

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL VISADO DE TRÁNSITO AEROPORTUARIO EN EL CÓDIGO DE VISADOS

Gustavo ALONSO MARTÍNEZ*

Sumario: I. Introducción. II. La zona internacional de tránsito de los aeropuertos. 1. Definición de zona internacional de tránsito de los aeropuertos. 2. La zona de tránsito aeroportuario como ficción de territorio liminar interior. 3. La ficción liminar interior en decisiones judiciales. III. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo específico de control migratorio. 1. La excepción al anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. 2. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo de control migratorio. 3. Visado de tránsito aeroportuario y externalización del control de personas. IV. Nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario. 1. La lista general del anexo IV del Código de visados. 2. La lista especial de cada Estado miembro. 3. Los países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario por parte de España. V. Exenciones al requisito de visado de tránsito aeroportuario. VI. El caso particular del tránsito aeroportuario en el aeropuerto Adolfo Suárez-Madrid Barajas. VII. Competencia para el examen y decisión sobre las solicitudes de visados de tránsito aeroportuario. 1. Competencia orgánica y material. 2. Documentación particular para las solicitudes de visado de tránsito aeroportuario. 3. Expedición del visado de tránsito aeroportuario: modalidades. VIII. Estadísticas de visados de tránsito aeroportuario. IX. El visado de tránsito aeroportuario en Derechos español. X. Conclusión.

Resumen: El visado de tránsito aeroportuario tal y como está regulado en la normativa UE se configura como una autorización específicamente establecida para combatir prácticas migratorias irregulares y en particular para evitar los riesgos derivados de las solicitudes de asilo de carácter abusivo. La particularidad más destacable de este tipo de visados reside en que su titular únicamente está facultado a efectuar un tránsito por los aeropuertos de los Estados miembros correspondientes, no estando habilitado a cruzar las fronteras exteriores de los mismos. Esta característica propia del visado de tránsito aeroportuario determina que la base jurídica sea diferente a la de los demás tipos de visados regulados en el Reglamento (CE) nº 810/2009 o Código de visados. El visado de tránsito aeroportuario ha estado igualmente asociado a los problemas derivados de la existencia de una ficción jurídica que algún sector de la doctrina ha denominado ficción de territorio liminar interior, generándose una problemática que incide en el campo de los derechos humanos, entre otros, la cual ha tenido reflejo en algunas decisiones judiciales. El principio de libertad de tránsito consagrado en el anexo 9 del Convenio de la Organización de la Aviación Civil Internacional encuentra un límite precisamente en el visado de tránsito aeroportuario, el cual se emplea de manera limitada imponiéndose a los nacionales de un número comparativamente reducido de nacionales de terceros países sobre la base de una lista general común y de una lista conformada por cada Estado miembro. La

Fecha de presentación del original: 31 de mayo de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de septiembre de 2019.

* Agente diplomático de España en Afganistán. Máster en Derecho Internacional por la UCM. Doctorando en Derecho internacional y europeo en la Universidad Complutense de Madrid.

exigencia general del visado de tránsito aeroportuario conoce no obstante algunos elementos que flexibilizan esta obligación reconociéndose supuestos de exención a una categoría amplia de sujetos.

Palabras clave: Visado. Tránsito aeroportuario. Frontera. Código de visados. Libre tránsito.

Abstract: The airport transit visa as provided in the EU regulations is configured as an authorization specifically established to counter irregular migration practices, especially to prevent the risks derived from asylum petitions of abusive character. The most notable feature of this type of visa is that its holder is only authorized to make a transit through the airports of the corresponding Member States, not being allowed to cross their external borders. This characteristic of the airport transit visa makes its legal basis different from other types of visas regulated by the Regulation (CE) n° 810/2009 or Visa Code. The airport transit visa has been equally associated with problems derived from the existence of legal fiction that some sector of the doctrine calls fiction of inner liminal territory, resulting in problems affecting among others, the field of human rights, which has been reflected in some judicial decisions. The principle of freedom of transit established in the annex n° 9 of the International Civil Aviation Organization finds its limit precisely in the airport transit visa, which is used in a very limited manner over citizens of a reduced number of third countries on the basis of a general common list and a list prepared by each member state. The general requirement of airport transit visa recognizes however, certain elements that make this obligation more flexible, recognizing cases of exemption for a broad category of subjects.

Keywords: Visa. Airport transit. Border. Visa code. Free transit.

I. Introducción

El visado de tránsito aeroportuario¹ es objeto de definición en el art. 2.5 del Código de visados² como el visado válido para transitar por las zonas internacionales de tránsito de uno o varios aeropuertos de los Estados Miembros.

El visado de tránsito aeroportuario, el cual se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Código de visados a tenor del art. 1.3, es objeto de regulación específica en su Título II denominado *Visado de tránsito aeroportuario*, el cual comprende un único artículo, el art. 3. Asimismo, los arts. 5, 14, 21, 22, 26, 31, 48, 53 y 56 contienen disposiciones sobre el visado de tránsito aeroportuario.

Los dos ámbitos materiales principales del visado de tránsito aeroportuario que regula el Código de visados son, de un lado, la determinación de los terceros países cuyos nacionales están sometidos a este requisito, y de otro, la regulación del procedimiento y condiciones para la expedición de este tipo de visado.

¹ En la nomenclatura técnica el visado de tránsito aeroportuario lleva el código A/TAP/VTa.

² Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO, L 143 de 15 de septiembre de 2009, p. 1, modificado por el Reglamento (UE) 2019/1155 del Parlamento y del Consejo de 20 de junio de 2019 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 810/2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO, L 188 de 12 de julio de 2019, p. 25. El Reglamento (UE) 2019/1155 será aplicable a partir del 2 de febrero de 2020 (art. 3.2).

Hasta su derogación por el Código de visados, el visado de tránsito aeroportuario venía regulado en la Acción Común, de 4 de marzo de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre el régimen del tránsito aeroportuario³ así como en la parte I, 2.1.1 y en el anexo 3 de la Instrucción Consular Común⁴.

La regulación que el Código de visados efectúa del visado de tránsito aeroportuario tuvo por base jurídica el art. 62.2 a) del TCE, (actual art. 77 del TFUE) relativo a las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en las fronteras exteriores. Debido a que el visado de tránsito aeroportuario no caía dentro del ámbito material del art. 62.2 b) ii) del TCE referido a los procedimientos y condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros aplicables a las estancias cuya duración no supere los tres meses, resultó de esta manera necesario que la regulación reglamentaria del visado de tránsito aeroportuario tuviera una base jurídica adecuada.

En efecto, el visado de tránsito aeroportuario no es un visado en el sentido del art. 62. 2 b) ii) del TCE sino una autorización previa que conceden los Estados miembros a los nacionales de un conjunto determinado de terceros países antes de que estos efectúen el tránsito aeroportuario con el objetivo de evitar entradas ilegales en el territorio de los Estados miembros; el visado de tránsito aeroportuario viene referido más bien a las normas y procedimientos relativos al control fronterizo y a la prevención de la inmigración ilegal.

El visado de tránsito aeroportuario tampoco es un visado uniforme en el sentido del art. 2.3 del Código de visados ya que el mismo no es válido para todo el territorio de los Estados miembros ni faculta a su titular para cruzar sus fronteras exteriores⁵. Este visado sólo permite efectuar el tránsito correspondiente por la zona de tránsito aeroportuario de uno o, en caso de expedirse de esa forma, por las zonas de tránsito de dos o más aeropuertos de los Estados miembros. De ahí que el art. 26.1 del Código de visados acote el ámbito de validez de este tipo de visado al indicar que será válido para pasar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros⁶.

³ DO, L 63 de 13 de marzo de 1996, p. 8.

⁴ DO, C 326 de 22 de diciembre de 2005, p. 1, Instrucción Consular Común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera, pp. 5 y 32.

⁵ A. Kirkpatrick de la Vega, G. González García, *Los visados en el derecho español y comunitario*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2ª ed., Madrid, 2011, p. 45.

⁶ En este sentido, el Tribunal Supremo ha desestimado recursos de casación interpuestos por la denegación de entrada en territorio español en la sentencia de 31 de mayo de 2006 en la que constató que el visado de tránsito aeroportuario no permitía cruzar la frontera española al cuestionarse que el recurrente intentara entrar en España si estaba en posesión de un visado de tránsito aeroportuario (Sentencia del Tribunal Supremo 3439/2006 de 31 de mayo de 2006, ECLI: ES:TS:2006:7141). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha podido confirmar igualmente que la posesión de un visado de tránsito aeroportuario

II. La zona internacional de tránsito de los aeropuertos

1. Definición de zona internacional de tránsito de los aeropuertos

La zona internacional de tránsito de los aeropuertos internacionales constituye, por su naturaleza, un espacio jurídicamente complejo. La zona internacional de tránsito de los aeropuertos internacionales⁷ es un área del espacio terrestre del Estado con una naturaleza y regulación especial, derivada de su ubicación y de sus funciones⁸. Se trata de determinadas áreas de las instalaciones aeroportuarias en las que las personas de cualquier nacionalidad y vuelo de procedencia o de destino se encuentran transitando respectivamente con carácter previo o posterior al control estatal de frontera —de ese u otro aeropuerto—, y que constituyen, con una u otra finalidad, espacios delimitados y cerrados para esta utilización provisional de movimiento internacional de personas⁹. Las zonas internacionales de tránsito, tal y como están configuradas en la actualidad, ponen de manifiesto que los Estados les atribuyen una condición especial respecto de la aplicación de su normativa interna en materia de extranjería.

2. La zona de tránsito aeroportuario como ficción de territorio liminar interior

La zona de tránsito aeroportuario es aquella zona en la que se lleva a cabo una actividad de control fronterizo pese a estar ubicada esta zona en un espacio que, técnicamente, no se encuentra en la frontera-línea del Estado. Con la creación de estas zonas, se traslada dentro del territorio del Estado, en particular dentro de los aeropuertos internacionales, la actividad de control fronterizo, como complemento a los que se efectúan en las mismas líneas fronterizas¹⁰. Así, la zona se constituye por tanto como un mecanismo de control de personas en frontera.

