

DERECHO COMUNITARIO DE EXTRANJERÍA: DIRECTIVA 2003/86/CE SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y REFORMA DEL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

ANTONIO QUIRÓS FONS
Área de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Proceso de comunitarización del derecho de extranjería. 1.1. Del derecho internacional al derecho comunitario. 1.2. Derecho originario. 1.2.1. Contenido; 1.2.2. Alcance: límites y garantías. 1.3. Derecho derivado. 1.3.1. Estancia: elementos conexos a la residencia; 1.3.2. Inmigración ilegal: elementos conexos a la inmigración legal; 1.3.3. Residencia: desarrollo de la libre circulación “accesoria”. 2. Progresos en la Política Migratoria Común. 2.1. Impulso político. 2.2. Trato justo a ciudadanos de terceros países. 2.2.1. Admisión y residencia; 2.2.2. Estatuto jurídico de los nacionales de países terceros. 2.3. Motivos de un desarrollo normativo mínimo. 3. La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho de reagrupación familiar. 3.1. Mínimo común denominador. 3.2. Consideraciones procedimentales en la adopción de la Directiva. 3.3. Fundamentación y contenido esencial del derecho. 3.3.1. La obligación de protección y respeto consagrada en numerosos instrumentos del Derecho internacional; 3.3.2. Los principios reconocidos por el artículo 8 CEDH. 3.4. Sujetos. 3.4.1. Titular; 3.4.2. Beneficiarios. 3.5. Procedimiento. 3.6. Injerencias y proporcionalidad. 4. La reforma del régimen interno español por LO 14/2003. 5. Conclusiones.

1. PROCESO DE COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA.

1.1. DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO COMUNITARIO.

La actividad de la Comunidad Europea, carente en principio de atribución competencial expresa en materia de inmigración, se ha limitado a regular situaciones entre nacionales de Estados miembro y nacionales de Estados terceros, además de los derechos atribuidos a éstos a partir de los convenios derivados del artículo 310 TCE (salvo el de los asimilados del EEE), de los cuales, el más beneficioso ya parte

*Estudio elaborado en el marco del proyecto de la Universidad de Murcia 6696: “Bases jurídicas para la integración de inmigrantes en la Región de Murcia”, financiado por el INSERSO y la CARM.

de la premisa de que el nacional extracomunitario goce del estatuto de trabajador residente temporal¹.

Para entender en qué estado evolutivo se encuentra la Comunidad Europea al respecto, es preciso remontarse al momento en que el Acta Única Europea, adoptada en febrero de 1986², introdujo un nuevo concepto: la consecución de un mercado único concebido como un espacio sin fronteras interiores en el que estuviera asegurada la libre circulación de las mercancías, personas, servicios y capitales conforme a las disposiciones del Tratado. El marco de la Cooperación Política Europea se mostró insuficiente para acometer este objetivo, mientras surgió, por la vía convencional, el sistema Schengen³, como auténtico punto de partida de la intervención

¹ El más beneficioso es el Acuerdo de asociación suscrito entre la CEE y Turquía en 1963, aprobado por Decisión del Consejo de 23 de diciembre de 1963, JOCE 1964 p. 3687 (contiene un Protocolo adicional y un Protocolo financiero, JOCE L 293 de 29 de diciembre de 1973). Le siguen en importancia: Acuerdo de Cooperación entre la CEE y la República de Túnez, firmado el 25 de abril de 1976 en Túnez, DOCE L265, de 27 de septiembre de 1978, sustituido por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación (DOCE L 97, de 30 de marzo de 1998), en vigor desde el 1 de marzo de 1998. Acuerdo de Cooperación entre la CEE y la República Democrática y Popular de Argelia, firmado el 26 de abril de 1976 en Argel, DOCE L 263, de 27 de septiembre de 1978, en vigor desde el 1 de noviembre de ese mismo año. Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, firmado el 27 de abril de 1976 en Rabat, DOCE L 264, de 27 de septiembre de 1978, en vigor desde el 1 de noviembre del mismo año, sustituido por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación, DOCE L 70, de 18 de marzo de 2000. Acuerdo Euromediterráneo de Asociación con Israel, DOCE L 147, de 21 de junio de 2000. Acuerdo de Cotonú, con los países ACP, de 23 de junio de 2000, DOCE L 317, de 15 de diciembre de 2000. Acuerdos con los Países de Europa Central y Oriental (PECOs), próximos a la adhesión: Hungría, DOCE L 347 de 31 de diciembre de 1993, en vigor desde el 1 de febrero de 1994; Polonia, DOCE L 348 de 31 de diciembre de 1993, en vigor desde el 1 de febrero de 1994; República checa, DOCE L 357 de 31 de diciembre de 1994, en vigor desde el 1 de febrero de 1995; Eslovaquia, DOCE L 359 de 31 de diciembre de 1994, en vigor desde el 1 de febrero de 1995; Rumania, DOCE L 357 de 31 de diciembre de 1994, en vigor desde el 1 de febrero de 1995; Bulgaria, DOCE L 358 de 31 de diciembre de 1994, en vigor desde el 1 de febrero de 1995; Estonia, DOCE L 68 de 9 de marzo de 1998, en vigor desde el 1 de febrero de 1998; Lituania, DOCE L 51 de 20 de febrero de 1998, en vigor desde el 1 de febrero de 1998; Eslovenia, DOCE L 51 de 26 de febrero de 1999, en vigor desde el 1 de febrero de 1999.

² Firmada los días 17 y 28 de febrero de 1986. Entró en vigor el 1.º de julio de 1987.

³ El "acervo de Schengen" surgió como alternativa rápida y eficaz al régimen de libre circulación que establecía el TCE y, mediante el Tratado de Amsterdam, ha sido integrado en el Protocolo B común al TUE y al TCE. Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 por Alemania, Bélgica, Francia, Holanda y Luxemburgo. Adheridos el resto de Estados miembros de la UE, salvo Irlanda y Gran Bretaña. Islandia y Noruega tienen estatuto de asociado (firmaron un acuerdo de intenciones para la adhesión en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996). Completado por el Convenio de Aplicación de Schengen (CAS), de 19 de junio de 1990, se puso en funcionamiento el 26 de marzo de 1995. Se complementa con la Convención de Dublín de 15 de junio de 1990, sobre derecho de asilo, y la Convención de Luxemburgo, de 15 de julio de 1991, sobre reforzamiento de la frontera exterior común.

comunitaria para la consecución de una plena libertad de circulación de todas las personas. Ha sido el instrumento jurídico básico para hacer desaparecer los controles sobre las fronteras interiores y diseñar las medidas compensatorias necesarias en las fronteras exteriores.

El paso siguiente lo dio el TUE⁴ con la nueva estructura en pilares de la Unión Europea. El tercer pilar, intergubernamental, por tanto extracomunitario, sobre Asuntos de Interior y Justicia, incluía como cuestiones de “interés común” la política de asilo, cruce de fronteras exteriores e inmigración. El primer pilar, comunitario, también otorgaba cierta competencia a la Comunidad, en concreto el derecho de petición para los residentes extracomunitarios⁵ y el derecho de reclamación al Defensor del Pueblo⁶, además de la determinación, por parte del Consejo, de los Estados terceros cuyos nacionales deberían poseer un visado para atravesar las fronteras exteriores de la Comunidad⁷. Sin embargo, se imponía una superación del modelo intergubernamental, debido a la incierta determinación de los objetivos, del papel de las instituciones y de los instrumentos jurídicos⁸.

⁴ El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1.º de noviembre de 1993. Instrumento de Ratificación por parte de España en BOE n.º 11 de 13 de enero de 1994 (Correcciones de errores sucesivas en BOE n.º 12 de 14 de enero de 1994, n.º 138 de 10 de junio de 1994 y n.º 93 de 18 de abril de 1997).

⁵ Actual art. 194 TCE: “Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente”.

⁶ Actual art. 195.1 TCE, primer párrafo: “El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”.

⁷ Antiguo art. 100 TCE, ya derogado. Materia regida ahora por el art. 62.2,b,i, desarrollada por el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación del visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento (CE) n.º 2414/2001, del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (DOCE L 327, de 12 de diciembre de 2001) y por el Reglamento (CE) n.º 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 (DOCE L 69, de 13 de marzo de 2003). Lista de Estados exentos, siempre que la estancia no supere los tres meses (art. 1.2, anexo II): Andorra, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea (República de), Costa Rica, Croacia, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América, Estonia, Guatemala, Honduras, Hungría, Israel, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, México, Mónaco, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede, Singapur, Uruguay, Venezuela, Regiones Administrativas Especiales de la República Popular China - RAE de Hong Kong, RAE de Macao-.

⁸ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pp.46 ss.

1.2. DERECHO ORIGINARIO.

1.2.1. CONTENIDO

Con el Tratado de Amsterdam⁹, se consuma la comunitarización de la política de inmigración (artículo 63.3 TCE, Título IV), que antes pertenecía al ámbito de la cooperación intergubernamental en el tercer pilar (Título VI del TUE) y ahora su alcance es muy amplio, quedando al amparo extracomunitario tan sólo la cooperación judicial y policial en materia penal (arts. 29 a 42 TUE). El Tratado de Niza¹⁰ sólo introduce reformas de carácter procedimental¹¹, por lo que debe considerarse consolidado el contenido sustantivo establecido en Amsterdam. Estas materias, junto a las cuestiones relativas al asilo, vienen recogidas en el Título IV TCE, con el que se pretende desarrollar progresivamente el recién creado “espacio de libertad, seguridad y justicia” (art. 61). Su artículo 63 constituye la principal base jurídica del incipiente derecho derivado en materia de asilo e inmigración, pero aquí desbrozamos únicamente lo relativo a inmigración, de tal modo que pueden considerarse los siguientes ejes aglutinantes:

- condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar (artículo 63.3 a TCE);

⁹ Firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Instrumento de Ratificación por parte de España en BOE nº. 109 de 7 de mayo de 1999 (Corrección de errores en BOE nº. 188 de 7 de agosto de 1999).

¹⁰ El Tratado de Niza, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 26 de febrero de 2001 (BOE nº. 267, del 7 de noviembre de 2001) y ratificado por España el 27 de diciembre de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003 (BOE nº. 24, de 28 de enero de 2003).

¹¹ Mediante la inclusión del párrafo quinto en el art. 67 TCE y por virtud de protocolos y declaraciones, el Tratado de Niza amplía el ámbito de la toma de decisiones comunitarias por mayoría cualificada y por procedimiento de codecisión a las siguientes materias del Título IV: cooperación judicial en materia civil (art. 65 TCE), salvo Derecho de familia; normas y procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en las fronteras exteriores (art. 62.2.a TCE, diferido al momento en que se logre un acuerdo sobre el ámbito de aplicación de dichas medidas); medidas que establezcan las condiciones en que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a los tres meses (art. 62.3 TCE, a partir del 1 de mayo de 2004); medidas en materia de asilo (art. 63.1 TCE, a partir de la adopción de un marco comunitario); normas mínimas de protección temporal a personas desplazadas (art. 63.2 TCE, a partir de la adopción de un marco comunitario); inmigración y residencia ilegales (art. 63.3 TCE, a partir del 1 de mayo de 2004); cooperación administrativa (art. 66 TCE, a partir del 1 de mayo de 2004 – esta materia continúa sometida al procedimiento de consulta-). Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia)”, en LINDE PANIAGUA, E. (coord.), *Políticas Comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, pp. 183-220; *vid. in extenso*, MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (coord.), *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Colex, Madrid, 2002.

