
5. Inseguridad jurídica en la aplicación de la política comunitaria de visados por España con relación a los visados de corta estancia

María Luisa Sánchez Barrueco¹

El presente análisis presenta las conclusiones de un estudio de campo por-
menorizado realizado entre 2009 y 2011 sobre resoluciones de denegación
de visado de corta estancia dictadas por autoridades españolas en países de
Europa, América y África, en el período de tiempo que transcurre desde
2006 hasta la entrada en vigor completa del Código Europeo de Visados, el
5 de abril de 2011, que en España motivó la última reforma del Reglamento
de Extranjería, en vigor desde el 30 de junio de 2011².

Es necesario precisar que los nacionales obligados a solicitar un vi-
sado de corta estancia son los mencionados en el Reglamento 539/2001³
con sus actualizaciones sucesivas, colectivo al cual no se debe incluir
a los familiares de ciudadanos comunitarios, sujetos a un régimen más
favorable. Los resultados obtenidos se contrastaron con el análisis de resolu-
ciones similares puntuales dictadas en otros Estados Miembros que aplican

-
1. La autora agradece la colaboración de Irina Ungureanu, becaria del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto. La lista de personas que han colaborado aportando resoluciones denegatorias reales en algunos casos, y sus testimonios personales, en otros, haría interminable el apartado de agradecimientos, pero unos y otros se verán sin duda reflejados en estas páginas. Este capítulo se acabó de redactar en febrero de 2012.
 2. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE de 30 de abril de 2011.
 3. Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores, la versión consolidada más reciente está disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0539:20110111:EN:PDF>

la política común de visados⁴. Durante la investigación se mantuvieron entrevistas con solicitantes de visado, representantes de asociaciones de ayuda a la migración y abogados especializados en el ámbito de extranjería.

La concesión de visados, ¿una prerrogativa soberana y discrecional?

En materia de visados, la política comunitaria de gestión integrada de las fronteras exteriores, como complemento necesario del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, tiene por objetivo, en primer lugar, la creación de un cuerpo común de normas que regulen los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados Miembros. Aunque en 2005 el Consejo de la Unión Europea decía concebir la política común de visados como uno de los elementos que conforman un sistema multinivel dirigido a la facilitación de los viajes legítimos y a la lucha contra la inmigración ilegal a través de una mayor armonización de la legislación nacional y de las prácticas de tramitación en las misiones consulares locales⁵, lo cierto es que el análisis empírico deja traslucir una realidad mucho menos idílica y más relacionada con la «sociedad del riesgo» descrita por Ulrich Beck en 2002.

La introducción de un régimen comunitario ha sido y es difícil porque el ámbito migratorio sigue marcado por las percepciones y costumbres aplicadas durante décadas en el ámbito de la seguridad nacional: desconfianza, hermetismo y excepcionalidad. Desconfianza respecto al extranjero y las personas u organismos ajenos a las administraciones que gestionan la migración, hermetismo o secretismo como modo habitual de funcionamiento; y finalmente excepcionalidad, en el sentido de que en el ámbito de la migración se aplican importantes derogaciones a los principios generales del Derecho Administrativo que vinculan a las demás administraciones públicas, bajo la justificación

-
4. No se incluyen el Reino Unido ni Irlanda por sus excepciones constitucionales anexas al Tratado, ni Bulgaria, Chipre y Rumania, que aún no han ingresado en el sistema Schengen. Por el contrario, ciertos países no miembros forman parte de Schengen y aplican la normativa común en materia de visados (Islandia, Noruega y Suiza).
 5. Apartado 1.7.3 del Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, DOUE 53/2005 de 3 de marzo.

recurrente de la seguridad nacional, sin efectuar un análisis de impacto medurado y proporcionado en relación con los riesgos. No hay que olvidar que las autoridades migratorias forman parte integrante de la llamada Administración pública, este ámbito ha resistido a los procesos de modernización experimentados por otros sectores de la Administración, que han redundado en una mejor atención al ciudadano: mayor transparencia y comprensión de la información proporcionada, mejores garantías de recurso contra las decisiones que restringen derechos, etc.

Una manifestación de dicho acervo histórico es la percepción de que decidir mediante la concesión de un visado qué extranjero puede entrar en su territorio constituye una prerrogativa ligada a la soberanía nacional, como consecuencia de lo cual, el acto de concesión o denegación del visado es un acto discrecional. La discrecionalidad se ha deslizado con frecuencia hacia una arbitrariedad que genera profunda inseguridad jurídica e indefensión para el ciudadano extranjero solicitante de visado.

En el marco de la Unión Europea, el mantenimiento de ciertas prácticas nacionales colisiona frontalmente con la reiterada bandera europea de la protección y respeto a los derechos humanos. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la Carta de Derechos Fundamentales (CDF) tiene idéntico valor que los tratados y vincula jurídicamente a los órganos jurisdiccionales tanto de la Unión como de los Estados Miembros. Las disposiciones de la Carta no son por tanto papel mojado y la Comisión Europea está obligada a velar por que, en la implementación del Derecho de la Unión, los Estados Miembros respeten, en particular, el artículo 1 («La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»), el artículo 4 («nadie será sometido a [...] trato inhumano o degradante»), y el artículo 41, que consagra el derecho a una buena administración en los ámbitos de competencia de la Unión Europea.

Conviene detenernos brevemente en el contenido del derecho a una buena administración, como el derecho fundamental a una administración transparente, responsable y con vocación de servicio⁶.

6. Sobre la aplicación del Derecho a la Buena Administración respecto a la política europea de visados, vid. Sanchez Barrueco, María Luisa, «El Código Europeo de Visados y las nuevas garantías reconocidas a los solicitantes de visado». *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 26 (2012).

La Carta de Niza es la primera en el mundo en recoger este derecho fundamental, y este es un dato muy importante para situar el derecho a la buena administración en su justo contexto. En efecto, los Estados Miembros no se hallan individualmente vinculados a escala internacional por este derecho en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no recogió este derecho en 1950, aunque debe reconocerse que las reformas administrativas operadas por la mayoría de Estados Miembros en las últimas décadas han incorporado a nivel constitucional o de alto rango legislativo este principio. Aun así, es necesario dilucidar si el derecho a la buena administración consagrado en la CDF vincula únicamente a las instituciones europeas, o también a los Estados Miembros. En este sentido, nos alineamos con el sector doctrinal que acoge una vinculación de tipo funcional de los Estados Miembros: en la medida en que apliquen legislación europea se convierten en administración europea y están constitucionalmente obligados a proporcionar una buena administración al ciudadano, categoría de beneficiario que excede el mero ciudadano comunitario para abarcar cualquier interesado que entre en relación con una administración nacional, entre ellos el solicitante de asilo extracomunitario.

