
Los derechos del extranjero no comunitario en la Constitución Europea. Algunas reflexiones de constitucionalidad «interna»*

Francisco Javier Donaire Villa

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

1. LA DOBLE TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL «EXTRANJERO» EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA
2. EL «EXTRANJERO» COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES (PARTE II DEL TCEUR)
3. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN PARA REGULAR EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES—3.1. *La configuración de un estatuto uniforme europeo de asilo para extranjeros no comunitarios*—3.2. *La definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro*—3.2.1. La «definición» como concesión de (ciertos) derechos de ciudadanía al residente legal extracomunitario—3.2.2. ¿Qué derechos pueden concederse?—3.2.2.1. Derechos excluidos de modo absoluto: sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y europeas, y protección diplomática y consular—3.2.2.2. Derechos excluidos del contenido de la competencia pero atribuidos por otras disposiciones del TCEur a nacionales de terceros países: buena administración, acceso a los documentos y al Defensor del Pueblo Europeo y petición—3.2.2.3. Derechos incluidos dentro del título competencial y susceptibles de regulación comunitaria a su amparo: libre circulación y residencia en otros Estados miembros
4. LA POSICIÓN DEL EXTRANJERO NO COMUNITARIO EN EL TCEUR. ALGUNAS REFLEXIONES DE CONSTITUCIONALIDAD «INTERNA»—4.1. *El artículo 13.4 de la Constitución Española y el estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países*—4.2. *La definición de los derechos del residente legal extracomunitario: los artículos III-267.2.b) del TCEur y 13.1 de la Constitución Española*

* El presente trabajo se enmarca dentro de un Proyecto de Investigación del Programa Nacional de I+D sobre el papel de las diferentes instituciones en el ámbito de la inmigración (BJU 2001-2881), dirigido por el Prof. Eliseo Aja, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

1. LA DOBLE TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL «EXTRANJERO» EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCEur en adelante) dispensa un tratamiento innovador a los derechos de los nacionales de terceros países, siguiendo para ello dos enfoques básicos. Por un lado, reconoce explícitamente derechos a estas personas, lo que rompería con la tónica previa de silencio al respecto en el Derecho originario. Por otro lado, se atribuyen ciertas competencias que permitirían a la Unión incidir en la regulación de algunos de tales derechos, como parte de una política común de asilo e inmigración al servicio de la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Por lo que al reconocimiento se refiere, la vigencia del TCEur, si llegara a producirse, prestaría la eficacia vinculante propia de los Tratados constitutivos a la Carta de los Derechos Fundamentales, meramente proclamada en Niza¹, al integrarla formalmente dentro de su articulado como Parte II². Esta fuerza obligatoria alcanzaría en particular a aquellos preceptos de la Carta de los que directa o indirectamente se derivan derechos para los «extranjeros», esto es, para quienes hallándose en la Unión no posean la nacionalidad de un Estado miembro.

En cuanto a las competencias, el nuevo texto amplía las que desde el Tratado de Amsterdam posee la Comunidad Europea en materia de asilo e

¹ Sobre la ausencia de valor vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales por no haber sido incluida dentro de los Tratados en Niza, véase, por ejemplo, Manuel MEDINA ORTEGA, «La inserción de la Carta en el Derecho de la Unión Europea», en Alberto A. HERRERO DE LA FUENTE (ed.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza núm. 2, Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003, pgs. 71-83. En la misma obra colectiva, el trabajo de Antonio FERNÁNDEZ TOMÁS, «Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», especialmente en las pgs. 39 y siguientes, analiza el valor de *soft law* de la Carta a consecuencia de la mera proclamación de ésta. Sobre dicha cuestión cabe acudir, asimismo, al estudio de Baldomero OLIVER LEÓN, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, especialmente pgs. 243 y siguientes.

² En este mismo sentido, por ejemplo, Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, «La Carta de Derechos: algunos problemas», en Enrique ÁLVAREZ CONDE y Vicente GARRIDO MAYOL, *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pgs. 59 y 60, o Alejandro SAIZ ARNÁIZ, «Constitución y derechos: la Carta «retocada», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado», en Enoch ALBERTÍ ROVIRA (dir.) y Eduard ROIG MOLÉS (coord.), *El proyecto de nueva Constitución Europea: balance de los trabajos de la Convención sobre el Futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pgs. 335 y siguientes.

inmigración³. Frente al carácter más fragmentario y parcial de las actuales atribuciones comunitarias, el TCEur permitiría a la nueva Unión el establecimiento de un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países en general –artículo III-266.2.a)– y la definición de los derechos para quienes, de entre ellos, tengan además residencia legal en un Estado miembro –artículo III-267.2.b)–.

Dada su importancia, cada una de las citadas aportaciones del proyecto constitucional europeo será objeto de análisis en el presente trabajo, el cual se extenderá asimismo a los aspectos de constitucionalidad «interna», ante la incidencia que pudieran tener estas disposiciones, de llegar a entrar en vigor, sobre el régimen de disfrute de los derechos por los extranjeros que se deriva de la Norma Fundamental española.

2. EL «EXTRANJERO» COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES (PARTE II DEL TCEUR)

Superando la «invisibilidad» de la situación jurídica de los extranjeros no comunitarios en los Tratados antecedentes⁴, casi todos los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales, Parte II del TCEur, les reconocen derechos⁵, a veces a título exclusivo. Ese reconocimiento deriva en la mayoría de las ocasiones de que la correspondiente disposición omite cualquier alusión a la nacionalidad⁶. Así, en muchos casos se emplea la fórmula «toda persona»⁷ o expresiones genéricas prohibitivas de conductas o situaciones

³ En particular acerca de la normativa rectora de las políticas comunitarias de inmigración y asilo, entre otros, Mariano BACIGALUPO SAGGESE, «Bases de la política comunitaria en materia de visados, asilo e inmigración», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003, pgs. 57-76; Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ (ed.), *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática núm. 3, Madrid, 1998; Enrique GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Asilo e inmigración en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 13, 2002, pgs. 833-856; P. J. KUIJPER, «Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen Acquis», *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pgs. 345-366, o José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.

⁴ Al respecto, entre otros, Andrew C. EVANS, «Nationality Law and European Integration», *European Law Review*, vol. 16, 1991, pgs. 190-215, o Wenceslas DE LOBKOWICZ, «Vers une politique commune vis-à-vis des ressortissants d'États tiers?», *Actualités du Droit, Revue de la Faculté de Droit de Liège* 1994-2, pgs. 393-428.

⁵ Sin entrar aquí en la vidriosa distinción entre derechos y principios que resulta del artículo II-111, apartado 1. Sobre esta cuestión, véase Francisco RUBIO LORENTE, «Una Carta de dudosa utilidad», en Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pgs. 193 y 194, y bibliografía allí citada.