- la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales (artículo 63.3 b TCE);

- derechos y condiciones para que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan viajar (artículo 62.3 TCE) o residir en otros Estados miembros (artículo 63.4 TCE);

1.2.2. ALCANCE: LÍMITES Y GARANTÍAS

El sistema Schengen sólo regula las estancias de hasta tres meses (art. 18 CAS), mientras que las más prolongadas se configuran como política de inmigración propiamente dicha. Ésta será competencia de la Comunidad, compartida con los Estados, que sólo podrán mantener o introducir en estos ámbitos disposiciones nacionales compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales (artículo 63.4, párrafo 2º TCE). Para Iglesias Buhigues, “se trata, en definitiva, de una nueva competencia transferida del ámbito nacional al comunitario”¹². Sin embargo, a todo el Título IV, elenco de disposiciones atributivas del “ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”¹³ cedido al ámbito comunitario, se le puede aplicar una importante limitación, a saber, una cláusula general de salvaguardia (art. 64.1 TCE) por la que los Estados quedan legitimados para inaplicar cualquier norma de este Título IV amparándose en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior¹⁴. Esta cláusula no puede someterse al control del Tribunal de Justicia (art. 68.2 TCE)¹⁵, por lo que ha sido definida como auténtica “carta blanca”¹⁶ para los Estados.

Concurren otras limitaciones al mismo Título IV, aunque con menor intensidad o alcance, como son, por un lado, la cláusula excepcional del artículo 64.2 TCE, sólo para el supuesto de una llegada repentina de nacionales de terceros países, tan delimitada que podría quedar desvirtuada por el cómodo recurso a la anterior¹⁷; por otro lado, el artículo 69 TCE remite a tres Protocolos anejos al TCE y al TUE en

¹² IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Política comunitaria de inmigración y lucha contra la inmigración ilegal”, *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, 2002 núm. 36 monográfico, pp. 117-125.

¹³ Art. 93 CE. Se transfiere, por tanto, el ejercicio de una competencia nacional, no la titularidad

¹⁴ Art. 64.1 TCE: “El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior.”

¹⁵ El mencionado artículo es taxativo: “El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 64 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior.”

¹⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 102.

¹⁷ En efecto, la medida restrictiva se limita a seis meses y la debe adoptar el Consejo por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, pudiendo ser fiscalizada por el Tribunal de Justicia, aunque todo ello “sin perjuicio del apartado 1”.

virtud de los cuales el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca se hallan exentos de vinculación por lo dispuesto en el Título IV y pueden, no obstante, decidir lo contrario, en culaquier momento y medida¹⁸.

Como contrapartida, las medidas enunciadas, van acompañadas por otras de carácter garantista, como son las adoptadas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza (art. 65 TCE), las que tome el Consejo para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros en los ámbitos previstos en el Título IV (art. 66 TCE) y la posibilidad de un control jurisdiccional particular además del ya existente mediante cuestión prejudicial (art. 68, apd. 1 y 3 TCE)¹⁹.

1.3. DERECHO DERIVADO.

1.3.1. ESTANCIA: ELEMENTOS CONEXOS A LA RESIDENCIA

Las estancias de corta duración vienen regidas por el artículo 62 TCE, con el control en las fronteras exteriores y la política de visados²⁰ como ejes. Este artículo contempla las cuestiones que ya venían reguladas en el sistema Schengen, quedando de este modo reforzadas, principalmente por el, ahora posible, control juris-

¹⁸ La aplicación del presente título quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda.

¹⁹ En primer lugar, en el primer apartado se particulariza de modo imperceptible el alcance del ámbito de aplicación de la cuestión prejudicial del artículo 234 mediante unas determinadas circunstancias y condiciones (“cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se planteen en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”). Por otro lado, el tercer numeral introduce la posibilidad de que el Consejo, la Comisión o un Estado miembro pueda pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una nueva cuestión “de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título”. Al no enmarcarse en un proceso determinado, añade la disposición que “el fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada

²⁰ En relación con estas medidas, algunos autores opinan que el visado de corta estancia no constituye ya un medio eficaz y necesario de control de las migraciones. Al contrario, su supresión conduciría a un derecho absoluto de viajar. Lejos de ser un recurso de migración, dicen, esta movilidad facilitada lleva a reducir la migración de instalación en beneficio de desplazamientos de estancias cortas. Así CRÉPEAU, F., CARLIER, J.-Y., “Integration regionale et Politique migratoire: Le “Modèle” européen entre cooperation et communitarisation”, J.D.I. 4, 1999, p. 953ss. Concluye este autor con las venturosas consecuencias que tendrá esta medida: “..., d’aller et de retour conduisant à favoriser les échanges et la compréhension entre les peuples au sein des grands ensembles en construction.” p. 998.

dicional del TJCE. Enumeramos las medidas por su influencia en el ámbito específico de la residencia:

1) medidas para garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países;

2) medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan:

a) las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras. En los primeros artículos del Convenio de Aplicación de Schengen (CAS), se definen las condiciones de cruce legal de fronteras exteriores, siendo en todo caso más estrictos para los nacionales de Estados terceros y gravando a los transportistas con obligaciones de supervisión de dudosa legitimidad (art. 26 CAS, desarrollado por la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio del 2001, por la que se completan las disposiciones de dicho artículo)²¹;

b) las normas sobre visados aplicables a las estancias cuya duración no supere los tres meses, que incluirán: i) la lista de los terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior, y de aquellos cuyos nacionales estén exentos de esa obligación, desarrollado por el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001²²; ii) los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros, concretados en el art. 12 CAS; iii) un modelo uniforme de visado, establecido por el Reglamento CE 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995²³; iv) normas para un visado uniforme;

3) medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses, desarrolladas por una Propuesta de Directiva que contempla un plazo superior al de la norma de derecho originario, seis meses²⁴.

²¹ DOCE L 187, de 10 de julio de 2001.

²² DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001. Reglamento modificado por el Reglamento (CE) n° 2414/2001, del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (DOCE L 327, de 12 de diciembre de 2001) y por el Reglamento (CE) n° 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 (DOCE L 69, de 13 de marzo de 2003). Vid. supra lista de países exentos de visado.

²³ DOCE L 164, de 14 de julio de 1995.

²⁴ COM (2001) 388 final, de 10 de julio de 2001.

1.3.2. INMIGRACIÓN ILEGAL: ELEMENTOS CONEXOS A LA INMIGRACIÓN LEGAL

En la estructuración de las materias de Inmigración que se lleva a cabo en el propio TCE, hemos podido comprobar ya el papel preeminente de que goza la vertiente ilegal de la misma²⁵. La preocupación por combatirla es tal que las instituciones han desarrollado instrumentos constitutivos de una Política de Inmigración Ilegal²⁶, a partir de un Plan de Acción paralelo²⁷, fruto de las mismas directrices políticas²⁸. Pues bien, a pesar de configurar la cruz de la misma moneda, hay dos elementos que trascienden la frontera discursiva de la inmigración ilegal y están presentes en los textos legislativos relativos a inmigración legal:

- los matrimonios fraudulentos o de conveniencia²⁹. Aunque no recogidos expresamente como tales, subyacen como *ratio legis* en los requisitos para poder reagrupar al cónyuge y la eventual exención de visado correlativa, apartados en los que nos detendremos cuando llegue el momento.

- la expulsión, aplicada a un amplio abanico de eventuales supuestos de ilegalidad. Esta sanción no es subsumible únicamente a la tipificación más generalizada del inmigrante que atraviesa una frontera exterior sin ningún tipo de documentación con la intención de fijar “ilegalmente” su residencia en un Estado miembro. También se impone en los casos de ilegalidad sobrevenida, independientemente del grado de voluntariedad del actor, basados en la carencia de documentación válida, aun poseyéndola caducada, sea visado o permiso de residencia. Parece oportuno, por tanto, proponer con la doctrina que la expulsión debería ser objeto de gradación, excluyendo claramente a determinados grupos de “ilegales”³⁰.

²⁵ Art. 63.3,b) TCE.

²⁶ Como instrumento precursor, la Decisión del Consejo de diciembre de 1996, que de algún modo refunde sus Recomendaciones previas sobre inmigración ilegal, readmisión, empleo ilegal y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión (DOCE L 342 de 31 de diciembre de 1996). Como respuesta los requerimientos de Tampere, básicamente el Libro Verde sobre política de repatriación de 10 de abril de 2002 (COM (2002) 175) y la Comunicación sobre materias de migración en las relaciones de la Unión Europea con países terceros (fundamentalmente los acuerdos de readmisión ya contemplados en Recomendaciones del Consejo), de 3 de diciembre de 2002, COM (2002) 703.

²⁷ Plan de Acción contra la Inmigración Ilegal, consistente en una Comunicación de la Comisión sobre Política Común en materia de Inmigración ilegal (COM (2001) 672 final) de 15 de noviembre de 2001, posterior a otra sobre Política Comunitaria de Inmigración (COM(2000) 757) de 22 de noviembre de 2000.

²⁸ Sucesivos Consejos Europeos de Tampere, Laeken y Sevilla (*vid. infra*).

²⁹ En la perspectiva de seguridad respecto a las de libertad y justicia del espacio europeo, por tanto, materia de inmigración ilegal, el Consejo adoptó una Resolución, de 4 de diciembre de 1997, “sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos” (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997). La base de esa lucha reside en la sospecha de oficio ante los matrimonios en que al menos uno de los cónyuges sea nacional de tercer Estado.

³⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p.165. También incluye el autor, además del poseedor de documentación caducada, a quien “entra en territorio comunitario huyendo de una guerra

1.3.3. Residencia: desarrollo de la libre circulación “accesoria”

En cuanto a las materias relativas a estancias superiores a tres meses, básicamente las situaciones de residencia o permanencia, teniendo en cuenta las condiciones de entrada y los procedimientos sobre visados y permisos, constituyen buena parte de lo que ya se califica como “régimen común de extranjería de residencia y de derechos para los nacionales no comunitarios” y se define como “la libre circulación (de personas) indirectamente vinculada al mercado interior”³¹, porque regula los aspectos complementarios que serán la consecuencia provocada por la plenitud del artículo 14 TCE³². La justificación positiva de estos términos reside en el tenor del artículo 61, b) TCE, referido a la adopción de medidas “no necesariamente vinculadas en forma directa con la libre circulación de personas”.

