, aunque compartida con los Estados miembros. El TJCE conoce con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones, de las decisiones marco y de sus medidas de aplicación, así como sobre la interpretación de los convenios. El único requisito previo es que cada Estado miembro lo acepte expresamente. TRUJILLO HERRERA, R. “La Unión Europea ...” *op.cit.* págs. 293-294.

del mercado interior: la armonización de la legislación o creación de estándares comunes mínimos y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Los Estados no pierden competencias en materia de inmigración y asilo. Las tendrán que compartir con la UE y se verán obligados sólo por normas mínimas. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, y a diferencia de lo que sucedía antes, las iniciativas comunitarias que cristalicen en las diferentes normas tendrán efectos jurídicos vinculantes para los Estados miembros. El riesgo que asoma detrás de este cambio es que la armonización opte, precisamente por que los Estados conocen el compromiso que adquieren, por el mínimo denominador común y por rebajar el nivel de obligaciones adquiridas.

La expresión “normas mínimas” que recoge el TA para referirse a la futura reglamentación de estas materias, parece aludir a un concreto instrumento jurídico. Las directivas se configuran como la clase de norma más idónea para armonizar las diferentes cuestiones durante el periodo de transición²⁵.

El traspaso de las cuestiones de asilo e inmigración desde el ámbito de la CAJI al Primer Pilar proporcionaba aparentemente mayor transparencia y democracia a la adopción de decisiones. A la oportunidad de someterse al control del TJCE se unía la importancia de unas propuestas de la Comisión Europea inspiradas más por la defensa del interés comunitario que por los exclusivos de los Estados miembros. Las dudas giraban alrededor de la voluntad de los Estados de acceder a recurrir a un instrumento comunitario obligatorio controlado por el Tribunal de Luxemburgo, cuando a través de la cooperación intergubernamental y de la reforma de las legislaciones nacionales podían satisfacer sus necesidades básicas.

²⁵ TRUJILLO HERRERA, R. “La Unión Europea ...” *op.cit.* pág. 298.

En la práctica, la reforma de Ámsterdam ha supuesto una transferencia técnica de determinadas materias al Primer Pilar, lo que ha permitido al Consejo de Ministros aprobar instrumentos vinculantes de armonización sin el correspondiente refuerzo democrático y sin los controles judiciales necesarios, presentes en otras áreas del Derecho comunitario. Las reformas introducidas por el TA han sido en el mejor de los casos un pequeño paso en la dirección correcta y, en el peor, un compromiso que representará nuevos riesgos²⁶.

El Tratado de Ámsterdam dejaba pendiente el paso definitivo de “Maastricht a Roma”, es decir, del Derecho de la Unión Europea al Derecho Comunitario. G. Noll y J. Vedsted-Hansen señalan oportunamente cómo la falta de una auténtica comunitarización del procedimiento decisorio en buena parte de los asuntos del Título IV del TCE –ya que dependían todavía de una decisión por unanimidad del Consejo– convertía al citado Título en una “*oveja envuelta en piel de lobo*”²⁷.

La reforma del Tratado de Ámsterdam que tiene lugar en Niza en 2001 supone un refuerzo significativo de la voluntad europea de consolidar el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. La entrada en vigor el 1 de febrero de 2003 del Tratado de Niza introduce en la UE la posibilidad de avanzar más rápidamente y a fondo en la integración europea entre los Estados con capacidad y voluntad de coordinarse.

²⁶ P. Santolaya, a pesar de ser consciente de las limitaciones del proceso de comunitarización del TA y de las incertidumbres que suscita, recibe con espíritu positivo el paso adelante irreversible que significa: “*Es evidente que una vez más se ha optado en el proceso de construcción europeo por un procedimiento gradualista. Ámsterdam significa el compromiso serio por parte de los Estados de comunitarizar la materia cinco años después de su entrada en vigor, pero es extremadamente cauteloso, se reserva para ese momento determinar el alcance de la decisión, que puede ser una comunitarización total o parcial. Aunque a primera vista puede parecer decepcionante este es el procedimiento a través del cual se ha ido construyendo Europa y supone a mi entender un paso adelante irreversible*”. SANTOLAYA MACHETTI, P. “El derecho de asilo en la Constitución Española”. Lex Nova, 2001, pág. 169.