⁶ En este mismo sentido, Cecilia CORSI, «Los extranieros extracomunitarios», en Enrique ÁLVAREZ CONDE y Vicente GARRIDO MAYOL (dirs.), *Comentarios a la Constitución europea*, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pgs. 136 y 137.

⁷ Derecho a la vida (artículo II-62), a la integridad personal (artículo II-63), a la libertad y seguridad (artículo II-66), al respeto de la vida privada y familiar (artículo II-67), a la protección de los datos de carácter personal (artículo II-68); libertades de pensamiento,

especificadas con el término «nadie»⁸, o bien se designa a los titulares de los respectivos derechos mediante referencias impersonales⁹.

Muchos otros se atribuyen también a los nacionales de terceros países por el hecho concreto de que no quedan reservados a los ciudadanos de la Unión¹⁰, o porque se proclamen de manera genérica sin mención expresa a sus titulares o destinatarios¹¹. De otro lado, cuando la Carta remite a las legislaciones y prácticas nacionales para determinar el contenido protegible de un derecho¹², la exclusión de los extranjeros o su distinto régimen de disfrute dependería entonces de cada ordenamiento interno (que habría de ser tenido en cuenta plenamente conforme al apartado 6 del artículo II-

conciencia y religión (artículo II-70), y de reunión y asociación (artículo II-72); derecho a la educación (artículo II-74.1), a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida (artículo II-75.1), de propiedad (artículo II-77.1), a la igualdad ante la Ley (artículo II-79), de acceso a servicios gratuitos de colocación (artículo II-89), a la protección contra despidos por causas relacionadas con la maternidad o al disfrute de permisos por tal razón (artículo II-93.2) y a la protección de la salud (artículo II-95).

⁸ Interdicción de la pena de muerte (artículo II-62.2), de torturas (artículo II-64), de expropiaciones sin indemnización (artículo II-77.1), de expulsión, devolución o extradición a un Estado donde se padezca riesgo grave de ser sometido a la pena de muerte, a torturas o a otros tratos inhumanos o degradantes (artículo II-79.2), o de la vulneración de los principios de legalidad penal y *ne bis in idem* (artículos II-109.1 y II-110, respectivamente).

⁹ Como «se prohíbe(n)» (la trata de seres humanos, artículo II-65.3; expulsiones colectivas, artículo II-79.1; discriminaciones, artículo II-81.1 y 2; el trabajo infantil, artículo II-92), «se reconoce» (la objeción de conciencia según legislaciones y prácticas nacionales, artículo II-70.2; la libertad de empresa conforme al Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales, artículo II-76), «se garantiza» (el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, artículo II-69; el derecho de asilo, artículo II-78; la protección de la familia, artículo II-93), «se respeta» (la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, artículo II-71.2; la libertad de cátedra, artículo II-73; la libertad de creación de centros y el derecho de los padres a garantizar la formación de los hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas, artículo II-76.2), o «se protege» (la propiedad intelectual, artículo II-77.2).

¹⁰ Así sucede con la igualdad de mujeres y hombres (artículo II-83), los derechos del niño (artículo II-84), de las personas mayores (artículo II-84) y de las discapacitadas (artículo II-86), los derechos de información y consulta de los trabajadores (artículo II-87), de negociación y acción colectiva de trabajadores y empresarios (artículo II-88), y de protección a todo trabajador por despido injustificado (artículo II-90) y a condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo II-91); con la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (artículo II-92), con el acceso a prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales (artículo II-94.1) y a la ayuda social y de vivienda para todos los que no tengan recursos suficientes (artículo II-94.2), con la protección de los consumidores (artículo II-98), y con los derechos de presunción de inocencia y de defensa de todo acusado (artículo II-108).

¹¹ Libertad de las artes y las ciencias (artículo II-73), y el libre acceso a los servicios económicos de interés general (artículo II-96).

¹² Artículos II-69 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia), II-70 (derecho a la objeción de conciencia), II-74 (libertad de creación de centros docentes) y II-95 (protección de la salud).

112), y no del Derecho de la Unión, salvo que la remisión lo sea también a éste¹³, en cuyo caso habrá que estar a la normativa europea existente.

Hasta aquí, en términos positivos, los derechos entre cuyos titulares se encuentran los nacionales de terceros países según su declaración en la Carta. En otros supuestos, como se verá en seguida, ésta excluye de ciertos derechos a los extranjeros no comunitarios, bien en términos absolutos, bien porque el reconocimiento no sea automático para ellos y sea precisa una ulterior decisión discrecional de la Unión a adoptar mediante normas derivadas.

En cuanto a las exclusiones de tipo absoluto, cabría pensar, a primera vista, que los derechos de ciudadanía estarían entre los que no pueden disfrutar los nacionales de terceros países, porque la cualidad de ciudadano de la Unión se vincula en el TCEur a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro (artículo I-10, apartado 1). Sin embargo, entre esos derechos, la Carta atribuye a «toda persona» el relativo a una buena administración, y confiere algunos otros, además de a los propios ciudadanos comunitarios, a «toda persona física (...) que resida (...) en la Unión», lo que sucede con los derechos de acceso a los documentos (artículo II-102), al Defensor del Pueblo (artículo II-103) y de petición ante el Parlamento Europeo (artículo II-104).

Sólo los artículos II-99 y II-100, continuando con el estatuto de ciudadanía, guardan silencio sobre el reconocimiento a los extranjeros no comunitarios de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo y en las elecciones municipales y europeas en el Estado miembro de residencia. Las Explicaciones del *Presidium* de la Convención elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales, cuyo valor hermenéutico sanciona el apartado 7 del artículo II-112¹⁴, resaltan que estos derechos se corresponden con los garantizados en el apartado 2 del artículo I-10 del TCEur. Y dado que todos los preceptos citados mencionan en su redacción únicamente a los ciudadanos de la UE como posibles titulares, los nacionales de terceros países quedarían excluidos.

Tampoco habría lugar, en este supuesto, a una extensión o concesión ulterior mediante normas derivadas. Las Explicaciones a la Carta invocan al artículo III-126 del TCEur como base jurídica para la adopción de las moda-

¹³ Artículos II-76 (libertad de empresa), II-87 (derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa), II-88 (derecho de negociación y acción colectiva), II-90 (derecho a protección en caso de despido injustificado), II-94 (derechos relacionados con la Seguridad Social y ayuda social) y II-96 (derecho de acceso a los servicios de interés económico general).

¹⁴ Mayores detalles sobre el alcance interpretativo de estas Explicaciones pueden hallarse en el trabajo de Alejandro SAIZ ARNÁIZ, «Constitución y derechos: la Carta «retocada», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado», en Enoch ALBERTÍ ROVIRA (dir.) y Eduard ROIG MOLÉS (coord.), *El proyecto de nueva Constitución Europea: balance de los trabajos de la Convención sobre el Futuro de Europa, cit.*, concretamente en las pgs. 347 y siguientes.

lidades de ejercicio de estos derechos de sufragio, y al igual que los artículos II-99, II-100 y I-10.2, dicho precepto únicamente alude a los ciudadanos de la Unión como titulares. La limitación de las competencias de la Unión a las expresamente atribuidas por los Estados miembros (apartados 1 y 2 del artículo I-11 del TCEur) y la propia configuración de la base jurídica establecida en el artículo III-126 impiden que pudiera éste actuar como fundamento para extender los referidos derechos de sufragio a los nacionales de terceros países mediante Ley europea o Ley marco europea, cosa que, en consecuencia, quedaría fuera del alcance de los poderes conferidos a la Unión en el Tratado.

