

LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN EL
DERECHO COMUNITARIO *DE LA INMIGRACIÓN*

Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación
de personas en el Derecho comunitario

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

EL DERECHO DE FAMILIA ANTE EL SIGLO XXI
(A.L. Calvo Caravaca/E. Castellanos)

COLEX, **2004**, pp. 819 – 843

ISBN 84-7879-854-4

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN EL
DERECHO COMUNITARIO *DE LA INMIGRACIÓN*
Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación
de personas en el Derecho comunitario

por
M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA
*Profesora de Derecho internacional privado de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

SUMARIO: Planteamiento: renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria. I. Presupuestos comunes de la reagrupación familiar en los Estados miembros. II. Criterios de armonización de la reagrupación familiar del Derecho comunitario “de la inmigración”. III. Contradicciones en el tratamiento de la reagrupación familiar. 3.1. Primera contradicción: ampliación del ámbito de aplicación personal de la libre circulación de personas, a pesar de la renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria. 3.2. Segunda contradicción: progresos políticos en los Consejos Europeos y fracaso de los Estados miembros en la armonización de las medidas sobre la reagrupación familiar. 3.3. Tercera contradicción: importancia de la referencia a los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y disminución de los estándares de protección de las personas que solicitan la reagrupación familiar. IV. Consideraciones finales.

Con carácter previo a la exposición del objeto y enfoque metodológico de este trabajo, resulta oportuno recordar que la *Cátedra Mariano Aguilar Navarro* –auspiciada por la Universidad Carlos III de Madrid- persigue entre sus objetivos el examen de la problemática suscitada por las relaciones jurídicas de la familia en el contexto multicultural actual¹. Si convenimos que el aumento de los desplazamientos familiares procedentes de ámbitos culturales, sociales y jurídicos diversos y en ocasiones alejados de nuestras tradiciones occidentales es un efecto de las migraciones (entendidas en su más amplia acepción), no cabe duda que la reagrupación familiar de los extranjeros no comunitarios –pese a su marcada naturaleza administrativa- tiene relación directa con el contenido y problemas del Derecho internacional privado. En este sentido, llevaba razón el profesor H. BATIFFOL al afirmar que “*la condición jurídica de los extranjeros es el prefacio natural para el estudio de los conflictos de leyes y de jurisdicción*”².

La reciente aprobación de la *Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar*³ –que declara “la importancia de fijar, según criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a

¹ Vid., A. L. CALVO CARAVACA, en la presentación del primer acto académico de la Cátedra Mariano Aguilar Navarro, en *Estatuto personal y multicultural de la familia* (A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE RUIZ, Dir.), Madrid, 2000, p.7. En especial, en la misma obra, véase P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, pp. 163-179 (en lo sucesivo esta obra será citada como *Estatuto personal... -Cátedra Aguilar Navarro-*). De carácter más general, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Modelos de familia y Derecho internacional privado”, en *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 4ª edición, Madrid, 2003, pp. 63-107, esp. pp. 63-64 (y bibliografía ahí citada).

² H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 1993, p. 6.

³ DO L 251/12, de 3.10.2003.

la reagrupación familiar con el fin de garantizar la protección de la familia así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar”-, justificaría, *per se*, la inclusión de esta reflexión en el título genérico de estas Jornadas: “El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales”. Pero, dando un paso más allá, el análisis de este instrumento comunitario -su desarrollo y resultado, más propiamente- muestra ciertas contradicciones del régimen de la reagrupación familiar en el derecho comunitario *de la inmigración* por contraposición al régimen jurídico de este mismo derecho cuando se ejercita en el ámbito de aplicación del derecho comunitario *de la libre circulación de personas*.

El análisis de estas contradicciones constituye, pues, el objeto central de este trabajo (III). Previamente, sin embargo, partiremos de una suposición que estimamos posible: la renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria. Al hilo de este dato se pondrán de relieve dos aspectos: el primero, referido a la existencia de unos presupuestos comunes a todos los Estados miembros en materia de reagrupación familiar de los extranjeros no comunitarios (I); y el segundo, relativo a los criterios de armonización sobre los que se configura la reagrupación familiar de estos mismos extranjeros en el derecho comunitario *de la inmigración* (II).

