

La configuración de una política común de inmigración y asilo en la Unión Europea

Autoras: Irene Claro Quintáns*
Profesoras de Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

En este artículo se deja constancia del proceso de formación de una política europea común de inmigración y derecho de asilo, sin entrar en el examen concreto de las distintas normas que sobre estas cuestiones se han ido aprobando. Para ello se analizan, a grandes rasgos, tres épocas diferentes en el tratamiento de la inmigración y del derecho de asilo en el ámbito de la UE, etapas que también nos permiten comprobar su evolución paralela al proceso de integración europea: De 1986 a 1992, período de cooperación intergubernamental; de 1992 a 1997, fase de regulación “paracomunitaria”, y a partir de 1997, comienzo de “comunitarización” o política común. Nos encontramos ante una cuarta fase a partir de la última ampliación de la UE y el vencimiento del plazo inicial (1 de mayo de 2004) para la obtención de normas mínimas comunes en inmigración y asilo en el seno de la UE.

Palabras clave: Inmigración, asilo, Derecho comunitario, Tratado de Maastricht, Tratado de Ámsterdam, Tratado de Niza.

* Quiero agradecer a Cristina Gortázar Rotaeché las sugerencias enriquecedoras que me han servido de estímulo y ayuda en la presentación del presente artículo.

Summary

This article examines the evolution of immigration and asylum in the European Union. It analyses three stages on the construction of a common policy: from 1986 to 1992, with inter-governmental cooperation; from 1992 to 1997, with “para-Community” regulation, and from 1997, with “Community adaptation” or common policy.

Key words: Immigration, Asylum, European Community Law, Maastricht Treaty, Amsterdam Treaty, Nice Treaty.

Introducción

“None [asylum seekers/immigrants] are still too many”¹. Con esta expresión se quiere reflejar la tendencia restrictiva de las políticas de asilo e inmigración en los Estados miembros de la Unión Europea (UE). El derecho de asilo se ha desarrollado de forma paralela al fenómeno migratorio. En la UE este hecho se ha puesto en evidencia con el transcurso del tiempo y requiere, a partir de la última ampliación del 1 de mayo de 2004, un especial examen.

Europa hace frente a la inmigración considerándola un fenómeno unido casi indisolublemente a su bienestar y a sus intereses de seguridad. Frente a las iniciales actitudes receptivas, los países europeos perciben una posible amenaza en determinados movimientos migratorios. Ese sentimiento se traduce en la adopción de normativas que se convierten en una “carrera de obstáculos” no sólo para los inmigrantes, sino también para los solicitante de asilo.

Se pueden identificar, a grandes rasgos, tres épocas diferentes en el desarrollo de la inmigración y del derecho de asilo en el ámbito de la UE, etapas que también nos permiten comprobar su evolución paralela al proceso de integración europea: de 1986 a 1992, de cooperación intergubernamental; de 1992 a 1997, de regulación “paracomunitaria”, y a partir de 1997, de “comunitarización” o política común. Nos encontramos ante una cuarta fase a partir de la última ampliación de la UE y el vencimiento del plazo inicial de 1 de mayo de 2004, fecha fijada para la adopción de un significativo número de normas mínimas comunes en inmigración y asilo en el seno de la UE.

Todos los pasos que se van dando indican que estamos ante una política de construcción progresiva y a largo plazo.

¹ Parafraseamos *-mutatis mutandis-* la respuesta de un alto funcionario canadiense a la pregunta de un colega suyo, formulada durante la II Guerra Mundial, acerca de qué número de judíos europeos consideraba excesivo para la política migratoria canadiense. La pregunta y la respuesta están recogidas en Immigration Law Practitioners' Association (ILPA), septiembre de 2000.

I. Primera etapa: Las políticas de inmigración y asilo en la vía intergubernamental dentro del ámbito de la Unión Europea

La primera etapa abarca el periodo comprendido entre 1986, cuando se aprueba el Acta Única Europea (AUE), y 1992, fecha de la firma del Tratado de Maastricht. En 1986 empieza a bullir la idea del espacio común. Hasta entonces no se había realizado un tratamiento comunitario de estas materias, ni siquiera en el marco de la Cooperación Política anterior.

Este periodo se lleva a cabo dentro de la cooperación intergubernamental institucionalizada. Las decisiones no las adoptan las instituciones comunitarias, sino los Estados miembros, al amparo del sistema de Derecho internacional público. Para ello se recurre a dos modelos de cooperación intergubernamental: la cooperación “a Doce”, en el seno del Grupo *Ad Hoc* de Inmigración, y la cooperación Schengen².

Tanto la inmigración como el asilo se convierten en objetos de preocupación comunitaria y no sólo estatal. Las políticas aisladas de los Estados ya no son capaces de solucionar los problemas que se plantean y los gobiernos se ven forzados a coordinarse para lograr una mayor eficacia.

Hasta 1985 la aproximación se realiza sólo a través de pronunciamientos aislados. Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no incluyen ninguna disposición sobre la materia, debido quizás a su naturaleza eminentemente económica.

Sin embargo, la paulatina consecución de los objetivos económicos favorece el interés progresivo de las instituciones comunitarias por las cuestiones de orden político. Tras la aprobación del AUE en 1986, la preocupación por el tema se relaciona directamente con objetivos comunitarios a través de la libre circulación de personas³.

El buen entendimiento de los sucesos que tienen lugar en esta primera etapa obliga a remontarse al 29 de junio de 1976, fecha en la que se constituye en Luxemburgo el llamado Grupo de Trevi bajo el “paraguas” de la Cooperación Política Europea (CPE). La CPE, que surge como un intento de cooperar en cuestiones de política exterior, instituye procedimientos de información y consulta al margen del sistema comunitario. Desde mediados de los años setenta se tratan también temas de orden interno y de lucha contra el terrorismo o el crimen internacional. No deja de ser un

² El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 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. CLARO QUINTÁNS, Irene “La construcción europea de una fortaleza sin murallas” ICADE, (septiembre-diciembre 2005), 154-159.

³ El artículo 13 definía el futuro mercado interior como “un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

ámbito de discusión estatal paralelo al estrictamente comunitario. Paulatinamente se especializan las reuniones y se estudian todos los asuntos que carecen de una base jurídica expresa en los Tratados constitutivos⁴. Formado por los ministros comunitarios de Interior y Justicia con el fin principal de combatir el terrorismo y auspiciado por el Consejo Europeo de Roma, el Grupo de Trevi conserva su naturaleza intergubernamental y no se somete al control de las instituciones comunitarias. Se hace por tanto acreedor de las críticas habituales cuando la actuación de un grupo se caracteriza por la falta de transparencia y control democrático externo, críticas especialmente sensibles debido a la naturaleza de las materias afectadas.

En el Consejo Europeo de Roma celebrado en diciembre de 1975 los Ministros de Interior y Justicia deciden crear un foro contra el terrorismo internacional, dentro de la estructura de la CPE, en un momento en el que la INTERPOL todavía no ha incluido el terrorismo en su agenda. Progresivamente se va ampliando este objetivo inicial y empieza a abarcar diversas materias: Desde el tráfico de armas y drogas, hasta el control de las fronteras internas, el derecho de asilo y la inmigración. Los dos polos de atracción son la seguridad y la libertad. A pesar de algunos intentos de revestir el desarrollo de las políticas comunes de cierta continuidad y consistencia, el Grupo de Trevi no se transforma en una institución genuina ni se crea un secretariado permanente. Su organización, antes de integrarse en el Título VI del TUE, es tripartita y consiste en un primer nivel ministerial, un segundo nivel de altos funcionarios y un tercero compuesto por los diferentes grupos de trabajo⁵.

Más adelante, en octubre de 1986, se reúnen en Londres los Ministros responsables de la inmigración y de la lucha contra el terrorismo y la droga. Allí se define un primer objetivo para los trabajos relativos a la inmigración. El fin propuesto es alcanzar la libre circulación de personas sin generar ningún déficit de seguridad en los Estados miembros. Nace para ello, en el Consejo Europeo de Rodas de 1988, el Grupo *Ad Hoc* de Inmigración que, a pesar de tratarse de un órgano de carácter intergubernamental, cuenta desde el principio con el apoyo de dos instituciones comunitarias: la Comisión y la Secretaría General del Consejo.