Ni siquiera cabría emplear, con este fin de extensión o concesión de los derechos de sufragio de los ciudadanos europeos a nacionales de terceros países, la cláusula de flexibilidad prevista en el artículo I-18, que habilita a las instituciones europeas para actuar en defecto de una base jurídica específica. Faltaría el requisito teleológico de tener que tratarse de «una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en la Parte III». Si bien la medida recaería sobre uno de los derechos de ciudadanía, y éstos son objeto del Título II de esa misma Parte del TCEur, el artículo I-10 restringe en su apartado 1 el estatuto de ciudadano de la Unión, y por tanto la titularidad de los referidos derechos de sufragio, a las personas que tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Siguiendo con los de ciudadanía, las bases jurídicas para el desarrollo de los derechos de petición y de acceso a los documentos (artículos III-334 y III-399) sí que hacen alusión entre sus titulares a los extranjeros residentes, amén de a los propios ciudadanos de la Unión. Además, el TCEur no sólo reconoce dichos derechos a los nacionales de terceros países, sino que también provee un fundamento expreso para que sea la propia Unión la que regule su régimen de ejercicio, incluyendo en ello a los extranjeros no comunitarios.

Un caso intermedio es el de los derechos que la Carta no confiere directamente a los nacionales de terceros países, pero contempla su concesión a quienes, de éstos, tengan residencia legal en un Estado miembro. Dentro de los de ciudadanía, así sucede con la libre circulación y residencia (apartado 2 del artículo II-105)¹⁵, y fuera de ellos, con el derecho a unas condiciones de trabajo equivalentes a los ciudadanos de la Unión cuando se esté autorizado a trabajar en los Estados miembros (apartado 3 del artículo II-75).

¹⁵ Para Cecilia CORSI, «Los extranjeros extracomunitarios», *cit.*, pg. 142, la circulación y residencia de un extracomunitario dentro de la Unión no cuenta con ninguna garantía constitucional, pero la normativa legislativa podrá conferir el derecho a quien resida legalmente en un Estado miembro. Estima esta autora que el hecho de que la Constitución europea establezca esta posibilidad supone un reconocimiento simbólico de que la libertad de circulación no es solamente un privilegio de los ciudadanos europeos, sino un derecho fundamental extensible a quienes se hallen en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

La concesión requiere entonces la existencia de una base jurídica específica en otras Partes del TCEur, dado que la Carta ni otorga competencia alguna a la Unión ni supone ampliación de sus misiones o del ámbito de aplicación de su Derecho (artículo II-113). Las Explicaciones del *Presidium* remiten con este fin al artículo III-210 para el derecho a condiciones laborales equivalentes a los ciudadanos de la Unión, y a los artículos III-265 a III-267 para los de libre circulación y residencia.

En definitiva, el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros en el ordenamiento comunitario es producto de la Carta, Parte II del TCEur, pero el desarrollo normativo por la Unión de esos mismos derechos sólo es posible cuando exista base jurídica en la Parte III, prioritariamente, o en la Parte I, de manera subsidiaria. La correspondiente disposición reconocedora en la Carta sería siempre, al formar parte del TCEur, parámetro de validez y límite de cualquier normativa derivada de la Unión. Pero sólo si hay base jurídica (competencia) que lo permita, como se va a comprobar enseguida, la Unión podría también legislar específicamente en materia de derechos, o, al menos, respecto a algunos de ellos.

3. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN PARA REGULAR EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES

La posibilidad recién mencionada de que la Unión legisle sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, y en particular con respecto a los extranjeros, no es en sí misma un problema de naturaleza o de principio que venga determinada, a la vista del TCEur, por el hecho de que éste sea un Tratado, una Constitución o ambas cosas¹⁶. Antes al contrario, y con arreglo a la lógica de la integración supranacional en la que el proyecto de Tratado permanece inserto, que la Unión tenga o no capacidad legislativa en esta materia, y el alcance y amplitud de dicha capacidad, como en todos los demás casos, son factores dependientes en exclusiva del contenido y extensión de los poderes que efectivamente le otorgan en él los Estados miembros.

A tenor del II-111.2, la Carta no confiere competencia alguna a la Unión¹⁷,

¹⁶ Se han ocupado de esta cuestión de naturaleza dos trabajos de Luis María DIEZ-PICAZO, el primero antes de elaborarse el TCEur («¿Qué diferencia hay entre un tratado y una Constitución?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pgs. 85-101) y el segundo ya con respecto a este Tratado en concreto («¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa», en Enrique ÁLVAREZ CONDE y Vicente GARRIDO MAYOL, *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., Libro I, pgs. 59-75). Igualmente cabe citar, entre otros, el trabajo de Pedro CRUZ VILLALÓN en la misma obra, y asimismo en su Libro I, «Constitución europea y Constituciones nacionales», especialmente pgs. 85 y siguientes.

¹⁷ Con arreglo dicha cláusula, la Carta no otorgaría a la Unión el apoderamiento general para regular el ejercicio de los derechos que, por ejemplo, confiere a la Federación la Constitución de EE UU. Así lo ponen de manifiesto, entre otros, Paloma BIGLINO CAMPOS, «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2003, pg. 66, o Alessandro PACE, «¿Para qué

por lo que los poderes de ésta para incidir en la regulación de los derechos, en general o respecto a los extranjeros no comunitarios, hay que buscarlos en otras Partes del TCEur. A su vez, y obedeciendo a ese mismo planteamiento de neutralidad competencial de la Carta, el artículo II-112.2 prescribe que aquellos derechos que se mencionen en otras Partes de la Constitución habrán de ejercerse en las condiciones y límites definidos en estas últimas, por lo que también deberá estarse a lo que se diga al respecto en otros lugares del TCEur.

Ello supone que los poderes de la Unión para regular en particular el ejercicio de los derechos por los nacionales de terceros países deben buscarse en las bases jurídicas establecidas en las restantes Partes del Tratado. Y el examen de esas bases revela que dichos poderes no son de tipo general, sino más bien específicos y fragmentarios. Entre ellas sobresalen dos por la amplitud relativa de su contenido, las que resultan de los artículos III-266.2.a) y III-267.2.b), enclavados ambos dentro de las disposiciones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia (Capítulo IV del Título II, en la Parte III), en la sección 2, sobre los controles en las fronteras, el asilo y la inmigración. Una ubicación que trasluce un enfoque más ligado al tratamiento del fenómeno migratorio que al desarrollo legislativo de los derechos reconocidos en la Carta, aunque, como se verá, también respondan ambas disposiciones a este segundo planteamiento.