La zona de tránsito aeroportuario, o más precisamente el control realizado en la misma, constituiría de esta manera una ficción jurídica de territorio liminar interior,

no autoriza al cruce de la frontera española y la falta del mismo es motivo para acordar el retorno al país de origen así como, naturalmente, causa válida de denegación de entrada en territorio español (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 781/2006 de 11 de octubre 2006, ES:TSJM:2006:7522).

⁷ Aeropuerto internacional se define como todo aeropuerto designado por el Estado contratante en cuyo territorio está situado, como puerto de entrada o salida para el tráfico aéreo internacional, donde se llevan a cabo los trámites de aduanas, inmigración, salud pública, reglamentación veterinaria y fitosanitaria, y procedimientos similares; *Anexo 9 al Convenio Sobre Aviación Civil Internacional Facilitación*, 12ª ed., 2005, p. 1-1.

⁸ A. del Valle Gálvez, “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, en *Pacis Artes, Obrahomenaje al Profesor Julio D. González Campos*, 2005, pp. 785-802.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

es decir, las zonas internacionales de tránsito actúan como puntos de control fronterizo pese a que, su emplazamiento físico está ya situado en el interior del territorio sometido a la soberanía del Estado por lo que, en este sentido, la persona a la que se somete a control en la zona de tránsito internacional, ya ha cruzado la frontera del Estado y se encuentra en su interior.

Esta ficción jurídica da lugar a que se creen espacios fronterizos artificiales donde no los hay en sentido estricto y el Estado, debido a la naturaleza de estas zonas de tránsito, adquiere la facultad de establecerlas o suprimirlas de manera discrecional, precisamente por no estar relacionadas con la frontera-línea; este imaginario fronterizo crea artificialmente espacios fronterizos donde no existe frontera alguna¹¹.

La zona de tránsito aeroportuario permite que la actividad de control de fronteras del Estado sea llevada a cabo en el interior del territorio del Estado y no en la línea fronteriza limítrofe y ello sin afectar, condicionar ni menoscabar el trazado de la frontera de este Estado. En este sentido, el punto de control de la frontera de un Estado no ha de encontrarse necesariamente, en virtud de esta ficción jurídica, en la propia frontera-línea por lo que la función de control fronterizo se realiza por tanto en el interior del territorio terrestre, sin considerar ni afectar al trazado de las fronteras estatales.

La creación de este mecanismo de ficción jurídica reposa sobre dos principios. Primero, la necesaria adaptación jurídica de los modernos medios de control fronterizo estatal a las particularidades del transporte aéreo de personas, la acomodación del sistema clásico de control fronterizo a la realidad actual del transporte aéreo¹². Como los aeropuertos pueden estar situados a cientos de kilómetros de la frontera territorial de un Estado, se deduce que, con respecto a las formalidades relativas a los viajes aéreos, el concepto de cruce jurídico de las fronteras no equivale al cruce geográfico de los límites territoriales; es una ficción de carácter jurídico, es decir, el concepto de cruce de una frontera se interpreta con arreglo a criterios jurídicos y no conforme a criterios geográficos o físicos¹³.

El segundo principio sobre el que se fundamenta la ficción liminar es la distinción o dicotomía entre entrada de hecho y entrada formal en el territorio de los Estados¹⁴. La distinción entre entrada de hecho y entrada formal es compleja al generar dudas

¹¹ Para Alejandro del Valle Gálvez, jurídicamente, la ficción consiste en la recalificación de bolsas del territorio estatal como liminares, como áreas-umbral previas al control de frontera, a la admisión administrativa y al espacio común de libre circulación estatal, lo que conlleva un régimen particularizado de aplicación del Derecho interno e internacional en estas zonas.

¹² A. del Valle Gálvez, "Las zonas..." *op.cit.*

¹³ Conclusiones del Abogado General Nial Fennelly presentadas el 5 de febrero de 1998, ECLI:EU:C:1998:43. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998. Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea. Acto del Consejo – Acción común sobre el régimen de tránsito aeroportuario – Base jurídica. Asunto C-170/96, ECLI:EU:C:1998:219.

¹⁴ A. del Valle Gálvez, "Las zonas..." *op.cit.*

sobre el estatuto personal aplicable a las personas que se encuentran en las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos. En particular, la determinación de si una persona ha entrado o no, desde el punto de vista jurídico, en el territorio de un Estado. En caso afirmativo ello conlleva la aplicación de una serie de leyes al individuo que sí ha cruzado la frontera. Por el contrario, si se considera que no se ha producido la efectiva entrada en el territorio nacional, no son de aplicación determinadas leyes. En este último caso, aparecería un espacio donde las competencias estatales desaparecen, se retraen o se convierten en extraordinarias al percibir y considerar estos espacios como extraterritoriales al Estado¹⁵.

En determinadas situaciones, la ficción liminar fronteriza, como expresión del principio de extraterritorialidad, da lugar a que la zona de tránsito internacional no sea considerada como territorio estatal en sentido estricto ya que las personas que en ella se encuentran no habrían cruzado la frontera del Estado pese a la evidencia de que estas zonas se encuentran dentro de su territorio. La ficción liminar, y su natural corolario, la extraterritorialidad, generarían de esta manera situaciones de inseguridad jurídica derivadas del hecho de que, sobre la base de esa concepción particular de la zona internacional de tránsito, los extranjeros que, por diversos motivos, no hubieran efectuado la entrada formal en el territorio del Estado, no podrían, consecuentemente, beneficiarse de normas que les reconozcan ciertos derechos. El ejemplo más paradigmático sería el de un extranjero que estando en la zona internacional de tránsito de un aeropuerto no pueda presentar solicitud de asilo ante las autoridades del Estado territorial al considerarse que no ha cruzado la frontera, quede retenido y no pueda acceder a la asistencia de un abogado y se encuentre, consecuentemente, en situación de privación de libertad.

Debido al carácter *sui generis* de estas zonas, se produciría en casos semejantes una no aplicación o, cuando menos, una aplicación parcial y condicionada de la legislación nacional e internacional que, en materia de inmigración y asilo, obligan a los Estados respecto de los extranjeros en su territorio. En este sentido, se ha llegado a mantener que “en la circunstancia que viven los extranjeros resulta casi imposible acudir a la vía judicial ordinaria (orden contencioso–administrativo) por la situación de aislamiento, la falta de notificación de la decisión gubernativa, la imposibilidad de contactar con abogados y, sobre todo, el tiempo que en frontera juega en contra de la eficacia de los derechos¹⁶”.

No obstante, la ficción de la extraterritorialidad de la zona de tránsito internacional de los aeropuertos no debería admitirse plenamente sin reservas, en la medida en que, dado que éstas se encuentran efectivamente en el interior del territorio de los Estados, quedan sometidas a la soberanía del Estado no pudiéndose sustraer a la

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ R. Saéz Valcarcel, “Barajas: el forastero ante el sheriff”, *Jueces para la Democracia*, 1993–1, 18, pp.18–20.

misma por más que, en la zona de tránsito internacional se realicen funciones de control basándose en una ficción jurídica. Precisamente, en la propia definición que da la OACI, se menciona que la zona de tránsito se encuentra bajo la jurisdicción inmediata del Estado en cuyo territorio se encuentra el aeropuerto al establecer que son “zonas especiales que, con aprobación de las autoridades competentes y bajo su jurisdicción inmediata se establece en los aeropuertos internacionales”¹⁷.

3. La ficción liminar interior en decisiones judiciales

A) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La ficción liminar fronteriza que constituyen las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos fue tratada de manera indirecta por el TJUE¹⁸. En el asunto en el que fue suscitada, la Comisión presentó recurso de anulación contra la Acción Común, de 4 de marzo de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre el régimen del tránsito aeroportuario, adoptada a iniciativa de la presidencia francesa¹⁹. El propósito de la Acción Común sobre el régimen de tránsito aeroportuario era armonizar las políticas de los Estados miembros respecto del tránsito aéreo con vistas a controlar la inmigración ilegal que pudiera producirse por esta vía. El contencioso llevado ante el TJUE sobre este particular constituyó igualmente un fiel reflejo de las disputas que existían en torno al funcionamiento y división competencial entre el Primer y al Tercer Pilar de la CE²⁰.

La Comisión consideró en su recurso de anulación que el Consejo había vulnerado el art. 100 C del TCE al adoptar la Acción Común sobre la base de la letra b) del apartado 2 del art. K.3 del TUE en vez de sobre el mencionado art. 100 C del TCE, es decir, la Comisión entendía que la Acción Común caía plenamente dentro del ámbito de aplicación del art. 100 C del TCE por lo que la misma debería haberse fundamentado en esta disposición y no en la letra b) del apartado 2 del art. K.3 del TUE. Esta alegación puso de manifiesto que la Comisión consideraba que era competente para elaborar una propuesta normativa que regulara el visado de tránsito aeroportuario. Los apartados 1 y 3 del art. 100 C del TCE establecían respectivamente lo siguiente:

¹⁷ Anexo 9 al Convenio Sobre Aviación Civil Internacional Facilitación, 12ª ed., 2005, p 1–6.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998. Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea. Acto del Consejo – Acción común sobre el régimen de tránsito aeroportuario – Base jurídica. Asunto C–170/96, ECLI:EU:C:1998:219.

¹⁹ A. Oliveira, “Case C–170/96 Commission of the European Communities v. Council of the European Union, judgement of 12 May 1998”, ECR I–2763 (1999) 36 *Common Market Law Review*, 1, pp. 149–155.

²⁰ A. Meloni, *Visa policy within the European Union Structure*, Springer, Berlín, 2006, p. 81.

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, determinará los terceros países cuyos nacionales deban estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.

A partir del 1 de enero de 1996, el Consejo deberá pronunciarse por mayoría cualificada sobre las decisiones a que se refiere el apartado 1. El Consejo deberá adoptar, antes de dicha fecha, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, las medidas relativas a un modelo uniforme de visado.

Por su parte, la letra b) del apartado 2 del art. K.3 del TUE establecía:

El Consejo podrá, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión en las materias contempladas en los puntos 1 a 6 del artículo K.1, adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada.

Dentro de las materias incluidas en los puntos 1 a 6 del art. K.1 del TUE se encontraban las letras a) y c) del apdo. 3: condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros países, así como la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros.