Al mismo tiempo, se presenta el “Libro Blanco del Mercado Interior Único” de la Comisión Europea. Se trata de un documento de trabajo elaborado y aprobado en junio de 1985 en el Consejo Europeo de Milán en el que se señalan los sectores pendientes de desarrollo para lograr la puesta en marcha del mercado común. Su programa incluye la adopción de medidas compensatorias en las políticas de asilo e inmigración y la intención de presentar en el plazo de tres años una propuesta de Directiva sobre armonización del derecho de asilo y sobre la situación de los refugiados⁶.

⁴ TRUJILLO HERRERA, R. “La Unión Europea y el derecho de asilo” Dykinson, 2003, 169-170.

⁵ 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, 395.

⁶ COM (1985) 310 final, de 14 de junio de 1985. GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “Normativa aplicable a los nacionales de terceros estados en la Unión Europea” en *La inmigración. Derecho español e internacional*, VV.AA., Bosch, Barcelona 1995, 64.

Mientras tanto, tiene lugar un acontecimiento decisivo. El Consejo Europeo de Milán, celebrado en junio de 1985, acuerda la reforma de los tratados originarios y el nuevo impulso del proceso de integración. A este fin se convoca una Conferencia Intergubernamental que concluye con la firma del AUE el 7 y el 28 de febrero de 1986⁷.

El AUE invita a la Comunidad a adoptar las medidas destinadas a establecer progresivamente, en el transcurso de un periodo que debe terminar el 31 de diciembre de 1992, un mercado interior convertido en un objetivo fundamental del proceso integrador. Para ello refuerza algunas políticas comunitarias y atribuye nuevas competencias a las Comunidades.

La desaparición de las fronteras internas implícita en la creación de este mercado interior debía ir acompañada del control conjunto de las que pasaban a ser fronteras externas de las Comunidades Europeas. Esta situación obligaría a armonizar, por lo que aquí nos interesa, las políticas de visados, el derecho de asilo y las condiciones de entrada de los nacionales de terceros países. El principal problema para llevar a cabo esta tarea residía en la falta de competencias en estas materias por parte de la Comunidad Europea. Por eso se optó por la adopción de políticas por parte de los Estados miembros en la vía meramente intergubernamental. La negociación de acuerdos se produjo en distintos ámbitos: entre todos los Estados miembros, dentro del Grupo *Ad Hoc* de Inmigración, y, en el seno del “Grupo Schengen”, más reducido⁸.

Las declaraciones de intenciones de los Estados en el momento de la firma de esta reforma oscilan entre dos extremos para alcanzar el objetivo del mercado interior, ya sea a través de su regulación comunitaria o bien intergubernamental. La reciente formación del Grupo *Ad Hoc* de Inmigración en octubre 1986 inclina definitivamente la balanza de los Estados miembros hacia el ámbito intergubernamental.

Sin embargo, la Comisión Europea lejos de desanimarse mantiene sus esfuerzos para implantar el Libro Blanco, a pesar de que la actitud de los Estados paraliza continuamente la aprobación de las directivas. No obstante, en enero de 1989 acaba por imponerse el pragmatismo y se decide modificar su orientación comunitaria para dejar en poder de los Estados la regulación de la materia⁹.

En 1985, poco antes de la firma del Acta Única, la Comisión Europea anuncia en su Libro Blanco que en 1987 o, a más tardar en 1988, presentará una propuesta de

⁷ La adopción del texto en dos fechas se debe a las dificultades presentadas en Dinamarca, que necesitó un referéndum al igual que Irlanda. El Acta entra en vigor el 1 de julio de 1987.

⁸ Entre las declaraciones añadidas al Acta final, la número 2 sobre “libre circulación de personas” preveía la cooperación entre los Estados para alcanzar los objetivos propuestos:

“Con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países”.

⁹ FERNHOUT, R. “Justice and home affairs: immigration and asylum policy. From JHA co-operation to communitarisation”, Symposium of Jean Monnet Chairholders on the IGC, 6-7 mayo 1996, 21.

Directiva sobre armonización del derecho de asilo y sobre la situación de los refugiados en la Comunidad Europea¹⁰.

La Comisión de las Comunidades Europeas, que había participado como observadora en las negociaciones de Schengen, elabora y somete a un grupo de expertos de cada Estado miembro, en abril de 1988, un Anteproyecto de propuesta de directiva del Consejo relativa a la aproximación de las reglas del derecho de asilo y el estatuto de refugiado. En él propone la adopción de criterios comunes para determinar el Estado responsable del examen de una demanda de asilo. Este documento no llega al Consejo y ni siquiera es publicado¹¹.

Con anterioridad se había planteado un conflicto relativo a la competencia para legislar sobre las políticas de inmigración y asilo entre la Comisión y los Estados miembros. Apparentemente, la Comisión perdió en un primer momento esta batalla: Cinco Estados miembros recurrieron ante el TJCE una Decisión de la Comisión de 8 de julio de 1985, sobre la necesidad de iniciar consultas e intercambiar información entre la Comisión y los Estados miembros para la consecución de la política de inmigración de la CE¹².

El Tribunal resolvió en buena parte a favor de los Estados, mas también a favor de la Comisión. En la sentencia de 9 de junio de 1987 aceptó que la Comisión pudiera establecer un procedimiento de consulta, aunque sin capacidad para imponer su resultado ni prohibir a los Estados aplicar medidas o acuerdos que hallara contrarios a la política comunitaria. El Tribunal rechazó, no obstante, la postura de los Estados demandantes según la cual la política migratoria quedaba fuera de la política social. La decisión judicial no supuso en la práctica ningún cambio ni mejora de los derechos de los nacionales de terceros países¹³.

¹⁰ El inicio de la discusión sobre a quién corresponde la competencia en las materias relacionadas con el derecho de asilo, se remonta a 1978, año en el que la Comisión Europea presenta un proyecto de directiva que intenta adaptar la legislación de los Estados miembros sobre lucha contra inmigración ilegal y contra el empleo ilegal. En aquel momento la Comisión basaba sus poderes en la materia en el artículo 100 del TCEE.

¹¹ Para un examen de la propuesta de directiva de la Comisión, vid. TRUJILLO HERRERA, R. "La Unión Europea ..." *op.cit.* 188-192. El principal escollo para su aprobación fue la reticencia de los Estados miembros, sin olvidar la discusión en el momento acerca del competencia comunitaria sobre el derecho de asilo.

¹² Casos conjuntos 281, 283-285, 287/85 Alemania y otros v. Comisión Europea [1987] ECR 3202. GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. "Normativa aplicable a los nacionales de terceros estados en la Unión Europea" en *La inmigración. ... op.cit.* 64-65. En 1985 la Comisión había intentado una aproximación diferente. Basándose en el artículo 118 del TCE aprobó una Decisión para introducir un procedimiento de consultas sobre política de inmigración respecto a Estados no miembros (Decisión 85/381 de 8 de julio 1985, DOCE L 217/25). Sin embargo, cinco Estados miembros recurrieron con éxito ante el TJCE para que se anulara esa Decisión. En 1988 la Comisión presenta una nueva Decisión (DOCE L 183/35, de 8 de junio de 1988) basada también en el artículo 118 del TCE y en la que tiene en cuenta las críticas del TJCE, aunque había tomado la decisión de optar por una aproximación más pragmática al tema que no obstaculizase la asunción de competencias por parte de los Estados miembros.

¹³ GUILD, E. y PEERS, S. "Deference or Defiance? The Court of Justice's Jurisdiction over Immigration and Asylum" en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*. E. Guild y C. Harlow (eds.) 2001, 269-271.