²⁷ NOLL, G. y VEDSTED-HANSEN, J. “Temporary Protection and Burden-Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?” en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*, VV.AA. E. Guild y C. Harlow (eds.) Hart Publishing, 2001, pág. 202.

La redacción actual del artículo 2 del TUE mantiene expresamente entre los objetivos de la Unión su desarrollo como un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en el que, junto a la libre de circulación de personas, se garantice el control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la lucha contra la delincuencia. La regulación de estas materias no se recoge de manera unitaria en el texto del Tratado, sino que se distribuye en dos partes de distinta naturaleza cada una.

En primer lugar, las disposiciones sobre cooperación policial y judicial en materia penal se encuentran en el Título VI del TUE, de carácter intergubernamental. El artículo 29 señala claramente la intención que anima a los Estados en este campo: ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. Para lograr este objetivo se recurre a la prevención y lucha contra la delincuencia –en particular el terrorismo-, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y de armas, la corrupción y el fraude. Esta lucha exigirá la cooperación policial y judicial y la aproximación, cuando proceda, de las normas penales de los Estados miembros. Una de las piezas clave para conseguir este ideal europeo será el establecimiento de un espacio judicial común. Los avances que para ello presenta el nuevo Título VI del TUE tienen una doble vertiente. Por un lado, se institucionaliza la cooperación sobre la base de los artículos 29 y 31 del TUE y se establecen técnicas normativas propias del Tercer Pilar en el artículo 34 (posiciones comunes, decisiones marco, convenios). Por otra parte, la cooperación judicial adquiere una dimensión operativa en la que se inscribe la llamada Unidad Provisional de Cooperación Judicial, precedente inmediato de Eurojust²⁸.

²⁸ QUEL LÓPEZ, J. “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza” Revista de Derecho Comunitario Europeo 2001, no. 9, págs. 125-126.

En segundo lugar, dentro del Pilar comunitario el Título IV del TCE se refiere a la regulación de las restantes materias implicadas: visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

Al igual que sucedía con la reforma de Ámsterdam, tampoco en Niza la comunitarización es total o plena ni repentina. Así, en la toma de decisiones la Comisión Europea comparte la iniciativa con los Estados miembros, se mantiene el voto por unanimidad en el Consejo y se recorta la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo en materia de recursos²⁹. Se somete además a un periodo de transición de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. No obstante, para determinadas cuestiones se excluye el periodo transitorio y la decisión se toma desde un primer momento por mayoría (listas de países cuyos nacionales precisan visados de turismo, listas de países que no los necesitan y modelo uniforme de visado). Se trata de cuestiones que habían sido reguladas en virtud del antiguo artículo 100C del TCE. Respecto de otras materias, tras el periodo transitorio la decisión se adopta por mayoría sin necesidad de que concurra el voto en el Consejo (caso de los procedimientos utilizados para la expedición de visados de turismo).

Durante los 5 años siguientes a la entrada en vigor del TA la competencia para tomar decisiones muestra todavía rasgos del anterior proceso intergubernamental

²⁹ Este recorte enfría la satisfacción inicial de poder controlar judicialmente el respeto a los derechos de los solicitantes de asilo. La reforma responde al temor de los Estados miembros de someter a las cuestiones de asilo e inmigración a procedimientos de duración excesiva. Así, según el artículo 68 del TCE, sólo tendrán acceso a la cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 del TCE, cuando se plantee una duda acerca de la interpretación de los Tratados o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias, los jueces o tribunales internos en última instancia y no estarán obligados a ello cuando la cuestión no sea clara, sino que lo harán únicamente si lo consideran necesario para emitir su fallo. Por otro lado, el citado artículo 68 del TCE excluye de la jurisdicción del TJCE las decisiones sobre abolición de fronteras internas “*relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior*”. Véanse GONZÁLEZ ALONSO, L.N. “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1998, vol. 2, no. 4, págs. 501-545; GORTÁZAR ROTAECHE, C. J. “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho comunitario europeo en la materia” en *La revitalización de la protección de los refugiados*, P.A. Fernández Sánchez (ed.), Universidad de Huelva, 2002, pág. 238.