Si, una vez precisada la naturaleza de “libertad accesoria” regulada en el Título IV TCE, nos atenemos al sustrato del derecho originario de extranjería que vamos a desarrollar, conviene apreciar la trayectoria seguida hasta el momento desde Amsterdam para entender cómo se configura el derecho derivado emergente. El primer instrumento a tener en cuenta es el “Plan de Acción sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”³³, de diciembre de 1998, adoptado todavía por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en aplicación del título VI del TUE. Este Plan se presentó en el Consejo Europeo de Viena³⁴ a instancia del anterior Consejo, reunido en Cardiff³⁵. En primer lugar, deja claro “el enfoque y la filosofía generales” del concepto por el que las tres nociones que lo constituyen son inseparables y tienen un denominador común, las personas, destacando la vinculación directa que el artículo 61, a) TCE efectúa entre las medidas de libre circulación

o persecución o por otros motivos humanitarios, pero no encaja en el estricto concepto de refugiado derivado de las normas internacionales y, en su caso, constitucionales”.

³¹ DEL VALLE GÁLVEZ, J.A., “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I y II)”, en LOPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M., (coords), *Derecho comunitario material*, McGraw Hill, Madrid, 2000 pp. 56-57

³² Esta plenitud del art. 14 TCE, con la supresión de los controles en las fronteras interiores, creará en la práctica, para algunos, “un único espacio federal en el que todas las personas, independientemente de su nacionalidad y estatuto jurídico, podrán viajar y residir” (Ibid., p. 57).

³³ Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, DOCE C19 de 23 de enero de 1999.

³⁴ Consejo Europeo de Viena. 11 y 12 de diciembre de 1998. En el apartado 85 de sus Conclusiones, insta al Consejo “a que prosiga su labor sobre (...) normas sobre nacionales de países terceros y una estrategia global sobre migración”, SN 300/1/98.

³⁵ Conclusiones de la Presidencia - Cardiff, 15 y 16 de junio de 1998, SN 150/1/98.

y las orientadas a combatir y prevenir la delincuencia (art. 31,e) TUE)³⁶. Arranca pues, con Ámsterdam, el reto de reconciliar libertad y seguridad, con un claro refuerzo de la primera, todavía limitada por la segunda³⁷.

A partir de ese planteamiento y en el ámbito del Espacio de Libertad, el Plan de Acción destaca el salto cualitativo que supone poder dejar de recurrir a instrumentos de “derecho blando” y aborda las prioridades en las políticas de inmigración y asilo, entre las que se encuentra la de defender la integración y los derechos de los nacionales de terceros países que viven legalmente en la Unión³⁸. En concreto, dentro de las Políticas relacionadas con la libre circulación de personas y en el ámbito de la inmigración, enumeraba medidas que se adoptarían, unas en un plazo de dos años desde la entrada en vigor del Tratado, como el instrumento sobre el estatuto jurídico de los inmigrantes legales, mientras que otras en un plazo de cinco años, como son las definidas en la letra a) del apartado 3 del artículo 63 del TCE y la del apartado 4 del mismo artículo³⁹.

³⁶ Este planteamiento es el que precisamente preocupa más en el ámbito laboral porque evidencia, según algunos autores, que “el binomio seguridad-libertad se vence claramente por el lado más débil cuando se trata de aplicar la Política Común de Inmigración”, repercutiendo en la Política Social Común. GÓMEZ MUÑOZ, J. M., y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. T., “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T., (coords.), *Una Aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 47.

³⁷ Se trata de un hecho constatable al analizar el Plan de Acción en relación con los Títulos IV TCE y VI TUE, donde la mayor parte de las medidas enumeradas son de naturaleza represiva. Cfr. WEYEMBERG, A., “La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures : vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité ?”, *Revue Belge de Droit International*, 2000/2, pp. 612-639. La autora concluye que ese refuerzo se produce “à travers le renforcement general de la protection des droits fondamentaux, via le nouveau concept d'espace de liberté, de sécurité et de justice ou par le biais des changements institutionnels et l'impact de ces améliorations sur la coopération Schengen ». Cita como ejemplos de limitaciones las medidas represivas de la ayuda a la entrada y residencia irregulares o las restricciones competenciales del TJCE. En definitiva, se trata de “une réponse nuancée” ya que “il n'est pas encore question d'un réel équilibre entre les deux pôles que constituent la liberté et la sécurité” (*Ibid.* p. 639).

³⁸ Las otras dos prioridades que se enumeran son la lucha contra la inmigración ilegal y dar la protección necesaria a aquellos que la necesiten incluso en los casos en que no se ajusten plenamente a los criterios de la Convención de Ginebra. Plan de Acción de 3 de diciembre de 1998, cit., ap. 8.

³⁹ Constituyen, en suma, el mencionado reducto de la Política de Inmigración (legal) y son (Plan de Acción, cit., p.9):

- condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar (artículo 63.3 a TCE),

- derechos y condiciones para que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan viajar (artículo 62.3 TCE) o residir en otros Estados miembros (artículo 63.4 TCE).

2. PROGRESOS EN LA POLÍTICA MIGRATORIA COMÚN

2.1. IMPULSO POLÍTICO

En el Consejo Europeo de Tampere, reunido los días 15 y 16 de octubre de 1999 con carácter especial para tratar la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se definió la Política Común de Inmigración a partir de lo propuesto por el Plan de Acción de Viena, quedando configurada por tres ejes aglutinantes: desarrollo (asociación con los países de origen), gestión de los flujos migratorios y trato justo y derechos comparables para los residentes legales⁴⁰. Desde que se hicieran públicas estas Conclusiones, el término “comparables” ha sido muy discutido⁴¹, pues condiciona el delicado ámbito de la integración efectiva.

Con las disposiciones del Tratado de Amsterdam ya vigente, el Plan de Acción de Viena y las Conclusiones de Tampere, tanto la Comisión como los Estados miembros contaban ya con una base sólida de objetivos para desarrollar un programa de trabajo. El bloque de medidas necesario para alcanzar esos objetivos está siendo abordado con el impulso de sucesivos Consejos Europeos, mientras que el avance de su adopción y aplicación puede seguirse mediante un instrumento que la Comisión estableció con ese fin y que actualiza semestralmente: el Marcador para supervisar el progreso en la creación de un Espacio de “Libertad, Seguridad y Justicia” en la Unión Europea⁴².

Elemento importante de ese programa de trabajo lo constituye la Comunicación de la Comisión sobre una Política Comunitaria de Migración de noviembre de 2000⁴³. Su trascendencia reside en la apuesta por un nuevo enfoque, global, integrado, de la inmigración para desarrollar lo requerido en Tampere, esto es, una definición clara de las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros

⁴⁰ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, SN 200/99, apds, 11-28.

⁴¹ ARCOS VARGAS, M., “Nacionales, ciudadanos y extranjeros circulan en territorio comunitario”, en CARRILLO SALCEDO, J.A., coord., *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, Akal, Madrid, 2002, pp. 209-228; a favor de un trato “equiparable”, cfr. DE LUCAS, J., PEÑA, S. y SOLANES, A., “Trabajadores migrantes”, Germania, Alzira, 2001; en contra de “una aproximación mimética que lleve a justificar, por ejemplo, la equiparación de los derechos políticos entre ciudadanos de la Unión y nacionales extracomunitarios”, JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, RDCE, núm. 13, sep.-dic. 2002, pp. 857-894, esp. p. 893.

⁴² Actualización del I Semestre de 2003 en Comunicación de la Comisión de 22 de mayo de 2003, COM (2003) 291 final.

⁴³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Política Comunitaria de Migración, de 22 de noviembre de 2000, COM (2000) 757 final.

países⁴⁴ unida a una política de integración (trato justo de los residentes extracomunitarios). En ese sentido, la Comisión consideró como punto de partida el examen de las cuestiones complejas de admisión de migrantes económicos.

El Consejo Europeo de Niza se hizo eco de la Comunicación sobre Política Comunitaria de Migración instando al Consejo a analizar sus propuestas⁴⁵. La propia Comisión, con el fin de preparar las discusiones sobre el progreso en la Creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que tendrían lugar en el Consejo Europeo de Laeken en diciembre de 2001, presentó en julio una Comunicación sobre la aplicación de un método abierto de coordinación⁴⁶ en la materia, especialmente en la gestión de flujos migratorios.

2.2. TRATO JUSTO A CIUDADANOS DE TERCEROS PAÍSES

Posteriormente, en los sucesivos Consejos Europeos de Laeken⁴⁷, Sevilla⁴⁸, Salónica⁴⁹ y Bruselas⁵⁰ se acentúa la necesidad de avanzar con rapidez ante la pro-

⁴⁴ Conclusiones de Tampere, cit., ap. 20: “El Consejo Europeo reconoce la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países, basadas en una evaluación conjunta de la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen. Para ello pide que el Consejo adopte decisiones con rapidez, basándose en propuestas de la Comisión. Dichas decisiones deberán tener en cuenta no sólo la capacidad de acogida de cada Estado miembro, sino también sus vínculos históricos y culturales con los países de origen”.

⁴⁵ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Niza del 7 al 9 de diciembre de 2000, SN 400/1/00, ap. 52.

⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración, COM (2001) 387, de 11 de julio de 2001.

⁴⁷ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Laeken, 15-16 de diciembre de 2001, ap. 41.

⁴⁸ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Sevilla, 21-22 de junio de 2002, Boletín del PE de 24 de junio de 2002, aps 26-39, especialmente el apd. 37, en el que insta al Consejo de la Unión a que apruebe antes de junio de 2003, entre otras, “las disposiciones sobre reagrupación familiar y el estatuto de los residentes permanentes de larga duración (sic)”

⁴⁹ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Salónica, 19-20 de junio de 2003, 11638/03, aps. 9-35, especialmente ap. 28: “Para poner en práctica las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, según las cuales a los nacionales de terceros países que residen legalmente se les debería conceder derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la UE, el Consejo Europeo considera que es necesario elaborar una política global y multidimensional sobre la integración de tales personas. Teniendo en cuenta que una integración satisfactoria contribuye a la cohesión social y al bienestar económico, esta política debería cubrir factores como el empleo, la participación económica, la educación y la enseñanza de la lengua, servicios sociales y de salud, vivienda y asuntos urbanos, así como la cultura y la participación en la vida social. A este respecto, el Consejo Europeo acoge favorablemente el hecho de que se haya alcanzado un acuerdo acerca de las Directivas sobre reagrupación familiar y sobre el estatuto de residente de larga duración, que son instrumentos esenciales para la integración de nacionales de terceros países”. De especial interés resulta la calificación de “esenciales para la integración” que se da a las mencionadas Directivas.

⁵⁰ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Bruselas, 16-17 de octubre de 2003,

ximidad de mayo de 2004 como plazo fijado en el Tratado a la vez que se aprueban o modifican algunas propuestas de derecho derivado en materia de inmigración y extranjería. Acogiendo la distinción que Jiménez Piernas establece entre estas dos políticas públicas complementarias⁵¹, nos fijaremos en el derecho derivado de la segunda, menos atendida que la primera⁵², para analizar su primera positivación, la Directiva sobre reagrupación familiar.