Reino Unido, que intervino en apoyo del Consejo, consideró que el TJUE no era competente para conocer del recurso contra la Acción Común al no estar este acto sometido a su jurisdicción sobre la base del art. 173 del TCE²¹. En efecto, al ser la Acción Común un acto adoptado en virtud del art. K.3 del TUE, el TJUE no tendría competencia para conocer de un eventual recurso sobre este particular según las reglas de competencia jurisdiccionales dispuestas en el art. L del TUE. Sin embargo, el TJUE se declaró competente para conocer del recurso de la Comisión basándose en la competencia que le atribuía el art. M del TUE para controlar que los actos adoptados por el Consejo en virtud del art. K.3 no invadieran competencia atribuidas por el TCE a la CE²². De esta manera el TJUE procedió a examinar el recurso de la Comisión a la luz del art. 100 C a efectos de determinar si la Acción Común afectaba a la competencia de la CE, y en su caso, anularlo si efectivamente el acto del Consejo debió fundamentarse en el art. 100 C del TCE en vez de en el art. K.3 apartado 2 del TUE.

El fondo del asunto que tuvo que abordar el TJUE se refería a esclarecer cuál era el significado de la expresión “cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros”, contenida en el apdo. 1 del art. 100 C del TCE para así determinar, como se

²¹ Considerando 12.

²² Considerando 16.

ha indicado, si la CE tenía competencia para adoptar medidas en materia de visado de tránsito aeroportuario o si, por el contrario, carecía de ella.

Para la Comisión, “cruzar las fronteras exteriores” era la entrada física en el territorio del Estado miembro en la medida en que aquellas personas que se encuentran efectuando un tránsito en un aeropuerto perteneciente a un Estado miembro ya han cruzado la frontera y, por lo tanto, se encuentran en el territorio del correspondiente Estado miembro. En ese sentido, puesto que según la tesis de la Comisión, el tránsito aeroportuario tenía por requisito previo el cruce de las fronteras exteriores, el régimen de tránsito aeroportuario caía dentro del ámbito material del art. 100 C del TCE y, en consecuencia, era una materia competencia de la CE²³.

De manera opuesta, el Consejo junto con Dinamarca, Francia y Reino Unido restringían el significado de la expresión cruce de las fronteras exteriores al hecho de cruzar un punto de control fronterizo. Como el régimen del visado de tránsito aeroportuario dispuesto en la Acción Común no permitía que su titular cruzara las fronteras exteriores y circulara por el territorio de los Estados miembros, no se llegaba a producir en ningún momento la entrada en el territorio de los Estados miembros para quien estuviera en posesión de este tipo de visado, por tanto, el art. 100 C del TCE no podría servir de base jurídica para establecer el régimen del visado de tránsito aeroportuario²⁴.

En este asunto, la opinión del Abogado General N. Fennelly, percibiendo la relación existente entre la política de visados y la instauración de un mercado interior sin fronteras interiores, respaldaba la interpretación del Consejo. Según N. Fennelly: “En el cruce de una frontera deben diferenciarse dos aspectos. El primero de ellos es el hecho de entrar en el territorio de un país en sentido físico, sin que haya de cruzarse necesariamente un punto de control fronterizo; el segundo, es el hecho de entrar en el territorio en el sentido jurídico de cruzar un punto de control fronterizo. A primera vista, el requisito de visado se refiere primordialmente a los derechos legales de entrada de su titular, más que a su ubicación geográfica. En general, se entiende que la política en materia de visados es un medio de controlar el cruce de fronteras jurídicas, más que de fronteras físicas²⁵”.

El Abogado General concluyó por tanto que el visado de tránsito aeroportuario no daba a su titular el derecho a cruzar las fronteras exteriores de los Estados Miembros por lo que, al interpretar que no se podía producir el cruce de la frontera, la regulación jurídica del régimen del visado de tránsito aeroportuario cuadraba difícilmente en el marco del art. 100 C del TCE siguiendo su tenor literal²⁶.

²³ Considerando 19.

²⁴ Considerando 20.

²⁵ Conclusiones..., *op. cit.*, I-2773.

²⁶ *Ibid.*, I-2781.

La sentencia del TJUE se decantó por la interpretación que realizó el Abogado General del sentido de la expresión “cruce de las fronteras exteriores” y rechazó la alegación de la Comisión según la cual cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros se refería a la entrada física de los nacionales de países terceros en el territorio de los Estados miembros dado que el mero tránsito por la zona de tránsito de los aeropuertos debía considerarse como una entrada en el territorio de los Estados miembros en la medida en que para llegar hasta la zona, se debía cruzar la frontera del Estado miembro de que se trataba.

El TJUE²⁷ estimó la tesis del Consejo al reconocer que cruzar la frontera exterior de los Estados miembros equivalía a cruzar el puesto de control fronterizo y no la mera entrada física en el territorio del Estado; extremo que no se realiza por parte del titular de un visado de tránsito aeroportuario el cual únicamente está autorizado al tránsito por la zona internacional de tránsito del aeropuerto y no a cruzar la frontera del Estado por medio del cruce en el puesto de control fronterizo.

En efecto, el TJUE optó por esta acepción de la expresión “cruce de las fronteras exteriores” poniendo en relación el art. 100 C del TCE que la contenía, con el art. 3. d) del TCE que disponía que para alcanzar los fines enunciados en el art. 2 del TCE, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del Título IV. Sobre la base del art. 3. d), se interpretó que el art. 100 C del TCE se refería a las medidas de control de las fronteras exteriores en la medida en que fueran aplicables a la entrada y circulación en el mercado interior por parte de nacionales de terceros países que, a tal efecto, debían ir provistos del correspondiente visado. La entrada y circulación de un nacional de un tercer país en el mercado interior implicaba necesariamente que éste estuviera debidamente autorizado a ello, es decir, que hubiera sido autorizado a cruzar un puesto de control fronterizo de manera previa. Siguiendo este razonamiento, el art. 100 C era de aplicación a aquellas situaciones en las que el nacional del tercer país estuviera en posesión de un visado que le permitiera cruzar las fronteras exteriores, es decir, un visado que le habilitara a entrar y circular por el mercado interior, extremo que no ocurría con el visado de tránsito aeroportuario.

Por tanto, dado que el visado de tránsito aeroportuario no permitía el cruce de la frontera exterior del Estado miembro en el sentido del art. 100 C toda vez que su titular se encontrara *de facto* en el interior del Estado, la materia que regulaba la Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario no podía fundarse en el TCE. De esta manera, el TJUE declaró: “El visado de tránsito aeroportuario afecta a la situación del pasajero de un avión procedente de un país tercero que hace escala en el aeropuerto del Estado miembro en el que el avión haya aterrizado para

²⁷ Considerandos 20 ss.

embarcar en el mismo avión o en otro distinto con destino a otro país tercero. Por lo tanto, la imposición de dicho visado en virtud del art. 1 del acto del Consejo, implica que su titular permanece en la zona internacional de ese aeropuerto sin autorización para circular por el territorio del Estado miembro de que se trate (...) Corrobora esta interpretación el hecho que la exigencia de un visado de tránsito aeroportuario no sea aplicable a los nacionales de países terceros que, a su paso por las zonas internacionales de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros, ya sean titulares de un visado de entrada o de un visado de tránsito.^{28c}

En consecuencia, sobre la base de estos razonamientos, el TJUE concluyó que la Acción Común no estaba comprendida dentro del ámbito material del art. 100 C del TCE y por lo que desestimó el recurso de anulación presentado por la Comisión. No obstante, la ficción jurídica que empleó el TJUE en su razonamiento generó cierto grado de incertidumbre en el sentido de que se llegaba a cuestionar de alguna manera que los territorios de los Estados miembros estuvieran definidos por fronteras en vez de por puntos de control fronterizo²⁹.

Algunos comentaristas³⁰ han apuntado que el uso de la ficción jurídica que diferencia la entrada de hecho de la entrada legal habría de fundamentarse en algún precepto legal para legitimar su invocación, refutando así la interpretación restrictiva del art. 100 C del TCE sobre la base del 3. d) del TCE. Se ha indicado asimismo que, desde otro punto de vista, se podría mantener que las reglas comunes sobre el visado de tránsito aeroportuario forman parte de la armonización de las condiciones de entrada y circulación en el mercado interior en la medida en que contribuirían claramente a la lucha contra la inmigración ilegal para de esta manera facilitar la abolición de los controles en las fronteras interiores sobre las personas al igual que lo hacen las otras reglas comunes sobre visado³¹.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado la condición de la zona de tránsito internacional de los aeropuertos como espacio sometido a la jurisdicción y soberanía de los Estados en su sentencia de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*³². Este asunto vino referido al caso de cuatro ciudadanos de nacionalidad somalí que llegaron a París el 9 de marzo de 1992 provenientes de Damasco. Fueron

²⁸ Considerando 31.

²⁹ A. Oliveira, "Case C-170/96...*op.cit.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia* apartado, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-III.

retenidos en la zona de tránsito internacional del aeropuerto de París-Orly por portar pasaportes falsos y les fue denegada la entrada en territorio francés.

Durante los veinte días en los que estuvieron retenidos en la zona de tránsito internacional del aeropuerto, la Oficina Francesa para la Protección de Refugiados y Apátridas no admitió a trámite las solicitudes de asilo presentadas por los cuatro ciudadanos somalíes alegando falta de competencia para examinarlas sobre la base de que los peticionarios de asilo no habían obtenido su permiso de residencia temporal. Finalmente, el Ministerio del Interior francés, decretó la devolución a Siria de los cuatro solicitantes de asilo dado que no habían podido, desde el punto de vista técnico, presentar formalmente la petición de asilo ante las autoridades francesas al no haber autorizado éstas el cruce de su frontera. Los ciudadanos somalíes interpusieron una demanda ante la entonces Comisión del Consejo de Europa por la privación de libertad que habían sufrido contraria al art. 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

En este caso, las autoridades francesas aplicaron la dicotomía entre entrada de hecho y entrada jurídica, convirtiendo, el territorio francés que ocupaba la zona de tránsito internacional del aeropuerto de París-Orly en ficción jurídica de territorio liminar interior. Las posibles dudas que podía llegar a generar el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los límites de la dicotomía entre entrada de hecho y entrada jurídica fueron disipadas con el siguiente considerando: “tal confinamiento, acompañado de salvaguardias suficientes para las personas involucradas, resulta aceptable sólo para permitir a los Estados la prevención de inmigraciones ilegales y al mismo tiempo cumplir con sus obligaciones internacionales, particularmente de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los intereses legítimos de los Estados de frustrar los cada vez más frecuentes intentos de evadir las restricciones de inmigración no deben frustrar a los solicitantes de asilo de la protección otorgada por estas Convenciones³³”.