Las dos Declaraciones anexas al AUE forman parte de ese debate inconcluso sobre el reparto de las competencias para legislar en estas materias entre los Estados miembros y la Comunidad. Ambas ponen de manifiesto cómo, a pesar de que la competencia pertenece todavía a los Estados miembros, es imprescindible establecer mecanismos de cooperación efectiva. La primera, una Declaración política de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas, contiene ciertos elementos como la necesidad de que los Estados, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, cooperen en materias como la entrada, circulación y residencia de nacionales de terceros países, que reaparecerán en el Título VI del Tratado de Maastricht de 1992. Esta Declaración se completa con otra Declaración general relativa a los artículos 13 a 19 del Acta, que reserva el derecho de los Estados a adoptar las medidas de control de la inmigración que estimen oportunas.

Pese a que la Comisión Europea había participado en algunas reuniones, no se crea finalmente ningún mecanismo formal para la coordinación de los trabajos del Grupo *Ad Hoc* de Inmigración con las instituciones comunitarias. El Grupo *Ad Hoc* tenía la tarea de lograr un control homogéneo en las fronteras exteriores, coordinar la política de visados, mejorar los intercambios de información entre los servicios de inmigración, cooperar en la lucha contra el fraude en la documentación de viaje, y atribuir a uno solo de los Estados miembros el examen de las demandas de asilo formuladas en cualquiera de ellos. La metodología de trabajo consistía en reuniones de pleno y de Subgrupos previos de expertos por materias, como los Subgrupos de Asilo, Fronteras Exteriores, Visados, Informática; el Subgrupo de Documentación Falsa de viaje o el de Admisión y Expulsiones. El Grupo *Ad Hoc* de Inmigración daba cuenta con periodicidad al menos semestral a los Ministros responsables de inmigración, que eran los encargados de fijar programas y prioridades.

El Consejo Europeo de Rodas, celebrado los días 2 y 3 de diciembre de 1988, aporta un elemento relativamente novedoso al proceso de creación del mercado interior y a la relación del binomio libertad-seguridad que preside las relaciones de los Estados miembros hasta el momento. Se hace constar la voluntad política de coordinar las distintas actividades y los diferentes esfuerzos realizados para lograr ese objetivo y se insta a los Estados a que nombren a un responsable de esa coordinación. En este mandato se encuentra el origen del conocido como “Grupo de Rodas” o “Grupo de Coordinadores para la libre circulación de personas”. El Grupo, institucionalizado en el primer semestre de 1989, a pesar de tener carácter intergubernamental posee una indudable conexión comunitaria gracias a la presencia de la Comisión, al ejercicio de la presidencia por quien la asume en la Comunidad y a que la secretaría corresponde a la Secretaría General del Consejo.

Uno de los resultados de su trabajo es el llamado “Documento de Palma”, que se presenta ante el Consejo Europeo de Madrid en junio de 1989. Este informe contempla un conjunto de medidas necesarias para la libre circulación, entre ellas, la elaboración de un convenio que determine el Estado responsable del examen de una

solicitud y la aproximación de los criterios de concesión del estatuto de refugiado. Otras medidas son la suscripción de compromisos internacionales idénticos en materia de asilo, el establecimiento de un procedimiento simplificado o prioritario para examinar las solicitudes manifiestamente infundadas, la cooperación diplomática y consular en la elaboración de informes comunes y el intercambio informatizado con necesario respeto a la protección de datos personales. La principal característica de este informe es su dinamismo y carácter pragmático. La idea que subyace es que resulta posible alcanzar un objetivo comunitario como es la libre circulación de personas a través de un medio de naturaleza mixta (internacional, intergubernamental y también comunitaria).

El primer intento de aproximación a la problemática planteada por la libre circulación de personas desde una perspectiva comunitaria fracasa debido, sobre todo, a problemas de soberanía nacional y seguridad interior.

En el Consejo Europeo de Edimburgo, en diciembre de 1992, se aprueba una declaración de principios sobre aspectos externos de la política migratoria. Ese mismo año se firma el Tratado de Maastricht por el que se crea la Unión Europea y se reforman los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, cuya entrada en vigor se aplaza hasta noviembre de 1993.

II. Segunda etapa: El Tratado de Maastricht (Tratado de la Unión Europea) y la gestación de los trabajos del Tercer Pilar

La segunda fase se inicia en 1992 con la aprobación del Tratado de Maastricht. Hasta entonces nos encontramos en un marco “paracomunitario”, al margen de las instituciones y procedimientos característicos del Derecho comunitario y entregados por completo al poder de decisión de los Estados. La reforma de 1992 significa un momento de inflexión al integrarse la cooperación en la UE y pasar a formar parte de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, conocida por las siglas de CAJI. Entre las principales diferencias que separan la cooperación “a Doce” y la CAJI hay que destacar que en la primera se trata de una cooperación voluntaria en la que no participan instituciones comunitarias, mientras que en la segunda la cooperación es obligatoria y participan las instituciones comunitarias aunque sea en diferente medida. Al mismo tiempo subsiste la cooperación en el marco de Schengen.

Durante el periodo transcurrido entre la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y Ámsterdam no se producen avances relevantes en las políticas de inmigración y asilo de la Unión Europea.

El Tratado de Maastricht, que se firma el 7 de febrero de 1992 y entra en vigor el 1 de noviembre de 1993, significa un cambio fundamental en el esquema de las Comunidades Europeas. Aparece un nuevo tratado por el que se crea la Unión Europea. Los tratados constitutivos se integran en una estructura que, para facilitar su comprensión, se ha comparado con un templo griego compuesto por un basamen-

to, tres pilares y un techo común¹⁴. El proceso de integración europea recibe un impulso político relevante después de la caída del muro de Berlín y el final de la guerra fría. Durante el periodo que se inicia en Maastricht la regulación del derecho de asilo continúa íntimamente ligada a los asuntos de inmigración y sin recibir todavía un tratamiento autónomo.

En todo lo relativo al derecho de asilo, cruce de fronteras externas e inmigración, el nuevo Título VI del Tratado de la Unión Europea (TUE) es el resultado de una prolongada disputa sobre competencias entre la Comisión Europea y los Estados miembros¹⁵.

Desde 1975 los Estados miembros cooperan en distintas materias que se recogen también en el Título VI del TUE. La CPE, que colabora en la creación de un espacio judicial europeo nuevo y compensa la falta de competencia jurídica de las Comunidades, es un ejemplo de esa cooperación intergubernamental con base en el Título VI del TUE, tras recorrer diversas opiniones. La presidencia ejercida por Luxemburgo presenta en enero de 1991 un Documento de trabajo con varias opciones sobre el futuro del derecho de asilo y de las políticas de inmigración. Su propuesta de incorporar el acuerdo intergubernamental a la estructura de la UE, pero manteniéndolo completamente separado de las instituciones de la CE y de su sistema legal, es abandonada por la presidencia holandesa a favor de una estructura más integrada que admitía las iniciativas políticas de la Comisión Europea. El 30 septiembre 1991 los Estados miembros rechazan el proyecto holandés y recuperan la propuesta de cooperación intergubernamental, aunque confirman la estructura institucional única.

El modelo histórico es el Acuerdo de Dublín de 1979 sobre represión del terrorismo, con valor puramente conceptual pues nunca entró en vigor. Se inaugura, de este modo, una técnica que se ha seguido después en numerosos convenios jurídicos de la CPE y que consiste en trasladar al área comunitaria, adaptándolos, ciertos convenios del Consejo de Europa. El resultado es la creación de un núcleo privilegiado de cooperación entre los Estados comunitarios¹⁶.

La instauración del Título VI del TUE en la reforma de Maastricht estaba lejos de ser completamente original y novedosa ya que no carecía de antecedentes. En el camino seguido para alcanzar el grado necesario de consenso en la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior hay que destacar dos acontecimientos que revisten singular importancia: el Grupo de Trevi y los Acuerdos de Schengen. Como ya hemos indicado, Trevi nace como un foro para el intercambio de información estratégica

¹⁴ MORATA, F. "La Unión Europea. Procesos, actores y políticas" Ariel, Barcelona, 1998, págs. 62-64.