Los instrumentos de derecho derivado en materia de extranjería, por tanto, se hallan enmarcados en el bloque constituido por el “trato justo a ciudadanos de terceros países” y agrupados por objetivos⁵³:

2.2.1. ADMISIÓN Y RESIDENCIA

En el objetivo de aproximación de las legislaciones nacionales sobre los requisitos de admisión y residencia de ciudadanos de países terceros, los trabajos de la Comisión se concentran en familia, empleo y resto de sectores:

a) Directiva relativa a la reagrupación familiar⁵⁴. Tiene su causa próxima en la Propuesta por la Comisión de una Directiva del Consejo en diciembre de 1999⁵⁵, modificada en octubre de 2000⁵⁶ y en mayo de 2002⁵⁷, de conformidad con las conclusiones de Laeken. La versión finalmente aprobada responde, sin embargo, a un acuerdo político⁵⁸ del Consejo de febrero de 2003. Su causa remota reside en las

Reseña de prensa 17/10/2003, aps. 30-33. En el ap. 30, el Consejo Europeo “confirma el carácter de máxima prioridad política atribuido a la cuestión de la inmigración y reitera su empeño en un enfoque equilibrado entre la necesidad urgente de frenar la inmigración ilegal y de luchar contra la trata de seres humanos, por una parte, y por otra, la acogida y la integración de los inmigrantes legales con arreglo a los principios y prioridades fijados por los Consejos Europeos de Salónica, Sevilla, Laeken y Tampere”.

⁵¹ JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La comunitarización...”, op. cit., p. 864. Según este autor, la “política pública de inmigración” estaría formada por los preceptos relativos a control de flujos migratorios, regularización, medidas de integración social y derechos sociales, mientras que la “política pública de extranjería” se identificaría con los preceptos que garantizan y desarrollan los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros.

⁵² Ibid., p. 875.

⁵³ Se trata de la estructura fijada en el Marcador para supervisar el progreso en la creación de un Espacio de “Libertad, Seguridad y Justicia” en la Unión Europea, Actualización cit. supra.

⁵⁴ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, DOCE L 251, de 3 de octubre de 2003.

⁵⁵ COM (1999) 638, de 1 de diciembre de 1999.

⁵⁶ COM (2000) 624, de 10 de octubre de 2000.

⁵⁷ COM (2002) 225, de 2 de mayo de 2002.

⁵⁸ Acuerdo político del Consejo, Sesión n.º 2489, 27 y 28 de febrero de 2003, Boletín UE, 1,2-2003, punto 1.4.16. Las enmiendas presentadas posteriormente por el Parlamento Europeo en su Dictamen consultivo de 9 de abril de 2003 fueron rechazadas, Boletín UE 4-2003, punto 1.4.6.

disposiciones de la resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar⁵⁹ en las Conclusiones de Copenhague de 1993, teniendo en aquel momento como base sólo el artículo K.1 TUE, en vigor desde enero del mismo año e intergubernamental. Dedicaremos el último apartado al análisis de esta Directiva, compendio de reglas de minimis para la ordenación estatal de un derecho fundamental de los extranjeros.

b) Propuesta por la Comisión en julio de 2001 de una Directiva relativa a la admisión a efectos de empleo⁶⁰.

c) Propuesta por al Comisión en octubre de 2002 de una Directiva del Consejo relativa a los requisitos de entrada y estancia de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, de formación profesional o voluntariado⁶¹.

2.2.2. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS NACIONALES DE PAÍSES TERCEROS.

En el objetivo de aproximación del estatuto jurídico de los nacionales de países terceros, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en marzo de 2001⁶², finalmente aprobada por el Consejo⁶³.

La Directiva colma dos objetivos. Por un lado, el de otorgar un estatuto específico con esa categoría a los residentes legales durante cinco años ininterrumpidos y la renovación automática a los diez, que les confiere los derechos de competencia comunitaria, sociales, pero no los de competencia estatal, como el de voto o el acceso a la nacionalidad⁶⁴. De igual modo, restringe la posibilidad de expulsión⁶⁵, pero no la elimina como sí lo hace la Propuesta de Directiva sobre libre circulación para

⁵⁹ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Copenhague, 1 de junio de 1993.

⁶⁰ COM (2001) 386, de 11 de julio de 2001: Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia.

⁶¹ COM (2002) 548, de 7 de octubre de 2002.

⁶² COM (2001) 127 final, de 13 de marzo de 2001, DOCE C 240E, de 28 de agosto de 2001

⁶³ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, DOCE L 16, de 23 de enero de 2004.

⁶⁴ Para algunos autores, las dos dimensiones tratadas en la Propuesta (estatuto de residente de larga duración y derecho de residencia en otro Estado miembro) reflejan la tendencia hacia la noción de "ciudadanía civil paneuropea" basada en la residencia y no en la nacionalidad. Cfr. FACH GÓMEZ, K., "Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea", *REDMEX*, n.º 2, marzo 2003, pp. 53-64, esp. 57.

⁶⁵ El CES en su Dictamen sobre esta Propuesta, sólo observa que el artículo 13.1, referido a la expulsión "no debe dar lugar a arbitrariedades" (Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, de 17 de octubre de 2001, DOCE C 36, de 8 de febrero de 2002, p. 59-62).

los también extracomunitarios y residentes permanentes miembros de la familia de comunitarios⁶⁶.

Por otro lado, regula los requisitos para que estos residentes en un Estado miembro lo puedan ser temporalmente en otro, sin perder su condición de larga duración en el primero. La Propuesta constituye, por tanto, una primera etapa en la aplicación del apartado 4 del artículo 63 TCE, que la Comisión justifica esgrimiendo “las exigencias de un mercado laboral en pleno cambio que requiere mayor flexibilidad”⁶⁷.

2.3. MOTIVOS DE UN DESARROLLO NORMATIVO MÍNIMO

Hemos podido comprobar cómo la política pública comunitaria de extranjería se encuentra desatendida respecto a la de inmigración⁶⁸. Estamos asistiendo a una clara falta de correspondencia por parte del Consejo de la Unión en lo que se refiere a la voluntad política manifestada por los Consejos Europeos. Por tanto, en el ámbito de la extranjería se está positivando lo imprescindible. Motivos de este desajuste pueden ser los siguientes⁶⁹:

1. Aprobación reciente o próxima de normas nacionales. Esta circunstancia limita la flexibilidad negociadora de los representantes de los Estados miembros en el marco del Consejo. Además, las legislaciones nacionales difieren unas de otras considerablemente, provocando el “visa shopping”⁷⁰, es decir, la búsqueda de la más ventajosa por parte de los extracomunitarios.

⁶⁶ Propuesta de Directiva CE de 23 de mayo de 2001, COM (2001) 257 final y posterior Propuesta modificada de 15 de abril de 2003, COM (2003) 199 final (sobre la misma, hay un acuerdo político del Consejo, adoptado el 22 de septiembre de 2003, Sesión n.º 2525). Todo ello, a pesar de equiparar ambos estatutos en la Exp. de Motivos de la Propuesta para residentes de larga duración (ap. 5.3): “Dentro de esta categoría se incluyen los refugiados amparados por el estatuto del Convenio de Ginebra y los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia de un ciudadano de la Unión”.

⁶⁷ Propuesta de Directiva residentes larga duración, cit., Exposición de Motivos, ap. 5.8. Añade en el siguiente apartado que “efectivamente existen diversas categorías de nacionales de terceros países, por ejemplo, investigadores, deportistas o artistas, que, sin querer establecerse de una manera duradera, desean ejercer la movilidad por los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Garantizar su movilidad es un reto que la Unión debe poder afrontar, si quiere ser competitiva al nivel internacional y aspira a convertirse en un polo de atracción para esas personas”.

⁶⁸ Vid. supra ap. 2.2.

⁶⁹ Seguimos aquí las opiniones vertidas por un Director de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, si bien a título personal, en su análisis de la situación, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., “Asilo e inmigración en la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 13, sep.-dic. 2002, pp. 833-856, esp. p. 849.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 850

2. Percepción negativa del fenómeno migratorio por parte de las opiniones públicas, que reflejan los representantes ante las propuestas de apertura al acceso de trabajadores extranjeros o mejora del estatuto de los establecidos. Por contraste, prosperan las relativas a limitar el acceso al espacio europeo o a combatir la inmigración ilegal⁷¹.

3. El criterio de la unanimidad, generalizado en la adopción de decisiones en esta materia, dificulta la materialización de acuerdos consensuados. Cuando a pesar de ello se logra el consenso, tiende a realizarse al nivel del “mínimo común denominador”⁷².

3. LA DIRECTIVA 2003/86/CE SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR⁷³

3.1. MÍNIMO COMÚN DENOMINADOR

Esta Directiva puede considerarse, a la vista de su proceso de gestación⁷⁴, como fiel reflejo, sino paradigma, del desarrollo normativo que se está dando a la política comunitaria de extranjería⁷⁵ en clave de mínimo común denominador. Podemos, pues, adelantar su calificación como de “soft law” derivado, naturaleza debida a un procedimiento de carácter eminentemente intergubernamental, de derecho internacional⁷⁶, puesto que exige unanimidad en el seno del Consejo y el Parlamento Europeo sólo emite un dictamen consultivo⁷⁷. Sin embargo, dado que el resultado normativo se enmarca ya irremisiblemente en el Derecho Comunitario, debemos analizarlo desde ese prisma.

⁷¹ Así sucede además en los países candidatos a la UE, que ven cómo los esfuerzos de las negociaciones se centran en el control de fronteras exteriores. Cfr. PHUONG, C., “Enlarging “Fortress Europe”: EU accession, asylum, and immigration in candidate countries”, *ICLQ* vol 52, July 2003, pp 641-664.

⁷³ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, DOCE L 251, de 3 de octubre de 2003, cit. en ap. 2.2.1.

⁷⁴ Vid. supra ap. 2.2.2.

⁷⁵ Para respaldar la arriba anotada diferencia entre inmigración y extranjería y la inserción de esta Directiva en el marco de la segunda –protección de los derechos de los nacionales de terceros países–, resulta clarificadora la delimitación de ámbitos expuesta en el Primer Considerando: “Con el fin de instaurar progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea contempla, por un lado, la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con las medidas de acompañamiento relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración y, por otro, la adopción de medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países.”

⁷⁶ Recuérdese que se trataba, hasta Ámsterdam, de una materia de interés común regulada desde 1993 en el art. K.1.3.b TUE.

⁷⁷ Art. 67 TCE.

Descubrimos, en primer lugar, los mecanismos técnico-jurídicos de esta Directiva: la flexibilidad y la transitoriedad, necesarias fundamentalmente debido a la diversidad de los ordenamientos nacionales. La materialización de estos principios se opera mediante dos tipos de cláusulas, presentes en cada uno de los que han sido puntos de fricción durante los años de debate de la norma, una de mantenimiento del statu quo y otra de emplazamiento.