Planteamiento: renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria.

La renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria provoca algunas contradicciones en el tratamiento jurídico de la reagrupación familiar en las dos esferas jurídicas comunitarias del por algunos llamado “mercado legal de ciudadanos”⁴. Para mostrar lo anterior, vamos a seguir un planteamiento metódico que gira en torno a tres ejes: el primero, que atiende a la comparación de las lógicas de funcionamiento en las dos esferas concernidas e incide en la ampliación del ámbito de aplicación personal de la esfera del derecho comunitario *de la libre circulación de personas*; el segundo, que observa el éxito de los acuerdos políticos sobre una política europea común de inmigración por contraposición al lento proceso de armonización de la reagrupación familiar (elemento integrado en esa política comunitaria); y el tercero, que contrapone el énfasis en el respeto a los derechos humanos y a la vida en familia que proclama el instrumento comunitario al tiempo que se adelgazan los estándares de protección de los extranjeros no comunitarios sujetos al régimen de reagrupación familiar.

Sin embargo, las contradicciones señaladas no son debidas tan solo a la renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria. Repárese, por ejemplo, en la controvertida política de inmigración en la Unión Europea que enfrenta, desde sus

⁴ *Market citizens*, en expresión de SHAW & MOORE, *New Legal Dynamics in European Integration* (1995). Se trata de una concepción en términos económicos de la libre circulación de personas; en esta perspectiva, la libre circulación de personas “no comunitarias” se desenvuelve básicamente en dos esferas normativas: aquella cuyo ámbito de aplicación personal afecta, junto a los ciudadanos comunitarios, a los nacionales de terceros países que entran en el ámbito de aplicación del *derecho comunitario*; y aquella otra, cuyo ámbito de aplicación personal afecta a los nacionales de terceros países excluidos de los beneficios del derecho comunitario de la libre circulación pero afectados por las normas que sobre la misma materia regulan el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia del Título IV del TCE (derecho comunitario *de la inmigración*). En lo sucesivo, la expresión será citada con este preciso alcance.

orígenes, posturas antagónicas⁵. Sin ánimo de entrar en su análisis, baste con recordar que frente a posiciones claramente conservadoras defensoras de una Europa común comunitaria que, como región, “no debe ser abierta” (*sic*) a la inmigración de nacionales de terceros países (todavía mantenida por los sectores europeos más reaccionarios⁶), hay quienes sostienen postulados menos radicales que –ante el dramático cambio en la demografía interna- aceptan, no sin reticencias, la inmigración de nacionales extracomunitarios ante la evidencia de que ésta permitirá mantener la fuerza de trabajo activa y contribuirá a financiar el sistema de pensiones de la Seguridad Social⁷.

Situándonos en la segunda tendencia, hay que tomar en cuenta, además, la tensión existente entre la obligada comunitarización de la materia y la distinta evolución histórica tanto en los procedimientos normativos internos de los Estados miembros como en las prácticas nacionales en materia de inmigración. Ninguno de los socios europeos duda que la “presión migratoria” -legal o clandestina- debe ser abordada en común a pesar de no haber coincidencia en las modalidades de gestión de la integración de los inmigrantes⁸. Prueba de la polarización de posturas en el seno del Consejo son las cada vez más frecuentes *minicumbres* de trabajo⁹ que llevan a cabo algunos socios al margen de la Agenda del Consejo de la UE, lo que no es sino reflejo de que la *Europa a dos velocidades* sigue siendo una realidad.