En el ámbito que nos ocupa, el derecho a la buena administración se traduce en otros derechos de interés, también explicitados en el artículo 41 CDF: el derecho a que los asuntos individuales sean tratados «imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable», a que la persona sea «oída antes de que se tome una medida individual que la afecte desfavorablemente», a «acceder al expediente que le concierna» respetando la confidencialidad, y «la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones».

Como vemos, en la medida en que las necesidades del Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia (ESLJ) europeo impulsan a los Estados Miembros a gestionar en común las fronteras exteriores, adoptando una legislación común, se van estrechando los límites del margen de discrecionalidad en la concesión de visados porque deberán incorporar garantías procedimentales y materiales acordadas a nivel supranacional.

En consecuencia, desde una perspectiva puramente jurídica, puede considerarse que el ESLJ limita fuertemente la consideración de la concesión de visado como una competencia soberana. Aunque en último término la decisión sobre la concesión o no de un visado sigue estando en manos de las autoridades consulares del Estado Miembro competente, el legislador europeo ha realizado un importante esfuerzo por delimitar numerosos aspectos de la tramitación que venían siendo discrecionales. Con ello se obtiene un resultado de suma positiva: por una parte, se in-

roduce un embrión de blindaje del extranjero frente a la arbitrariedad de los funcionarios consulares; por la otra, los estados resultan también beneficiados, pues en la medida en que las condiciones de tramitación de los visados sean homogéneas se evitará el *forum shopping*, o la utilización de visados de conveniencia por parte de los extranjeros.

Desde la perspectiva política y práctica, sin embargo, es obligado advertir que las mejoras principales introducidas en la Unión se han incorporado recientemente o están en proceso de incorporación en el ámbito nacional. La política migratoria se ha caracterizado tradicionalmente por la desatención a las garantías de los extranjeros solicitantes de visado, dejadas a merced de las autoridades nacionales. No cabe por tanto esperar cambios instantáneos, perceptibles e integrales en la cultura administrativa, pero, a la vez, la efectividad práctica del régimen jurídico actual exigirá la vigilancia constante, tanto de la Comisión como de los representantes de la sociedad civil, para comprobar que las exigencias de la Unión se cumplen sobre el terreno.

Con respecto a España, el presente estudio ha servido para identificar diversas fuentes de indefensión para el extranjero que solicita un visado español de corta estancia, que se manifiestan a lo largo de todo el proceso, desde el momento en que se solicita el visado hasta el momento de su denegación y posterior recurso. El marco jurídico comunitario que establece la vara de medir de las autoridades consulares está integrado fundamentalmente por el Código Comunitario de Fronteras (Reglamento 562/2006, en adelante CCF)⁷, en vigor desde 2006, y el Código Europeo de Visados (Reglamento 810/2009, en adelante CEV)⁸, en vigor en la Unión Europea desde 2010. Paralelamente, el marco jurídico español para los visados de corta estancia

7. Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, DOUE 105/2006 de 13 de abril, que entró en vigor el 13 de octubre de 2006. Este reglamento comunitarizó el acervo de Schengen con el objetivo de conseguir una gestión integrada de las fronteras exteriores por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea.

8. Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código Comunitario de Visados (Código de Visados), DO L243 de 15 de septiembre de 2009; modificado (en aspectos puramente técnicos relacionados con el VIS) mediante Reglamento (UE) n.º 977/2011 de la Comisión de 3 de octubre de 2011, DO L258 de 4 de octubre de 2011.

quedó recogido en el Reglamento de Extranjería 2393/2004⁹, que a partir del 30 de junio de 2011 es sustituido por el Reglamento 557/2011¹⁰ para adaptarse, con más de un año de retraso, a las exigencias del CEV. Es preciso señalar que el análisis empírico realizado no abarca los visados concedidos durante la vigencia del actual Reglamento de Extranjería, por lo que cabe la posibilidad de que algunas insuficiencias expuestas a continuación hayan sido corregidas cuando estas líneas se publiquen.

Fuentes de indefensión durante la fase de solicitud de la visa de corta estancia

Cuatro son las fuentes de indefensión que afectan al momento en que el extranjero solicita el visado a las autoridades consulares, todas ellas claras violaciones del derecho humano a una buena administración antes mencionado: las dificultades para obtener un visado en un lugar próximo al lugar de residencia del interesado, la desatención de los derechos lingüísticos, la ambigüedad en cuanto a la documentación exigida y su costo y el trato de las autoridades consulares.

Dificultades para obtener un visado en un lugar próximo al de residencia

Los extranjeros obligados conforme al Reglamento 539/2001 a obtener un visado para entrar en territorio Schengen están obligados a obtenerla de las autoridades consulares del Estado Miembro en el que pretenden permanecer como único destino o destino principal, o, únicamente en defecto de lo anterior, del Estado Miembro por cuya frontera exterior accede a la Unión

9. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE de 7 de enero de 2005.

10. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE de 30 de abril de 2011.

Europea. Estas son las únicas autoridades competentes. En consecuencia, los nacionales de estados en los que España no dispone de consulado se han visto obligados a viajar a otros países que sí disponen de sección consular española cuando requieren un visado para España¹¹.

En ocasiones, esta situación se torna kafkiana cuando, a su vez, es necesario un visado para entrar en este tercer país. Moldavia ofrece uno de estos ejemplos. Con respecto a los moldavos, se distingue la situación del solicitante de visado de corta estancia y la del solicitante de visado de larga duración. Las solicitudes de visado de corta estancia se gestionan por la embajada de Bucarest. El ingreso de Rumanía en la UE obligó a los moldavos que querían un visado español a obtener previamente un visado de corta estancia para Rumanía. No obstante, era posible tramitar la solicitud mediante representante legal, pues la embajada española en Rumanía no exigía la presencia física del solicitante en el caso de los visados de corta estancia. La necesidad de captar los identificadores biométricos en el procedimiento de tramitación de los visados eliminó progresivamente esta posibilidad.

Tratándose de visados de larga duración, la presencia física del solicitante es ineludible. Ello implicaba, entre 2007 y 2009, que los moldavos estaban obligados a superar las largas colas (según testimonios, frecuentemente superiores a quinientas personas diarias) de la embajada rumana en Chisinau para obtener un visado de corta estancia para Rumanía y, una vez obtenido, poder tramitar personalmente su solicitud ante la embajada española en Bucarest.

Es necesario advertir que en 2007, por efecto del acuerdo de facilitación de visas UE-Moldavia, se abrió en Chisinau el Common Application Center, un centro común administrado por la embajada de Hungría y que emite visados con validez en quince Estados Miembros. Sin embargo, España no figura en esta lista, por lo que esta solución no beneficiaba a los moldavos cuyo destino fuera este país.