De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trató de conjugar ambas percepciones, es decir, el reconocimiento de cierto grado de aplicación de la dicotomía y de la ficción de extraterritorialidad toda vez que esa situación particular que caracteriza a la zona de tránsito aeroportuario no debía representar un menoscabo a la efectiva aplicación de normas internacionales, particularmente las que se referían al refugio y asilo.

Siguiendo esta lógica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos precisó en su sentencia que, en el caso de varios demandantes de asilo, aunque no se encontraran en Francia a la luz de sus normas de derecho interno, su presencia en la zona internacional de tránsito del aeropuerto de París-Orly, les convertía en sujetos

³³ Considerando 43.

destinatarios de las normas de derecho francés. El Tribunal, valiéndose, como se ha indicado, de la distinción entre la dicotomía de entrada de hecho y entrada formal, hizo prevalecer la primera sobre la segunda, por lo que, la entrada de hecho equivale a reconocer que, los sujetos en cuestión, estaban efectivamente en Francia y se les tenía que aplicar la legislación francesa.

Al rechazar, de manera indirecta y de forma parcial, la teoría de la extraterritorialidad de la zona de tránsito internacional, se confirmó que estas zonas constituían plenamente parte del territorio del Estado y estaban, en consecuencia sujetas, a la soberanía estatal³⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló a favor de los demandantes y estableció que se había producido una vulneración del art. 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

C) Tribunal Constitucional

En España, el Tribunal Constitucional se ha situado en la misma línea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha reconocido que las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos situados en España están en territorio español y bajo soberanía de España. En efecto, el Auto del Tribunal Constitucional 55/1996, de 6 de marzo de 1996³⁵, fue emitido a raíz de un recurso de amparo interpuesto por dos ciudadanos de nacionalidad nigeriana que habían llegado al aeropuerto de Madrid-Barajas procedentes de Sofía el 17 de enero de 1996.

Debido a que ambos extranjeros no estaban en posesión de un visado válido, las autoridades policiales no les autorizaron el cruce de la frontera quedando éstos, en consecuencia, en la zona de tránsito aeroportuario del indicado aeropuerto. Seguidamente, los dos ciudadanos nigerianos presentaron sendas solicitudes de asilo que no fueron admitidas a trámite. Transcurridos varios días, los nigerianos retenidos en la zona de tránsito aeroportuario presentaron, por medio de letrado, solicitud de *habeas corpus* por detención ilegal, petición que fue igualmente inadmitida por el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid en servicio de guardia, alegando el Magistrado-Juez titular que, los peticionarios del *habeas corpus* no se encontraban en alguno de los supuestos establecidos en el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”³⁶ dado que “como se deduce de las propias manifestaciones del solicitante se encuentran en las dependencias del Aeropuerto de Barajas impidiéndoles la entrada en el territorio nacional y la libre deambulación por el mismo pero no su marcha a cualquier otro Estado por lo que no existe propiamente una privación de libertad al poder ejercitar el derecho

³⁴ Considerando 41.

³⁵ Auto del Tribunal Constitucional 55/1996, de 6 de marzo 1996, ECLI:ES:TC:1996:55A.

³⁶ BOE nº 126, de 26 de mayo de 1984.

de viajar a cualquier otro país, por lo que en todo caso procedería su denegación conforme al art. 8.1.”

Cabe subrayar que, en su apreciación, el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid rechaza la admisión a trámite del *habeas corpus* al considerar que los dos ciudadanos nigerianos no habían efectuado su entrada en territorio español por lo que, en este sentido, se estaba reconociendo que la zona de tránsito de los aeropuertos no constituía territorio español en sentido estricto.

El 3 de febrero de 1996, los ciudadanos nigerianos interpusieron ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo contra la inadmisión a trámite de solicitud de *habeas corpus*. El Tribunal Constitucional reconoció que lo que impidió la adecuada presentación de la solicitud de asilo fue que los dos ciudadanos nigerianos carecían del visado necesario para cruzar la frontera. El Auto del Tribunal Constitucional por el que se inadmitió a trámite el recurso de amparo señaló que, el derecho a la libertad personal no acarrea un derecho de entrada en territorio español. El derecho a la libertad y a la seguridad reconocido por el art. 17 CE, protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad, sin embargo, los extranjeros carecen del derecho a circular libremente por territorio nacional y a salir y entrar libremente de España dispuesto en el art. 19 CE, extremo confirmado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo de 1993³⁷. Los extranjeros sólo pueden ejercer este derecho si cumplen los requisitos legales, en especial la necesidad de obtener visado.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó no obstante que de la anterior afirmación no cabía deducir que la zona internacional del aeropuerto no fuera territorio español³⁸. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, según se dispone en los arts. 1, 3, 42 y 47 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea³⁹, y los arts. 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 7 de diciembre de 1940⁴⁰, y ratificado por España en 1969. Precisamente, los funcionarios responsables del control de fronteras ejercen potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros, en los términos detallados por el Decreto de 3 de mayo de 1946 sobre ordenamiento funcional de los Servicios de Aduanas en los aeropuertos⁴¹, en desarrollo de las disposiciones mencionadas, y por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴².

En este sentido, el Tribunal Constitucional subrayó que ni en la solicitud de *habeas corpus* ni en el recurso de amparo se ofrecen argumentos en contra de la decisión

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo, ECLI:ES:TC:1993:94.

³⁸ Pár. II-3.

³⁹ BOE nº 176, de 23 de julio de 1960.

⁴⁰ BOE nº 55, de 24 de febrero de 1947 y nº 311, de 29 de diciembre de 1969.

⁴¹ BOE nº 157, de 6 de junio de 1947.

⁴² BOE nº 158, de 3 de julio de 1985.

administrativa de las autoridades de control de frontera por la que deniegan la entrada en territorio español a los dos recurrentes⁴³. En consecuencia la decisión era perfectamente lícita y compatible con el art. 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts. 11.3 y 33 de la Ley de Extranjería y el art. 5, apartado 1 y 7, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado⁴⁴.

III. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo específico de control migratorio

1. La excepción al anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional

El visado de tránsito aeroportuario, o más precisamente la imposición de esta autorización a determinados individuos, constituye una excepción al principio de libre tránsito por la zona internacional de los aeropuertos que consagra el anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional titulado *Facilitación* tal y como se enuncia en el art. 1.3 del Código de visados.

El anexo 9 define la zona de tránsito como zona especial que se establece en los aeropuertos internacionales, con la aprobación de las autoridades competentes y bajo su supervisión o control directos, en la que los pasajeros pueden permanecer durante el tránsito o trasbordo sin solicitar entrada al Estado⁴⁵. Establece un principio general por el que los Estados contratantes habrán de tomar las medidas necesarias para que los pasajeros puedan permanecer temporalmente en el aeropuerto al que llegan sin que se sometan a formalidades de control fronterizo para entrar en el Estado de tránsito⁴⁶ y, seguidamente preceptúa, matizando la regla anterior, que los Estados contratantes mantendrán al mínimo el número de Estados cuyos nacionales deben tener visados de tránsito directo cuando lleguen en un vuelo internacional y continúen su viaje a un tercer Estado en el mismo vuelo o en otro vuelo desde el mismo aeropuerto el mismo día⁴⁷.

2. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo de control migratorio

El tránsito aeroportuario constituye un poderoso medio de penetración en el territorio de los Estados⁴⁸, con el propósito de un establecimiento ilegal por medio de

⁴³ Pár. II-4.

⁴⁴ BOE nº 74, de 27 de marzo de 1984.

⁴⁵ Anexo 9..., *op.cit.*, p. 1-6.

⁴⁶ Anexo 9..., *op.cit.*, p. 3.58.

⁴⁷ Anexo 9..., *op.cit.*, p.3.59.

⁴⁸ Exposición de motivos de la Acción Común, de 4 de marzo de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre el régimen del tránsito aeroportuario

solicitudes de entrada o entradas de hecho, de ahí la creación de este tipo de autorización como medio para prevenir y controlar esa vía.

El visado de tránsito aeroportuario representa un elemento en aras de la seguridad y el control de la inmigración irregular⁴⁹ que se aplica, con carácter restringido, a un grupo determinado de nacionales de terceros países, los cuales están sometidos a la obligación de obtención previa de un visado de este tipo para poder efectuar el tránsito por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los Estados miembros. Por otra parte, el visado de tránsito aeroportuario favorece la armonización de las condiciones de competencia entre las compañías aéreas y los aeropuertos de los Estados miembros⁵⁰. La razón de ser de este tipo de visado se expresa en el propio preámbulo del Código de visados al señalar que es necesario establecer normas sobre el tránsito por las zonas internacionales de los aeropuertos, a fin de luchar contra la inmigración ilegal⁵¹. En efecto, de manera coherente con lo establecido en las mencionadas disposiciones del anexo 9, el visado de tránsito aeroportuario se exige solamente a nacionales de un número limitado y reducido de terceros países.

El incremento de peticiones de asilo por parte de los nacionales de determinados terceros países es lo que busca evitar el visado de tránsito aeroportuario. La práctica que se pretende combatir consiste en la compra de un billete de avión que efectúe escala o tránsito en uno de los aeropuertos de los Estados miembros y que tenga por destino final un tercer país para el cual, el nacional del tercer país en cuestión, no está sujeto a visado. Una vez se efectúa la escala en el aeropuerto del Estado miembro que corresponda, en la medida en que las fronteras de los Estados resultan invisible a los peticionarios de asilo en tránsito⁵², la persona procedería a presentar solicitud de asilo ante las autoridades de dicho Estado con las subsiguientes consecuencias que ello puede acarrear.