Por ejemplo, la experiencia ha demostrado, por un lado, que una *ghetizzazione* de poblaciones extranjeras del mismo origen llevaría a crear tensiones sociales difícilmente sostenibles¹⁰ y, por otro, que el reto de la integración, derivado de las exigencias del mercado único y de la libre circulación de personas en el espacio europeo de “libertad, seguridad y justicia”, plantea básicamente un alto coste económico para los Estados miembros¹¹. Por su parte, los estudios realizados desde la sociología acreditan que

⁵ *Aujourd'hui les Quinze on du mal à définir une politique commune autre que sécuritaire, alors que l'immigration issue de l'Afrique, de l'Asie ou du Moyen-Orient reste une nécessité économique, vid., “Immigrés: l'Europe entre accueil et rejet”* (C. TREAN), *Le Monde*, Dossiers - Julio, 2002, p. 1. En el mismo dossier, C. WITHOL DE WENDEN: *Les Quinze ont tous pour objective l'intégration, mais ils divergent quant au choix des instruments*, en “Un avenir entre accueil et contrôle. Intégration et identité française”, p. 4.

⁶ Bajo disimulados discursos, algunos explícitos, se está gestando un peligroso nacionalismo europeo cuyo lema parece ser “Europa para los europeos”. *Vid.*, R. WODAK, “Discursos de Exclusión: Estudio Comparativo Europeo”, *Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia*, Universidad de Viena / Academia Austríaca de las Ciencias, (Hofburg, Viena, 7/8 abril, 2000). En nuestro país, T. CALVO BUEZAS, “Globalización e inmigración en España y Europa, ¿hospitalidad o racismo?”, en *Inmigración y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003, pp. 37-66 (en lo sucesivo la obra será citada como *Inmigración y Derecho*).

⁷ En perspectiva económica, la cuantificación de las aportaciones de los inmigrantes al erario público español y el impacto de la inmigración sobre el sector privado de la economía española puede verse en R. APARICIO / A. TORNOS, *La inmigración y la economía española*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pp. 51 a 53 y 67-69.

⁸ Véase B. VON HOFFMANN (ed), *Towards a Common European Immigration Policy* (Reports and discussions of a Symposium held in Trier on October 24th and 25 th, 2002), 2003 (en lo sucesivo *cit. VON HOFFMANN - Towards a Common European Immigration Policy*).

⁹ Hay quienes califican estas reuniones como “boicoteo reforzado a la política común europea”, expresión que no refleja otra cosa que el malestar entre las instituciones comunitarias por estos acuerdos nacionales fuera del Consejo. *Vid.*, A. Terrón i Cusí, Portavoz en el Parlamento Europeo del Grupo Socialista, en *Diario El País*, de 26.10.2003, p. 2.

¹⁰ *Vid.*, *Cultura, Estados y Ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa* (E. LAMO DE ESPINOSA, ed.), Madrid, 1994.

¹¹ Esta es la opinión de Mr. OELLERS-FRAHM en “Discusión al documento de trabajo presentado por S. VAN DEL VELDE, “Three Paradoxes in the Community Right to Family Reunification for Migrant Workers”, en *Von Hoffmann - Towards a Common European Immigration Policy*, *op. cit.*, p. 241.

integrar a los inmigrantes pasa por modificar el clima de “militancia social” contra la inmigración¹² y, sobre todo, diseñar una adecuada política laboral, educativa, de vivienda o de asistencia sanitaria¹³, sin olvidar la dimensión jurídica y la responsabilidad de los jueces en la respuesta a los problemas de la integración suscitados ante los tribunales¹⁴.

Desde la perspectiva jurídica, sin embargo, los estudios llevados a cabo por el Consejo de Europa¹⁵ muestran que, si bien las condiciones precisas para el ejercicio del derecho a la reagrupación de los nacionales de terceros países en el ámbito del Derecho de extranjería pueden diferir de país a país, y de hecho difieren, las normas nacionales aplicables son similares en numerosos aspectos. Este dato es relevante pues, a nuestro juicio, nos permite partir de un puerto seguro o -dicho en otras palabras- de un camino ya andado en que la existencia de un entendimiento común sobre normas jurídicas que contienen una regulación de tipo general, legitima la exigencia del reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros no comunitarios.

Por esta razón, y previo al análisis de las contradicciones anunciadas, resulta pertinente hacer referencia a los presupuestos comunes de la reagrupación familiar en la legislación interna los Estados miembros frente a los criterios de armonización “para” el derecho comunitario de la inmigración establecidos en la *Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre*.