aplicado a cuestiones de inmigración y asilo: el derecho de iniciativa compartido por la Comisión y los Estados miembros; la toma de decisiones del Consejo por unanimidad; o la consulta previa al Parlamento Europeo como único medio de participación del mismo. Desde el punto de vista de una comunitarización efectiva quizás hubiera resultado más conveniente que la Comisión Europea tuviera la iniciativa en exclusiva y que las decisiones se tomaran en el Consejo por mayoría cualificada. Por lo que se refiere al papel del PE, en el Tratado de Maastricht la consulta en el ámbito del Tercer Pilar se considera la forma más débil de procedimiento oficial en relación con el PE. Tras la reforma de Ámsterdam continúa siendo dudoso si el término “consulta” referido a las materias del Primer Pilar y mencionado en el artículo 67(1) del TCE, mantiene ese mismo significado procesal, que supone una tarea limitada del PE, o si por el contrario se acerca al papel que desempeña en el artículo 251 del TCE. La lectura del texto no aclara las dudas, ya que no se establece ningún otro significado procesal³⁰.

El artículo 67(2) del TCE dispone que una vez finalizado el periodo transitorio sólo la Comisión Europea tendrá derecho de iniciativa, aunque los Estados pueden presentar sus sugerencias. El procedimiento pasa a ser el de codecisión, establecido en el artículo 251 del TCE, siempre que el Consejo así lo decida por unanimidad. De este modo se otorgan mayores poderes al PE. Es una decisión que debería haberse tomado directamente en el TA, sin someterla a la discreción del Consejo y al transcurso de un plazo de cinco años.

Sin embargo, y por lo que se refiere al derecho de asilo, el Tratado de Niza incorpora un nuevo apartado 5 en el artículo 67 del TCE. En él se establece que todas las medidas relativas a los refugiados, desplazados y a la protección temporal o subsidiaria pasarán al procedimiento de adopción de decisiones en el Consejo por

³⁰ ECRE “Analysis of the Treaty of Amsterdam in so far as it relates to asylum policy”, 16 de julio de

mayoría cualificada del artículo 251 del TCE y al monopolio de la iniciativa por la Comisión, una vez que el Tratado entre en vigor y siempre que el Consejo haya adoptado previamente “*una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias*”.

Con la reforma de Ámsterdam, el cambio en el proceso decisorio sólo podía tener lugar a partir del 1 de mayo de 2004 y siempre que el Consejo así lo decidiera por unanimidad. El Tratado de Niza introduce la posibilidad de que se adopte el procedimiento de toma de decisiones puramente comunitario para las normas sobre asilo y refugio sin que se precise el voto unánime en el Consejo en este sentido. No obstante, esta innovación se encuentra sometida en Niza a un requisito indispensable que, una vez vencido el plazo transitorio, todavía no se había cumplido: la existencia de normas comunitarias que definan los principios básicos sobre estas materias cuando entre en vigor el Tratado³¹. En la actualidad falta por ver la luz una importante directiva en la materia, aquella que establece las normas mínimas sobre procedimientos de asilo.

IV. El futuro del “espacio de libertad, seguridad y justicia”: ¿el tratado de la constitución europea?

1997.

³¹ La redacción del apartado 5 del artículo 67 del TCE queda del siguiente modo. El cambio que propone el artículo 67(5) del TCE afectará a todas las disposiciones del Primer Pilar relativas al derecho de asilo, excepto al reparto equitativo de cargas (*burden sharing*), respecto del cual se prevé en una Declaración del Tratado de Niza que el Consejo hará “todo lo posible” para que el primero de mayo de 2004 esta materia pueda pasar al procedimiento puramente comunitario (esto es, iniciativa de la Comisión Europea y decisión mayoritaria del Consejo), sin que se prevea una obligación jurídica en este sentido: “*El Consejo se esforzará, además, en lograr que el procedimiento previsto en el artículo 251 sea aplicable, a partir del 1 de mayo de 2004 o tan pronto como sea posible después de esta fecha, a los demás ámbitos cubiertos por el título IV o a algunos de ellos*” (véase la Declaración adoptada por la Conferencia, relativa al artículo 67 del TCE).