En 2009, la interposición del visado rumano para solicitar el visado español desaparece cuando la embajada española en Kiev, Ucrania, acepta tramitar las solicitudes de ciudadanos moldavos. Sin embargo, un nuevo

11. El CEV pretende corregir esta situación introduciendo mecanismos de cooperación entre los Estados Miembros con presencia consular en el país de origen.

obstáculo sustituye al anterior, el geográfico, pues el viaje entre Chisinau y Kiev es largo y costoso y supone atravesar las peligrosas fronteras de Transnistria y Ucrania, respecto a las cuales los testimonios recogidos reflejan consistentemente alegaciones de trato discriminatorio, arbitrario y degradante contra los moldavos, especialmente de sexo femenino.

Desde octubre de 2010, como excepción, la embajada checa en Chisinau tramita los visados españoles de corta estancia, una mejoría que interpretamos como consecuencia de la entrada en vigor del CEV el 5 de abril anterior, pues el artículo 5.4 del mismo establece que «los Estados Miembros colaborarán entre sí para que no pueda darse el caso de que sea imposible examinar una solicitud y tomar una decisión sobre ella porque el Estado Miembro competente [...] no tenga presencia ni esté representado en el tercer país en el que el solicitante presente la solicitud [...]». En efecto, el considerando n.º 4 del CEV les instaba a celebrar acuerdos de representación «para que los solicitantes de visado no tengan que realizar un esfuerzo desproporcionado para acceder a los consulados».

Derechos lingüísticos de los solicitantes de visado

En este ámbito se manifiesta una de las contradicciones que ha padecido el régimen comunitario en los últimos años y que aparecerá de modo recurrente a lo largo de este estudio: las garantías procedimentales que la Unión Europea establece en beneficio del extracomunitario que cruza las fronteras exteriores no le benefician en igual medida en la fase previa de solicitud y tramitación del visado. La desigual protección del inmigrante en su país de origen respecto al momento del cruce físico de la frontera exterior se ha visto mitigada con la entrada en vigor del CEV en abril de 2010¹², pero la mayor parte del período abarcado por este estudio ha sido testigo de esta disparidad.

Como primera manifestación de ello, el desigual respeto a los derechos lingüísticos del solicitante de asilo. Si el artículo 7.5 CCF establecía ya en 2006 respecto a los puestos fronterizos exteriores que «la información

12. No ha sido posible comprobar la virtualidad de sus disposiciones en la práctica, ni de modo uniforme en distintos Estados Miembros.

relativa al propósito y procedimiento de inspección minuciosa sufrida por el extranjero que cruza la frontera debe estar disponible en todas las lenguas oficiales de la Unión y del Estado donde se produce el control», no existía un derecho similar en la fase previa, respecto tanto a la documentación que debe adjuntarse a la solicitud de visado como a la resolución denegatoria de la visa, que se emite únicamente en español o en inglés (pendiente de comprobación).

Desde la entrada en vigor del CEV en 2010, la legislación de la Unión obliga a poner a disposición del extracomunitario los impresos de solicitud del visado de corta estancia en las lenguas oficiales en el Estado español y en el país de solicitud del visado, o en su caso, el país que represente a España en esa labor cuando no tenga oficina consular. Sin embargo, esta prescripción ha pasado desapercibida en el actual Reglamento de Extranjería y desconocemos si se está cumpliendo en la práctica.

El tema lingüístico es también fuente indirecta de problemas para los solicitantes de visado en países en los que España carece de sección consular. Siguiendo el ejemplo antes citado de los nacionales moldavos que se desplazan a Ucrania para tramitar su visado español, los testimonios recogidos se refieren consistentemente a las dificultades enfrentadas cuando los funcionarios ucranianos del consulado intentan corroborar los documentos originales escritos en moldavo (que es lengua romance frente al ucraniano, de origen eslavo) con la traducción en español presentada, pues la desconfianza que genera a estos funcionarios el manejo de documentos en una lengua desconocida motiva la denegación del visado ante la más mínima duda sobre la traducción española.

Documentación requerida y costo del visado

El CCF de 2006 no hacía referencia a los documentos que se debían adjuntar a la solicitud de visado y se limitaba a enumerar en el artículo 5 los requisitos que debía cumplir el solicitante en el momento del cruce de fronteras: estar en posesión de pasaporte válido, visado válido, prueba del objeto y condiciones de la estancia, prueba de medios de subsistencia, y no suponer un riesgo para el orden público, seguridad pública o salud pública, estuviera o no inscrito como no admisible en el Sistema de Información Schengen. En la práctica, sin embargo, la emisión de visados estaba condicionada a prácticamente los mismos requisitos.

La legislación española (art. 28.1 Reglamento 2393/2004 de Extranjería) imponía como documentación a adjuntar a la solicitud la que acreditara en particular, «b) El objeto del viaje y las condiciones de la estancia prevista; c) La disposición de medios de subsistencia suficientes para el período que se solicita; d) Un seguro médico» para cubrir los gastos de enfermedad y repatriación, «e) La disposición de alojamiento en España durante la estancia» y «f) Las garantías de retorno al país de procedencia, entre las que deberá aportarse un billete de ida y vuelta con una fecha de retorno cerrada que no sobrepase el período de estancia máxima autorizado».

Con la entrada en vigor del CEV en 2010 aumenta la racionalidad legislativa ya que los documentos justificativos requeridos se han unificado a escala comunitaria y giran en torno a cuatro aspectos que deben quedar acreditados: el motivo del viaje, el alojamiento, los medios de subsistencia y un arraigo en el Estado de origen suficiente para asegurar, siempre a juicio del funcionario consular, que el solicitante no se transformará en un inmigrante irregular cuando expire el período de validez del visado. En honor a la verdad, la remisión genérica del nuevo Reglamento de Extranjería a los requisitos de la Unión afianza la coherencia antes mencionada entre la legislación nacional y europea¹³.

Aun así, no podemos negarnos a criticar desde un punto de vista humanista el que la concesión de un visado de corta estancia esté condicionado por la exigencia de un propósito para viajar, aunque dicha crítica resulte utópica en el mundo y los tiempos actuales. Supone la negación del derecho humano a desplazarse libremente que debería tener todo ciudadano respetable que no suponga un riesgo creíble contra el orden público y la seguridad nacional, con medios económicos suficientes y arraigo en su país de origen. ¿Por qué un extranjero no puede viajar por Europa simplemente porque quiere? ¿Quién puede criticar la falta de «suficiencia» en los motivos «no objetivos» de visitar a la propia pareja en su cumpleaños, asistir a una comunión, boda o funeral de miembros de la familia? ¿Tiene sentido contar con cientos de sitios declarados Patrimonio de la Humanidad en

13. Artículo 30.1 del Reglamento 577/2011: «El procedimiento y condiciones para la expedición de visados uniformes y de validez territorial limitada se regulan por lo establecido en el Derecho de la Unión Europea».

Europa, cuando solo los extranjeros que pueden probar un motivo suficiente pueden venir a visitarlos?

Además, la titánica tarea de reunir los documentos acreditativos de los cuatro aspectos citados sigue generando indefensión entre los extracomunitarios solicitantes de visado por dos razones fundamentales íntimamente relacionadas: la determinación de qué documentos constituyen prueba suficiente es imprecisa, y el costo en que debe incurrir el solicitante para obtenerlos parece desproporcionado a la verosimilitud de obtener un visado positivo de las autoridades consulares.