I. Presupuestos comunes de la reagrupación familiar en los Estados miembros.

Como hemos señalado anteriormente, los Estados miembros, en principio, no objetaron el plano justificatorio del derecho al respeto a la vida en familia de los extranjeros no comunitarios residentes en su territorio. Al fin y al cabo, todos ellos han firmado y ratificado el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y las Libertades fundamentales*, cuyo artículo 8 reconoce este derecho como fundamental de la persona, sin perjuicio de las injerencias estatales justificadas en los términos autorizados por el párrafo 2 del mencionado precepto¹⁶. Por otro lado, las Constituciones nacionales también recogen este mismo derecho y las legislaciones internas aceptan la reagrupación familiar sobre unas bases comunes.

Estas bases o principios comunes pueden resumirse en cinco puntos generales:

¹² Bajo la dirección de B. BADIE y C. WITHOL DE WENDEN, *Le défi migratoire (Questions de relations internationales)*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, París, 1994.

¹³ Es lo que se define como “integración cívica” basada en la progresiva equiparación de los inmigrantes con el resto de la población, en derechos y deberes, acceso a bienes y servicios y cauces de participación ciudadana en condiciones de igualdad de oportunidad y de trato. Véase, sobre la base de la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, “La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada”, de 21 de marzo de 2002, Bruselas, (CES 355/2002).

¹⁴ Con carácter amplio, véase la ponencia de M. GASCÓN ABELLÁN, “La responsabilidad de los Jueces ante la inmigración”, en *Inmigración y Derecho*, op. cit. pp. 143-176.

¹⁵ Vid., S. PEERS / R. BARZILAY / K. GROENENDIJK / E. GUILD, *Le statut juridique des personnes admises au regroupement familial (Etude comparative de la législation et de la pratique de certains pays européens)*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000.

¹⁶ Vid., I. ARRIAGA IRABURU, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, 2003, pp. 111 y ss.

1. La titularidad del derecho a solicitar la reagrupación familiar se reconoce a la persona nacional de un tercer país tras un período de espera o residencia legal en el Estado miembro de acogida (la duración de la espera varía en cada ordenamiento nacional).

2. Las personas habilitadas para solicitar el visado de entrada por reagrupación a efectos de conseguir la autorización de residencia en el Estado de acogida integran “la unidad familiar” que, en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, está constituida por el cónyuge del reagrupante y los hijos menores de edad de éste y de su cónyuge. Respecto de la pareja de hecho, algunos Estados extienden el mismo derecho sobre la base de la igualdad de trato reconocida a las uniones matrimoniales y no matrimoniales (sólo unos pocos reconocen esta igualdad con independencia del sexo) y a los hijos comunes, cualquiera que sea el origen de la filiación.

3. Tras un periodo de residencia (distinta en cada ordenamiento jurídico), el cónyuge del reagrupante (o la pareja de hecho, en su caso) y los hijos reagrupados tienen derecho a incorporarse al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida.

4. Los menores reagrupados tienen derecho a la escolarización en el Estado miembro de acogida.

5. Los miembros de la familia reagrupada disfrutan del derecho a la asistencia sanitaria básica y las prestaciones sociales del sistema de seguridad social del país de acogida (si el reagrupante está incluido en el mismo).

Las objeciones, sin embargo, no se han hecho esperar cuando los Estados miembros han pretendido proyectar como “principios comunes para todos” sus propias formas o modelos¹⁷ de gestionar el control de la entrada de familias inmigrantes y sus prácticas nacionales en la consecución del objetivo de la integración¹⁸. Prueba de lo anterior se encuentra en los debates habidos durante los tres largos años de duración de las negociaciones de la Directiva. En efecto, las diferencias surgieron desde el primer momento no sólo entre los Estados miembros y la Comisión (ante la Propuesta de Directiva presentada por aquélla en diciembre de 1999¹⁹) sino también -ante las sucesivas modificaciones a la Propuesta inicial preparadas por la Comisión²⁰- con el Parlamento Europeo²¹, el Comité Económico y Social Europeo²² y el Comité de las Regiones²³.