La primera cláusula tratará de impedir que los Estados utilicen las excepciones introducidas si no estuvieran previstas por “su legislación vigente en la fecha de aplicación de la presente Directiva”⁷⁸. La segunda, de emplazamiento, fija la próxima cita para examinar la siguiente etapa de la aproximación de las legislaciones sobre admisión a efectos de reagrupación familiar, dos años después de la incorpo-

⁷⁸ Efectivamente, la Directiva prevé, “en casos muy limitados, excepciones para adaptarse a determinadas especificidades de las legislaciones nacionales vigentes” (Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002, Exp. Motivos, apd. 2.1., COM(2002) 225 final). Estos casos se encuentran recogidos ambos en el art. 4: apd. 1, último párrafo (“*Excepcionalmente*, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración *previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva* [el subrayado es nuestro.]”) y apd. 6 (“*Excepcionalmente*, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, *si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva* [el subrayado es nuestro]. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.”).

El objetivo, en este caso, es evitar que la entrada en vigor de la Directiva sea paradójicamente la causa de más divergencias entre los Estados miembros. Sin embargo, esta cláusula ha perdido virtualidad desde su previsión en la propuesta previa al acuerdo político, la de mayo de 2002. En aquella, los supuestos eran más (art. 4, apds. 1, 2 y 3, art. 7.1.c y art. 8) y se refería a la fecha de “adopción” de la Directiva, distinta de “aplicación”: se ha adoptado el 22 de septiembre de 2003, pero su aplicación en los Estados miembros (art. 19) se deberá consumir a más tardar el 3 de octubre de 2005 (art. 20). En el proceso de adopción de la Directiva, se han vertido numerosas críticas a la formulación de esta cláusula, pues facilita que los Estados modifiquen sus respectivas legislaciones en sentido restrictivo, hasta el momento de la “aplicación” efectiva en cada uno de ellos, debiendo haber mantenido, como mínimo, lo prescrito en la última propuesta. En este sentido, cfr. Dictamen del CES de 17 de julio de 2002, apd. 2.1., DOCE C 241 de 7 de octubre de 2002; LÁZARO GONZÁLEZ, I., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, 12 (2002), pp. 43-79.

Por otro lado, la Directiva permite disposiciones más favorables de los Estados en el art. 3.5. Sobre esta y otras diferencias con respecto a la primera versión de propuesta, cfr. CANEDO ARRI-LLAGA, M. P., “La Propuesta de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho Internacional Privado”, en *Mundialización y familia*, coord. por CALVO CARAVACA, A. L., e IRIARTE ÁNGEL, J. L., Colex, Madrid, 2001, pp. 121-142.

ración de la Directiva en las legislaciones nacionales, con el fin de revisar las disposiciones más flexibles⁷⁹.

3.2. CONSIDERACIONES PROCEDIMENTALES EN LA ADOPCIÓN DE LA DIRECTIVA

Partiendo de la base jurídica ya analizada -el artículo 63.3.a TCE-, la Directiva enumera los distintos documentos institucionales elaborados con motivo de su proceso de adopción. Esta enumeración, sin embargo, no es exhaustiva dado que en algunos puntos se encuentra sin actualizar. Se trata de la Propuesta de la Comisión y los sucesivos dictámenes del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones.

En primer lugar, el Consejo hace mención de “la Propuesta de la Comisión” y anota la publicación de las dos primeras versiones, de primero de diciembre de 1999 y de 6 de septiembre de 2000 respectivamente⁸⁰, omitiendo la tercera versión⁸¹, de 2 de mayo de 2002. Precisamente sobre esta propuesta modificada, el Consejo, modificándola sustancialmente, adoptó un acuerdo político en febrero de 2003⁸², pudiendo hablarse de una cuarta versión definitiva pendiente de ulterior aprobación⁸³.

⁷⁹ Esta cláusula viene recogida en el art. 19 (Disposiciones finales): “Periódicamente, y por primera vez a más tardar el 3 de octubre de 2007, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias. Estas propuestas de modificación se referirán prioritariamente a los artículos 3, 4, 7, 8 y 13.”

⁸⁰ DOCE C 116 E de 26 de abril de 2000, p. 66 y DOCE C 62 E de 27 de febrero de 2001, p. 99.

⁸¹ Publicada en el DOCE C 203 E de 27 de agosto de 2002, p. 136.

⁸² Acuerdo político del Consejo, Sesión n.º 2489, 27 y 28 de febrero de 2003, Boletín UE, 1,2-2003, punto 1.4.16.

⁸³ CNS/2001/0074, n.º 6912/03. Se aprobó sin debate en la Sesión n.º 2525, el 22 de septiembre de 2003. Puede hablarse de modificación sustancial si se tienen en cuenta los cambios introducidos en la tercera versión:

Propuesta de 2 de mayo de 2002 Directiva 2003/86/CE [el subrayado es nuestro] No existe art. 4.6. Art. 4.6.: “Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.” Art. 5.4.: “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud la resolución adoptada.

En circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud, podrá ampliarse el plazo mencionado en el párrafo primero, pero en ningún caso podrán sobrepasar los 12 meses.” Art. 5.4.: “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud la resolución adoptada.

Seguidamente, aparece citado el dictamen del Parlamento Europeo, también con la mala fortuna de que se anota o refiere sólo a la publicación⁸⁴ del de 6 de septiembre de 2000, sobre la primera propuesta de la Comisión y cuyas enmiendas parcialmente aceptadas fueron la causa de la segunda propuesta. Obviamente, el próximo dictamen recaería sobre la tercera versión⁸⁵. Sin embargo, el Parlamento Europeo lo emitió el 9 de abril de 2003 y sus enmiendas fueron rechazadas el mismo día, existiendo ya una cuarta versión del Consejo, de 28 de febrero. Cabe preguntarse si se violó el procedimiento de consulta del artículo 67 TCE, por el que el Parlamento Europeo debe dictaminar sobre los textos propuestos en el terreno del asilo y la inmigración antes de que sean adoptados⁸⁶.

En tercer lugar, el dictamen del CES que se cita es el de 25 de mayo de 2000⁸⁷, cuando el Consejo ya disponía de otro, de 17 de julio de 2002, sobre la tercera ver-

En circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud, podrá ampliarse el plazo mencionado en el párrafo primero.” Art. 7.2.: “Los Estados miembros sólo podrán fijar las condiciones relativas a la vivienda, al seguro de enfermedad y a los recursos previstos en el apartado 1 con el fin de garantizar que el reagrupante esté en condiciones de subvenir a las necesidades de los miembros de su familia, una vez reagrupada, sin financiación pública. Estas disposiciones no podrán implicar discriminación alguna entre los nacionales y los ciudadanos de terceros países.” Art. 7.2.: “Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.” Art. 13.2.: “El Estado miembro de que se trate expedirá a los miembros de la familia un permiso de residencia renovable de idéntica duración a la del permiso de residencia del reagrupante.” Art. 13.2.: “El Estado miembro de que se trate expedirá a los miembros de la familia un primer permiso de residencia de una duración mínima de un año. Dicho permiso de residencia será renovable.” Art. 14.2.: “Los Estados miembros podrán limitar el acceso a un empleo asalariado o a una actividad independiente de los ascendientes y de los hijos mayores contemplados en el apartado 2 del artículo 4.”

No hay ap. 3. Art. 14.2.: “Los Estados miembros podrán decidir, de conformidad con su Derecho nacional, las condiciones que los miembros de la familia deberán cumplir para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. Estas condiciones establecerán un plazo no superior en ningún caso a 12 meses, durante el cual los Estados miembros podrán estudiar la situación de sus mercados laborales antes de autorizar a los miembros de la familia a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia.

(3.) Los Estados miembros podrán limitar el acceso a una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia de los ascendientes en línea directa y en primer grado y de los hijos mayores solteros contemplados en el apartado 2 del artículo 4.”

⁸⁴ DOCE C 135 de 7.5.2001, p. 174.

⁸⁵ El Parlamento Europeo tuvo que esperar a la tercera versión de la propuesta, causada por el nuevo enfoque requerido en el Consejo Europeo de Laeken con el fin de alcanzar el éxito de las negociaciones en el seno del Consejo de la Unión. Vid. ap. 2 Exp. motivos de la propuesta modificada de 2 de mayo de 2002, COM(2002) 225 final.

⁸⁶ Cfr. Coordinadora Europea por el Derecho de los Extranjeros a vivir en familia, “Recurso para la anulación de la directiva 2003/86/CE del Consejo del 22 de septiembre 2003 relativa al derecho a la reagrupación familiar por el Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en virtud del artículo 230 del TCE”, *www.coordeurop.org*. Texto presentado al Parlamento Europeo en octubre de 2003.

⁸⁷ DOCE C 204 de 18 de julio de 2000, p. 40.

sión⁸⁸, manifiestamente contrario a la misma, pero no formalmente negativo, con la “esperanza, más que con la convicción, de que esta última lectura lleve rápidamente a una conclusión de la tramitación de la propuesta y a la aprobación definitiva del documento”⁸⁹. De ello puede extraerse que un eventual dictamen relativo a la cuarta versión habría sido más rotundo a la vez que igualmente resignado.

Propuesta de 2 de mayo de 2002	Directiva 2003/86/CE
No existe art. 4.6	Art.4.6.: “ <i>Excepcionalmente</i> , los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, <i>si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva</i> . Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar
Art. 5.4.: “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud a la resolución adoptada. En circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud, podrá ampliarse el plazo mencionado en el párrafo primero, <i>pero en ningún caso podrán sobrepasar los 12 meses</i> ”	Art. 5.4.: “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud a la resolución adoptada. En circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud, podrá ampliarse el plazo mencionado en el párrafo primero.
Art. 7.2.: “Los Estados miembros solo podrán fijar las condiciones relativas a la vivienda, al seguro de enfermedad y a los recursos previstos en el apartado 1 con el fin de garantizar que el reagrupante esté en condiciones de subvenir a las necesidades de los miembros de su familia, una vez reagrupada, sin financiación pública. Estas disposiciones no podrán implicar discriminación alguna entre los nacionales y los ciudadanos de terceros países	Art. 7.2.: “Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.”
Art. 13.2.: “El Estado miembro de que se trate expedirá a los miembros de familia un permiso de residencia renovable de idéntica duración a la del permiso de residencia del reagrupante	Art. 13.2.: “El Estado miembro de que se trate expedirá a los miembros de familia un <i>primer</i> permiso de residencia de una duración mínima de un año. Dicho permiso de residencia será renovable
Art.14.2.: “Los Estados miembros podrán limitar el acceso a un empleo asalariado o a una actividad independiente de los ascendientes de y de los hijos mayores contemplados en el apartado 2 del artículo 4.” No hay ap. 3.	Art. 14.2.: “Los Estados miembros podrán decidir de conformidad con su Derecho nacional, las condiciones que los miembros de la familia deberán cumplir para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. Estas condiciones establecerán un plazo no superior en ningún caso a 12 meses, durante el cual los Estados miembros podrán estudiar la situación de sus mercados laborales antes de autorizar a los miembros de la familia a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. (3) Los Estados miembros podrán limitar el acceso a una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia de los ascendientes en línea directa y en primer grado y de los hijos mayores solteros contemplados en el apartado 2 del artículo 4”

⁸⁸ DOCE C 241 de 7 de octubre de 2002.