Esta práctica supone un intento de eludir el cauce habitual y ordinario de control de personas por parte de los Estados miembros haciendo un uso abusivo de los mecanismos de asilo y refugio. Un ejemplo de esta práctica podría ser el siguiente: un ciudadano de nacionalidad senegalesa, país no incluido en la lista de países cuyos nacionales deben estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario del anexo IV, adquiere un billete de avión con origen Dakar y destino a Quito, tercer país en el que no necesita estar en posesión de un visado para efectuar la entrada en su territorio, con escala en Madrid. Una vez se produce la escala en

⁴⁹ A. Meloni, *Visa...*, *op.cit.*, p. 80.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Considerando 5.

⁵² R. Mungianu, *Frontex and non-refoulement, the international responsibility of the EU*, Cambridge University Press, 2016, p. 136.

el aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid-Barajas el nacional senegalés presenta la solicitud de asilo.

La instauración del visado de tránsito aeroportuario, como medio de control migratorio, se basa, en gran medida, en la valoración individualizada de circunstancias de orden político, económico y social al objeto de determinar la conveniencia o necesidad de inclusión de un tercer país en la lista de terceros países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito territorial. Aquí cobra particular importancia el concepto de país de origen seguro. Esta noción tiene como función servir de marco de referencia para efectuar valoraciones de terceros países conducentes a evitar un mal uso del derecho de asilo por medio de la creación de nuevos conceptos como lo es el de país de origen seguro. Con la aplicación de este concepto se trata de evitar y, en su caso, reducir al máximo, las solicitudes de asilo provenientes de terceros países así como desincentivar peticiones de asilo de carácter abusivas.

La definición de país de origen seguro se introdujo por primer vez en el anexo 2 de la Directiva 2005/85/CE Del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁵³ así como en el anexo I de la Directiva 2013/32/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional⁵⁴ de la siguiente manera: se considerará que un país es un país de origen seguro cuando, atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución en la acepción del art. 9 de la Directiva 2011/95/UE, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Al realizarse esta valoración se tendrá en cuenta, entre otras cosas, el grado de protección que se ofrece contra la persecución o los malos tratos mediante: a) las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país y la manera en que se aplican; b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, en particular aquellos que, con arreglo al art. 15, apartado 2, del referido Convenio Europeo, no son susceptibles de excepciones; c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) la existencia de un sistema de vías de recurso eficaces contra las violaciones de dichos derechos y libertades. Solamente 12 de los 28 Estados Miembros de la UE disponen hoy en día de listas de países seguros:

⁵³ DO, L 326 de 13 de diciembre de 2005, p. 13.

⁵⁴ DO, L 180 29 de junio de 2013, p. 60.

Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Letonia, Malta, Eslovaquia y el Reino Unido⁵⁵.

En la legislación española, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁵⁶, regula en su art. 20 las solicitudes de asilo presentadas en puestos fronterizos. A este respecto se señala que cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concorra alguno de los supuestos previstos en el apdo. primero del art. 20 de la mencionada Ley. Entre los supuestos del art. 20 se recoge precisamente cuando la persona solicitante proceda de un tercer país seguro, de conformidad con lo establecido en el art. 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo y, en su caso con la lista que sea elaborada por la Unión Europea, donde, atendiendo a sus circunstancias particulares, reciba un trato en el que su vida, su integridad y su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política, se respete el principio de no devolución, así como la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, exista la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, a recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra; siempre que el solicitante sea readmitido en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país. Para la aplicación del concepto de tercer país seguro, también podrá requerirse la existencia de una relación entre el solicitante de asilo y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que el solicitante fuera a ese país.

La convergencia del concepto de país de origen seguro junto con el mecanismo de control que representa el visado de tránsito aeroportuario constituyen, de esta manera, medios de disuasión y alejamiento de potenciales solicitudes abusivas de asilo.

3. *Visado de tránsito aeroportuario y externalización del control de personas*

La exigencia de un visado de tránsito aeroportuario constituye una forma de externalizar el control migratorio por parte de los Estados miembros en la medida en que un control previo⁵⁷ se lleva a cabo en el país de origen⁵⁸. La Organización de la Aviación Civil Internacional lo establece así al señalar que una de las precauciones

⁵⁵ https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_es.pdf

⁵⁶ BOE, n° 263, de 31 de octubre de 2009.

⁵⁷ B. Ryan, V. Mitsilegas, *Extraterritorial immigration control*, Brill Nijhoff, 2010, p. 14.

⁵⁸ M. Trémolières (dir) "Cahiers de l'Afrique de l'Ouest. Les enjeux régionaux des migrations ouest-africaines. Perspectives africaines et européennes". <https://www.oecd.org/fr/publications/les-enjeux-regionaux-des-migrations-ouest-africaines-9789264056039-fr.htm>.

necesarias son las verificaciones llevadas a cabo en el punto de embarque por personal adecuadamente capacitado del explotador de aeronaves o de la compañía que opera en nombre del explotador de aeronaves, para asegurarse de que cada persona tenga consigo un documento de viaje válido y, cuando corresponda, el visado o permiso de residencia requerido para ingresar al Estado de tránsito o receptor⁵⁹. De esta manera, la persona tendrá que exhibir su documento de viaje que contenga el visado de tránsito aeroportuario para que se les permita embarcar en la aeronave con destino al aeropuerto en el que tenga previsto efectuar el tránsito aeroportuario.

IV. Nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario

1. La lista general del anexo IV del Código de visados

Tanto el art. 1.3 como el 3.1 del Código de visados se refieren a los sujetos a los que se somete a la obligación de obtención previa de un visado de tránsito aeroportuario para poder transitar por las zonas internacionales de tránsito de los Estados miembros.

El art. 3.1 menciona que los nacionales de terceros países de la lista contenida en el anexo IV deberán estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para pasar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros. La lista de países que recoge el anexo IV del Código de visados son doce en total, de los cuales seis son africanos y seis son asiáticos: Afganistán, Bangladesh, República Democrática del Congo, Eritrea, Etiopía, Ghana, Irán, Iraq, Nigeria, Pakistán, Somalia y Sri Lanka.

No se establecen unos criterios claros qué determinen cuando ha de incluirse a un tercer país en la lista del anexo IV. En el preámbulo del Código de visados se recoge precisamente, tal y como ya se ha indicado, que el visado de tránsito aeroportuario está destinado a controlar la inmigración irregular, pero sin ofrecer elementos ni requisitos específicos que justifiquen el sometimiento de los nacionales de un tercer país a la obligación de este visado.

Anteriormente a la lista del anexo IV del Código de visados, la Acción Común incluyó los mismos países excepto Pakistán y Bangladesh. La lista Schengen de terceros países sometidos a este tipo de visado recogida en el anexo 3 de la Instrucción Consular Común⁶⁰ contenía la misma relación que la del anexo IV.

⁵⁹ Anexo 9..., *op.cit.*, p. 1–4.

⁶⁰ K. Hailbronner, *EU immigration and asylum law: commentary on EU regulations and directives*, Bloomsbury Publishing PLC, 2ª ed., C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016, p. 131.

Se trata de una lista de países cuyos nacionales están, en todo caso, sometidos a la obligación de obtención de un visado de tránsito aeroportuario si tienen la intención de efectuar el tránsito en cualquiera de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros. Respecto de esta lista de países sometidos al visado de tránsito, como se ha indicado, tal autorización busca ser un instrumento eficaz para poner coto a la presentación abusiva de peticiones de asilo por personas cuya única finalidad sea sortear los controles migratorios en los puestos fronterizos de los aeropuertos internacionales de los Estados miembros⁶¹. Cabe señalar que los doce países de la lista del anexo IV se encuentran asimismo incluidos en el anexo I del Reglamento (UE) 2018/1806⁶², es decir, en la lista de países sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Por último, cabe señalar que una eventual modificación de la lista del anexo IV se efectúa, conforme al art. 50 del Código de visados, por medio del procedimiento de reglamentación con control.

2. La lista especial de cada Estado miembro

Además de los terceros países señalados en el anexo IV, el Código de visados permite, en virtud del art. 3.2, que la lista de países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario pueda ser ampliada a los nacionales de otros países además de los que ya figuran en el anexo IV. Esta posibilidad ya se previó en la Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario al establecer en el art. 5 que cada Estado miembro podía decidir sobre la conveniencia de exigir un visado de tránsito aeroportuario a nacionales de países distintos de los recogidos en el anexo pero sin detallar cuál era el procedimiento a seguir ni bajo qué condiciones se podía incluir a un tercer país en la lista alternativa.

Inicialmente, en la propuesta de la Comisión⁶³ sobre Código de visados no se introdujo la posibilidad de que los Estados miembros impusieran el requisito del visado de tránsito aeroportuario autónomamente pero finalmente, a instancia del Consejo⁶⁴, se incluyó esta posibilidad tal y como se recoge en el art. 3.2.

El art. 3.2 establece que, en situaciones urgentes de afluencia masiva de inmigrantes ilegales, un Estado miembro podrá requerir que los nacionales de terceros países distintos de los contemplados en el anexo IV, estén en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en su territorio. La norma del art. 3.2 se traduce en la práctica en que, efectivamente, la lista de países cuyos nacionales están sometidos al

⁶¹ A. Kirkpatrick de la Vega, G. González García *Los visados...*, *op.cit.*, p. 75.

⁶² DO, L 303 de 28 de noviembre de 2018, p. 39.

⁶³ COM(2006) 403 final, p. 58.

⁶⁴ Documento del Consejo, 7661/08, de 14 de marzo de 2008.

visado de tránsito aeroportuario sea considerablemente más amplia que la reflejada en el anexo IV.

Actualmente, a 11 de marzo de 2019, la lista⁶⁵ se integra en total por 35 países y palestinos: Armenia, Camerún, República Centroafricana, Chad, República del Congo, Costa de Marfil, Cuba, Yibuti, República Dominicana, Egipto, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Haití, India, Jordania, Kirguizistán, Líbano, Liberia, Libia, Mali, Mauritania, Nepal, Níger, Filipinas, Rusia, Senegal, Sierra Leona, Sudán del Sur, Sudán, Siria, Togo, Turquía, Turkmenistán, Yémen y palestinos. Los nacionales de alguno de estos treinta y cinco países y palestinos están por lo tanto sometidos, en virtud de la utilización del art. 3.2 por parte de uno o varios Estados miembros, a la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por la zona de tránsito de los aeropuertos del o de los Estados Miembros que sometan a esos nacionales en concreto a la mencionada obligación.