¹⁷ Véase explicación y valoración de los modelos, en C. ESPLUGUES MOTA, “Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, en *Inmigración y Derecho, op. cit.*, pp. 129-141, esp. pp. 138 y ss.

¹⁸ Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, véase F. JAULT SESEKE, *Le regroupement familial (Étude comparé de droit française et allemand)*, París, 1996.

¹⁹ Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (COM/99/0683 final - CSN 99/0258).

²⁰ Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (COM/2000/0624 final - CSN 99/025); y Propuesta modificada Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (COM/2002/225 final - CSN 99/0258, DO C 203 E/136, de 27.8.2002).

²¹ Dictamen del Parlamento Europeo, en DO C 135 de 7.5.2001, p. 174.

²² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, en DO C 204 de 18.7.2000.

²³ Dictamen del Comité de las Regiones, en DO C 73 de 26.3.2003, p. 16.

Lo que revelan estos debates es el recelo de los Estados a ceder soberanía en la gestión de la integración de los inmigrantes, amén de un acusado poso cultural discriminatorio que aumenta al proyectarse sobre los derechos de los extranjeros. Se margina, así, lo que se desvía de “nuestra propia identidad” (*rectius*, rechazamos “al otro” con su idiosincrasia e ininteligibilidad). Pero se defienden, sobre todo, los intereses económicos coyunturales de los Estados (ha sido dicho que la “globalización neoliberal es una de las causas de las migraciones en el cambio de milenio”²⁴).

En consecuencia, hubo que pactar un *nuevo método* para desbloquear las negociaciones sobre los puntos en que persistía el desacuerdo y, al propio tiempo, salvar los compromisos alcanzados previamente en el Consejo de Tampere. De lo que se trataba, pues, era de establecer un marco comunitario que permitiera fijar criterios comunes que inspiraran y caracterizaran la armonización de las condiciones de la reagrupación de los extranjeros no comunitarios en las legislaciones nacionales.

II. Criterios de armonización de la reagrupación familiar del Derecho comunitario “de la inmigración”.

Para explicar este *nuevo método* conviene retener que la Directiva de 2003 sigue en lo esencial el texto de la Propuesta modificada de 2002 que ya había declinado la primigenia idea de armonizar en su totalidad la materia. La Directiva destaca la importancia de fijar, según criterios comunes, las condiciones materiales de ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Pero, reconociendo las diferencias en las legislaciones internas de los Estados miembros, la armonización habrá de realizarse en etapas. El método de armonización “por etapas” es precisamente lo novedoso de esta Directiva.

Si bien la Exposición de Motivos de la Directiva de 2003 no explica el método, señala claramente la finalidad de instaurar “progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia” contemplado en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Considerando 1 en relación con el art. 61 TCE). Consecuentemente, resulta necesario acudir a los trabajos preparatorios de la Propuesta modificada de 2002 para comprender la lógica de funcionamiento de esta armonización en etapas. Ante todo, como su nombre indica, se trata de acercar paso a paso las legislaciones y las prácticas nacionales manteniendo en esta progresión, y como idea dominante, la *flexibilidad*.

Este término, más bien su intención, fue el resultado de los acuerdos logrados en la sesión nº 2489 del Consejo - Justicia y Asuntos de Interior - Bruselas, 27 y 28 de febrero de 2003²⁵, y se aprehende mejor si conocemos la lógica a que responden las cláusulas autorizadas: de un lado, la cláusula de *excepción* (flexibilidad en sentido amplio); y, de otro lado, las cláusulas de mantenimiento del *statu quo*²⁶ y de *emplazamiento*²⁷, respectivamente (flexibilidad con una finalidad material).

²⁴ Vid., A. ALBIÑANA FERRIS, “Migraciones y fronteras en la era de la globalización”, en *Inmigración y Derecho*, *op. cit.*, pp. 15-34, esp. pp. 22-27.

²⁵ Doc. 5890/03. Boletín UE 1/2-2003.

²⁶ *Stand still clause* (idéntica expresión en alemán, francés, inglés e italiano).

²⁷ *Dead line clause* (en), *Clause de rendez-vous* (fr), *Fristenklausel* (de).