⁸⁹ *Ibid.*, punto 3.2.

Finalmente, el Consejo cita en la Directiva, antes de pasar a los considerandos, el Dictamen del Comité de las Regiones⁹⁰. Este, requerido por el Consejo mediante decisión de 23 de mayo de 2003, se refiere a la tercera propuesta y fue aprobado el 20 de noviembre de 2002.

3.3. FUNDAMENTACIÓN Y CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO

La justificación pragmática de esta regulación, esto es, de la fijación según criterios comunes de las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar⁹¹, viene expuesta en el cuarto Considerando de la Directiva, donde se establece la siguiente relación de causalidad: “la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia; contribuye a la creación de una estabilidad socio-cultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado⁹².”

Sabiendo ya por qué se regula esta materia, comprobamos además que versa sobre las condiciones de ejercicio de un determinado derecho. Hemos visto también que se trata de un derecho instrumental de otro fundamental. Queda, pues, averiguar el contenido de ese derecho fundamental. Para ello, podemos partir del segundo considerando de la Directiva como guía:

“Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.”

En el primer inciso queda patente que el contenido consiste en un bien humano básico, el respeto de la vida familiar, exigido por la propia dignidad humana, con el fin de proteger la familia, reconocido en los textos internacionales a toda persona sin más determinación que la de ser persona. Partiendo de la distinción entre derecho fundamental y norma iusfundamental, detengámonos primero en los textos internacionales que recogen todavía un derecho humano sin positivar a nivel comunitario, para hablar después, yendo de la mano del segundo inciso, sobre las normas relativas al derecho fundamental en liza.

⁹⁰ DOCE C 73 de 26 de marzo de 2003, p. 16. Nótese por la fecha de aprobación –20 de noviembre de 2002- que este dictamen es previo a la cuarta versión de Propuesta de Directiva.

⁹¹ Art. 1 de la Directiva.

⁹² Este objetivo fundamental se encuentra recogido en el artículo 2 y en la letra k) del apartado 1 del artículo 3 del TCE, mención expresa que se hacía en el octavo considerando de la Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002.

3.3.1. LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN Y RESPETO CONSAGRADA EN NUMEROSOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL.

En la Declaración Universal de Derechos del Hombre⁹³ se establece, por un lado, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁹⁴, mientras que por otro se afirma que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...)”⁹⁵.

Los demás tratados internacionales de ámbito universal⁹⁶ abundan en esa doble dimensión del reconocimiento del derecho a la vida en familia iniciada por la Declaración Universal: El artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷, de 19 de diciembre de 1966 tiene idéntico tenor, mientras que el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁸, de 19 de diciembre de 1966, establece además la necesidad de conceder a la familia “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

En el ámbito del Consejo de Europa, destaca la Carta Social Europea⁹⁹, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961¹⁰⁰, que concreta la protección debida y establece en su artículo 16 que, con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes

⁹³ Resolución 217/III, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 10 de diciembre de 1948.

⁹⁴ Art. 16.3 DUDH. Obsérvese que el art. 39.1 CE se formula a modo de respuesta del presente precepto.

⁹⁵ Art. 12 DUDH.

⁹⁶ Debemos anotar, por su incidencia, otros textos sectoriales promovidos por la ONU: el Convenio sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 –en su art. 10, recoge el derecho de reunificación familiar- (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990) y el Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, de 18 de diciembre de 1990, que aunque no ratificado por ningún Estado de la UE, entró en vigor el primero de julio de 2003. En su art. 44, reconoce el derecho a la reagrupación familiar. Para un análisis in extenso del mismo, vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990”, *REDMEX*, n.º 2, marzo 2003.

⁹⁷ Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977, BOE n.º. 103, de 30 de abril de 1977.

⁹⁸ Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977, BOE n.º. 103, de 30 de abril de 1977.

⁹⁹ También debemos citar el Convenio relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, hecho en Estrasburgo el 24 noviembre de 1977, ratificado por España el 6 de mayo de 1980 (BOE n.º 145, de 18 de junio de 1983). En su art. 12.1, reconoce el derecho de reagrupación familiar.

¹⁰⁰ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, BOE n.º. 153, de 26 de junio de 1980. En el art. 19.6, recoge expresamente el compromiso de facilitar la reagrupación familiar a los trabajadores extranjeros a los que se les permite establecerse en el territorio del Estado parte”. Téngase en cuenta la Carta Social revisada del Consejo de Europa, de 1996.

Contratantes “se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”.

3.3.2. LOS PRINCIPIOS RECONOCIDOS POR EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (CEDH).

Siguiendo con el segundo considerando de la Directiva, si el primer inciso se centra en el contenido, el segundo, en cambio, descende a la norma fundamental por la cual se reconoce el derecho. El supuesto merece un ejercicio de teoría jurídica¹⁰¹: la Directiva, como regla, condiciona el ejercicio del derecho y no puede impedir el cumplimiento del fin del derecho reconocido en las normas iusfundamentales, primero las positivas, directamente establecidas en la Carta de la Unión¹⁰², de carácter constitucional, calificables como principios, y después las enunciadas por el TEDH en interpretación del artículo 8 CEDH, denominadas normas adscritas de derecho fundamental, calificables como reglas¹⁰³.

A través del cauce hermenéutico abierto por el artículo 6.2 del TUE, que remite directamente al CEDH¹⁰⁴, y tomando como eje el tenor de su artículo 8, que reco-

¹⁰¹ Seguimos aquí el análisis estructural más aplaudido por la doctrina. ALEX Y, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

¹⁰² DOCE C 200 de 8 de febrero de 2000. Constituye la Parte II del proyecto de Constitución europea, recogiendo en su art. 7 el derecho que toda persona tiene “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones” (Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, CONV 850/03, de 18 de julio de 2003. Sobre la naturaleza constitucional de la Carta, vid. MAYER, F.C., “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne”, *RTD eur.* 39 (2), avr.-juin 2003, pp. 175-196. El autor aclara que, en relación con el CEDH, la Carta es una protección en el interior del sistema de la UE (p. 190). También constata que la gran mayoría de juristas de derecho comunitario y derecho constitucional la consideran como un verdadero texto constitucional o quasiconstitucional (p. 195).

¹⁰³ Con este planteamiento, en el momento de aplicar la Directiva, el conflicto sólo se podrá dar entre reglas, desplazando una a la otra. En el supuesto de los principios, lo que sucederá es que uno precederá a otro en determinadas circunstancias: éstas constituyen el supuesto de hecho de una regla - norma adscrita de derecho fundamental, v. gr. una Sentencia del TEDH -, que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Cfr. ALEX Y, R., op. cit., pp. 66-73.

¹⁰⁴ Art. 6.2 del TUE: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.” El mantenimiento de esta remisión en la citada Constitución europea, a la vez que la inclusión de la Carta en la Parte II, tiene sentido en el prolongado período en que la Unión tardará en adherirse efectivamente al CEDH. Esta adhesión, además, evitará posibles conflictos y contribuirá a reforzar la inter-

noce a toda persona el derecho al “respeto de su vida familiar” y prohíbe toda injerencia de la autoridad pública en su ejercicio que no esté prevista legalmente y sea necesaria¹⁰⁵, podemos recurrir a una determinación amplia del contenido del derecho que el TEDH ha elaborado con su interpretación evolutiva¹⁰⁶ en las demandas por vulneración del derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros¹⁰⁷:

En una vertiente del derecho, el objeto lo constituye la protección del individuo contra injerencias arbitrarias o injustificadas de los poderes públicos. Por tanto, el derecho puede ser vulnerado en aquellos casos en los que el demandante se ve amenazado con una medida de expulsión o denegación del permiso de residencia en el país en el que está establecido con su familia.

En la vertiente de carácter prestacional, el derecho puede generar obligaciones positivas¹⁰⁸ inherentes a su respeto efectivo¹⁰⁹. De este modo, pertenecen a este

dependencia entre el CEDH y el Derecho de la Unión. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El proyecto de Constitución Europea: Reflexiones sobre los trabajos de la Convención”, *RDCE* n.º 15, 2003, pp. 527-572.

¹⁰⁵El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, BOE n.º. 243, de 10 de octubre de 1979), establece en su artículo 8, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

También deben ser tenidos en cuenta los sucesivos Protocolos que enmiendan el CEDH, ratificados por España en su mayoría. Especialmente importante es el Protocolo n.º 11, de 11 de mayo de 1994, que modificó sustancialmente el mecanismo de protección. Ratificado por España el 16 de diciembre de 1996, entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

¹⁰⁶ A favor de esta interpretación evolutiva, vid. BERNHARDT, R., “Evolutive Treaty Interpretation, especially of the European Convention on Human Rights”, *GYIL* 42 (1999), pp. 11-25. El autor cuña, para el supuesto que nos ocupa, la categoría de “new developments under old norms” (p. 20).

¹⁰⁷ Seguimos la síntesis elaborada en ARRIAGA IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003, esp. pp. 79-279.

¹⁰⁸ En todas las sentencias en que el TEDH ha adoptado esta perspectiva, salvo en una (*Sen c/. Holanda*), la ponderación desarrollada ha llevado a declarar la ausencia de “falta de respeto”: *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/. Reino Unido*, de 25 de mayo de 1985, *série A*, vol 94; *Cruz Varas y otros c/. Suecia*, de 20 de marzo de 1991, *série A*, vol. 201; *Gül c/. Suiza*; *Nsona c/. Holanda*; y *Ahmut c/. Holanda* (*Ibid.*, p.249).

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 273. La autora considera que ese es el resultado alcanzado por la jurisprudencia del TEDH: “el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar se hace posible siendo innecesaria,

ámbito los supuestos en que el extranjero, legalmente establecido en el país de acogida, pide la entrada de algún miembro de su familia como prerequisite para el disfrute del derecho al respeto de su vida familiar, es decir, solicita el derecho a la reagrupación familiar.¹¹⁰

La Directiva regula todos esos extremos, no sólo las condiciones de ejercicio¹¹¹, pues también dedica un capítulo a sanciones y recursos, donde se establecen las medidas de denegación de solicitud, retirada de permiso, denegación de renovación o expulsión¹¹² en los supuestos de incumplimiento - también sobrevenido - de las condiciones establecidas o de fraude¹¹³, además de los de orden público, seguridad pública y salud pública¹¹⁴.

3.4. SUJETOS

3.4.1. TITULAR

El titular del derecho es el “reagrupante”, definido como el “el nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro, solicite que los miembros de su familia se reúnan con él”¹¹⁵ para, cabría añadir, “mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante”¹¹⁶. Debemos completar el perfil del titular con los siguientes requisitos acumulativos, que acabarán configurando su estatuto específico:

- ser titular de un permiso de residencia¹¹⁷, expedido por un Estado miembro por

por tanto, la elaboración de un nuevo artículo que reconozca este derecho”. Cfr. STEDH Marckx / Bélgica, série A, vol. 31, p. 15, FJ 31.