De esta manera, bien sea por la vía general del anexo IV o por la vía del art. 3.2, en total los nacionales de cuarenta y siete países y palestinos están sometidos al visado de tránsito aeroportuario, de los cuales doce lo están para todos los Estados miembros y por tanto para transitar en cualquier aeropuerto situado en alguno de ellos, y los nacionales de los treinta y cinco restantes y palestinos lo están respecto de, al menos, uno o varios Estados miembros y por tanto para transitar en los aeropuertos situados en los correspondientes Estados miembros.

En consecuencia, se puede hablar de una primera lista de países sometidos al visado de tránsito por parte de todos los Estados miembros y de una lista alternativa de países sometidos al visado de tránsito aeroportuario únicamente por uno o varios Estados miembros, pero no por todos. El país de la lista alternativa cuyos nacionales están sometidos al visado de tránsito por parte del mayor número de Estado miembros es actualmente Siria; hasta doce Estados miembros⁶⁶ exigen a nacionales sirios estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario.

El propio art. 3.2 del Código de visados exige que los Estados Miembros notifiquen a la Comisión la decisión por la que éstos imponen la obtención previa de visado de tránsito aeroportuario a nacionales de terceros países distintos a los que relaciona el anexo IV antes de la entrada en vigor de esta decisión. Asimismo, la supresión de un tercer país de la mencionada lista ha de ser notificada a la Comisión.

Los terceros países que integran la lista alternativa pueden llegar a ser objeto de inclusión en la lista del anexo IV si así lo decide el Comité de Visados tras revisar anualmente las notificaciones provenientes de los Estados miembros. En el supuesto de que el Comité de visados no acceda a trasladar el país o los países en cuestión a

⁶⁵ https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/annex_7b_atv-national_lists_en.pdf.

⁶⁶ Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria y Suiza si bien este último no es Estado miembro de la UE.

la lista consolidada del anexo IV, los Estados miembros podrán mantener a esos terceros países siempre que, explícita el Código de visados, se cumplan el requisito expresado en el art. 3.2, es decir, sigue existiendo una situación de urgencia de afluencia masiva de inmigrantes ilegales⁶⁷.

Por otra parte, los propios Estados miembros interesados podrán decidir, por el contrario, suprimir al país en cuestión de la lista alternativa. El Código de visados no precisa qué criterios han de tomarse en cuenta a efectos de mantener o retirar un país de la lista alternativa más allá de la precisión de que se podrían incluir en esa lista países en caso de afluencia masiva de inmigrantes ilegales, lo cual, constituye de por sí un requisito especial para poder permitir la inclusión del país.

Al no existir criterios específicos aparte del ya mencionado⁶⁸, el único referente es el grado de riesgo de inmigración ilegal que presente un determinado país sobre la base de, por ejemplo, el número de solicitudes de asilo presentadas en el momento de efectuarse el tránsito aeroportuario⁶⁹. Algunos autores han apuntado la posibilidad de recurrir judicialmente la inclusión⁷⁰ de un país en la lista si no hubiera suficientes motivos de fondo como para justificarla⁷¹; igualmente se interpreta que la tendencia general ha de ser la reducción de las divergencias entre Estados miembros en la medida en que la urgente afluencia masiva de inmigrantes ilegales representa de por sí un requisito exigente que debiera cumplirse para incluir a un tercer país en la lista alternativa nacional, por lo que la facultad del art. 3.2 del Código de visados habría de ser interpretada de manera restrictiva⁷².

3. Los países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario por parte de España

En el caso particular de España, a 11 de marzo de 2019, se mantienen los siguientes países dentro de la lista de países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por las zonas internacionales de tránsito de aeropuertos situados en territorio español: Camerún, República del Congo, Costa de Marfil, Cuba, Djibuti, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, India, Liberia, Mali, Sierra Leona, Siria, Togo y palestinos.

Para España, la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario no se aplica a los titulares de pasaportes de servicio o pasaportes especiales

⁶⁷ S. Peers, *EU Justice and Home Affairs*, Oxford University Press, 4ª ed., 2016, p. 198.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ S. Peers, E. Guild, J. Tomkin, *EU Immigration and Asylum Law Text and Commentary*, Brill Nijhoff, 2ª ed., 2012, p. 255.

⁷⁰ S. Peers, "Legislative Update, EC Immigration and Asylum Law: The New Visa Code" *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), pp. 105-131.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

expedidos por los terceros países en cuestión según se señala en la lista general de terceros países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para poder transitar por los aeropuertos de uno o de varios Estados Miembros que figura como anexo 7B del *Manual para la tramitación de las solicitudes de visado y la modificación de los visados expedidos*⁷³.

V. Exenciones al requisito de visado de tránsito aeroportuario

La exigencia general de obtención previa de visado de tránsito aeroportuario a los nacionales de los países relacionados en las listas arriba mencionadas tiene una serie de excepciones por las que los nacionales de esos países quedan eximidos de tal requisito cuando se encuentren en alguna de las siguientes situaciones recogidas en el art. 5.5 del Código de visados.

Aunque el Código de visados no especifica que sea una lista de carácter exhaustivo, sí cabe deducir que lo es por la propia vocación unificadora de las políticas nacionales para alcanzar una política común de visados⁷⁴ tal y como se refiere el preámbulo del propio Código de visados al establecimiento de un corpus común legislativo⁷⁵. Las categorías a las que se exime de la obligación de visado son las siguientes:

a) Quienes sean titulares de un visado uniforme válido, de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia expedido por un Estado Miembro.

En este supuesto, tiene plena lógica que quienes posean alguno de estos documentos queden exentos del visado de tránsito aeroportuario pues quien está autorizado a cruzar las fronteras de los Estados miembros, a circular dentro de sus territorios o incluso a residir en los mismos no ha de tener impedimento alguno para transitar por las zonas internacionales de tránsito al no existir el riesgo inmigratorio.

Como se ha indicado, el propósito de la imposición del visado de tránsito aeroportuario está en impedir que el tránsito efectivo sirva de medio para cruzar las fronteras de los Estados miembros eludiendo los controles migratorios. En este sentido, la persona que ya ha sido previamente autorizada a entrar en el territorio de los Estados miembros no puede ser objeto de esa medida de control adicional que es el visado de tránsito aeroportuario pues estas personas tienen atribuida una capacidad de movimiento mucho mayor de manera previa por medio de la titularidad de un

⁷³ *Manual para la tramitación de las solicitudes de visado y la modificación de los visados expedidos* Decisión de la Comisión C(2010) 1620 final de 19 de marzo de 2010, Decisión de aplicación de la Comisión C(2011) 5501 final de 4 de agosto de 2011, Decisión de aplicación de la Comisión C(2014) 2727 de 29 de abril de 2014 y Decisión de ejecución de la Comisión C(2019) 3464 final de 14 de mayo de 2019.

⁷⁴ S. Peers, "Legislative...", *op.cit.*

⁷⁵ Considerando 3.

visado uniforme válido, visado nacional de larga duración o permiso de residencia de un Estado miembro. En este sentido, quien puede lo más puede lo menos.

b) Los nacionales de terceros países titulares de un permiso de residencia válido expedido por un Estado miembro que no participe en la adopción del presente Reglamento o por un Estado miembro que todavía no aplique las disposiciones del acervo de Schengen en su totalidad, o los nacionales de terceros países titulares de uno de los permisos de residencia válidos enumerados en el anexo V, expedidos por Andorra, Canadá, Japón, San Marino o los Estados Unidos de América que garanticen la readmisión incondicional del titular, o los titulares de un permiso de residencia válido de uno o de varios de los países y territorios de ultramar del Reino de los Países Bajos (Aruba, Curazao, San Martín, Bonaire, San Eustaquio y Saba).

En la propuesta inicial de la Comisión no se previó que los permisos de residencia de los Estados miembros pudieran eximir del visado de tránsito aeroportuario, no obstante, una enmienda del Parlamento Europeo⁷⁶ introdujo la modificación que finalmente se recogió en el Reglamento aprobado. Además, la propuesta inicial de la Comisión tampoco incluyó que los visados de Canadá, Japón y Estados Unidos dispensaran de la obligación del visado de tránsito aeroportuario. Fue a iniciativa del Consejo que se reconoció esta posibilidad en el Código de visados al igual que se eliminó de la iniciativa de la Comisión el permiso de residencia de Mónaco como eximente⁷⁷ de la obligación de visado de tránsito aeroportuario.

Inicialmente el Código de visados sólo preveía que los titulares de los permisos de residencia del anexo V emitidos por los mencionados países sirvieran como eximente de la obtención previa de visado de tránsito aeroportuario. Sobre la base de consideraciones de seguridad jurídica y mayor transparencia y claridad, se adoptó una modificación del Código de visados por medio del Reglamento (UE) n° 154/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2012⁷⁸ por el que se introdujo en el art. 3.5 del Código de visados la mención a los permisos de residencia de Estados Miembros que no participen en la adopción del Código de visados y a los Estados miembros que no apliquen las disposiciones del acervo Schengen en su totalidad. Tras la reforma que introduce el Reglamento (UE) 2019/1155 se añade adicionalmente la mención a los permisos de residencia válidos de uno o varios de los países y territorios de ultramar de Países Bajos. Por lo que estos también eximen de la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario.

En el anexo V, igualmente objeto de actualización por parte del Reglamento (UE) 2019/1155 a efectos de dotar de mayor precisión los supuestos de exención, se detallan los tipos de permisos de residencia que eximen a su titular del visado de

⁷⁶ A6-0161/2008, enmienda 46.