(a) La flexibilidad en sentido amplio, tal como la concibe la Directiva, permite establecer cláusulas de excepción que autorizan a los Estados miembros a “escapar” de aquellas disposiciones a las que no pueden consentir, fundamentalmente por impedirlo sus leyes nacionales. Es el caso, por ejemplo, del artículo 4 párrafo 3 referente a la reagrupación de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada.

(b) La flexibilidad en sentido particular se logra mediante cláusulas de mantenimiento del *statu quo* y de *emplazamiento*, como acabamos de apuntar:

(1) *Cláusula de mantenimiento del statu quo*. El objetivo de esta cláusula es evitar que los Estados miembros utilicen las excepciones introducidas en la Directiva “si no estuvieran previstas por la legislación interna antes de la fecha de aplicación de la misma”. Dicho en otros términos, la cláusula pone un límite al uso de la Directiva para revisar en sentido restrictivo las legislaciones nacionales, pero no impide a los Estados miembros modificar anticipadamente sus normas internas aun cuando éstas hubieren alcanzado un mayor nivel de protección.

Un ejemplo de este *método* lo vemos reflejado en la disposición relativa a la **edad** de los menores “reagrupables” (art. 4.1 último párrafo). La Directiva señala que deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados (penúltimo párrafo del inciso 1 del artículo 4). Pero, *como excepción*, cuando el hijo menor tenga más de 12 años y llegue de forma independiente, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia, podrá verificar si cumple un *criterio de integración* “previsto por su legislación existente en la fecha de aplicación de la presente Directiva”. Esta excepción va a permitir a los Estados rebajar el nivel de protección introduciendo en sus legislaciones “criterios de integración” para el acceso al territorio de los hijos mayores de 12 años. La única salvedad a esta excepción es la referida a la edad de los hijos de refugiados reconocidos como tales por los Estados miembros (art. 10.1).

(2) *Cláusula de emplazamiento*. Mediante esta cláusula se postergan las negociaciones “difíciles” durante cinco años. Transcurrido este periodo se volverán a examinar las legislaciones nacionales en materia de admisión a efectos de reagrupación familiar. La propuesta de Directiva de 2002 calificaba el resultado de esta cláusula como el comienzo de una segunda etapa. La Directiva aprobada –pese a no mencionar la finalidad– recoge la misma idea al decir que: “periódicamente, y por primera vez a más tardar el 3 de octubre de 2007, la Comisión informará al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva y propondrá, en su caso, las modificaciones necesarias”. Es decir, se trata de un cita a dos años de la puesta en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva (a más tardar el 3 de octubre de 2005, *ex. art.* 20) para revisar el conjunto de disposiciones que constituyeron el “núcleo duro” de las negociaciones “con el fin de *intentar progresar* en el proceso de armonización”.

Y es que, como por imperativo del último párrafo del artículo 19, las propuestas de modificación se referirán prioritariamente al *núcleo duro* de la reagrupación familiar, en concreto a los artículos 3 (ámbito de aplicación), 4 (miembros de la familia), 7 (condiciones exigibles al reagrupante), 8 (tiempo mínimo de residencia para solicitar la reagrupación) y 13 (visado de entrada y permiso de residencia del miembro o miembros de la familia). Merced a esta cláusula los Estados miembros han hecho uso de la

salvedad contenida en el penúltimo párrafo del artículo 63 TCE que les permite (“las medidas adoptadas por el Consejo no impedirán...”) mantener (...) disposiciones nacionales “que sean compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales”.

Dato indicativo de que el método de armonización por etapas, resultado de la renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria, lejos de lograr una legislación comunitaria que aproxime el tratamiento jurídico de los ciudadanos comunitarios y de los residentes legales en el espacio europeo, ahondará la brecha de las dos esferas comunitarias de la libre circulación de personas.

III. Contradicciones en el tratamiento de la reagrupación familiar .

3.1. Primera contradicción: ampliación del ámbito de aplicación personal de la libre circulación de personas, a pesar de la renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía en materia migratoria.