¹¹⁰ Numerosos autores se muestran a favor de este reconocimiento de un derecho “derivado” a la reagrupación familiar. Por todos, vid. LABAYLE, H., “L’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme et le droit de l’étranger au respect de sa vie privée et familiale”, en FULCHIRON, H., *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 103-107.

¹¹¹ Art. 1.

¹¹² El Consejo ha utilizado la fórmula “dictar una decisión de devolver”, arts. 17 y 18.

¹¹³ Art. 16.

¹¹⁴ Art. 6.

¹¹⁵ Art. 2.c.

¹¹⁶ Art. 2.d. Esta definición es más generosa que la interpretación dada al art. 8 CEDH por el TEDH en su jurisprudencia. El Tribunal de Estrasburgo es claro en la exigencia de “preexistencia” de la vida familiar anterior, en este caso, a la entrada del reagrupante. Cfr. Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/. Reino Unido, FJ 68.

¹¹⁷ Art. 2.e: “cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permite a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio, con arreglo a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOCE L 157 de 15.6.2002)”.

un período de validez superior o igual a un año¹¹⁸ al que, sin embargo, el Estado de acogida puede añadir más tiempo de residencia legal hasta computar dos años¹¹⁹;

- tener una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente¹²⁰, con la intención de “no conceder el derecho a las personas que sólo residen temporalmente, sin posibilidad de renovación. Esta exclusión contempla, en particular, a las personas au pair, becarios, etc.”¹²¹;

-disponer de una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate¹²²;

-tener suscrito un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia;

- obtener recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate.¹²³

- cumplir las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional¹²⁴;

¹¹⁸ Art. 3.1. Nótese que permite la expedición del permiso en cualquier Estado miembro.

¹¹⁹ Art. 8. Este requisito facultativo puede animar el endurecimiento del plazo básico en los Estados miembro, pues ni siquiera lo condiciona una cláusula de mantenimiento del *statu quo*.

¹²⁰ Art. 3.1.

¹²¹ Comentario al art. 3.1., Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002, cit. El proyecto personal de permanencia se convierte de este modo en esencial y disuasorio para eventuales reagrupantes en una situación laboral de precariedad, v. gr., un empleo de duración limitada como práctica empresarial para un puesto duradero.

¹²² Este y los siguientes requisitos son facultativos para el Estado y vienen exigidos en el art. 7.1.: “el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: (...)”. No los hemos diferenciado de los demás, dado que todos los Estados los exigen, pues son de carácter restrictivo, pero no debemos dudar de la bondad de su exigencia, por otro lado deducible de los requisitos obligatorios: su finalidad es garantizar un mínimo de viabilidad en el ejercicio del derecho.

¹²³ La Directiva precisa el criterio de valoración de este requisito potestativo, primero imponiendo a los Estados miembros que evalúen dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y después proponiendo, más que permitiendo, que tengan en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia (art. 7.1.c, segundo inciso).

¹²⁴ Art. 7.2. Este requisito es el más controvertido y criticado, pues deja total discrecionalidad a los Estados por la ambigüedad de su tenor. De hecho, v. gr., en el derecho interno español no se concibe, de momento, una “medida de integración” cumplida por el inmigrante en clave claramente asimilacionista, sino cumplida por el Estado con carácter prestacional. No faltan, sin embargo, críticas a las medidas españolas como asimilacionistas. Por todos, cfr. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F.,

Finalmente, debemos reseñar el peculiar estatuto del reagrupante-refugiado, de condiciones más favorables debido a las razones que le obligaron a huir de su país y que le impiden llevar en el mismo una vida de familia¹²⁵: debe hallarse reconocido como tal refugiado¹²⁶, con los vínculos familiares anteriores a su entrada¹²⁷, demostrables por cualquier medio de prueba¹²⁸, sin período de residencia previo¹²⁹ ni los citados requisitos potestativos¹³⁰.

3.4.2. BENEFICIARIOS

El noveno considerando establece que “la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad”, debiendo añadir “no casados”¹³¹. Cualquier ampliación será facultativa: ascendientes, hijos mayores a cargo y pareja no casada¹³². Sin embargo, incluso la familia nuclear se encuentra expuesta a las limitaciones facultativas que se le puede imponer en el Estado de acogida:

-el hijo de reagrupante poligámico y cónyuge no reagrupable, puede ser excluído¹³³;

-el hijo mayor de 12 años que llega independientemente del resto de la familia puede ser sometido a “examen” previo de integración¹³⁴;

-al reagrupante y su cónyuge se les puede exigir una edad mínima previa a la solicitud, que no exceda los 21 años¹³⁵;

-el hijo mayor de 15 años puede ser excluído¹³⁶;

“El Plan GRECO: las deficiencias de la asimilación cultural”, *Rev. Fac. Derecho Univ. Gr.*, 5, 2002, 175-193.

¹²⁵ Octavo considerando y arts. 9-12.

¹²⁶ Art. 2,b en relación con art. 9.2: “cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los términos de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967”.

¹²⁷ Art. 9.2. Requisito facultativo para los Estados, que en su gran mayoría lo imponen a todo reagrupante, como el propio TEDH (vid. *Supra* apd. 3.3.).

¹²⁸ Art. 11.

¹²⁹ Art. 12.2.

¹³⁰ Salvo, potestativamente, lazos especiales con un tercer país en que sea posible la reagrupación (art. 12.1, segundo párrafo).

¹³¹ Condición impuesta en el art. 4.1, segundo párrafo.

¹³² Art. 4.

¹³³ Art. 4.4, segundo párrafo.

¹³⁴ Art. 4.1, último párrafo. Sometido a cláusula de mantenimiento del *statu quo*, vid. *supra* apd. 3.1.

¹³⁵ Art. 4.5

¹³⁶ Art. 4.6. Sometido a cláusula de mantenimiento del *statu quo*, vid. *supra* apd. 3.1.

-se puede exigir vida familiar efectiva¹³⁷;

La relación de derechos que se derivan para los familiares reagrupados comprende un mínimo necesario y condicionado: primer permiso de residencia (renovable) de un año¹³⁸; acceso a la educación, a un empleo y a la formación profesional¹³⁹; y permiso de residencia autónomo a los cinco años¹⁴⁰.

3.5. PROCEDIMIENTO

Las normas procedimentales establecidas en la Directiva son de carácter potestativo, aunque concretan el contenido mínimo que debe ser regulado por los Estados¹⁴¹: legitimación activa¹⁴², medios de prueba¹⁴³, admisibilidad¹⁴⁴, plazo de resolución y consecuencias de ausencia de la misma. Impone, en cambio, la motivación de resoluciones denegatorias¹⁴⁵.

El aspecto más criticable de este ámbito es el del plazo de resolución. La Directiva establece un máximo de nueve meses, que inmediatamente deja sin efecto permitiendo su ampliación *sine die*, “en circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud”¹⁴⁶. Este mismo plazo está sometido a un umbral de tres años, pero por otro motivo transitorio: que el Estado tenga en cuenta su capacidad de acogida en la fecha de adopción de la Directiva¹⁴⁷.

¹³⁷ Art. 16.1, b, a contrario: el Estado puede denegar una solicitud “cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva”. Esto puede llevar a una prueba diabólica si no se tiene muy en cuenta la jurisprudencia del TEDH sobre este requisito de vida familiar efectiva, que, en síntesis, contempla, por un lado, cohabitación, admitiendo otras formas de contacto como visitas, correspondencia o llamadas telefónicas (Sentencia Berrehab c/. Holanda, Série A, vol. 138, FJ 21) y, por otro, dependencia material o económica. Cfr. ARRIAGA IRABURU, I., op. cit., p.88.

¹³⁸ Art. 13.2.

¹³⁹ Art. 14.1. El Estado puede condicionar este derecho con requisitos indefinidos, salvo el plazo de autorización para trabajar, fijado en 12 meses (art. 14.2).

¹⁴⁰ El art. 15.1 contempla el plazo de cinco años de residencia como máximo y, caso de los hijos, una vez alcanzada la mayoría de edad. Permite la denegación en caso de ruptura.

¹⁴¹ Todos los requisitos se encuentran en el art. 5.

¹⁴² Puede presentar la solicitud tanto el reagrupante como el familiar.

¹⁴³ Son imperativos los “documentos acreditativos” de vínculo y requisitos, así como copias certificadas de los documentos de viaje del familiar.

¹⁴⁴ Los Estados podrán inadmitir las solicitudes presentadas cuando el familiar esté ya en su territorio, pues la excepción es facultativa.

¹⁴⁵ Art. 5.4, tercer párrafo.

¹⁴⁶ Art. 5.4, segundo párrafo.

¹⁴⁷ Se trata del art. 8, segundo párrafo y caben dos interpretaciones de la cláusula de mantenimiento del *statu quo* aquí presente: entender por “adopción” la fecha de entrada en vigor o publicación (art. 21), o, en cambio, entender que se refiere a la “aplicación en los Estados” y, por tanto, igual que las

3.6. INJERENCIAS Y PROPORCIONALIDAD

Las posibles injerencias, como hemos apuntado supra, son las medidas que pueden adoptar los Estados¹⁴⁸: denegar la entrada, retirar el permiso, denegar su renovación o dictar una decisión de devolver. También hemos visto los motivos que pueden justificar esas medidas, esto es, los indeterminados (orden público, seguridad pública y salud pública)¹⁴⁹, el fraude¹⁵⁰ y el incumplimiento de condiciones¹⁵¹, específicamente falta de recursos, ausencia de vida familiar efectiva¹⁵² y poligamia sobrevenida¹⁵³.

El juicio de proporcionalidad que deba establecerse, entre el derecho protegido y la injerencia justificada, atenderá a unos criterios de ponderación fijados en la propia Directiva para su apreciación por parte de los Estados: la gravedad o el tipo de infracción contra el orden público o la seguridad pública cometida por el miembro de la familia o el peligro que implique dicha persona¹⁵⁴, la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen¹⁵⁵.

otras fórmulas recogidas en los apds. 1 in fine y 6 del art. 4. Nos parece más apropiado atenerse al tenor literal, que impide la proliferación de normas internas antes del 3 de octubre de 2005 en ese sentido. Cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, I., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, 12, 2002, pp. 43-79.

¹⁴⁸ Vid. Apd. 3.3 *in fine*.

¹⁴⁹ Art. 6. Se precisa la imposibilidad de aplicar la medida en caso de enfermedad o minusvalía sobrevenida.

¹⁵⁰ Art. 16. Establece una presunción legal de fraude basada en el supuesto de que la relación familiar de que se trate sea posterior a la obtención de permiso de residencia por parte del reagrupante.

¹⁵¹ Art. 16.1.

¹⁵² Vid. supra apd. 3.4.2.

¹⁵³ Aunque no se recoja así expresado, el supuesto responde a nuestra calificación. Art. 16.1.c: El Estado podrá adoptar la medida que corresponda “cuando se constate que el reagrupante o la pareja no casada ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona”.

¹⁵⁴ Art. 6.2, segundo párrafo.