El primero de esos dos títulos competenciales, el que se establece en el artículo III-266.2.a), autoriza a la Unión a configurar un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países. El segundo, que enuncia el artículo III-267.2.b), posee un alcance más general, pues la habilita para adoptar medidas relativas a la definición de los derechos de los residentes legales extracomunitarios, incluidas las condiciones que rigen la libertad de circulación y residencia en otros Estados miembros.

En ambos preceptos se dice que la Unión podría legislar a través de Ley o Ley marco europea sin ulteriores precisiones de índole formal, por lo que resultarían aplicables la regla general de la mayoría cualificada en el Consejo (artículo I-23, apartado 3) y el procedimiento legislativo ordinario (artículos I-34, apartados 1 y 2), el que mayor capacidad de decisión confiere al Parlamento Europeo. Sin embargo, la normativa que llegara a dictarse en ejercicio de estos poderes no alcanzaría a los Estados miembros que cuentan con un estatuto particular de exclusión: Reino Unido e Irlanda, de manera opcional y selectiva¹⁸, y Dinamarca de forma general, salvo renuncia en bloque a su especial posición¹⁹.

sirve la Carta de los Derechos Fundamentales? Notas preliminares», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pgs. 173 y 174.

¹⁸ Protocolo núm. 19, anejo al TCEur, sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto de las políticas relativas a los controles fronterizos, al asilo y a la inmigración, así como respecto de la cooperación judicial en materia civil y de la cooperación policial.

¹⁹ Protocolo núm. 20, anejo al TCEur, sobre la Posición de Dinamarca.

Asimismo, el carácter compartido de las dos competencias, por figurar entre las reglas sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia –artículo I-14.2.j)–, supone que el principio de subsidiariedad sea aplicable en este contexto, con lo que la intervención comunitaria se condiciona a que resulte ser más eficaz que la de los Estados miembros (artículo I-11, apartado 3). Ese mismo carácter compartido determinaría también la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas entre al menos ocho Estados miembros (artículo I-44, apartado I), cuando no sea posible una actuación que vincule a todos los no excluidos en virtud de los citados estatutos especiales.

3.1. La configuración de un estatuto uniforme europeo de asilo para extranjeros no comunitarios

El enfoque inmigratorio a que acaba de hacerse referencia resulta perceptible en el artículo III-266.2.a) del TCEur por el hecho de que en él se capacita a la Unión para establecer un estatuto uniforme de asilo destinado sólo a nacionales de terceros países. A su vez, dicho estatuto es uno de los elementos del sistema común europeo de asilo al que se refiere el encabezamiento del precepto, consistente en que un solo Estado miembro habrá de examinar toda solicitud que presente un extranjero extracomunitario en cualquier lugar o lugares de la Unión, con arreglo al procedimiento que ésta fije. La concesión supondría, precisamente, que el disfrute del asilo se ajuste al estatuto uniforme establecido por la normativa comunitaria sobre la base del título competencial que aquí se analiza.

Ese estatuto uniforme vendría a consistir así en una regulación única e igual, para todos los Estados miembros participantes en la aplicación de estas disposiciones del TCEur, acerca del contenido que ha de poseer el derecho de asilo que se conceda a nacionales de terceros países. La indicada regulación, a establecer por la UE, según viene señalándose, tendría como finalidad la definición del conjunto concreto de derechos, deberes, facultades y obligaciones que deba suponer para el solicitante la obtención del asilo, esencialmente en lo relativo a la entrada y permanencia en el Estado miembro que acuerde la concesión, y también en cuanto a las condiciones de residencia y, en su caso, de trabajo en ese mismo Estado.

En conclusión, y frente a la actual competencia de la Comunidad, ceñida al establecimiento de normas mínimas relativas al estatuto del refugiado (artículo 63.1 del Tratado de Roma), la de mayor amplitud que resultaría del artículo III-266.2.a) del TCEur atribuiría a la nueva Unión la facultad de regular de manera íntegra el derecho de asilo para nacionales de terceros países. Este título, además, permitiría dotar de contenido al reconocimiento que se hace de ese mismo derecho, dentro de la Carta, en el artículo II-28, si bien hay que matizar una vez más que ello sólo se prevé para nacionales de terceros países²⁰.

²⁰ Los ciudadanos comunitarios quedan al margen del sistema común europeo de asilo definido en el artículo III-266 del TCEur, de manera que la regulación del contenido del derecho para estos últimos seguiría siendo materia reservada a las legislaciones nacionales, a más del hecho de que, también para los ciudadanos europeos, no se reduciría a un

3.2. La definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro

El planteamiento inmigratorio subyacente a la competencia que acaba de examinarse es expreso en la que confía a la Unión la letra b) del apartado 2 del artículo III-267 del TCEur. Según el encabezado del precepto, dicha facultad y las demás enunciadas en las otras letras que la acompañan se conceden a la Unión a los efectos del apartado 1. Es decir, y conforme a las previsiones de este último, para el desarrollo de una política común de inmigración que habrá de guiarse, entre otros criterios rectores que también se citan en él, por el de trato justo o equitativo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro.

Ese trato justo, según va a comprobarse enseguida, sólo puede consistir en lo que prevé el apartado 2.b) del precepto, esto es, en la definición de los derechos del residente legal extracomunitario, incluidas las condiciones de su libre circulación y residencia en otros Estados miembros.

Como en el caso anterior, se produciría también aquí un incremento de facultades respecto a las que ya poseía la Comunidad Europea, pues si ésta sólo puede regular en la actualidad un derecho de residencia en un segundo o ulterior Estado miembro para nacionales de terceros países que ya lo hagan de manera legal en un primer Estado miembro (artículo 63.4 del Tratado de Roma), el artículo III-267.2.b) del TCEur incluye dentro de las facultades de la nueva Unión la determinación de la situación jurídica de estas personas en el propio Estado miembro en el que adquieran la residencia legal, extendiéndolas con ello a otros derechos distintos de los de circulación y residencia, como podrá apreciarse más adelante.

Esta mayor amplitud del título competencial responde al propósito de la Convención de establecer en el TCEur una base jurídica específica para realizar uno de los principios rectores de una futura política inmigratoria común dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, tal y como fue enunciado en 1999 en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere: el principio de trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. A tal fin, según se dijo en ellas, la Unión podría legislar sobre el estatuto jurídico de estas personas²¹.

único Estado miembro la competencia para examinar las diversas solicitudes que puedan presentar en la Unión, como sucedería en cambio para nacionales de terceros países. En este sentido, el Protocolo núm. 22 anejo al TCEur sobre el derecho de asilo a nacionales de Estados miembros sólo obliga a que el examen se lleve a cabo por el mismo Estado ante el que se presente la solicitud bajo la presunción de que ésta es manifiestamente infundada, debido a la consideración de que todos los miembros de la Unión se consideran «países seguros» a estos efectos.