A pesar de la tradicional defensa de exclusividad en materia migratoria, los Estados miembros han debido hacer concesiones motivadas tanto por la evolución del derecho primario y derivado²⁸, en especial desde que la titularidad de la libre circulación y residencia se ancla en el estatuto de la ciudadanía de la Unión²⁹, como por la interpretación progresista e integradora llevada a cabo por el Tribunal de Justicia.

Ese largo *forcejeo* puede constatarse, por un lado, en las reservas contenidas en Declaraciones y Anejos a los Tratados constitutivos y, por otro lado, en la progresiva extensión del ámbito de aplicación personal del Derecho comunitario de la libre circulación de personas y su ejercicio presidido -como es sabido- por el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

La aplicación práctica de esta prohibición (prevista en el art. 12 TCE) impedirá por definición que a los ciudadanos comunitarios se les apliquen los controles de las leyes de extranjería nacionales para la entrada y la residencia en el territorio del Estado miembro. En este sentido, parece clara la interrelación entre el citado precepto y las disposiciones de los artículos 39, 43 y 49 TCE, pues es evidente que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad está vinculada al ejercicio de las libertades económicas en situaciones reguladas por el Derecho comunitario³⁰.

El primer hito relevante, lo hallamos en el *Acta Única Europea* (1986³¹) que crea el mercado interior y establece la cooperación de los Estados miembros en el ámbito de la política de inmigración sólo si consideraciones puramente económicas así lo

²⁸ Se trata de la evolución de las libertades económicas que exigían los artículos 39 TCE (libre circulación de trabajadores), 43 TCE (libertad de establecimiento) y 49 TCE (libre prestación de servicios).

²⁹ Aunque, como afirma P. JUÁREZ, es su dependencia de la nacionalidad estatal la que se revela en el ámbito comunitario como la fuente de mayores conflictos y tensiones. *Cfr.* P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, 1998, p. 254. Una visión crítica que excluye la consideración de la ciudadanía como estado civil -pese a no negar su carácter de noción jurídica- es sostenida por P.-P. MIRALLES SANGRO, en “La ciudadanía de la Unión Europea”, en E. LINDE PANIAGUA (Coord.), *Políticas comunitarias*, Madrid, 2002, pp. 72-73.

³⁰ *Vid.*, STJCE de 3 de octubre de 2000, en el Asunto C-411/98 (*Ferlini*, parágrafo 50).

³¹ Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero y en La Haya el 28 de febrero de 1986, en vigor desde el 1 de enero de 1987.

justificaran. Consecuentemente, la competencia exclusiva era mantenida por los Estados a tenor de la Declaración General sobre los artículos 13 a 19 del Acta (Acta Final³²).

“Ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y de antigüedades”.

En contraste y al mismo tiempo, la búsqueda de la efectiva libertad de circulación en el interior de la Comunidad llevó a un grupo de Estados miembros a firmar el Acuerdo de Schengen (1985³³) y su Convenio de Aplicación (1990³⁴), que si bien nació al margen de los mecanismos del derecho comunitario, su impulso fue debido a que un grupo de Estados (originalmente Francia y Alemania) pretendían avanzar a ritmo más rápido en la supresión de controles en las fronteras interiores, ello sin perjuicio de las medidas que se adoptasen en aplicación del Tratado.

La vinculación de otros Estados miembros al Acuerdo de Schengen, con la notable exclusión del Reino Unido e Irlanda, generó una situación altamente insatisfactoria que sólo parcialmente palió el Tratado de Maastricht, aunque permitió, como ha puesto de relieve E. PÉREZ VERA, la evolución a la situación actual que es la que resulta del Tratado de Amsterdam³⁵.

El segundo hito se alcanza en el *Tratado de Maastricht* (1992³⁶) que otorgó carácter formal al método de cooperación intergubernamental en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (Título VI - *tercer pilar*-). En Maastricht los Estados miembros declararon de *interés común* para la realización de los fines de la Comunidad, en particular la libre circulación de personas, el ámbito de la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de: (a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados; (b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar; y (c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros (art. K.1.3).

³² Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, convocada en Luxemburgo el 9 de septiembre de 1985.