¹⁵ Como recordábamos *supra*, la polémica se remonta a 1978, cuando la Comisión, basando su competencia en el artículo 100 del TCE, presenta un proyecto de directiva para intentar adaptar la legislación de los Estados miembros en materia de inmigración ilegal y de empleo ilegal y el Consejo, representante de los intereses de los Estados miembros, se niega a aprobarla.

¹⁶ Esa técnica se traslada también al sistema Schengen, en donde los mecanismos de cooperación judicial penal como la extradición o el traslado de condenados, eran una aplicación selectiva de los respectivos convenios del Consejo de Europa.

con fines de lucha antiterrorista, mientras que Schengen supone un intento avanzado por un reducido grupo de Estados miembros de las Comunidades Europeas de introducir medidas comunes que compensaran la pretendida abolición o supresión de los controles en las fronteras internas comunes. Las negociaciones realizadas en el seno del Grupo de Schengen se han visto tradicionalmente como un “laboratorio” en el que se experimenta una cooperación judicial más amplia que la estrictamente comunitaria. En nuestra opinión, los debates iniciales de las diferentes delegaciones y la discusión, con carácter previo, de cuestiones similares en distintos ámbitos que generalmente abarcan a los mismos interlocutores, ha favorecido el logro de soluciones políticas¹⁷.

Por otro lado, la necesidad de relacionar la cooperación en los asuntos de justicia e interior con las estructuras y procesos de la integración europea está presente a lo largo de los trabajos preparatorios del TUE, a pesar de que el AUE excluía completamente ciertas cuestiones del ámbito comunitario. La razón procede del objetivo de crear un mercado interior concebido como un espacio en el que se debe garantizar la libre circulación de las personas¹⁸.

En el Consejo Europeo de Dublín, en junio de 1990, se decide convocar una Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política, a la que aparecía unida la suerte del derecho de asilo y de la normativa sobre inmigración. Será el Consejo Europeo de Roma, de 14 y 15 de diciembre de ese año, el que dé comienzo a la Conferencia. Sus trabajos reciben un impulso notable bajo la presidencia luxemburguesa. El Consejo Europeo de junio de 1991 invita a la Comisión Europea a participar en la preparación de un informe para los ministros de los Estados miembros responsables de inmigración, que se van a reunir en Maastricht en diciembre de ese mismo año. La Comisión redacta dos Comunicaciones, una relativa al derecho de asilo y otra sobre cuestiones de inmigración, ya que a pesar de la evidente vinculación que existe entre ambas materias cada una está gobernada por políticas diferentes y específicas¹⁹.

El informe final, con fecha de 3 de diciembre de 1991, y las Comunicaciones citadas sirven en el Consejo Europeo de Maastricht, reunido en diciembre de 1991, de base para aprobar un programa de trabajo y un calendario de la cooperación intergubernamental en los años posteriores.

En este Consejo de Maastricht se alcanza el compromiso político que pone fin a la Conferencia Intergubernamental y que se plasma en el TUE.

Al mismo tiempo, la necesidad de aproximar el significado dado a conceptos como país de origen seguro, primer país de asilo o país de acogida (fuera del área

¹⁷ Éste es el papel reservado al grupo de Schengen en relación con el Título VI del TUE, papel que probablemente no fuera decisivo pero que tampoco cabe desdeñar como superfluo.

¹⁸ MARINO MENÉNDEZ, F. “Una Unión al servicio del ciudadano: (II) un espacio de libertad, de seguridad y de justicia” en *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, M. Oreja Aguirre (dir.), McGraw-Hill/Interamericana, Madrid, 1998, vol. 1, 256.

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la inmigración, SEC (1991) 1855/3, de 7 de octubre de 1991, y sobre el derecho de asilo, SEC (1991) 1857 final, de 18 de octubre de 1991.

comunitaria), o incluso el propio concepto de refugiado, puso en marcha diferentes mecanismos de cooperación “a doce”. En la reunión de Ministros de inmigración de Lisboa en 1992 se crea el Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de Asilo (CIRIA), que desarrolla su actividad en el seno de la cooperación intergubernamental institucionalizada representada por el Tercer Pilar²⁰.

Siguiendo con el símil, ya citado, entre el Tratado de Maastricht y la figura del templo griego, el TUE consta de tres pilares: el comunitario, en el que se integran los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas modificadas, y dos pilares de cooperación intergubernamental. Estos dos pilares son el relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), del Título V del TUE, y el que recoge la Cooperación en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior (CAJI), del Título VI. En estos dos pilares, aunque el protagonismo de las instituciones es distinto, se comparte un marco institucional único. Son comunes también las disposiciones que definen la Unión, sus objetivos, la revisión de los Tratados o el procedimiento único de adhesión. Estas normas se recogían en los artículos A a F (“Disposiciones comunes”) y L a S (“Disposiciones finales”). Tras el cambio de numeración exigido por el TA, corresponden a los artículos 1 a 7 y 46 a 53, respectivamente. El Tercer Pilar creado por el TUE debía compartir el esquema institucional comunitario con los restantes pilares para garantizar la continuidad de las actividades necesarias a propósito de los objetivos de la Unión.

Los “Asuntos de Justicia e Interior” se han vinculado formalmente al proceso de integración europea más tarde y con menor intensidad que otras materias²¹. Estos “asuntos” no suponen una regulación *ex novo*, sino que proceden de acciones sugeridas o adoptadas antes de la institucionalización de la Cooperación Política por el Acta Única, sin una base habilitante jurídica precisa, sino política: Los Informes de Luxemburgo (1970), Copenhague (1973) y Londres (1981), así como la Declaración Solemne sobre la Unión Europea (1983), y, sobre todo, las “*prácticas progresivamente establecidas entre los Estados miembros*” (artículo 1 del Acta Única). Esas acciones concretas no respondían a un diseño sistemático colectivo, sino más bien a iniciativas de las altas burocracias durante cada Presidencia.

La redacción del Tratado no recoge una aclaración precisa de los objetivos del Tercer Pilar y se limita a enumerar las áreas consideradas de “interés común” por los

²⁰ La importancia del CIRIA no debe subestimarse. Pese a no tener competencia para la toma de decisiones, garantiza el intercambio de información sobre terceros países y sobre medidas y prácticas nacionales, de modo que las administraciones pueden adoptar puntos de vista, normas o prácticas que ya se desarrollan en otros Estados miembros, contribuyendo a la armonización por una vía informal. Una de las labores encargadas a este Centro es el examen de informes preparados en el seno de la PESC, al amparo del Título V del TUE, cuyos juicios deberían fundamentar las decisiones de los Estados miembros en los casos individuales de asilo. La elaboración de estos informes representa un grave riesgo de hacer depender la resolución de una demanda de asilo de la política exterior de la CE.

²¹ En la versión original del TCEE esa vinculación tenía lugar en cuanto integración económica, al margen de cualquier forma de unión política.

Estados miembros. La enumeración es, hasta cierto, punto caótica, ya que junto a la cooperación judicial civil y penal, la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo o la cooperación aduanera se introducen en la regulación el derecho de asilo y la inmigración²².

Con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht se crea, en virtud del artículo K.4 del TUE, un Comité de Coordinación con unas competencias de iniciativa, consulta y coordinación de distintos grupos como el Grupo de Cooperación Judicial, el Grupo de Trevi o el Comité Europeo de Lucha anti-droga (CELAD)²³.

El punto de partida de una única estructura institucional -artículo C del TUE- se encuentra mermado porque la Comisión Europea carece del derecho de iniciativa en exclusiva y por la existencia del Comité de Coordinación K.4 con su estructura asociada de grupos de trabajo. Lo que se ha hecho es añadir la estructura intergubernamental de toma de decisiones a la estructura institucional comunitaria.