En primer lugar, ¿cuál es el umbral más allá del cual se consideran suficientemente probados aspectos como el motivo del viaje, el alojamiento, el arraigo en el Estado de origen? Reside aquí el último reducto de la discrecionalidad soberana de los Estados Miembros en materia de visados, pues determinar este umbral correctamente supone la diferencia entre obtener el visado y verse rechazado. La legislación comunitaria guarda silencio al respecto, únicamente contiene en el anexo II al CEV una lista *no exhaustiva* de documentos justificativos.

Ello explica los testimonios que declaran que, con frecuencia, presentada la documentación exigida en un principio, los funcionarios consulares piden nuevos documentos, lo que obliga al solicitante a regresar otro día y esperar el turno correspondiente. Se genera así una sensación de frustración e indefensión en el solicitante, acentuada cuando la distancia desde el domicilio a la oficina consular es grande, y que raya en la humillación cuando los documentos adicionales requeridos hacen referencia a aspectos privados como los movimientos de cuentas bancarias en la horquilla temporal que fija el funcionario consular, la escritura de propiedad de la vivienda en la que reside el solicitante, o información sobre las nóminas de terceras personas que no van a viajar, como sus padres u otros miembros de la familia que conviven habitualmente con él.

La prueba del propósito del viaje no resulta menos criticable, ya que se deben aportar documentos que hagan referencia a una realidad inminente, no a un futuro incierto. Entre los documentos justificativos que recoge el anexo II del CEV se incluyen: reserva confirmada de un viaje organizado, entradas a congresos o ferias, certificado de inscripción en un centro de estudios, billete de avión; todos ellos documentos con un costo elevado imposible de recuperar en caso de denegación del visado. Hemos accedido a los testimonios de abundantes ejemplos de ello: un licenciado en Medicina que, más allá de la carta de aceptación, se ve obligado a abonar los gastos de inscripción en la academia que prepara los exámenes del MIR en Oviedo, un

grupo de jubilados que abona la reserva de un viaje turístico organizado en una agencia de viajes, un enfermo que reserva plaza para tratamiento médico en una clínica, todos ellos casos reales de visados denegados por España.

Idéntica reflexión procede en lo relativo a la prueba del alojamiento. Cuando el solicitante viaja solo, determinados consulados exigen un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles conjuntamente con la solicitud de visado. No abundaremos en las dificultades inherentes a la búsqueda a distancia de un propietario en el lugar de destino que quiera comprometerse a alquilar su vivienda a un extranjero que no conoce físicamente y con quien solamente se relaciona a través de correo electrónico o teléfono, pero este requisito conduce en la práctica a la discriminación de los nacionales de determinados orígenes (por ejemplo, subsaharianos o árabes) con independencia de su categoría personal o profesional. Además, la fianza abonada a la firma del contrato no puede recuperarse si el visado es denegado. La práctica actual no es ni apta ni proporcionada en relación con el objetivo perseguido. No es apta, en la medida en que las exigencias actuales solamente introducen una discriminación entre la migración económica, excluyendo a la *franja pobre* del acceso al territorio español, pero no impiden la entrada de inmigrantes con recursos económicos altos que puedan incluso constituir una amenaza a la seguridad nacional. Tampoco es proporcionada en la medida en que existen fórmulas menos onerosas para alcanzar el objetivo pretendido, como, por ejemplo, evaluar si los medios económicos son suficientes para costear un alojamiento y, en su caso, posibilitar que el visado sea retirado, una vez concedida, si con anterioridad al viaje el solicitante no aporta la prueba definitiva del alojamiento en el que residirá.

En esta línea, surge la cuestión del valor asignado a las cartas de invitación como documento justificativo no solamente del alojamiento del solicitante, sino también de la existencia de medios de subsistencia ajenos que garantizan en cierto modo que el solicitante no se convertirá en una carga para España. La respuesta no se halla exenta de ambigüedad. Desde 2007, una Orden del Ministerio de Presidencia¹⁴ introduce un modelo oficial de

14. Orden PRE/ PRE/1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado, BOE de 11 de mayo.

carta de invitación que el particular residente legal en territorio comunitario debe tramitar ante la comisaría de policía correspondiente para avalar al solicitante de visado. Su concepción como un documento de apoyo deja en manos del funcionario consular concreto el alcance de la toma en consideración de la carta de invitación. Sin embargo, la obtención de la carta de invitación tiene un costo y no está sujeta a exigencias documentales uniformes en todas las comisarías españolas, lo cual origina distorsiones considerables al residente europeo que avala al solicitante de visado. Adicionalmente, el valor asignado a la carta de invitación varía entre consulados españoles en terceros estados. Según los testimonios recibidos, ciertos consulados consideran absolutamente irrelevante este documento a efectos de la obtención del visado (por ejemplo, Quito). En otros casos, en cambio, se produce una exigencia extensiva de este documento, y se llega a denegar la entrada en territorio español a una persona por no llevar la carta de invitación extendida en modelo oficial¹⁵.

La posesión de medios de subsistencia suficientes es un elemento fundamental de la entrada en territorio de la UE, que se evalúa no solamente durante la tramitación del visado sino en el momento del cruce físico de fronteras exteriores. El CCF de 2006 lo configura como un requisito cumulativo a la posesión del visado, por lo que teóricamente podría suceder que las autoridades nacionales que conceden el visado lo valoren positivamente pero los guardas fronterizos denieguen la entrada por este mismo motivo.

La determinación del nivel de medios de subsistencia estimado suficiente es un misterio, aunque el artículo 5.3 CCF, que establece que «el criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios del alojamiento y de la alimentación en el Estado o Estados Miembros de que se trate, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia» y que los Estados Miembros están obligados a notificar a la Comisión los importes de referencia decididos en este sentido (artículo 34 CCF).

15. Este ejemplo figura en el Informe del Defensor del Pueblo de 2010, pero no hemos tenido conocimiento de otros casos similares.

En relación con la comprobación de los medios de subsistencia suficientes, el CCF menciona como criterios posibles, junto con la posesión del dinero en efectivo, cheques de viaje y tarjetas de crédito por parte del extranjero que cruza la frontera, la posibilidad de basarse en indicios adicionales, como la carta de invitación de una persona de acogida que manifiesta la voluntad de hacerse cargo de aquel. Como antes se dijo, determinados consulados no prestan atención a este criterio.