⁷⁷ S. Peers, “Legislative...”, *op.cit.*

⁷⁸ DO, L 58 de 29 de febrero de 2012, p. 3.

tránsito aeroportuario. Los permisos de residencia en cuestión recogidos expresamente en el anexo V son los de Andorra, Canadá, Japón, San Marino y los Estados Unidos de América⁷⁹.

c) Los nacionales de terceros países titulares de un visado válido para un Estado miembro que no participe en la adopción del presente Reglamento o de un Estado miembro que todavía no aplique las disposiciones del acervo de Schengen en su totalidad, o de un país que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o de Canadá, Japón o los Estados Unidos de América, o los titulares de un visado válido de uno o de varios de los países y territorios de ultramar del Reino de los Países Bajos (Aruba, Curazao, San Martín, Bonaire, San Eustaquio y Saba) cuando viajen al país expedidor o a cualquier otro tercer país, o cuando, tras haber utilizado el visado, regresen del país expedidor.

En este supuesto, al igual que en el caso b), el Reglamento (UE) 1155/2019 introdujo la mención a los países que sean parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los titulares de un visado válido de uno o de varios de los países y territorios de ultramar de Países Bajos (Aruba, Curazao, San Martín, Bonaire, San Eustaquio y Saba).

La exención reconocida a los titulares de los visados indicados en el punto c), de Reino Unido, Irlanda, Croacia, Chipre, Rumanía, Bulgaria, Noruega, Islandia,

⁷⁹ Andorra: — Autorització temporal (permiso de inmigración temporal — de color verde). — Autorització temporal per a treballadors d'empreses estrangeres (permiso de inmigración temporal para trabajadores de empresas extranjeras — de color verde). — Autorització residència i treball (permiso de residencia y de trabajo — de color verde). — Autorització residència i treball del personal d'ensenyament (permiso de residencia y de trabajo para personal docente — de color verde). — Autorització temporal per estudis o per recerca (permiso de inmigración temporal por motivos de estudio o de investigación — de color verde). — Autorització temporal en pràctiques formatives (permiso de inmigración temporal por motivos de prácticas y formación — de color verde). — Autorització residència (permiso de residencia — verde). Canadá: — Permanent resident (PR) card (permiso de residencia permanente). — Permanent Resident Travel Document (PRTD) (documento de viaje de residente permanente). Japón: — Tarjeta de residencia.

San Marino: — Permesso di soggiorno ordinario [(permiso de residencia ordinario) validez de un año, renovable en la fecha de expiración]. — Permisos de residencia especiales por los motivos siguientes (validez de un año, renovables en la fecha de expiración): asistencia a cursos universitarios, deportes, asistencia sanitaria, motivos religiosos, personas que trabajen como enfermeras en los hospitales públicos, funciones diplomáticas, cohabitación, permiso para menores, motivos humanitarios o permiso parental. — Permisos de trabajo temporal o estacional (validez de once meses, renovables en la fecha de expiración). — Documento de identidad expedido a personas que tienen su residencia oficial ("residenza") en San Marino (validez de cinco años). Estados Unidos de América: — Visado de inmigrante válido y vigente; podrá ser validado en el puerto de entrada por un período de un año como prueba temporal de residencia, en espera de que se expida la tarjeta I-551. — Tarjeta I-551 válida y vigente (tarjeta de residencia permanente); el período de validez puede ser de hasta dos o diez años, en función del tipo de admisión; si no hay fecha de expiración de la tarjeta, la tarjeta es válida para viajar. — Tarjeta I-327 válida y vigente (Documento de reentrada). — Tarjeta I-571 válida y vigente (Documento de viaje para refugiado autorizado en calidad de "extranjero residente permanente").

Liechtenstein, los de los territorios de ultramar de Países Bajos, Canadá, Japón y Estados Unidos de América⁸⁰, es de aplicación independientemente de si el portador viaja al país que le ha expedido el visado o a cualquier otro tercer país⁸¹.

d) Los familiares de ciudadanos de la UE.

Esta categoría se aplica a los familiares de un ciudadano de la UE sin que se exija el requisito de que el familiar acompañe o se reúnan con el ciudadano de la UE⁸².

Al amparo del derecho de libre circulación de quienes ostenten la condición de familiar de ciudadano de la UE se prevé la exención de la exigencia de requisito de visado de tránsito aeroportuario a los mismos. La condición de familiar de ciudadano de la UE se adquiere al amparo de lo dispuesto en la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros⁸³.

La Directiva 2004/38 establece dos grupos de familiares, miembros de la familia nuclear y miembros de la familia extensa. En el primer caso, según el art. 2 de la Directiva 38/2004 se entiende por miembro de la familia a las siguientes categorías de sujetos: el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b), d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b). Dentro de la segunda clase de miembros de la familia extensa, el art. 3.2 de la Directiva 2004/38 estipula que sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del art. 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

⁸⁰ K. Hailbronner, *EU...*, *op.cit.*, p. 132.

⁸¹ *Manual para...*, *op.cit.*, p. 18.

⁸² *Ibid.*

⁸³ DO, L 158 de 30 de abril de 2004, p. 77.

En España, la transposición de la Directiva 38/2004 se llevó a cabo por medio del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁸⁴.

El Real Decreto 240/2007 prevé en el art. 2, como miembros de la familia nuclear, a las siguientes categorías como familiares de ciudadanos de la UE siempre que éstos tengan por propósito acompañarle o se reúnan con él: cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o de divorcio; pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí; descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces y ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja⁸⁵.

El art. 2 bis menciona los miembros de la familia extensa: los miembros de la familia del ciudadano UE, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el art. 2 del Real Decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias: que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él o que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; y la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecidos en el propio Real Decreto⁸⁶.

⁸⁴ BOE nº 51, de 28 de febrero de 2007.

⁸⁵ La redacción inicial del Real Decreto 240/2007 fue modificada en virtud de una sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 por la que se declaraba la nulidad de alguno de los incisos (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, ECLI: ES:TS:2010:4259, por la que se anulan varias expresiones de los arts. 2, 3, 4, 9 y 18 y disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la U.E. y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), BOE nº 266, de 3 de noviembre de 2010.

⁸⁶ La introducción del art. 2 bis se llevó a cabo por medio del Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte

Los sujetos categorizados en el Real Decreto 240/2007 quedarían exentos de la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos con la particularidad de que no es necesario que el familiar acompañe o se reúna con el ciudadano de la UE.

e) Titulares de pasaportes diplomáticos.

Los titulares de pasaportes diplomáticos, independientemente de si son nacionales de algún país incluido en la lista del anexo IV o en la lista alternativa, están exentos del visado de tránsito aeroportuario. En este punto, la regulación que hace el Código de visado es más restrictiva respecto de la Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario en la que sí se incluían expresamente en el art. 4 a los titulares de pasaportes oficiales o de servicio como eximente de la obligación de visado de tránsito aeroportuario.

f) Los miembros de las tripulaciones de vuelo que sean nacionales de una Parte contratante del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional.

Para este supuesto se debe examinar qué personas integran el concepto de tripulación de vuelo y cuáles son las Partes contratantes del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional. Según la OACI, miembro de la tripulación de vuelo es el titular de la correspondiente licencia, a quien se asignan obligaciones esenciales para la operación de una aeronave durante el período de servicio de vuelo⁸⁷. Al igual que respecto de los titulares de pasaportes oficiales o de servicio del art. 4 de la Acción Común, el Código de visados eliminó la mención a la tripulación de buques.

VI. El caso particular del tránsito aeroportuario en el aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid Barajas

En el caso de España, la aplicación práctica del visado de tránsito aeroportuario tiene la siguiente particularidad: en el aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid-Barajas no existe una zona internacional de tránsito que comunique las distintas terminales del aeropuerto, es decir, no hay una zona internacional de tránsito continua entre el área en las que están ubicadas las terminales T1, T2 y T3 y la zona en la que se encuentran las terminales T4 y T4s. En consecuencia, un nacional de un tercer país que tenga por propósito realizar un trasbordo desde las terminales T1, T2 y T3 a la zona de las terminales T4 y T4s, al no existir zona de tránsito aeroportuario entre

en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE nº 268, de 9 de noviembre de 2015. Tal y como se indica en la propia exposición de motivos de este Real Decreto la facilitación de la residencia de la llamada familia extensa responde a la necesidad de evitar un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión, por disuadirle de ejercer sus derechos de entrada y residencia en otro Estado miembro.

⁸⁷Anexo 9..., *op.cit.*, p. 1–4.

las terminales indicadas, no estaría efectuando un tránsito aeroportuario debido a que el desplazamiento físico de una zona de terminales a otra requiere, necesariamente, cruzar la frontera española y entrar en el territorio español.

Para este supuesto, el extranjero debería ir provisto de un visado uniforme de estancia que le permita entrar en España, aunque únicamente sea para desplazarse de una terminal a otra. En sentido contrario, si el nacional del tercer Estado se propone realizar un trasbordo entre las terminales T1, T2 y T3 o entre las terminales T4 y T4S, sí que requerirán de un visado de tránsito aeroportuario en caso de ser nacionales de un Estado de la lista del anexo IV o de la lista alternativa respecto del cual España somete a la obligación de visado.

VII. Competencia para el examen y decisión sobre las solicitudes de visados de tránsito aeroportuario

1. Competencia orgánica y material

La competencia para examinar las solicitudes de visado de tránsito aeroportuario corresponde a alguno de los órganos establecidos en el art. 4 del Código de visados, es decir, a consulados o las autoridades distintas designadas por los Estados miembros para el examen y decisión de una solicitud de visado. Conforme al art. 5.3, el Estado miembro competente para examinar la solicitud de visado de tránsito aeroportuario es aquél en cuyo territorio se encuentre el aeropuerto en que el solicitante pretenda realizar el tránsito y, en caso de tener que efectuar el tránsito en aeropuertos situados en más de un Estado Miembro, será competente aquél en cuyo territorio se encuentre el aeropuerto que sea el primero en ser transitado.

A modo de ejemplo, si un ciudadano paquistaní, residente en Islamabad, efectúa dos tránsitos aeroportuarios, el primero en Madrid, y el segundo en Frankfurt con destino final Bogotá (Colombia). En este caso, la competencia corresponde al consulado español de su lugar de residencia. Otro supuesto sería el de un ciudadano nigeriano, residente en Niamey, que efectúa un tránsito en el aeropuerto de Frankfurt (Alemania) con destino final en Río de Janeiro (Brasil); es competente el consulado alemán de la circunscripción de su lugar de residencia⁸⁸.