²¹ Así se refleja en la página 5 del Informe Final del Grupo de Trabajo X de la Convención sobre espacio de libertad, seguridad y justicia, documento CONV 426/02, de 2 de diciembre de 2002, y en la página 17 del documento CONV 614/03, de 14 de marzo de 2003, explicativo del contenido y propósito del proyecto de disposiciones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, entre las que se halla un precepto (numerado en aquel momento como artículo 31, apartado 2, segundo guión) que terminaría siendo el

Acorde con dicho propósito, el artículo III-267 del TCEur disciplina en general las bases para una nueva política inmigratoria común en los términos que concibió el Consejo Europeo de Tampere en 1999. Sin embargo, la poco afortunada redacción del apartado 2.b) del precepto refleja de manera deficiente la conexión inequívoca que las conclusiones de la Presidencia establecieron en aquel momento entre el trato justo a los residentes legales extracomunitarios de larga duración y el reconocimiento de derechos a éstos por parte de la Unión. A pesar de haber sido ése el designio que persiguió la Convención al elaborar el precepto, el de otorgar una base jurídica expresa para la realización de los objetivos de Tampere, la redacción que se le dio es tan excesivamente escueta como indeterminada respecto al alcance material y funcional de la competencia que en él se define.

En efecto, dice el artículo III-267.2.b) del TCEur que la Unión podrá adoptar mediante Ley o Ley marco europea medidas relativas, textualmente, a «la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y residencia en otros Estados miembros». Y esta redacción no acierta a expresar que la definición de derechos habría de tener como finalidad específica la puesta en práctica del trato equitativo. En lugar de ello, sólo se expresa en el encabezado que la Unión podrá legislar sobre el particular «a los efectos del apartado 1 del artículo», y en este último aparecen también otros principios rectores de la política común de inmigración, de modo que la vinculación exclusiva con el del trato justo o equitativo queda difuminada.

Además, el precepto no ofrece un concepto de «definición», ni determina qué derechos pueden definirse. Dado que ambas nociones delimitan el contenido del título competencial, es preciso concretarlas por vía hermenéutica, a fin de especificar el contenido y alcance de los poderes que quedarían conferidos en su virtud a la Unión sobre esta materia.

3.2.1. *La «definición» como concesión de (ciertos) derechos de ciudadanía al residente legal extracomunitario*

El primer extremo a esclarecer en el apartado 2.b) del artículo III-267 del TCEur es el concepto de «definición» de los derechos del residente legal extracomunitario, así como su conexión con el principio de trato justo a estas personas como uno de los criterios a respetar en una política común de inmigración, a tenor o «a los efectos» del apartado 1. Si el precepto objeto aquí de análisis resulta inexpresivo por no añadir precisiones adicionales sobre ambas cuestiones, los objetivos que en 1999 definió y proclamó el Consejo Europeo de Tampere en este ámbito ayudan a despejar las dos incógnitas debido a lo explícito y esclarecedor de sus términos.

Precisamente bajo una rúbrica de «trato justo», dentro del apartado dedi-

artículo III-267.2.b) en la versión definitiva del TCEur, ya entonces con la redacción que finalmente se ha aprobado para este último.

cado a la política migratoria común, se afirma en las conclusiones de Tampere que a una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración se le debería conceder en ese Estado un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia²².

Este pasaje de las conclusiones de Tampere deja claro que el trato justo a los residentes legales extracomunitarios ha de suponerles la concesión de derechos por parte de la Unión. También, que esos derechos serían derechos de ciudadanía, de la ciudadanía de la Unión. Y matiza, por último, que no serían susceptibles de concesión todos los derechos de ciudadanía, sino un conjunto lo más próximo posible a aquel de que disfrutaban los ciudadanos comunitarios.

El principio de trato justo, según lo definió el Consejo Europeo de Tampere, esto es, como uno de los criterios rectores de la política común de inmigración, ha pasado con ese mismo carácter a la redacción del apartado 1 del artículo III-267 del TCEur. Y dado que ha de ser a efectos de dicho precepto para lo que se adopten las medidas previstas en el siguiente, aparece claro que la definición de los derechos a que, dentro de este último, se refiere la letra b) es la concesión de derechos de ciudadanía a que se refieren las conclusiones de Tampere.

En otros términos, e interpretando el precepto con auxilio de las citadas conclusiones, el artículo III-267.2.b) del TCEur habilitaría a la Unión para regular la concesión de ciertos derechos de ciudadanía al residente legal extracomunitario, lo que permitiría aproximar la situación jurídica de este último a la del ciudadano de la Unión que se halla en un Estado miembro distinto del propio. La normativa comunitaria derivada podría así prever y disciplinar, con respecto a los nacionales de terceros países que tengan el estatuto de residente legal en un Estado miembro, su paso en ese Estado del régimen común de extranjería a uno muy próximo al privilegiado que constituye la ciudadanía de la Unión.

Igualmente a la luz de los objetivos sentados en Tampere, la concesión o extensión de derechos a estas personas al amparo del precepto del TCEur podría y aun debería comprender el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que el Tratado reconoce a los ciudadanos de la Unión. El Consejo Europeo se refirió a la concesión de un «principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia», pero

²² Punto 21 de las Conclusiones de la Presidencia, dentro del epígrafe III, sobre «trato justo de los nacionales de terceros países», correspondiente al apartado B, relativo a «una política de asilo y migración común de la Unión Europea» dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

su identidad con el recién citado de no discriminación por razón de la nacionalidad parece clara. Así, aunque de forma mediata (por asimilación al extranjero que tenga la condición de ciudadano de la Unión, y en virtud de esta regla de no discriminación por razón de la nacionalidad), el residente legal extracomunitario podría ver aproximado su estatuto al de los propios nacionales del Estado miembro donde resida.

Además de que ciertos derechos de ciudadanía, que se especificarán más adelante, quedarían al margen de esta posible extensión o concesión, la principal diferencia entre la posición ante el Tratado de los ciudadanos de la Unión y la de los residentes legales extracomunitarios se cifraría en que la concesión a estos últimos de los derechos que tienen los primeros por el solo hecho de poseer la nacionalidad de un Estado miembro estaría sujeta en el TCEur a la decisión de las instituciones europeas. El reconocimiento no resultaría automáticamente del Tratado, sino de la legislación dictada a su amparo, de adopción no imperativa sino discrecional para las instituciones comunitarias.

Éstas tendrían margen para decidir, no sólo en cuanto al hecho en sí de la concesión, sino también para fijar los requisitos a que cabría condicionarla. El Consejo Europeo de Tampere mencionó dos: haber residido legalmente durante un período previo que la Unión debería determinar, y contar con un permiso de larga duración. La lista no sería cerrada, dados los amplios términos del artículo III-267.2.b) del TCEur, pero todos los requisitos que se fijaran habrían de superar los *tests* de proporcionalidad y demás de validez propios del Derecho comunitario.