La Comisión Europea, en principio “plenamente asociada” a los trabajos que se realizan al amparo del Título VI del TUE²⁴, no tiene el derecho de iniciativa en exclusiva. En cuanto a inmigración y asilo se refiere, debe compartirlo con los Estados miembros²⁵. Por otro lado, el papel desempeñado por el Parlamento Europeo encuentra más limitaciones que en relación con el TCE²⁶.

El aspecto más llamativo de la prevista participación especial en las instituciones comunitarias del Tercer Pilar es, sin lugar a dudas, la exclusión de la jurisdicción del Tribunal de Justicia. De este desconocimiento se exceptúan los convenios que celebre el Consejo, siempre que así se especifique en ellos, dejándose a la discreción de los Estados miembros²⁷.

²² El Título VI del TUE consolida el tratamiento de la inmigración y el derecho de asilo junto a materias relativas a la seguridad e interior, alejando su consideración del ámbito de la política social comunitaria.

²³ Al igual que el COREPER, entre sus funciones se encuentra preparar los trabajos del Consejo. La ausencia de claridad sobre su relación orgánica, de subordinación del Comité K.4 al COREPER o de desarrollo paralelo de sus competencias se soluciona con la asunción, por el primero, de funciones técnicas -tal como correspondía a su composición orgánica-, dejando al COREPER las políticas.

²⁴ Véase el artículo K.4.2 del TUE.

²⁵ Véase el artículo K.2.2 del TUE.

²⁶ Véase el artículo K.6 del TUE. Aunque tenía derecho a ser informado, se excluía su participación en el proceso legislativo.

²⁷ En cuanto a las otras medidas distintas a los convenios (posiciones y acciones comunes), el Tribunal no tenía jurisdicción. El artículo K.3.2 (c) párrafo final del TUE prevé la posibilidad de que el TJCE, respecto a los convenios celebrados sobre estas materias, sea competente “para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido”. Véase el artículo L del TUE. Durante el periodo de vigencia del Tratado de Maastricht la Comisión preparó dos propuestas de un convenio en el campo de la inmigración y del derecho de asilo. En ambas se incluía la jurisdicción del TJCE. Por su parte, los Estados miembros presentaron una propuesta de convenio en relación con el derecho de asilo en la que se discutió acerca de la competencia del TJCE sin llegar a ninguna decisión final. GUILD, E. y PEERS, S. “Deference or Defiance? The Court of Justice’s Jurisdiction over Immigration and Asylum” en *Implementing Amsterdam ... op. cit.* 272-273.

Todo lo referido al Título VI del TUE se entiende sin perjuicio de las responsabilidades que incumben a los Estados en relación con el orden público y la salvaguardia de la seguridad interior²⁸.

A través de la conocida como disposición “pasarela” del artículo K.9 del TUE, se deja abierta la vía para el establecimiento de una política comunitaria común, con afán de resolver de este modo los problemas que plantea la mera cooperación intergubernamental realizada al margen de las técnicas comunitarias²⁹.

La verdadera singularidad del Tercer Pilar la encontramos en la posibilidad jurídica de “comunitarizar” algunas materias recogidas en este Título VI, esto es, de trasladarlas al ámbito comunitario con todas sus consecuencias (iniciativa legislativa exclusiva de la Comisión, competencia del TJCE, control político y presupuestario del PE) y sin necesidad de reformar los Tratados. En comparación con la PESC, con la que compartía el esquema decisorio, la CAJI está más próxima a la acción propiamente comunitaria. Además del carácter instrumental de sus elementos, inspirados por un objetivo puramente comunitario como es la libre circulación de personas, no todas sus materias se someten a la cooperación intergubernamental del TUE. La reforma del Tratado de Maastricht ordena la asunción de competencias por la CE sobre algunos aspectos de la política de visados que difícilmente podrían desvincularse del objetivo comunitario de la libre circulación de personas³⁰.

Los beneficios que reportaría el traslado de la política de asilo a la estructura del Derecho comunitario a través del artículo 100C del TCE son la mayor transparencia en la adopción de normas, la participación del Parlamento Europeo en el proceso, la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo y la implantación con mayor rapidez de las medidas legislativas.

Frente a la escasa producción normativa comunitaria desarrollada hasta entonces sobre la base del artículo 100C del TCE, los Estados miembros prefieren seguir cooperando en las materias de justicia e interior. Cooperación que se manifiesta por dos vías de carácter intergubernamental: El conjunto de acuerdos de Schengen, modalidad nacida en la etapa anterior, y una vía abierta por el propio sistema de cooperación del Título VI del TUE.

²⁸ Véanse los artículos K.2.1 del TUE y 100C(5) del TCE.

²⁹ El artículo K.9 del TUE dispone:

“El Consejo podrá decidir por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, la aplicación del artículo 100 C constitutivo de la Comunidad Europea a acciones en los ámbitos contemplados en los apartados 1 a 6 del artículo K.1, determinando las condiciones de votación que correspondan. El Consejo recomendará la adopción de esa decisión por parte de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

³⁰ Véase el artículo 100 C del TCE. En todo caso, esta circunstancia debe contemplarse como una excepción a la normativa general que supone el nuevo pilar de cooperación en asuntos de justicia e interior: MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Instituciones Y Derecho de la Unión Europea” Tecnos, Madrid, 2003, 377. Se propicia, de este modo, un sistema que asume algunas de las prácticas desarrolladas hasta entonces en el seno de la CPE, sometiéndolas a cierta disciplina institucional y procedimental propia de la UE, con una notable y, en opinión de los autores, injustificable, influencia del sistema de política exterior o Segundo Pilar.

El Tratado de Maastricht no pretende ofrecer una respuesta definitiva a los problemas que surgen a la hora de llevar a cabo los objetivos ligados a la creación de un mercado único en el que se garantice, entre otras, la libre circulación de personas. El carácter provisional del sistema se refleja en la cláusula del artículo K.9 del TUE y en la alusión del artículo B del TUE para que la Conferencia Intergubernamental de 1996 valorara la posibilidad de que el TCE albergara estas materias.

A partir de 1994 la Comisión Europea parece mostrar un nuevo enfoque de las cuestiones relativas a la inmigración y el asilo. En febrero de ese año aprueba la *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las políticas de inmigración y asilo*. Con este documento de trabajo pretende desarrollar ciertos elementos de las anteriores Comunicaciones sobre inmigración y asilo de 1991, además de hacer un inventario de lo logrado hasta entonces. Aboga por un enfoque conjunto, global y multidisciplinar de estas materias, inmigración y asilo, y promueve un programa europeo uniforme de protección temporal que, a partir de la experiencia de los Estados miembros, pueda hacer frente a la situación de las personas que no entran en el concepto de refugiado de la Convención de Ginebra. El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, de 20 de junio de 1994, se muestra conforme con el contenido de esta Comunicación, que proclama la necesidad de trabajar simultáneamente en tres campos diferentes: las políticas de prevención de flujos migratorios, las de control de los mismos y las medidas de integración³¹.

Desde la aprobación y entrada en vigor del TUE el periodo que se inicia se caracteriza por la prevalencia de la cooperación intergubernamental y la falta de un auténtico proceso de “comunitarización” de los asuntos de justicia e interior. En la línea de la cooperación intergubernamental, el TUE incorpora la política de asilo como ámbito de “interés común” en el Título VI, relativo a la Cooperación en los ámbitos de Justicia y de los Asuntos de Interior, sin perjuicio de las competencias comunitarias³².

Ante la reunión del Consejo en Maastricht se esperaba que el Consejo Europeo se comprometiera en el Tratado a “una armonización formal y real” de las políticas de asilo, inmigración y extranjería, trasladando las actividades desarrolladas hasta entonces en el ámbito intergubernamental al de la Unión. Todos los esfuerzos en este sentido durante el proceso de Maastricht resultaron de algún modo vanos. El Tercer Pilar sólo consiguió institucionalizar la cooperación *sui generis*. La mayoría de las normas que se adoptaron en el seno del Tercer Pilar en su versión de Maastricht son actos de *soft Law* cuya interpretación no estaba suficientemente clara³³.