¹⁵⁵ Art. 17. Esta ponderación adolece, a nuestro juicio, de la mención de más lazos con el Estado de acogida además del tiempo de residencia (como mínimo, tantos como los previstos para el país de origen), lo cual iría en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, si bien en los casos resueltos desde 1996, otorga mayor peso a los lazos con el país de origen: Sentencias *El Boujaïdi*, *Boujlifa*, *Dalia* y *Baghli* (como excepción: Sentencias *Mehemi*, *Ezzoudhi* y *Boultif*). Cfr. ARRIAGA IRABURU, I., op. cit., pp. 111-222.

4. LA REFORMA DEL RÉGIMEN INTERNO ESPAÑOL POR LO 14/2003

La LO 14/2003, de reforma del régimen general de extranjería¹⁵⁶, viene motivada, según el legislador, por diversas circunstancias consideradas en su conjunto, “unidas a la necesidad, por un lado, de adaptar la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los dos últimos años han sido tomadas en el seno de la Unión Europea, así como, por otro, incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo”¹⁵⁷.

Con esa justificación, puede parecer que se esté dando diligente aplicación a, entre otras¹⁵⁸, la Directiva sobre reagrupación familiar, publicada dos meses antes. Sin embargo, la propia Ley Orgánica de Reforma declara expresamente el objetivo perseguido en la materia que nos ocupa: “evitar fraudes en las «reagrupaciones en cadena»”¹⁵⁹. En definitiva, con la exigencia, al reagrupado que quiera reagrupar, de “una autorización de residencia y trabajo obtenidas (sic) independientemente”¹⁶⁰, se elimina el derecho de reagrupación en cadena¹⁶¹, del cual no se hace mención ni en

¹⁵⁶ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE), modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE n.º 279, de 21 noviembre 2003).

¹⁵⁷ *Ibid.*, Exp. Motivos, primer apartado in fine. En el siguiente apartado se especifican las decisiones referidas (la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2001, que modifica la parte VII y el anexo 12 de la Instrucción Consular Común, así como el anexo 14 a) del Manual Común; la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; y la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares)

¹⁵⁸ *Ibid.*, nota anterior. Se mencionan tres Directivas.

¹⁵⁹ *Ibid.*, Exp. Motivos, cuarto apartado. Este motivo corresponde directamente a la segunda necesidad arriba apuntada: la incorporación de las denominadas “consideraciones técnicas” del Tribunal Supremo. En el apd. segundo in fine, se especifica que se trata de incorporaciones “derivadas de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 (sic) de marzo de 2003, relativas a la necesaria regulación”, en la LO de extranjería, “de determinados preceptos del Reglamento de ejecución”. El resultado de la reforma no es otro que el de “legalizar” la prohibición de reagrupaciones en cadena, que sólo contemplaba el Reglamento en el artículo 41.5, precepto que el Tribunal Supremo anuló por ilegal en su citada Sentencia, de 20 de marzo de 2003, FJ 5.º. El precepto anulado establecía que “los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación”.

¹⁶⁰ Art. 17.2 LOE reformado.

¹⁶¹ STS 20 de marzo de 2003, cit., FJ 5.º: “La cuestión es si la redacción actual, suprimido el inciso transcrito, respeta o no el derecho legalmente reconocido a lo que el Consejo de Estado denomina “reagrupación en cadena” y que afirma es un derecho reconocido en la Ley”.

la jurisprudencia del TEDH ni en la Directiva estudiada. Ello se debe a que no se puede ser simultáneamente sujeto agente y paciente de la dependencia, factor que, unido al de convivencia, configura la vida familiar efectiva requerida por el TEDH¹⁶². En cambio, la dependencia, en la familia nuclear, no es requisito ni en la Directiva (sólo exige expresamente vínculo¹⁶³) ni en la LOE (sólo exige convivencia para el cónyuge¹⁶⁴), aunque tiene poco sentido acudir a la reagrupación si no se depende del reagrupante. De ahí que el legislador español se vea obligado a concretar la titularidad del derecho en detrimento del contenido: en todo caso reagrupa un trabajador residente a título propio, pero no se exige dependencia en la relación familiar.

En el supuesto de los ascendientes previamente reagrupados, para los que sí se exige dependencia, las condiciones se endurecen. No obstante, debemos recordar que la Directiva no impone, sólo reconoce, su posible reagrupación¹⁶⁵, en términos similares a como lo hace la LOE, por lo que ya supone un progreso considerable que se admitan en España¹⁶⁶. Eso justifica de algún modo que la reforma exija al ascendiente la previa obtención de residencia permanente y acreditación de solvencia económica para poder reagrupar¹⁶⁷. Sin embargo, aquel que tenga a su cargo un hijo menor o incapacitado queda excluido y se somete al requisito general¹⁶⁸. De cualquier manera, puede aplicarse lo ya apuntado para la familia nuclear¹⁶⁹ y concluir que se podrá dar algún caso si se respeta la posibilidad de que los vínculos familiares sean posteriores a la entrada del reagrupante, amparada por la Directiva pero no por el TEDH¹⁷⁰.

¹⁶² Vid. supra apd. 3.4.2.

¹⁶³ Art. 4 de la Directiva, en la que se concibe una sola familia, de tal modo que el reagrupado contribuirá, en su caso, a los ingresos familiares, extremo que deberá ser tenido en cuenta por los Estados que denieguen la renovación del permiso de residencia por insuficiencia sobrevenida de recursos del reagrupante (art. 16.1).

¹⁶⁴ Art. 17.1.a. LOE.

¹⁶⁵ Art. 4.2.a) de la Directiva: (“Los Estados miembros podrán” autorizar la entrada y residencia de) “los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar necesario en el país de origen.”

¹⁶⁶ Art. 17.1.d): (El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares) “Los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.”

¹⁶⁷ Art. 17.3, primer párrafo LOE reformado.

¹⁶⁸ Art. 17.3, segundo párrafo LOE reformado. El requisito general es el de autorización independiente de residencia y trabajo (art. 17.2 LOE).

¹⁶⁹ Algunos autores se plantean estas mismas dudas y consideran el precepto una discriminación por razón de la edad. Cfr. AGUELO NAVARRO, P., RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., “Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx”, *REDMEX*, n.º 4, nov. 2003, pp. 85-113, esp. p. 89.

¹⁷⁰ Vid. apd. 3.4.1.

Finalmente, conviene conocer en qué circunstancias pueden los familiares reagrupados adquirir la residencia independiente, no tanto para acceder al propio derecho de reagrupar, sino para, básicamente, desvincular la duración de su permiso respecto del reagrupante¹⁷¹. El requisito común, establecido por el reformado artículo 19 LOE a cónyuge, hijos y ascendientes, es el de haber obtenido una autorización para trabajar. Sólo a los hijos se les exige además mayoría de edad¹⁷² y se exceptúa al cónyuge víctima de violencia doméstica “desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”¹⁷³. En contraste con la autorización para trabajar, existe la alternativa del plazo, prevista con carácter residual por la Directiva, recuérdese, en cinco años de residencia como máximo¹⁷⁴.

5. CONCLUSIONES

Podemos definir el Derecho comunitario de extranjería como el régimen común de residencia y de derechos para los nacionales no comunitarios o, con ánimo de aproximar estatutos radicalmente separados, la libre circulación de personas indistintamente vinculada al mercado interior.

¹⁷¹ El art. 41.4 RLOE establece: “La duración del permiso de residencia que se conceda a estos familiares será la misma que la del permiso concedido al reagrupante y su vigencia dependerá del mantenimiento de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento, *si bien el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición, siempre que acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años* (el subrayado es nuestro)”. La vinculación establecida es acorde con los arts. 13.3 y 16.1 de la Directiva, que establece el mínimo de vigencia del permiso en un año renovable (vid. apd. 3.4.2.). Además, desarrolla el art. 16.3 LOE, sobre el plazo de convivencia requerido para poder conservar la residencia una vez roto el vínculo.

¹⁷² Art. 19.2 LOE. Esta exigencia dilata dos años la independencia de hijos autorizados a trabajar con la edad mínima laboral de 16 años.

¹⁷³ Art. 19.1 LOE. Esta excepción a la autorización de trabajo también podría extenderse a los hijos y ascendientes a favor de los cuales se dicte una orden de protección. AGUELO NAVARRO, P., RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., op. cit., p. 90.

¹⁷⁴ Art. 15.1 Directiva, (vid. apd. 3.4.2.). También reglamentariamente en dos años para el cónyuge, acudiendo al art. 41.4. RLOE: “El cónyuge reagrupado podrá obtener un permiso de residencia independiente cuando: a) Obtenga una autorización para trabajar; b) Acredite haber vivido en España con el cónyuge reagrupante durante dos años, mediante certificado de empadronamiento o de inscripción consular, o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de dicha permanencia en España. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar o humanitario que así lo justifiquen.” Habrá que esperar a la adaptación reglamentaria de la reforma (Disp. final tercera LO 14/2003), pero una interpretación orientada a aplicar el art. 15.1 de la Directiva y a entender esta alternativa como complementaria a la de violencia doméstica, favorece su aplicación.

Hemos podido comprobar cómo la política comunitaria de extranjería, tras la ardua conquista competencial, se está positivando lo imprescindible: existe una falta de correspondencia entre la voluntad política manifestada por los Consejos Europeos y el desarrollo normativo por parte del Consejo de la Unión.

A la vista de su tortuoso proceso de gestación, la Directiva sobre reagrupación familiar puede constituir a la vez incoación y paradigma del desarrollo normativo que se está dando a la política comunitaria de extranjería en clave de mínimo común denominador.

La propia Directiva basa su fundamentación en la interpretación del artículo 8 CEDH, por lo que podemos afirmar que ésta regula las condiciones de ejercicio de un derecho instrumental de otro fundamental, la reagrupación familiar como prerequisite para la vida familiar. Sin embargo, posibilita situaciones de falta de respeto del derecho a la vida familiar mediante numerosas restricciones estatales facultativas, siendo especialmente graves las que erosionan el ya de por sí reducido ámbito personal de la familia nuclear: un reagrupante residente “cuasipermanente” puede reunir consigo a su único cónyuge y a sus hijos menores no casados, aunque con plazo prolongable *sine die*, expuestos a controles de integración e integridad previos y periódicos.

Conjugando los regímenes estudiados - internacional regional, comunitario e interno español -, podemos extraer algunas consideraciones:

Nuestro derecho interno permite, más allá del ámbito de familia nuclear protegido por la Directiva y el TEDH, la reagrupación de ascendientes a cargo.

La reforma española elimina la posibilidad de reagrupaciones en cadena, de tal manera que el reagrupado sólo podrá reagrupar al obtener la residencia independiente. Esta caución es innecesaria en la interpretación del art. 8 CEDH, que exige dependencia y tendrá aplicación si se respeta la vida familiar iniciada tras la entrada del reagrupante en el Estado de acogida, posibilidad permitida únicamente por la Directiva, más allá que el TEDH.

La residencia independiente, con la reforma, se puede obtener en todo caso una vez autorizado el trabajo, debiendo admitirse la alternativa de plazo determinado, prevista por la Directiva.