Para terminar de perfilar la noción de «definición», conviene resaltar que el artículo III-267.2.b) del TCEur incluye expresamente dentro de ella a la de las condiciones por las que han de regirse la libre circulación y residencia del residente legal extracomunitario en otros Estados miembros. Se trata de un segundo aspecto o contenido funcional de la competencia cuyo origen no se halla en las conclusiones de Tampere, sino en las propias facultades que la Comunidad ya poseía al respecto según el Tratado de Roma, merced al de Amsterdam, como también puso de relieve la Convención²³.

3.2.2. *¿Qué derechos pueden concederse?*

Determinado lo que sería la «definición», resta concretar qué derechos podrían definirse o, lo que es lo mismo, concederse al residente legal extracomunitario. Se ha indicado ya que han de ser derechos de ciudadanía, lo cual dejaría fuera del alcance del título competencial a todos los que no lo sean. Y también, que algunos de los derechos de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión quedarían al margen de esta posibilidad de concesión, pues lo que con ella se pretendería es aproximar, más que igualar de manera completa, el estatuto de estas personas al del ciudadano comunitario residente en un país comunitario distinto del propio.

²³ Documento CONV 614/03, *cit.*, pg. 17.

Acudiendo a una interpretación sistemática del Tratado, la exclusión de ciertos derechos de ciudadanía vendría determinada por la existencia de otras bases jurídicas más específicas relativas a dichos derechos, que desplazarían por razones de especialidad al artículo III-267.2.b) del TCEur. Esas bases jurídicas son varias y las soluciones que aportan con respecto a los derechos a los que afectan, desiguales: en unos casos, la concesión a nacionales de terceros países resultaría inviable en términos absolutos, mientras que en otros ocurriría lo contrario, pues el reconocimiento al extranjero extracomunitario del derecho en cuestión es directo, no sólo en la Carta, sino también en la base jurídica prevista fuera de ella para la regulación de su ejercicio.

Sin embargo, la intensidad de las facultades legislativas de la Unión sería variable con respecto a los distintos derechos susceptibles de concesión al amparo del artículo III-267.2.b) del TCEur. En unos casos, permitirían emprender también una regulación comunitaria íntegra del régimen de ejercicio, mientras que en otros cabría únicamente establecer una regla europea de equiparación al contenido y régimen de ejercicio de los derechos en cuestión por referencia al que determine la legislación nacional del Estado donde se resida legalmente.

A continuación se analizan por separado cada uno de los posibles grupos de derechos, los excluidos y los incluidos dentro del título competencial, clasificando a estos últimos según la intensidad de las potestades reguladoras que el precepto atribuye a la Unión.

3.2.2.1. Derechos excluidos de modo absoluto: sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y europeas, y protección diplomática y consular

Los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y europeas, y el de protección diplomática y consular, serían de los que quedarían al margen del la aplicación del artículo III-267.2.b) del TCEur, no pudiéndose tampoco conceder mediante otras vías comunitarias, pues ni los preceptos que los reconocen o declaran en las Partes I y II, ni sus respectivas bases jurídicas específicas en la Parte III²⁴, mencionan a los nacionales de terceros países como titulares directos, o potenciales previa extensión mediante normativa derivada.

En este mismo sentido, y a pesar de que la Comisión se mostró favorable en su Comunicación de 2000 sobre una política comunitaria de migración a conceder los derechos de sufragio a los residentes a largo plazo²⁵, muy poco después dejó esa posibilidad fuera de su propuesta de Directiva sobre el estatuto del residente de larga duración. La razón esgrimida fue que el Tra-

²⁴ Artículos I-10, letras b) y c), II-99, II-100, II-106, III-126 y III-127.

²⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración, COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre de 2000, pg. 21.

tado de Roma no ofrece base jurídica para ello, pues sólo se refiere a los ciudadanos de la Unión²⁶.

Esta circunstancia permanece inalterada en el TCEur, tanto para los derechos de sufragio como para el de protección diplomática y consular.

- 3.2.2.2. Derechos excluidos del contenido de la competencia pero atribuidos por otras disposiciones del TCEur a nacionales de terceros países: buena administración, acceso a los documentos y al Defensor del Pueblo Europeo y petición

En el extremo opuesto al anterior, el propio TCEur reconoce directamente a los nacionales de terceros países, entre los de ciudadanía, los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos de la Unión y al Defensor del Pueblo Europeo, y de petición, lo que descartaría la necesidad de una concesión ulterior mediante legislación derivada. Pero, además de ello, y teniendo en cuenta la ya citada neutralidad competencial de la Carta, lo determinante son las bases jurídicas específicas previstas en la Parte III del Tratado para que la Unión regule el régimen de ejercicio de estos derechos²⁷, las cuales, como se ha visto, desplazarían al artículo III-267.2.b) según un criterio de especialidad.

Todas esas bases jurídicas mencionan expresamente a los nacionales de terceros países, junto a los propios ciudadanos de la Unión, como destinatarios necesarios de la legislación derivada que se dicte a su amparo, sin que ello dependa de una previa concesión discrecional mediante normativa derivada. Cualquier regulación comunitaria que se emprendiera con arreglo al TCEur habría de regular de manera necesaria el ejercicio de estos derechos por parte de los nacionales de terceros países presentes en la Unión, pero justamente como consecuencia de esas mismas bases jurídicas específicas, y no del precepto que aquí se analiza.

- 3.2.2.3. Derechos incluidos dentro del título competencial y susceptibles de regulación comunitaria a su amparo: libre circulación y residencia en otros Estados miembros

Un primer grupo de derechos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo III-267.2.b) del TCEur son, con claridad y por mención expresa en él, los de libre circulación y residencia en otros Estados miembros. Como va a comprobarse enseguida, tales derechos no sólo podrían atribuirse o concederse al residente legal extracomunitario sobre la base del precepto, sino que éste ofrecería también fundamento para una regulación comunitaria de su régimen de ejercicio.

²⁶ *Proposal for a Council Directive concerning the status of third-country nationals who are long-term residents*, COM (2001) 127, 13-3-2001, *Explanatory Memorandum*, pg. 8, punto 5.5.

²⁷ Artículo III-398, para el derecho a una buena administración; artículo III-399, para el derecho de acceso a los documentos; artículo III-335, para el acceso al Defensor del Pueblo Europeo; y artículo III-334, para el derecho de petición.

El artículo II-105.2 del TCEur, dentro de la Carta, prevé de forma explícita la posibilidad de conceder la libre circulación y residencia a nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro mediante normativa derivada, para lo que las Explicaciones invocan como base jurídica a los artículos III-265 a III-267. Sin embargo, el artículo III-265 es meramente descriptivo de políticas determinadas de la Unión (control de fronteras, visados, asilo e inmigración) y no establece un mecanismo decisorio, mientras que la referencia artículo III-266 obedecería a que el asilo, materia sobre la que versa, puede ser una forma de adquisición de la residencia legal.