³¹ COM (1994) 23 final, de 23 de febrero de 1994.

³² Vid. el artículo K.1 del TUE.

³³ El método que caracteriza el periodo iniciado con el Tratado de Maastricht no es ni puramente intergubernamental ni tampoco comunitario. Tal como recoge C. De Jong en una imagen muy acertada, podría describirse como una forma de cooperación que contiene elementos intergubernamentales atenuados dentro de una salsa comunitaria. DE JONG, C. “Towards a European Immigration Policy under the Treaty of European Union” en *Towards a European Immigration Policy*, G.D. Korella y P.M. Twomey (eds.), European University Press, Bruselas, 1993, 53.

Ésa será la característica común a los instrumentos normativos propios del Tercer Pilar de la UE después del Tratado de Maastricht. Se utilizan los mecanismos habituales en el Derecho internacional: la información y consulta mutua, las posiciones y acciones comunes, y los convenios que recomiendan su adopción a los Estados miembros, a los que se añaden las resoluciones y recomendaciones, tradicionales instrumentos de *soft Law*. La discusión en torno a la posición y la acción comunes gira sobre su carácter obligatorio o vinculante, sin que exista un criterio compartido por los Estados miembros al respecto³⁴.

La posición común es una decisión del Consejo que recoge una interpretación compartida por los Estados sobre algún aspecto de los materias de “interés común”. Pese a no tener efecto jurídico vinculante, debería convertirse en el modelo a seguir por los Estados en su actuación en su ámbito interno, aunque el TUE defienda únicamente su eficacia frente a terceros en las organizaciones y conferencias internacionales en las que participen los Estados³⁵.

Por su parte, la acción común contiene un programa de actuación y responde al principio de subsidiaridad, aunque, a diferencia de su aplicación para el resto del pilar comunitario (en virtud del artículo 3 B del TCE), escapa al control del TJCE³⁶.

En un primer momento, las acciones comunes se perfilan como un medio más conveniente que las posiciones comunes de cooperación interna dentro del Tercer Pilar, las únicas que menciona expresamente el K.5 del TUE. Ahora bien, en toda esta materia la cuestión principal es la armonización de las legislaciones nacionales³⁷.

En el TUE, el ámbito de la cooperación y de las competencias de las instituciones se delimita negativamente, tanto porque se salvaguardan las competencias de la Comunidad Europea, como porque se establece un principio de subsidiaridad en relación a las acciones comunes³⁸.

³⁴ En contraste con el Segundo Pilar (artículos J.2.2 y J.3.4 del TUE), de donde se han tomado estos mecanismos normativos, en el Tercer Pilar se guarda silencio sobre su contenido o alcance jurídico. En cualquier caso, su publicación en la serie L sugiere que se trate de instrumentos más obligatorios que las resoluciones del Consejo publicadas en la serie C. La incertidumbre sobre el estatuto legal de las acciones comunes provoca el retraso en la toma de decisiones y el recurso a instrumentos de cooperación de carácter intergubernamental, como las resoluciones y las recomendaciones no obligatorias. La exigencia de unanimidad del artículo K.4.3 del TUE y el papel limitado de la Comisión Europea repercuten también negativamente en la eficacia del Tercer Pilar. FERNHOUT, R. “Justice and Home Affairs: Immigration and Asylum Policy. From JHA co-operation to communitarisation” en *Symposium of Jean Monnet ... op.cit.* 9 y siguientes.

³⁵ Véase el artículo K.5 del TUE.

³⁶ Según el artículo K.3.2 (b) del TUE, la acción común será posible sólo “en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate”. Otra nota especial la añade la posibilidad de que el Consejo pudiera decidir que sus medidas de aplicación se aprobaran por mayoría cualificada.

³⁷ Una acción común parece más apropiada que un convenio, más adecuado en materias de asilo e inmigración para introducir modificaciones en las legislaciones nacionales. El problema es que no se acuda a las acciones comunes debido a su incierto estatuto legal. En cuanto a la posibilidad de celebrar convenios, prevista en el artículo K.3.3 (c) del TUE, hubiera sido un instrumento idóneo para regular las materias del Título VI, mas el avance que suponía la alternativa de otorgar competencias interpretativas al TJCE se convirtió también en un obstáculo casi insalvable para la adopción de este tipo de convenios.

La comunitarización de las materias del Título VI no excluye la cooperación bilateral o más amplia de los Estados, siempre que no obstaculice la acción común. El Tratado de Maastricht deja a salvo la compatibilidad de esa futura política común de asilo con otros esfuerzos de cooperación entre grupos de Estados miembros, posibilidad que debe verse como una referencia implícita al sistema del grupo Schengen³⁹.

El Tercer Pilar ocupa en el seno de la UE una posición singular. Las normas del Título VI del TUE no son normas de Derecho comunitario sino de “Derecho de la Unión Europea”. Cualquier norma que adopte el Consejo con arreglo a los procedimientos establecidos por ese Título no posee la naturaleza de Derecho comunitario y carece, por ello, de efecto directo y de primacía en los ordenamientos estatales, además de mantenerse al margen del control del TJCE. Los estrechos vínculos jurídicos entre el “pilar comunitario” o Primer Pilar y la cooperación intergubernamental del Título VI o Tercer Pilar se manifiestan a través de la necesidad de observar los mismos principios y objetivos que el resto de la Unión, entre ellos, el respeto a los derechos humanos que aparece reflejado en las referencias al Convenio de Roma de 1950 y a la Convención de Ginebra⁴⁰.

La polémica suscitada por los instrumentos normativos previstos en el Título VI del TUE para regular unas materias tan sensibles y próximas a la soberanía estatal ha resultado, en la práctica, un tanto inútil. El balance final, en cuanto al desarrollo normativo de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, es bastante pobre.

El Tercer Pilar puede que sea el más anómalo de los que componen la estructura de la Unión Europea. La incorporación de la cooperación intergubernamental en el TUE ha llevado a esa “estructura esquizofrénica” que, según la Comisión Europea, tiene el Tercer Pilar del TUE, en parte gracias a la existencia de una única estructura institucional⁴¹.

Pese a ello, el Título VI del TUE creado en Maastricht significa un considerable progreso dentro de los esfuerzos hechos para coordinar la cooperación en unas materias que pertenecen al más estricto reducto de soberanía nacional, aquél que los Estados no están dispuestos a ceder y a abandonar en otras manos⁴².

³⁸ Vid. el artículo K.3.2 (b) del TUE.

³⁹ Véase el artículo K.7 del TUE.

⁴⁰ Véanse los artículos F(2) y K(2) del TUE.

⁴¹ Responde a todas las características propias de un compromiso, esto es, a un carácter puramente intergubernamental: la heterogeneidad de las materias comprendidas, la falta de integración institucional con otras partes del TUE y el reconocimiento de un estatuto ambiguo a materias de interés común. GUILD, E. y PEERS, S. “Deference ...” *op.cit.* pág. 272.

⁴² BOER, M. den “Justice and Home Affairs: Cooperation without integration” en *Policy-Making ... op.cit.* 390. En 1993 había múltiples procesos paralelos en marcha. Hasta 30 foros oficiales europeos trataban los asuntos de inmigración, con reuniones constantes y escasa coordinación entre ellos. Por ejemplo, los llamados procesos de Berlín y Viena, que son intercambios transnacionales iniciados por los gobiernos de Alemania y Austria, respectivamente. Crearon grupos de trabajo que se reunían periódicamente y los temas tratados, aunque con diferencias, no eran muy distintos a los del grupo de Schengen y el Proyecto de Convenio de Fronteras Externas

Entre las razones aportadas para explicar la escasa eficacia del Título VI del TUE se ha señalado, con carácter general, la falta de agilidad de las estructuras que, al desplazar toda decisión relevante a las más altas instancias les da siempre un matiz de compromiso político; la ambigüedad sobre el valor jurídico de los instrumentos normativos; la exigencia de unanimidad del Consejo; la falta de transparencia y de democracia, derivada del limitado papel de la Comisión y de la exclusión del PE; la inexistencia de recursos ante el Tribunal de Justicia, que no tiene jurisdicción para asegurar la unidad de la interpretación del derecho en aspectos relevantes para el concepto de “orden público” en la UE.