Finalmente, una breve referencia al costo del visado, que hasta la entrada en vigor del CEV en 2010 variaba entre los Estados Miembros, pero que desde 2010 cuesta con carácter general 60 euros. España ya exigía este importe desde 2006¹⁶ frente a Rumanía, que no exigía costo alguno, por lo que la uniformización es positiva a efectos de evitar los visados de conveniencia, si bien es cierto que el importe determinado es elevado. Sin embargo, debe destacarse que el CEV plantea diversas posibilidades de reducción o exención en el costo del visado, que pueden reintroducir en la práctica las antiguas disparidades existentes. La sospecha aumenta cuando se vincula este tema con la práctica realizada por un número importante de Estados Miembros de externalizar la tramitación de visados a terceros países. Los centros comunes de visados o las empresas privadas que ofrecen este servicio han de cubrir costos y tienen ánimo de lucro, por lo que no les interesa ofrecer una información clara y precisa a los extranjeros sobre las deducciones a que tienen derecho, como expuso en 2009 un informe realizado en Ucrania, cuyas conclusiones relacionaban los Estados Miembros cuyos visados se gestionaban mediante un centro común (España, Italia, Francia, Bélgica) con un menor porcentaje de visados gratuitos emitidos¹⁷.

Desde 2010, el CEV impone como norma general un costo de 60 euros no retornables en concepto de la tramitación de visado, con una reducción para los niños entre seis y doce años y para los nacionales de estados que hayan suscrito acuerdos de facilitación de expedición de visados y

16. Orden AEC/4004/2006, de 22 de diciembre, por la que se establecen las cuantías de las tasas por la tramitación de visados, BOE de 30 de diciembre.

17. Center for peace, Conversion and Foreign Policy of Ukraine, *Public monitoring of the EU Member States' visa issuance policies and practices in Ukraine. Analytical Report*, Kiev, 2009, http://novisa.com.ua/file/publics/novisa_publics1270235048.pdf.

readmisión¹⁸; y se prevé exención total a los niños de edad inferior, estudiantes, investigadores y representantes de ONG, y exención facultativa para los diplomáticos y los mayores de 25 años que participen en eventos deportivos, culturales o educativos organizados por ONG (art. 16 CEV).

Trato recibido por el solicitante de visado por parte de las autoridades consulares

El artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales consagra el derecho a la dignidad humana. Resultan plenamente aplicables en este punto las consideraciones hechas con anterioridad sobre la vinculación que de ello deriva para los Estados Miembros como ejecutores del Derecho comunitario. En el ámbito concreto de la política de visados, la exposición de motivos del CCF recordaba en 2006 que «los controles fronterizos deben realizarse de forma que se respete plenamente la dignidad humana. Deben llevarse a cabo de una forma profesional y respetuosa y ser proporcionados a los objetivos perseguidos» (considerando 7). En efecto, solo así será cierto que el régimen comunitario introducido «respete los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (considerando 20). Por ello, el artículo 6 CCF conmina a la policía de fronteras a respetar plenamente la dignidad humana en el desempeño de sus funciones, proscribiendo expresamente cualquier discriminación por motivos de «sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Nuevamente, la referencia a los derechos humanos realizada por el CCF se limitaba hasta 2010 a la operación física del paso de fronteras, pues ninguna disposición permitía extender tales garantías al período anterior, es decir, a la solicitud del visado, y los funcionarios consulares no encajaban en la definición de guarda fronterizo contenida en el artículo 2 CCF. Es decir, el CCF obliga a tratar con dignidad a los extranjeros que pasan las fronteras exteriores en posesión de un visado válido pero esta prescripción no les protege

18. Albania, Bosnia-Herzegovina, FYROM, Georgia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Rusia y Ucrania.

expresamente durante el procedimiento de solicitud de visado, antes de la entrada en vigor del CEV el 5 de abril de 2010.

Ello significa que, en cada Estado Miembro, habría de atenderse a las disposiciones nacionales y, en el caso concreto de España, el antiguo Reglamento de Extranjería no abordaba el procedimiento de concesión de visados ni la entrada en territorio español, ni lo hace actualmente, desde la perspectiva de la dignidad y el trato recibido por el ciudadano no europeo afectado. Aun así, las autoridades consulares y policiales de fronteras, por su naturaleza de administraciones públicas, estarían vinculadas por los principios generales de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 3 les obliga a relacionarse con el ciudadano con arreglo a Derecho, y respetando los principios de servicio, buena fe, confianza legítima, transparencia y participación. Además, el artículo 35 i) de la misma norma reconoce el derecho de los ciudadanos a «ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones».

Indefensión generada por la resolución denegatoria de visado en sí misma

Apreciación dispar de los requisitos de concesión de visado entre las autoridades españolas de Interior y Exteriores

Aunque el objeto de análisis de este estudio no ha tomado en consideración la situación del familiar de ciudadano europeo de cara a la obtención de visados para la reagrupación familiar, es necesario mencionarles en la medida en que ciertas autoridades consulares españolas analizan las solicitudes de determinadas categorías de familiares, los ascendientes en particular, de manera equivalente a las de los extranjeros ordinarios, superponiendo requisitos adicionales a los establecidos por la legislación de la Unión, cuyo objetivo es facilitar la entrada y circulación de los extracomunitarios familiares de ciudadanos comunitarios en todos aquellos casos en que no pueda invocarse una excepción justificada. La directiva 2004/38 obliga a todo Estado Miembro a conceder «todas las facilidades para obtener los visados que precisen. Estos visados se expedirán gratuitamente lo antes posible, mediante un

procedimiento acelerado» (art. 5) y a «estudiar detenidamente las circunstancias personales y justificar toda denegación de entrada o residencia a dichas personas» (art. 3.2).

Con frecuencia, la práctica no concuerda con estas prescripciones legales. Curiosamente, el origen de la indefensión así generada reside en una divergencia de criterio entre las propias autoridades españolas de Interior y de Exteriores. Mientras la Subdelegación de Gobierno (Ministerio de Interior) autoriza el permiso de residencia para el familiar del ciudadano comunitario (normalmente un extranjero que se ha nacionalizado español), el consulado español en el país de origen rechaza el visado (permiso de entrada) porque superpone a la prueba de la condición de «familiar» el requisito adicional de «justificación de la necesidad de reagrupación familiar». Hemos tenido conocimiento directo de ejemplos sucedidos en el Consulado de España en Quito que, adicionalmente, llamaron la atención del Defensor del Pueblo catalán en su Informe al Parlamento de 2009. En concreto, este informe critica el criterio imperante en el Consulado de que la presencia en Ecuador de otros hijos del ascendiente que pretende reunirse con su hijo nacional español, con independencia de sus posibilidades económicas, priva a la reagrupación familiar de sentido y justifica la denegación del visado.

Por todo ello, las dificultades enfrentadas por los extranjeros en el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar entrañan la consecuencia de desviar las solicitudes hacia los visados de corta estancia, en los que las autoridades consulares gozan de un mayor margen de discrecionalidad, en nuestra opinión.