El único precepto del TCEur que atribuye expresamente a la Unión una competencia para regular (definir) las condiciones por las que han de regirse la libre circulación y residencia de dichas personas es el artículo III-267.2.b). Por ello sería el precepto concreto sobre el que podría basarse la concesión de dichos derechos los residentes legales extracomunitarios. Pero además, la mención específica a esas condiciones haría de él fundamento adecuado dentro del TCEur para que la Unión pudiera regular también el régimen concreto de ejercicio de dichos derechos.

3.2.2.4. Derechos bajo regulación nacional con regla europea de equiparación: el otorgamiento al residente legal extracomunitario del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad

Según se ha adelantado, el segundo elemento de la ciudadanía de la Unión susceptible de concesión o extensión al residente legal extracomunitario por la vía del artículo III-267.2.b) del TCEur sería el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Pero a diferencia de los derechos de libre circulación y residencia, el precepto sólo podría ofrecer base jurídica a la extensión en sí, mas no, en cambio, para una regulación comunitaria del contenido del principio, pues ésta es *a priori* objeto de otra base jurídica dentro del TCEur, el artículo III-123, que desplazaría con carácter general al precepto que aquí se examina.

La extensión del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad al residente legal extracomunitario haría trasladable a éste el desarrollo normativo y jurisprudencial generado en la Unión sobre ese principio con respecto a sus propios ciudadanos²⁸. Y aunque dicho desarrollo, pasado o futuro, tendría su base jurídica *ad hoc* en el artículo III-123 del TCEur, como acaba de manifestarse, en un supuesto muy determinado esa función la desempeñarían conjuntamente dicho precepto y el artículo III-267.2.b), lo que no sería problemático en términos formales porque ambos establecen el mismo procedimiento, la aprobación de leyes o leyes marco europeas.

²⁸ Acerca del contenido y desarrollo de este principio comunitario, puede verse el trabajo de Ascensión ELVIRA PERALES, «La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad», en Enrique ÁLVAREZ CONDE y Vicente GARRIDO MAYOL (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, *cit.*, pgs. 105-131.

Esta concurrencia excepcional se produciría si se adoptaran normas derivadas específicas para los residentes legales extracomunitarios en aplicación de la reserva de las responsabilidades de los Estados miembros sobre el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, prevista en el artículo III-262. Al ser este último un límite no aplicable a las disposiciones sobre la ciudadanía, sino a las relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, entre las que se ubica el artículo III-267.2.b), cabría un empleo de esta última disposición para traducir ese límite en reglas que pudieran modular o afectar al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad cuando se conceda o haya sido concedido a residentes legales extracomunitarios. El criterio de especialidad operaría entonces en sentido inverso, del artículo III-123 en favor del artículo III-267.2.b).

No obstante, las nociones de orden público y seguridad interior serían categorías comunitarias, por venir establecidas en un precepto del TCEur, el artículo III-262, con lo que su utilización tanto en la legislación de la Unión como por parte de los Estados miembros se hallaría bajo control del Tribunal de Justicia. De otro lado, al insertarse dichas categorías en disposiciones pertenecientes al Derecho de la propia Unión, los Estados quedarían sujetos a la Carta (artículo II-111 del TCEur), y en consecuencia habrían de garantizar, cuando hagan uso de la reserva, el nivel mínimo de protección de los derechos que dimana del artículo II-113. Esto es, el que resulta de la normativa constitucional interna, de la propia Carta y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por último, las facultades legislativas que se derivarían para la Unión del artículo III-267.2.b) del TCEur, sobre la concesión al residente legal extracomunitario del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad inherente a la ciudadanía europea, quedarían limitadas a la regulación de las condiciones y límites de esa misma concesión o extensión. En cambio, serán la legislaciones estatales las que definan en cada caso el contenido y régimen de ejercicio de los derechos a cuyo disfrute dé lugar la aplicación del principio, dado que la eficacia de éste se cifra en la proscripción de la discriminación o, en positivo, en la equiparación a los nacionales precisamente con respecto a dichos derechos así definidos.

4. LA POSICIÓN DEL EXTRANJERO NO COMUNITARIO EN EL TCEUR. ALGUNAS REFLEXIONES DE CONSTITUCIONALIDAD «INTERNA»

La circunstancia anteriormente destacada de que la Carta de los Derechos Fundamentales no amplía las competencias, las misiones o el Derecho de la Unión determina que el juicio de constitucionalidad «interna» de las disposiciones del TCEur sobre los derechos de los extranjeros deba enfocarse esencialmente sobre las bases jurídicas específicas que permitirían a la Unión legislar en esta materia, principalmente las dos que ya se han analizado sobre asilo y definición de derechos.

Desde esta perspectiva, el aspecto más relevante a abordar sería la relación entre los artículos que establecen las mencionadas bases jurídicas y aquellos que la Constitución de 1978 dedica en particular a los derechos de los extranjeros en España. Según el orden de los correspondientes preceptos del TCEur, las prescripciones constitucionales potencialmente afectadas estarían dentro del artículo 13, concretamente, en sus apartados 4 (en el caso del estatuto uniforme de asilo) y 1 (en el de la definición de los derechos de los residentes legales extracomunitarios).

Asimismo, ha de tenerse en consideración el artículo 93 de la Norma Fundamental, en la medida en que las posibles fricciones entre el TCEur y las dos disposiciones precitadas de la Constitución Española pudieran considerarse como una lesión a los derechos reconocidos en esta última. Entraría entonces en juego uno de los límites materiales al poder de integración, implícito en el propio precepto²⁹ y recientemente explicitado por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 2004³⁰, en cuyo caso se estaría ante el supuesto previsto en el artículo 95.1, el de los Tratados *contra Constitutionem*.

No obstante, podrá comprobarse a continuación que no sucede así, y que ambos textos constitucionales, el europeo y el español, resultan mutuamente compatibles.

4.1. El artículo 13.4 de la Constitución Española y el estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países

Conforme a lo que acaba de exponerse, el primer problema constitucional a analizar es si el artículo 13.4 de la Constitución de 1978 impediría que se ceda a la Unión por la vía del artículo 93 el ejercicio de la competencia que se prevé en el artículo III-266.2.a) del TCEur, relativa a la fijación de un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países. Sin embargo, y con independencia del carácter fundamental o no del derecho de asilo³¹, parece que la remisión en bloque del precepto a la Ley para que sea ésta la que determine íntegramente el contenido del derecho haría viable la cesión.

Además de que la Ley sea plenamente intercambiable con los instrumentos internacionales que autoricen las Cortes Generales, lo que se estaría haciendo en este caso encaja plenamente en las previsiones del artículo 93. Esto es, se trataría de la cesión de una competencia derivada de la Constitución, la relativa a la regulación del estatuto de asilo, aunque limitada desde

²⁹ Entre una ya abundante bibliografía al respecto en España, pueden citarse los trabajos de Pablo PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 116 y siguientes, y «Constitución Española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pgs. 104 y siguientes.