2. Documentación particular para las solicitudes de visado de tránsito aeroportuario

La documentación específica necesaria para la solicitud de un visado de tránsito aeroportuario, además de los otros documentos generales precisos que estipula el Código de visados, viene recogida en el art. 14.2 del Código de visados, según el

⁸⁸ *Manual para... op.cit.*, p. 22.

cual, para la solicitud de este tipo de visado, es preciso presentar documentación relativa a la continuación del viaje hasta el destino final una vez efectuado el tránsito correspondiente. En el anexo II del Código de visados se establece, con carácter indicativo, que los billetes de avión para la continuación del viaje constituyen un documento válido para demostrar ese requisito, así como permisos de entrada en el tercer país de destino. Seguidamente se exige la presentación de documentación que permita establecer la intención del solicitante de no entrar en el territorio de los Estados miembros. A tal efecto, el anexo II recoge los siguientes documentos como medios para probar tal intención: reserva de billete de vuelta o de ida y vuelta, prueba de medios económicos en el país de residencia, prueba de empleo como extractos bancarios, prueba de propiedad inmobiliaria, prueba de integración en el país de residencia como lazos familiares o situación profesional del solicitante.

La inclusión de este conjunto de precisiones por parte del Código de visados para clarificar qué documentos son necesarios para garantizar que el solicitante realice efectivamente el tránsito supone un avance considerable respecto de la derogada Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario por cuanto esta norma otorgaba a cada Estado miembro la facultad⁸⁹ de determinar de las condiciones necesarias para expedir visados de tránsito aeroportuario⁹⁰ sin perjuicio de la armonización que sobre este particular se realizara. Si bien, la Acción Común sí recogía factores de valoración como la seguridad, el riesgo de inmigración irregular, la adecuada acreditación de la necesidad de efectuar el tránsito aeroportuario, así como la garantía de admisión del solicitante de visado de tránsito aeroportuario en el tercer país que fuera su destino final.

Las verificaciones que en cada caso concreto han de ser efectuadas por el consulado a la hora de examinar y decidir sobre una solicitud de visado de tránsito aeroportuario son las siguientes a tenor del art. 21.6: que el documento de viaje presentado no sea falso ni falsificado, comprobar los puntos de origen y de destino del nacional del tercer país de que se trate y la coherencia del itinerario y del tránsito aeroportuario previstos y la prueba de la continuación del viaje hasta el destino final.

En razón de la particular naturaleza del visado de tránsito aeroportuario como herramienta de control migratorio que no faculta a cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, los arts. 22.1 y 31.1 del Código de visados excluyen este tipo de visado del mecanismo de consulta previa o de información respectivamente⁹¹ entre las autoridades centrales de los Estados miembros.

⁸⁹ A. Meloni, *Visa...*, *op.cit.*, p. 81.

⁹⁰ Se especifica a continuación que el Consejo podía adoptar criterios relativos a la tramitación y expedición de los visados.

⁹¹ El mecanismo de consulta previa se establece para que las autoridades centrales de los Estados miembros se consulten mutuamente durante el examen de las solicitudes de visado que presenten nacionales de una lista de terceros países o para categorías específicas de nacionales de determinados terceros

La imposibilidad de cruzar las fronteras exteriores con un visado de tránsito aeroportuario encuentra una excepción en situaciones humanitarias y de fuerza mayor en el que el titular puede ser autorizado por parte de los agentes de frontera en situaciones justificadas como dolencias, enfermedades o problemas médicos que requieran una atención urgente si bien, una vez disipada la causa, el titular ha de abandonar el territorio tan pronto como sea posible⁹².

3. Expedición del visado de tránsito aeroportuario: modalidades

Conforme al art. 26 del Código de visados, el visado de tránsito aeroportuario puede ser expedido para efectuar un tránsito o múltiples transits en aeropuertos de uno o de varios Estados miembros. El período de validez máximo de un visado de tránsito aeroportuario múltiple es de seis meses.

Los criterios relevantes para la expedición de un visado de tránsito aeroportuario múltiple son la necesidad del solicitante de efectuar transits frecuentes, así como su integridad y fiabilidad demostradas por medio del uso legítimo de visados anteriores bien sean uniformes, de validez territorial limitada o de tránsito aeroportuario. La situación económica del solicitante en su país de origen y la intención de no permanecer y de continuar el viaje hacia el tercer país resultan igualmente relevantes a la hora de valorar la eventual expedición de un visado de tránsito aeroportuario múltiple.

Cuando un Estado miembro expida un visado de tránsito aeroportuario a un nacional de un tercer país en virtud de la lista alternativa establecida sobre la base del art. 3.2 del Código de visados, el visado en cuestión expedido a este nacional del tercer país sólo es válido para efectuar el tránsito en los aeropuertos situados en el territorio del Estado miembro que le ha expedido el visado de tránsito aeroportuario a tenor de lo dispuesto en el art. 26.6. A modo de ejemplo, si un consulado español expide un visado de tránsito aeroportuario a un nacional de Guinea Bissau para realizar el tránsito en el aeropuerto Adolfo Suárez-Madrid Barajas de un vuelo con origen en Bissau y destino en La Habana, el visado en cuestión solo faculta a su titular a efectuar el tránsito en aeropuertos españoles y no en aeropuertos situados en otro Estado miembro.

VIII. Estadísticas de visados de tránsito aeroportuario

A nivel mundial, en el año 2018, fueron solicitados un total de 5.313 visados de tránsito aeroportuario, de los cuales se emitieron 4277, de los cuales 1553 fueron

países. En la información, las autoridades centrales de los Estados miembros se informan sobre la expedición de visados a nacionales de una lista de terceros países o para categorías específicas de nacionales de determinados terceros países. Mientras que la primera es anterior a la expedición, la segunda es posterior a la misma.

⁹²A. Kirkpatrick de la Vega, G. González García, *Los visados...*, *op.cit.*, p. 46.

visados de tránsito aeroportuario múltiples; fueron denegados 767⁹³ alcanzándose una tasa de denegación de 14,4 por ciento.

En el año 2018 se solicitaron ante consulados de España un total de 404 visados de tránsito aeroportuario, de los cuales se emitieron 343. No se disponen de datos respecto del número concreto de visados de tránsito aeroportuario múltiples que fueron emitidos. Se denegaron 38 solicitudes con una tasa de denegación del 9,4 por ciento. Los consulados de España que más visados de tránsito aeroportuario emitieron fueron los de Bata (62), La Habana (43) e Islamabad (26)⁹⁴.

IX. El visado de tránsito aeroportuario en Derecho español

En la legislación española, el visado de tránsito aeroportuario viene regulado en el art. 25 bis 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 2/2009⁹⁵ y está desarrollado en el Título II, arts. 25 a 27 de 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 2/2009⁹⁶.

Resulta de interés la precisión que realiza el art. 25 del Reglamento de Extranjería al indicar que se encuentran en tránsito aeroportuario aquellos extranjeros habilitados para permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante las escalas o enlaces de vuelos. La mención a que el visado de tránsito no habilita a acceder al territorio de los Estados miembros no se encuentra en el Código de visados recogida de manera expresa. Además de una remisión a la regulación del Derecho de la UE, el Reglamento no detalla más aspectos que los meramente procedimentales que complementan las reglas del Código de visados.

En la legislación española se prevé un supuesto adicional de exención del visado de tránsito aeroportuario en el art. 25 bis de la Orgánica 4/2000, al establecerse que no será exigible la obtención de dicho visado en casos de tránsito de un extranjero a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea solicitado por un Estado miembro de la Unión Europea o por un tercer estado que tenga suscrito con España un acuerdo internacional sobre esta materia. El art. 25 bis de la Ley de Extranjería fue introducido por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre que, a su vez,

⁹³ *Visa statistics for consulates 2018*, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy_en.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ BOE nº 10, de 12 de enero de 2000.

⁹⁶ BOE nº 103, de 30 de abril de 2011.

transpuso la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre sobre asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea⁹⁷.

X. Conclusión

El visado de tránsito aeroportuario tiene una naturaleza jurídica y una condición particular en el contexto general de los visados recogidos en la normativa de la UE. Ello tiene su reflejo en el diferente fundamento jurídico sobre el que reposa la regulación de esta modalidad de visado en el Código de visados, diferenciándose principalmente de los demás tipos de visados en que no permite a su titular o portador efectuar el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros.

Aunque el visado de tránsito aeroportuario, creado como eficaz instrumento de lucha contra determinadas prácticas migratorias abusivas, dé lugar a la aparición de una distinción jurídica basada en la separación entre cruce real y cruce legal de las fronteras, la cual puede resultar útil en determinados ámbitos de gestión de los flujos migratorios, no debe dar lugar, en cambio, a situaciones en los que los derechos humanos puedan verse menoscabados o limitados por la prevalencia de una ficción jurídica basada en tecnicismos.

El régimen establecido por el Código de visados para el visado de tránsito aeroportuario pone de manifiesto, *a priori*, la excepcionalidad de su uso y de su aplicación a un número comparativamente limitado de terceros países, si bien, el propio Código de visados admite unas situaciones que pueden ser invocadas por los Estados miembros para ampliar el número de países sometidos a este visado, lo que en la práctica se traduce en que la excepcionalidad del visado de tránsito aeroportuario quede desvirtuado en cierta manera. Las estadísticas muestran que el visado de tránsito aeroportuario representa una parte muy reducida (4277) respecto del total de los visados uniformes expedidos a nivel mundial en el año 2018 (15 millones aproximadamente), con lo cual se enfatiza aún más si cabe su carácter excepcional.

Por otra parte, se admiten una serie de categorías de sujetos que quedan exentos de la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario como medio para flexibilizar el rigor de su exigencia a determinados sujetos. Estas dos características del régimen normativo en vigor dan lugar a que el visado de tránsito aeroportuario sea un ámbito del Código de visados en el que existe aún un considerable nivel de divergencia entre los Estados miembros.

⁹⁷ DO, L 321 de 6 de diciembre de 2003, p. 26.