Falta de motivación suficiente en la denegación de la visa

Se ha expresado anteriormente en varias ocasiones la tensión existente entre la consideración del acto administrativo que resuelve una solicitud de visado como un acto de naturaleza discrecional o reglada, inclinándonos nosotros por esta segunda opción a la vista del desarrollo normativo más reciente a nivel de la Unión Europea. Sin embargo, lo que no puede ponerse en cuestión es la consideración del acto que resuelve una solicitud de visado como un acto administrativo sujeto a las exigencias propias de esta categoría de actos, entre las que destacamos ahora la motivación.

Con arreglo al régimen administrativo general vigente en España, los actos administrativos «que limiten derechos o intereses legítimos» están sujetos a la obligación de motivación (art. 54.1 a) de la Ley 4/1999 de

Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, esta prescripción no tuvo cabida suficiente en el Reglamento de Extranjería en 2004, pues su artículo 27.6 se limita a recoger la obligación de notificación al interesado «mediante la fórmula de aplicación común adoptada por la normativa de desarrollo de los acuerdos internacionales de supresión de controles de fronteras en los que España sea parte, y expresará el recurso que proceda contra ella, el órgano ante el que hubiese de plantearse y el plazo para la interposición».

Desconocemos si esta omisión legislativa fue buscada conscientemente o no, pero se traduce en la principal fuente de indefensión que han sufrido los solicitantes de visas de corta estancia españolas en los últimos años.

En efecto, la inmensa mayoría de las resoluciones denegatorias de visado a que tuvimos acceso, dictadas por consulados españoles en el período comprendido entre 2006 y 2010, efectúan una remisión excesivamente genérica a la legislación internacional o comunitaria aplicable en el momento. De este modo, y como resultado, el solicitante de visado no puede conocer con precisión qué circunstancia ha motivado la denegación de su visado ya sea la insuficiencia del propósito del viaje, del alojamiento, de medios económicos de subsistencia o de garantías de regreso al país de origen. Los testimonios recogidos mencionan que han tenido conocimiento de la razón específica cuando piden explicaciones al funcionario consular, pero las resoluciones escritas no transmiten con claridad el motivo de la denegación.

Además, se realiza un recurso extensivo a modelos uniformes de resolución denegatoria de visado que se oponen al derecho del solicitante a recibir información individual sobre la tramitación de su expediente. Citaremos como ejemplo diversas resoluciones emitidas en 2006 por el Consulado español en Kiev, y que resolvían desfavorablemente los expedientes de manera idéntica y escueta en todos los casos, «al no cumplir con las condiciones de entrada establecidas en los artículos 5.1 y 15 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19-06-1990». Hasta el 13 de octubre de 2006 no entró en vigor el CCF, sin embargo, la esencia del artículo 5.1 del Convenio Schengen se mantuvo intacta en el artículo 5.1 CCF.

Técnicamente, además, la remisión genérica al artículo 5.1 del Convenio de Schengen o de su sucesor, el CCF, supone un error jurídico de fondo. Frente a lo que pudiera parecer, ninguno de estos artículos regula en realidad las posibles causas de denegación de un visado de corta estancia; su objeto son las condiciones de entrada en territorio español, a saber la

posesión del pasaporte, la posesión del visado válido, los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia para la estancia y regreso, y no estar incluido en la lista de no admisibles. Estas causas constituyen una lista tasada de motivos de denegación de la entrada al territorio Schengen en frontera que, en ausencia de una lista armonizada de motivos de denegación del visado con anterioridad al 5 de abril de 2011, se aplicaban análogamente al procedimiento de tramitación de los visados. Recurrir a la analogía puede justificarse políticamente por la incoherencia que supondría conceder un visado a una persona que no cumple los requisitos de entrada en la Unión Europea. Sin embargo, se trata de una técnica jurídicamente defectuosa, en nuestra opinión, por dos motivos principales. En primer lugar, debe cuestionarse el recurso a la analogía como método de interpretación de actuaciones como la denegación de un visado, pues aunque este acto jurídico no restringe derechos individuales (porque no existe un «derecho al visado») no es menos cierto que afecta negativamente a la situación jurídica de las personas. Pero es que, además, resulta materialmente erróneo justificar la denegación del visado mediante una remisión genérica a la disposición que contiene el conjunto de causas posibles de denegación de entrada. Entre estas también se encontraba la de «no estar en posesión de visado válido». ¿Era acaso posible denegar un visado por no tener visado válido? El extranjero sufría la indefensión de ignorar a qué motivo obedecía el rechazo, o si obedecía a todos ellos a la vez. No se cumplía la obligación de la Administración pública de motivar los actos administrativos. Por ello creemos que, durante el período de referencia del análisis empírico realizado, la solución seguida por las autoridades consulares españolas en Ucrania era profundamente defectuosa desde un punto de vista jurídico, y se reproduce en otros consulados (entre ellos, los de Accra en Ghana y Quito y Guayaquil en Ecuador), especialmente cuando se hallan en países que se consideran emisores de emigrantes.

Examinados algunos ejemplos en otros estados Schengen, tal vez no adolecen del mismo defecto, pero a veces saber con exactitud los motivos del rechazo transforma la indefensión en humillación, cuando la resolución denegatoria del visado recoge por escrito que «la solicitante ofrece pocas garantías de regreso porque es joven, divorciada y no prueba suficientemente el motivo de su venida a Bélgica ni vínculos reales en su país de origen» (traducción propia), ejemplo que corresponde a una resolución belga de 2007.

La entrada en vigor del CCF en 2006 no mejoró la situación pues este Reglamento solo regulaba la posesión del visado como una de las condiciones exigidas para la entrada en territorio UE, pero callaba respecto al procedimiento de emisión. En 2008, la introducción del Sistema de Información sobre Visados común a los Estados Miembros mediante el Reglamento VIS obligó a los funcionarios responsables¹⁹ a consignar en la aplicación informática la causa específica de denegación del visado de corta estancia, lo que aporta mayores precisiones sobre las causas posibles²⁰ de denegación pero no les obliga a mejorar la calidad de la información proporcionada al ciudadano.

En este punto nuevamente difieren las garantías del ciudadano extracomunitario en el momento de la tramitación del visado y en el momento del cruce de frontera, pues el CCF introduce en 2006 la garantía procesal de poder solamente denegar la *entrada* en el territorio de un Estado Miembro mediante una «resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación», resolución que se emite en impreso normalizado y puede ser objeto de recurso (aunque no suspensivo) con arreglo al derecho interno (art. 13 CCF). Sin embargo, habrá de esperarse al 5 de abril de 2011 para que garantías similares aprovechen al solicitante de visado, pues desde esta fecha se halla en vigor el artículo 32.2 CEV, que obliga a las autoridades consulares a «notificar (...) al solicitante, utilizando el impreso normalizado que figura en el anexo VI, la decisión de denegación y las razones en las que se basa».