La enumeración de ámbitos de “interés común” del artículo K.1 del TUE no ha podido suplir el enunciado de los objetivos políticos concretos. Este artículo se limita a delimitar políticas pero no fija objetivos para las mismas más allá lógicamente de la libre circulación de personas. La falta de una expresión más adecuada ha lastrado negativamente la puesta en práctica del Título VI del TUE⁴³.

III. Tercera etapa: La “comunitarización” relativa promovida por el Tratado de Ámsterdam

El tercer periodo empieza con la reforma introducida por el Tratado de Ámsterdam (TA) de 1997. Sólo tras su entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, la Comunidad Europea adquiere abiertamente competencias en materia de inmigración y asilo, lo que representa el inicio de una auténtica “comunitarización” o política común en estas materias.

Con el TA tiene lugar la incorporación del acervo de Schengen al TCE y al TUE. De este modo, los foros de cooperación se reducen a uno solo. Las ventajas de esta nueva situación son una mayor protección para el individuo, la intervención del control judicial y la ampliación del ámbito competencial de la CE.

Se producen dos fenómenos importantes por su repercusión en el futuro del derecho de asilo en Europa: La creación de un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” y la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴⁴.

El traslado al derecho de la Comunidad Europea (al TCE) se realiza a través de la Conferencia Intergubernamental de 1996 y no de los mecanismos que el Tratado de Maastricht había previsto, como la famosa disposición “pasarela” del artículo K.9 del TUE.

⁴³ A la falta de un programa de acción claro, que fije prioridades y necesidades más allá de cada presidencia, se une el hecho de compartir el poder de iniciativa y la existencia de hasta cinco niveles en la estructura de toma de decisiones (Consejo, COREPER, Comité K.4, grupos directivos y grupos de trabajo). Muchas veces el trabajo se duplica.

⁴⁴ El concepto de “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” supone en cierta medida la continuación de la noción anterior de mercado interior, aunque la novedad reside en la idea de una “área común” en la que habrá de garantizarse el respeto de los derechos humanos y la seguridad personal y jurídica.

La Conferencia Intergubernamental que reforma el Tratado de Maastricht tiene su justificación en el propio texto del tratado (artículo N del TUE). Ninguna de las instituciones comunitarias había valorado positivamente el funcionamiento del Tercer Pilar, calificando sus resultados de insuficientes e ineficaces⁴⁵.

El Grupo de Reflexión creado en el Consejo Europeo de Corfú de junio de 1994 presenta su informe en el Consejo Europeo de Madrid, de diciembre de 1995, que acoge sus ideas con satisfacción. En cuanto al Tercer Pilar, propone una respuesta común en el ámbito europeo con un enfoque pragmático. La Conferencia Intergubernamental concluye en Ámsterdam con el Consejo Europeo celebrado en junio de 1997. En esa misma ciudad se firmará el 2 de octubre de ese año el ya citado Tratado de Ámsterdam.

Cuando se convocó la Conferencia Intergubernamental de 1996 no había transcurrido el tiempo suficiente desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht para admitir cambios en el TUE que significaran ir más allá de lo alcanzado al añadir al artículo 100 C del TCE. De este modo no se cuestionaban los principios del mismo, la adopción de decisiones por mayoría o el refuerzo del papel del Parlamento Europeo.

No obstante, la Conferencia era una buena oportunidad para mejorar y no cabía desaprovecharla. Había dos alternativas radicales: Optar por la continuidad de la cooperación intergubernamental o decidirse por la comunitarización plena. Finalmente, los Estados miembros se inclinaron hacia una comunitarización “relativa” plasmada en un nuevo Título IV del TCE. Los intentos de reforma respondían a la idea de que la armonización a través de la comunitarización permitiría disminuir las diferencias en los flujos de inmigrantes entre los Estados miembros.

Como avanzábamos, 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 a la inmigración y al derecho de asilo.

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*”

⁴⁵ Véase BALDWIN-EDWARDS, M. “The Emerging European Immigration Regime: some reflections on Implication for Southern Europe” *Journal of Common Market Studies* 1997, vol. 35, no. 4, 497-519. Este autor resume las razones que explican el fracaso de Tercer Pilar en la falta de objetivos y calendario y la presencia de unas estructuras de trabajo muy complejas que dificultaban la toma de decisiones. Los países del sur de Europa carecían de la tradición de protección de la inmigración propia del norte. Durante el desarrollo de la CIG, los Estados europeos del sur defendieron posturas intermedias en relación con las materias del Tercer Pilar; esto es, menos integracionistas que los países del Benelux y Austria, pero más que Finlandia, Francia, Suecia, Dinamarca y el Reino Unido. El efecto de unas políticas asimétricas que inciden en el control, sin el correspondiente progreso de los derechos de los individuos, puede llevar a la deshumanización de las futuras normas y prácticas estatales.

policial y judicial en materia penal”, centrándose en los aspectos relativos a la seguridad en su vertiente policial y judicial, como contrapartida de un pretendido espacio de libertad de reciente creación. 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.

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 (la Comisión Europea comparte la iniciativa con los Estados miembros y se mantiene el voto por unanimidad en el Consejo) y repentino (se somete a un periodo de transición de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam)⁴⁶.

A partir del TA las nuevas competencias comunitarias no se relacionan sólo con la libre circulación de personas, como medidas complementarias de ésta, sino que todas ellas tienen como fin el establecimiento de un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” y algunas se entienden independientes de la libre circulación de personas.

Por otro lado, el Tratado de Ámsterdam añade, como anejo al TUE y al TCE, el Protocolo por el que se ha “cuarteado” y repartido el acervo de Schengen entre los Tratados. 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. Con esta técnica se pretende evitar que las reformas introducidas en las materias reguladas en el sistema de Schengen creen dos espacios paralelos sobre la libre circulación de personas, la seguridad y el orden público.

El Título IV prevé que una vez finalizado el periodo transitorio sólo la Comisión Europea tenga derecho de iniciativa para las materias relativas al asilo, aunque los Estados puedan presentar sus sugerencias. También dispone que el procedimiento pase a ser el de codecisión siempre que el Consejo así lo decida por unanimidad⁴⁷.

Otra manifestación de la existencia de una “Europa a dos velocidades” en el Primer Pilar, además de los plazos para su instauración, es la posición especial del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Los tres, en virtud de sendos Protocolos incorporados al Tratado de Ámsterdam, están excluidos en principio de la aplicación del Título IV del TCE. Se consagra así de modo institucional la visión discrepante que estos Estados mantienen sobre la libre circulación de personas en el interior de la UE.

⁴⁶ 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).

⁴⁷ Vid. artículo 67(2) del TCE.

El Reino Unido e Irlanda permanecen ajenos en principio al desarrollo del Título IV del TCE y no están vinculados por sus disposiciones ni por las medidas aprobadas a partir de ellas, así como tampoco por las resoluciones del TJCE que las interpretan⁴⁸. En cualquier momento podrán manifestar su voluntad de participar en la adopción y aplicación de una medida propuesta, o aceptar un acto normativo en vigor⁴⁹.

La situación de Dinamarca es probablemente más compleja, sobre todo como consecuencia de su condición de Estado Parte de los acuerdos de Schengen antes de la entrada en vigor del TA. Aunque se beneficie de un régimen similar al del Reino Unido e Irlanda en relación con el Título IV del TCE, no puede desentenderse de las obligaciones asumidas en aquel foro ni siquiera cuando éstas se transformen en disposiciones comunitarias determinadas. A diferencia de lo que sucede con el Reino Unido e Irlanda, ninguna norma del Protocolo permite a Dinamarca tomar parte en la adopción de medidas al amparo del Título IV del TCE. Por otro lado, cualquier decisión sobre el acervo de Schengen que se tome bajo este Título IV se someterá a la decisión de Dinamarca, que en caso de ser aceptada será calificada como una “obligación de Derecho internacional” entre Dinamarca y los restantes Estados miembros.