³⁰ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico (en adelante, F. J.) núm. 2.

³¹ Resume las posiciones al respecto en la doctrina constitucional Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pgs. 52-53.

el punto de vista personal en el artículo III-266.2.a) del TCEur a los nacionales de terceros países.

A diferencia de lo que aconteció en 1992 con el Tratado de Maastricht, no hay en este caso una prohibición especialmente aplicable que entre en colisión textual y directa con el TCEur. La Constitución Española no excluye al asilo del ámbito de aplicación del artículo 93, ni de manera específica ni como consecuencia de un mandato más general que pudiera concretarse respecto a dicho derecho en particular. Así por ejemplo, y sin que ello fuera necesariamente un obstáculo absoluto en caso contrario, no existe un contenido esencial constitucionalmente establecido de esta figura que hubiera que preservar conforme al artículo 53.1, pues el artículo 13.4 no se ubica en el Capítulo II, sino en el Capítulo I del Título I de la Norma Fundamental.

Aunque las previsiones del TCEur habrían de respetar otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española que son de obligada observancia en los trámites de asilo (prohibición de tratos inhumanos o degradantes, libertad y seguridad o tutela judicial efectiva, entre otros)³², el artículo II-113 del Tratado ofrece garantía suficiente, al impedir que la Unión rebaje el nivel de protección de los derechos resultante de las Constituciones de los Estados miembros. Por otra parte, las infracciones a la Norma Fundamental han de ser actuales y no hipotéticas para que invaliden la disposición objeto de contraste, aquí el TCEur.

No cabe imputar a éste las eventuales vulneraciones en que pudieran incurrir futuros desarrollos normativos por parte de la Unión, máxime cuando quizá ni siquiera lleguen a producirse. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004³³, el juicio de constitucionalidad de los tratados de integración debe limitarse a éstos, mientras que el Derecho derivado de la integración supranacional tiene su único marco de validez en las propias disposiciones originarias de la Unión a causa, precisamente, de la cesión del ejercicio competencial llevada a cabo según las previsiones del artículo 93 de la Constitución Española.

Ante una hipotética regulación europea de un estatuto uniforme de asilo que resultara incompatible con esos otros derechos constitucionales que han de respetarse en la tramitación de las solicitudes, cabría acudir a la versión española de la doctrina *Solange* establecida por el Tribunal Constitucional, también, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el TCEur. Conforme a ella, sólo si no se lograra la depuración de la irregularidad por las vías establecidas en la propia Constitución europea, la conservación de la soberanía y la supremacía de la Norma Fundamental española, dijo el Alto Tribunal, le permitirían conocer del asunto mediante los procedimientos pertinentes³⁴.

³² En este sentido, de nuevo, Pablo SANTOLAYA, *El derecho de asilo...*, cit., pg. 53.

³³ F.J. 2.

³⁴ F.J. 7.

Esta posibilidad, así como la alternativa más contundente de la retirada de la Unión, ofrecen respaldo a la regularidad constitucional del Tratado en su conjunto y, más en concreto, a su artículo II-266. Como dijo el Tribunal Constitucional en la citada Declaración³⁵, los problemas de articulación futura entre sistemas de protección de derechos que pudieran surgir³⁶ no suponen la inconstitucionalidad actual del Tratado. Antes al contrario, presupuesta y afirmada dicha constitucionalidad por el solo contraste del TCEur con la Norma Fundamental, esos problemas habrían de abordarse en el caso y en el momento en que efectivamente se produjesen, si llegan a hacerlo.

4.2. La definición de los derechos del residente legal extracomunitario: los artículos III-267.2.b) del TCEur y 13.1 de la Constitución Española

Tampoco es motivo de inconstitucionalidad *per se* la amplitud con que el artículo III-267.2.b) del TCEur describe la competencia de la Unión sobre definición de los derechos de los nacionales. Ciertamente, hubiera resultado más simple y correcto decir en él que podrán concederse los derechos de libre circulación y residencia y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, propios de la ciudadanía de la Unión, a los residentes legales extracomunitarios, con los requisitos que fije la Ley o la Ley marco europea. Pero el contenido así definido de la competencia, deducible por vía hermenéutica como ya se ha comprobado, no colisiona con ninguna disposición constitucional «interna».

En particular, y habiéndose determinado ya que no hay base jurídica ni en este precepto ni en otros de TCEur para una extensión comunitaria de los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y europeas a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, no habría antinomia con el artículo 13.2 de la Constitución Española. Una antinomia que, más que por el hecho en sí de la extensión, podría surgir a consecuencia del requisito de la reciprocidad exigido para ello en el precepto.

En cuanto al reconocimiento u otorgamiento de los derechos de libre circulación y residencia y del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad a extranjeros extracomunitarios con residencia legal, su problemática constitucional «interna» es similar a la que puede plantearse con respecto a los extranjeros comunitarios (pues la Constitución Española no distingue entre unos y otros). Y si en cuanto a estos últimos, ambas cuestiones han sido asumidas sin reparos de constitucionalidad en España (desde nuestra adhesión a las Comunidades Europeas en el primer caso, y a partir

³⁵ F.J. 6.

³⁶ Algunos de ellos, con respecto al texto aprobado en Niza, que ha sido integrado en la Parte II del TCEur sin variaciones en este extremo, se apuntan en el trabajo de FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Una Carta de dudosa utilidad», *cit.*, pgs. 194 y 195.

LOS DERECHOS DEL EXTRANJERO NO COMUNITARIO EN LA...

de la vigencia del Tratado de Maastricht, en el segundo³⁷, tampoco habría razón para no hacerlo con respecto a las personas desprovistas de la ciudadanía de la Unión, pues no hay una base constitucional «interna» que diferencie a unas de otras.

Antes al contrario, supuesta la vigencia del TCEur, sería éste uno de los Tratados a los que el artículo 13.1 de la Constitución remite para concretar el régimen de ejercicio de los derechos reconocidos en el Título I por parte de los extranjeros en España. Además, el artículo II-113 del texto europeo, como observó el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, asegura una suficiente compatibilidad en materia de derechos, si bien no exenta de complejidad en su articulación recíproca, con las previsiones de la Norma Fundamental española.

³⁷ En este sentido, los estudios de Ricardo ALONSO GARCÍA, «¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública por los ciudadanos comunitarios», *REDA*, núm. 76, 1992, pgs. 599-614, y de Araceli MANGAS MARTÍN, «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *REDI*, vol. XLIV, núm. 1992-2, pgs. 381-393, plantearon algunas posibles disfuncionalidades entre el artículo 13.2 de la Constitución y las reglas comunitarias sobre libre circulación tras la Declaración del Tribunal Constitucional sobre el Tratado de Maastricht, si bien en la práctica no se han planteado dificultades de encaje.