19. Reglamento (CE) n.º 767/2008 sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados Miembros (Reglamento VIS).

20. Las causas de denegación contempladas en el artículo 12 del Reglamento VIS son las siguientes: «a) carece de documento de viaje válido; b) está en posesión de un documento de viaje falso, falsificado o alterado; c) no justifica el propósito y las condiciones de su estancia y, en particular, se considera que constituye un riesgo específico de inmigración ilegal () d) ya ha residido durante tres meses, en el curso de un período de seis meses, en el territorio de los Estados miembros; e) carece de medios de subsistencia suficientes en relación con el período y modalidades de su estancia, así como para regresar al país de origen o de tránsito; f) se trata de una persona que esté incluida en la lista de no admisibles en el Sistema de Información de Schengen (SIS) o en el registro nacional; g) se considera que constituye una amenaza para el orden público, la seguridad interior o las relaciones internacionales de cualquiera de los Estados Miembros».

El impreso normalizado a que se refiere esta disposición es muy detallado y subsana por completo las fisuras sobre la falta de motivación que hemos referido en párrafos anteriores. El funcionario consular que lo rellena deberá marcar con una equis la causa o causas de denegación del visado de entre las nueve causas posibles²¹. Evidentemente, la existencia de causas tasadas supone un mero paso adelante en la delimitación del margen de discrecionalidad con que cuentan los funcionarios consulares, margen todavía susceptible de redundar en arbitrariedad si atendemos a la imprecisión con que determinadas causas están redactadas: pensamos, en concreto, en las causas 8 (la documentación justificativa del propósito y condiciones de la estancia «no resulta fiable») y 9 («no se ha podido establecer» su intención de regresar al país de origen). Pero desde el punto de vista formal, la reforma europea profundiza en los derechos de los solicitantes de visado, y la legislación española se adapta a ella mediante el Reglamento de Extranjería 577/2011. La adaptación es correcta aunque tardía, como consecuencia de lo cual las resoluciones denegatorias de visado dictadas por los consulados españoles en todo el mundo entre el 5 de abril y el 30 de junio de 2011 (como mínimo) se han dictado en franco incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Estado español. Consideramos que las víctimas están plenamente legitimadas para recurrir dichas resoluciones ante los tribunales españoles, invocando, por una parte, directamente el art. 32.2 CEV ante los tribunales españoles dado que la atribución del derecho a conocer los motivos de denegación del visado está redactada de manera clara, precisa e incondicional, cumpliendo así los requisitos de la jurisprudencia comunitaria en materia de efecto directo; y, por la otra, solicitando la reparación de daños y perjuicios ocasionados por el retraso del legislador español en adaptarse a las garantías introducidas a nivel comunitario, a través del recurso de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (recurso contencioso-administrativo).

21. La lista de causas posibles incluye las relativas a posesión de pasaporte falso, insuficiente justificación del propósito y condiciones de la estancia, falta de medios suficientes, superación del límite de 90 días por semestre en territorio comunitario, que un Estado Miembro haya insertado en el SIS una denegación de entrada previa, falta de seguro médico, información poco fiable sobre el propósito y «no se ha podido establecer su intención de abandonar el territorio de los Estados Miembros antes de que expire el visado».

Insuficiente tutela de las garantías comunitarias por parte de los tribunales españoles

Una de las principales garantías procesales que asisten al ciudadano es la posibilidad de interponer recurso contra las resoluciones que le son desfavorables. El ámbito de extranjería no puede ser menos, pues las autoridades consulares forman parte de la Administración pública española. Además, el ordenamiento jurídico comunitario así lo prescribe en el art. 32.3 CEV.

Inadecuación del recurso contencioso-administrativo al visado de corta estancia

Contra la resolución denegatoria del visado de corta estancia cabe recurso en vía administrativa (reposición) y judicial (contencioso-administrativo). Comenzando con la vía administrativa, las fuentes consultadas traducen la percepción entre los solicitantes de que esta vía, facultativa, no resulta útil, pues es sumamente raro que los funcionarios consulares respondan al recurso de reposición, generalmente lo dejan y el recurso es denegado automáticamente por silencio administrativo negativo transcurrido el plazo de un mes²².

Políticamente, podría abogarse por la introducción del silencio administrativo positivo en un ámbito como el de extranjería, con implicaciones evidentes en la situación de las personas. Sin embargo, resulta bastante inverosímil que tal modificación suscite consenso en el ámbito jurídico mientras la concepción legislativa subyacente rechace la existencia de un derecho al visado. En efecto, debemos traer a colación un apartado de la exposición de motivos de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Común²³ de 1992, que ilumina esta cuestión al decir que «el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que

22. Constituye la base jurídica actual la Disposición adicional decimotercera del Reglamento de extranjería 577/2011.

23. Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común, BOE 285 de 27 de noviembre de 1992.

impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía [...] solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando, realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista». Es precisamente este último caso al que nos enfrentamos en el ámbito de la política de visados, que el propio derecho no existe, y es esta la mentalidad imperante que debe cambiar con carácter previo.

El recurso en vía judicial merece atención aparte en España. El artículo 32.3 CEV²⁴ consagra el principio de autonomía procesal a cuyo tenor el derecho de la Unión se apoya en los recursos existentes en cada Estado Miembro para las reclamaciones relacionadas con derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ha establecido el principio de eficacia como límite a la confianza depositada en los sistemas procesales nacionales, que decae cuando los obstáculos procesales nacionales dificultan hasta imposibilitarlo el disfrute efectivo por parte de los ciudadanos de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, tanto a los ciudadanos europeos como a los nacionales de países terceros.

Entendemos que las circunstancias actuales del recurso contencioso-administrativo contra una resolución denegatoria de visado se adaptan mal a las circunstancias económicas, geográficas y temporales del solicitante de visado. Aunque la interposición del recurso no tiene coste en sí mismo, tratándose de la jurisdicción administrativa, sí que entraña la necesidad de contratar abogado y procurador que le represente. Debe tenerse en cuenta que el solicitante de un visado denegado se halla en su país de origen, mientras que el recurso ha de interponerse forzosamente ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Desde el punto de vista temporal, el recurso se interpone en un plazo de dos meses desde la notificación de la denegación del visado, pero no se resuelve hasta más de un año después, cuando en la mayoría de ocasiones, el propósito del viaje ha quedado sin efecto.

24 «Los recursos se interpondrán contra el Estado Miembro que haya adoptado la decisión final sobre la solicitud y de conformidad con el Derecho nacional de dicho Estado Miembro. Los Estados Miembros facilitarán a los solicitantes información sobre el procedimiento que deba seguirse para interponer un recurso».

Jurisprudencia restrictiva del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

La circunstancia que nos parece más peligrosa es la deriva restrictiva que ha adoptado la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmada por más de una decena de sentencias de 2010 y 2011. Esta jurisprudencia se basa en tres pilares que contradicen la esencia de la normativa comunitaria que venimos analizando a lo largo de este estudio.

El primer pilar sería la afirmación de que no existe un derecho al visado, entendiendo que el ordenamiento jurídico español no contempla un derecho subjetivo de acceso al territorio nacional a favor de todo ciudadano extranjero y en cualquier circunstancia.