Los sucesivos tratados de la UE han ido acumulando competencias comunitarias sobre control de fronteras, asilo e inmigración. El mandato que reciben los miembros de la Convención sobre el Futuro de Europa, encargados de preparar el proyecto discutido en la posterior Conferencia Intergubernamental, consiste en consolidar y respetar ese acervo, más que en innovar³². De este modo, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ratifica la idea de que la Unión constituye un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” que garantiza la ausencia de controles sobre las personas en las fronteras interiores y que comprende, además, el derecho de asilo, la inmigración y la cooperación policial y judicial en materias civil y penal³³.

De los tres pilares que sostienen el nuevo espacio europeo, la seguridad ha adquirido una importancia singular. El Tratado de la Constitución Europea mantiene sus dos vertientes diferenciadas, interior y exterior. La Política Exterior y de Seguridad Común se regula por separado en el Título V de la Tercera Parte. El Proyecto de Tratado no consiguió implantar la denominación de política de seguridad interior para referirse a las políticas comunes y la cooperación judicial y policial de los Estados miembros y reemplazar, de esta forma, a la denominación de “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. Esta especie de pudor semántico para utilizar el concepto de “seguridad interior” no altera la relevancia que tiene en el proceso de construcción europea³⁴.

³² Vid. ARTEAGA MARTÍN, F. “El espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de tratado de Constitución” ARI, 2003, no. 94, pág. 1.

³³ Véanse los artículos I-3, I-42, III-257 y siguientes. F. Arteaga Martín señala cómo la posición jerárquica del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en el Tratado Constitucional entre los objetivos, derechos fundamentales y políticas de la Unión “*confirma que la construcción europea se hace más con los ladrillos de las políticas menores que preocupan a los ciudadanos que con los adornos de las altas políticas que tanto entusiasman a sus gobiernos*”. Vid. ARTEAGA MARTÍN, F. “El espacio de libertad, seguridad y justicia ...” *op.cit.*, pág. 1.

³⁴ Su referencia se limita finalmente a los artículos III-261 y 262.

Para constituir este espacio común el artículo I-42 establece el recurso a tres mecanismos diferentes: el desarrollo de las materias por medio de leyes y leyes marco europeas (los actuales reglamentos y directivas, respectivamente); la cooperación operativa de los Estados miembros y el fomento de la confianza mutua entre las autoridades estatales, a través del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

La utilización de leyes y leyes marco para aproximar las disposiciones estatales es resultado de la positiva simplificación de los instrumentos jurídicos que introduce el Tratado. A pesar de que los Estados retienen el amplio margen de decisión que significa reservar los medios nacionales para conseguir fines comunes –caso de las directivas o de las futuras leyes marco-, la posibilidad de acudir a una ley europea y, por tanto, a la aplicación directa en todos los Estados miembros, podría permitir la aprobación de una normativa con mayores garantías para la protección de los derechos fundamentales.

El Tratado de la Constitución Europea atribuye a los Parlamentos nacionales un cierto papel en esta materia, inspirado aparentemente por el deseo de incentivar el control democrático. No obstante, se trata de una función limitada a participar en los mecanismos de evaluación generales y de Eurojust, así como a asociarse al control político de Europol. Al igual que en el caso del Parlamento Europeo, su tarea consiste en ser informados de los trabajos que se realicen³⁵.

Al margen de los controles democráticos directos, corresponde al Consejo Europeo la definición de las orientaciones estratégicas del programa del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. Los Estados muestran con el artículo III-258 sus reticencias a ceder a las instituciones comunitarias el diseño del futuro de su espacio

³⁵ Véanse los artículos III-260 y III-261.

común³⁶. En este sentido, el Consejo Europeo de Bruselas, reunido en noviembre de 2004 y conocido como “Tampere II”, ha establecido un nuevo calendario y plan de acción para los próximos cinco años. El plan, que recibe el nombre de Programa de La Haya, pretende desarrollar una política común de asilo, migración y fronteras en la que los ejes centrales sean la seguridad interna y la prevención del terrorismo³⁷.