V. Conclusión

Tras la caída de “telón de acero” a principios de la década de los noventa, los gobiernos de los Estados miembros deciden impulsan una política activa de armonización de la inmigración y del derecho de asilo con desigual acierto.

Desde 1975 los Estados miembros venían cooperando en distintas materias que, finalmente, se recogen en el Título VI del TUE. El modelo histórico utilizado es el Acuerdo de Dublín de 1979 sobre represión del terrorismo, con valor puramente conceptual pues nunca entró en vigor. Se inaugura, de este modo, una técnica que se ha seguido después en numerosos convenios jurídicos de la Cooperación Política Europea y que consiste en trasladar al área comunitaria, adaptándolos, ciertos convenios del Consejo de Europa. El resultado es la creación de un núcleo privilegiado de cooperación entre los Estados comunitarios.

Su creación está lejos de ser completamente original y novedosa. Las materias de “interés común” del Título VI del TUE de 1992 proceden de acciones sugeridas o adoptadas antes de la institucionalización de la Cooperación Política por el Acta Única, sin una base habilitante jurídica precisa, obedeciendo tan solo a motivaciones políticas. La mayoría de las normas que se adoptan en su seno son actos de *soft Law* cuya interpretación no está suficientemente clara. Aunque el balance final es bastante pobre, el Título VI del TUE creado en Maastricht significa un considerable

⁴⁸ Artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo al TUE y al TCE.

⁴⁹ Artículos 3 y 4 del Protocolo.

avance en los esfuerzos para cooperar en unas materias propias de la soberanía nacional.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la Comunidad Europea adquiere abiertamente competencias en materia de inmigración y asilo. Ello representa el inicio de una auténtica “comunitarización” o política común. La Unión Europea pasa a concebirse como un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en el que el derecho de asilo deja de contemplarse únicamente ligado a la política de inmigración y control de extranjeros. No obstante, y sobre todo tras los acontecimientos del 11 de septiembre, la libertad y la justicia, que preservan los derechos de los solicitantes de asilo y de los inmigrantes, comienzan a correr el riesgo de transformarse en convidados de piedra en una Unión preocupada sobre todo por su seguridad.

La instauración de un nuevo Título IV del TCE permite que ciertas políticas comunes sobre asilo e inmigración se incorporen al Derecho comunitario a través de su inserción en el Primer Pilar. Las peculiaridades de este Título, respecto al modelo general del ejercicio de las competencias comunitarias, repercuten en la menor intensidad de las competencias atribuidas. Así, durante los primeros 5 años siguientes a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el mecanismo de toma de decisiones muestra todavía rasgos del anterior proceso intergubernamental aplicado a cuestiones de inmigración y asilo.

A diferencia de lo que sucede con el Tratado de Maastricht, en Ámsterdam los objetivos se plantean a largo plazo, apoyados por nuevos instrumentos legales. Para ello se recurre a la combinación de dos métodos presentes en su día en la creación 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, sino que pasan a compartirlas con la UE y se encuentran obligados sólo por normas mínimas.

El fracaso de la Conferencia Intergubernamental de 1996 en la reforma de ciertas materias hace que finalmente el Tratado de Ámsterdam contenga la promesa de dos nuevas Conferencias. Resultado de la primera es la adopción del Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001⁵⁰.

El 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.

En este proceso de comunitarización de las políticas de inmigración y asilo supone un paso relativamente importante la reunión del Consejo Europeo en Sevilla los días 21 y 22 de junio de 2002. El Consejo Europeo decidió integrar, en parte, la

⁵⁰ DOCE C 80, de 10 de marzo de 2001. El Tratado de Niza entra en vigor el 1 de febrero de 2003. En el mismo Consejo Europeo de Niza, reunido el 7 de diciembre de 2000, en el que se discute el Tratado de Niza, la UE proclama solemnemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta se ha convertido en una pieza clave en el proceso de constitucionalización de la integración política europea.

política de inmigración en la política exterior de la UE y estableció un calendario para la aprobación de las nuevas normas sobre asilo e inmigración⁵¹.

Posteriormente, el Consejo Europeo de Bruselas –reunido en noviembre de 2004 y conocido como “Tampere II”- establece un nuevo calendario y plan de acción para los próximos cinco años. Este plan recibe el nombre de Programa de La Haya y pretende desarrollar una política común de migración, asilo y fronteras en la que los ejes centrales sean la seguridad interna y la prevención del terrorismo⁵².

Por último, una adecuada comprensión del camino por el que se dirige el desarrollo del proceso de integración comunitario exige tener en cuenta la redacción del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa⁵³. En este Proyecto se ratifica la idea de que la Unión constituye un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” que garantizará la ausencia de controles sobre las personas en las fronteras interiores y desarrollará, entre otras, una política común de asilo basada en la solidaridad entre los Estados miembros.

El cumplimiento del plazo de 1 de mayo de 2004 impuesto en el artículo 63 del TCE y que ha expirado hace dos años, no anima al optimismo de quienes saludaban satisfactoriamente la novedad de un calendario determinado. Tras la reforma de Ámsterdam, los actuaciones de los Estados miembros se encaminan hacia el establecimiento de programas de trabajo en los que se fijan prioridades y plazos estrictos que, prácticamente en todos los casos, se han incumplido o su cumplimiento no ha satisfecho las expectativas creadas a favor de la defensa de los derechos humanos.

⁵¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio “Derecho comunitario de la inmigración” Barcelona: Atelier, 2006, 44-47.

⁵² DOCE C 53/1, de 3 de marzo de 2005. La Comisión Europea presenta un plan de acciones concretas para realizar los objetivos y prioridades del Programa de La Haya (MEMO/05/153).

⁵³ 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 firmará en Roma el 20 de noviembre de 2004.

Bibliografía

- BALDWIN-EDWARDS, M. (1997), "The Emerging European Immigration Regime: some reflections on Implication for Southern Europe", *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, n. 4: 497-519.
- BOER, M. den (1996), "Justice and Home Affairs: Cooperation without integration" en *Policy-Making in the European Union*. H. Wallace y W. Wallace (eds.), Oxford University Press: 389-409.
- CLARO QUINTÁNS, Irene (2005), "La construcción europea de una fortaleza sin murallas", *ICADE*, (septiembre-diciembre): 149-166.
- DE JONG, C. (1993), "Towards a European Immigration Policy under the Treaty of European Union" en *Towards a European Immigration Policy*, G.D. Korella y P.M. Twomey (eds.), European University Press, Bruselas: 45-58.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (2001), "Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios" McGraw-Hill, Madrid.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (2006), "Derecho comunitario de la inmigración" Barcelona: Atelier.
- FERNHOUT, R. (1996), "Justice and home affairs: immigration and asylum policy. From JHA co-operation to communitarisation", Symposium of Jean Monnet Chairholders on the IGC, 6-7 mayo
- GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. (1995), "Normativa aplicable a los nacionales de terceros estados en la Unión Europea" en *La inmigración. Derecho español e internacional*, VV.AA., Bosch, Barcelona: 59-86.
- GUILD, E. y PEERS, S. (2001) "Deference or Defiance? The Court of Justice's Jurisdiction over Immigration and Asylum" en *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum rights in EC Law*. E. Guild y C. Harlow (eds.): 267-289.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2003), "Instituciones y Derecho de la Unión Europea" Tecnos, Madrid.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. (1998), "Una Unión al servicio del ciudadano: (II) un espacio de libertad, de seguridad y de justicia" en *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, M. Oreja Aguirre (dir.), McGraw-Hill/Interamericana, Madrid, 1: 255-297.
- MORATA, F. (1998), "La Unión Europea. Procesos, actores y políticas" Ariel, Barcelona,.
- TRUJILLO HERRERA, R. (2003) "La Unión Europea y el derecho de asilo", Dykinson.