El segundo pilar sería la afirmación de que el acto de concesión o denegación de visado de corta estancia es un acto regido por la más amplia discrecionalidad²⁵, frente a otros actos como el visado de larga duración o de reagrupación familiar, que se consideran reglados. Para ello, el TSJM basa su jurisprudencia constante en una interpretación particular de la discrecionalidad en la Ley de Extranjería de 2000, conforme a la cual la denegación de visado no requiere ni motivación. Esta larga serie de sentencias incluye una sentencia como la del 3 de junio de 2011²⁶, que perpetúa la jurisprudencia española anterior sin hacerse eco de la entrada en vigor completa del CEV y de su impacto sobre la motivación de las resoluciones denegatorias de visados.

Paralelamente, el tercer pilar de esta jurisprudencia afirma que la Administración no está obligada a motivar la denegación de visado porque no se trata de un acto administrativo que imponga sanción alguna ni limite el ejercicio de un derecho fundamental. Bajo esta concepción tan limitativa,

25. No obstante, se delimita el concepto de discrecionalidad respecto al de arbitrariedad, entendiendo que aunque «la concesión de un visado de los denominados de corta estancia sea discrecional no permite la arbitrariedad de la Administración al valorar el cumplimiento de los requisitos exigidos reglamentariamente, porque la discrecionalidad no puede servir para encubrir una Resolución arbitraria, que es la que prescinde del examen concreto de las circunstancias de hecho que concurren en el solicitante del visado y, si a la vista de esas circunstancias concretas y determinadas procede o no la concesión del visado, porque admitir lo contrario sería tanto como prescindir del mandato constitucional que sujeta a la Administración pública en su actuación a la Ley y al Derecho (artículo 103 de la Constitución)». Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 257/2011 de 24 de marzo.

26. STSJM 375/2011 de 3 de junio de 2011.

la falta de motivación no es motivo de recurso de amparo conforme al artículo 24 de la Constitución, ni se considera incompatible con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogida en el art. 9.3 de nuestra norma fundamental²⁷.

Las consideraciones anteriores se han realizado en el marco de un análisis empírico durante una horquilla temporal anterior a la entrada en vigor completa del Código Europeo de Visados el 5 de abril de 2011; así como de la tardía adopción del Reglamento de Extranjería vigente desde el 30 de junio de 2011. A fecha de estas líneas no se habían dictado sentencias relativas a denegaciones de visados emitidas durante la vigencia de ambos instrumentos legales, por lo que desconocemos si se producirá una corrección de la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En caso contrario, nos hallaríamos ante un supuesto de incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del poder judicial de un Estado Miembro. Recordemos que el incumplimiento del Derecho de la UE por parte del Estado judicial ya fue declarado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo con respecto a España en el caso «Transportes Urbanos» de 2010²⁸. Creemos que el caso de las denegaciones de visados de corta estancia puede constituir un nuevo supuesto de incumplimiento español, esta vez respecto a la denegación de la tutela judicial efectiva a los extranjeros solicitantes de visados, en el marco de una legislación europea que felizmente se ha vuelto más garantista.

Conclusiones

Aunque las resoluciones denegatorias de visado de corta estancia son actos discrecionales, no puede olvidarse que los funcionarios consulares son parte de la Administración pública y, en este sentido, están sujetos a la obligación de motivar los actos administrativos. Ello es más cierto aún tratándose de un

27. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº128/2011 de 11 de febrero, 162/2011 de 25 de febrero, 257/2011 de 24 de marzo

28. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de enero de 2010. *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contra Administración del Estado*.

ámbito en el que las autoridades españolas aplican normativa de la Unión Europea que precisa las causas posibles de denegación de un visado.

El análisis de la práctica de las autoridades españolas durante el período 2006-2010 revela, no obstante, una constante ambigüedad en la motivación. La consecuencia inmediata es la indefensión del extranjero solicitante, que al desconocer las razones de denegación de su visado se halla imposibilitado para corregirlas de cara a una nueva solicitud. Desde el 30 de junio de 2011 el Código Comunitario de Visados corrige esta fuente de inseguridad jurídica.

La inseguridad jurídica mencionada carece de tutela jurisdiccional adecuada en España porque la configuración de los procedimientos de recurso contra las resoluciones denegatorias en España se adapta mal a la situación del solicitante de visado de corta estancia.

El acceso efectivo a la justicia queda retrasado por la interposición del recurso de reposición ante la autoridad que dictó la denegación, que, en la práctica, se rechaza sistemáticamente mediante silencio administrativo. Posteriormente, el costo de la interposición del recurso contencioso administrativo en vía judicial es habitualmente desproporcionado en relación con la situación económica y el objetivo de la corta estancia. Todo ello impulsa al extranjero a resignarse con la resolución administrativa desfavorable.

La revisión de las resoluciones denegatorias de visados de corta estancia compete en exclusiva al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La jurisprudencia más reciente de este tribunal ha apreciado con rigor que estimamos excesivo los requisitos relativos a la motivación de las denegaciones de visados. La base de esta jurisprudencia restrictiva responde a la consideración del visado de corta estancia como mera herramienta exclusivamente al servicio de los intereses nacionales de seguridad nacional, pero esta línea interpretativa contradice la evolución legislativa adoptada en la Unión Europea, más garantista con un núcleo de derechos fundamentales de los solicitantes de visado. De mantenerse esta línea de interpretación, podría comprometer a corto plazo la responsabilidad internacional de España por incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Unión. En este sentido, consideramos necesaria la inmediata corrección de la línea jurisprudencial por la vía de los principios de interpretación, sin esperar a que le venga impuesto legalmente.

Referencias bibliográficas (no incluye legislación ni jurisprudencia)

- Center for Peace, Conversion and Foreign Policy of Ukraine. *Public monitoring of the EU Member States' visa issuance policies and practices in Ukraine. Analytical Report*. Kiev, 2009 (en línea) http://novisa.com.ua/file/publics/novisa_publics1270235048.pdf
- Comisión Europea. *Visa Statistics 2010* (en línea) <http://ec.europa.eu/home-affairs/policies/borders/docs/synthese%202010%20with%20filters.xls>
- Defensor del pueblo español. *Inmigración Y Extranjería: Informe Del Defensor Del Pueblo A Las Cortes Generales Año 2009*, julio de 2010.
- Fuentetaja Pastor, José Antonio. «El derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 15 (2008), p.137-154.
- Parlamento Europeo. *Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Henrik Lax) sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario sobre Visados*, A6-0161/2008 de 18 de abril de 2008.
- Sanchez Barrueco, María Luisa. «El Código Europeo de Visados y las nuevas garantías reconocidas a los solicitantes de visado». *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 26 (2012).
- Síndic. *Informe al Parlamento 2009* (en línea) <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2669/Fusi%C3%B3n%20Informe%202009%20castellano.pdf>