V. Conclusiones

El concepto de mercado interior, presente en el inicio del proceso de integración europea, debía expresar la idea de Europa y contribuir a dinamizar la economía. Dentro del espacio que constituía el mercado único se garantizaba la libertad de circulación, limitada en un primer estadio a los bienes y capitales. La extensión a las personas puede considerarse parcialmente como un “añadido” que se introduce desde la perspectiva del trabajo como un tercer “factor” de producción. Los desplazamientos de personas adquieren un carácter simbólico como expresión de lo que el Tratado de Maastricht definió como ciudadanía europea.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la Unión Europea pasa a concebirse, además, como un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” y no sólo como un área sin fronteras interiores en la que se hubiera garantizado, entre otras, la libre circulación de las personas.

El Tratado de la Constitución Europea introduce distintas reformas significativas que permiten suprimir la estructura de pilares, simplificar los instrumentos jurídicos, implantar el principio de reconocimiento mutuo y ampliar la participación del

³⁶ El Tratado también respeta en principio el monopolio estatal en materia de orden público y seguridad interior, tal como establece el artículo III-262.

Parlamento Europeo, de los Parlamentos nacionales y del Tribunal de Justicia. Estos cambios se han recibido como una posible mejora de la eficacia del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. Las dudas actuales sobre el futuro del Tratado y, por tanto, de la dirección que seguirá el proceso de integración, no han paralizado la construcción de este particular espacio europeo.

A medida que las fronteras externas adquieren mayor porosidad, la “seguridad” puede convertirse en el actor fundamental e imponerse a los otros elementos del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” creado tras el TA. La libertad y la justicia corren el riesgo de convertirse en convidados de piedra en el ámbito de la Unión Europea. Los recientes atentados ocurridos en Londres el 7 de julio plantean de nuevo el dilema entre libertad y seguridad. Los terribles sucesos que traen a la memoria, entre otros, los del 11 de marzo de 2004 en Madrid, hacen temer un recorte drástico de la justicia y de la libertad frente a la seguridad interior, que parece convertirse en la base de la futura fortaleza europea.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTEAGA MARTÍN, F. “El espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de tratado de Constitución” ARI, 2003, no. 94, págs. 1-6.
- BOER, M. den “Justice and Home Affairs: Cooperation without integration” en *Policy-Making in the European Union*, H. Wallace y W. Wallace (eds.), Oxford University Press, 1996, págs. 389-409.
- CROWLEY, J. “Differential Free Movement and the Sociology of the ‘Internal Border’”, en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*, E. Guild y C. Harlow (eds.), Hart Publishing, 2001, págs. 13-33.
- ECRE “Analysis of the Treaty of Amsterdam in so far as it relates to asylum policy”, 16 de julio de 1997.
- GONZÁLEZ ALONSO, L.N. “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1998, vol. 2, no. 4, págs. 501-545.

³⁷ DOCE C 53/1, de 3 de marzo de 2005. El 10 de mayo de 2005 la Comisión Europea presenta un plan que plasma en acciones concretas los objetivos y prioridades del Programa de La Haya (MEMO/05/153).

- GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU External Borders” en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*, E. Guild y C. Harlow (eds.) Hart Publishing, 2001, págs. 121-140.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C. J. “La protección subsidiaria como concepto diferente a la protección temporal. Hacia un Derecho comunitario europeo en la materia” en *La revitalización de la protección de los refugiados*, P.A. Fernández Sánchez (ed.), Universidad de Huelva, 2002, págs. 231-248.
- HARLOW, C. “Endpiece” en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law* VV.AA., E. Guild y C. Harlow (eds.), Hart Publishing, 2001, págs. 309-318.
- LIROLA DELGADO, M.I. “Libre circulación de personas y Unión Europea” Civitas, Madrid, 1994.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Instituciones y Derecho de la Unión Europea” Tecnos, Madrid, 2003.
- NOLL, G. y VEDSTED-HANSEN, J. “Temporary Protection and Burden-Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?” en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*, VV.AA. E. Guild y C. Harlow (eds.) Hart Publishing, 2001, págs. 195-223.
- QUEL LÓPEZ, J. “Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2001, no. 9, págs. 117-144.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. “El derecho de asilo en la Constitución Española”. Lex Nova, 2001,
- TRUJILLO HERRERA, R. “La Unión Europea y el derecho de asilo” Dykinson, Madrid, 2003.
- VALLE GÁLVEZ, J.A. “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y *Schengen*: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1998, no. 3, págs. 41-78.