³³ Acuerdo de 14 de junio de 1985. Hay que tener en cuenta que si bien el espacio Schengen incluye a trece Estados miembros, Irlanda y el Reino Unido tienen la posibilidad de asociarse más tarde. Además, aunque ya signatario del Convenio de Schengen, Dinamarca podrá elegir en el marco de la UE aplicar o no toda nueva Decisión tomada sobre la base del acervo de Schengen.

³⁴ Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990. [Diario Oficial L 176 de 10.07.199, rectificación: Diario Oficial L 9 de 13.01.2000].

³⁵ Un protocolo agregado al Tratado de Amsterdam permitió la integración de las innovaciones aportadas por Schengen a la Unión Europea. Primer ejemplo concreto de cooperación reforzada entre trece Estados miembros, el espacio Schengen se incorpora al marco jurídico e institucional de la UE y se beneficia de un control parlamentario y jurisdiccional. Sobre este punto, véase E. PÉREZ VERA, “Derecho de Extranjería”, en *Derecho internacional privado* (P. ABARCA JUNCO, Dir), *op. cit.*, pp. 297-347, esp. pp. 302-303.

³⁶ Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 11 de diciembre de 1991, firmado el 7 de febrero de 1992 en la misma ciudad; entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993.

En contraste, en el período de los años noventa tres Directivas sobre el derecho a la residencia³⁷ ampliaron el ámbito de aplicación personal del derecho comunitario de la libre circulación a ciudadanos comunitarios al margen del desarrollo de actividades económicas. Esta evolución normativa tuvo en la práctica un doble efecto. De una parte, como señalara la profesora E. PÉREZ VERA, el ejercicio de la libre circulación de personas se alejó de modo definitivo de toda consideración económica³⁸. De otra parte, según G. BARRET³⁹, la regulación del “mercado legal de ciudadanos” (*market citizens*) adquirió una enorme complejidad al quedar su acervo excesivamente *compartimentalizado*⁴⁰, situación en absoluto deseable desde la perspectiva de la dinámica económica de la integración europea.

En realidad estas Directivas mantuvieron el espíritu del Reglamento 1612/1968 defendiendo la libre circulación como un derecho fundamental⁴¹ con el consiguiente derecho subjetivo de los ciudadanos comunitarios de llevar al nuevo Estado a los miembros de su familia y/o de regresar posteriormente al país de origen también con ellos⁴².

Sobre este punto, y en relación con el Reglamento 1612/68, el TJCE, en Sentencia de 23 de septiembre de 2003⁴³, ha interpretado que para poder disfrutar “(...) de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento (CEE) n. 1612/68 (...) el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión. Pero, si, en el momento en que un nacional de un primer Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con el que convive en un segundo Estado miembro, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, su cónyuge no disfruta de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento n. 1612/68 por no haber residido legalmente en el territorio de un Estado miembro, las autoridades competentes del primer Estado

³⁷ *Directiva 90/364/CEE* del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, 13.07.1990); la *Directiva 90/365/CEE* del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DO L 180, 13.07.1990); y la *Directiva 93/96/CEE* del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DO L 317 18.12.1993).

³⁸ “*L’inclusion de cette institution dans un texte qui modifie les traités originaires résout tous les problèmes qui se sont posés pour l’extension des droits de circulation et de séjour pour des agents non économiques*, en E. PEREZ VERA, *Citoyenneté de l’Union européenne, nationalité et condition des étrangers*, R. des C., 1996, pp. 245-425, esp. p. 350.

³⁹ G. BARRET, “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, en *CML Rev.*, 2003, pp. 369-421.

⁴⁰ Esta es la necesidad que justifica la unificación de la dispersa reglamentación a que se aboca la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, de 29 de junio de 2001 (DO C 270 E/150, de 25.9.2001).

⁴¹ [...] “considerando que, **la libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia;**” y, [...] “considerando que, para poder ejercitarlo en condiciones objetivas de libertad y dignidad, el derecho de libre circulación exige que la igualdad de trato (...) quede garantizada de hecho y de derecho, y asimismo que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, **sobre todo en lo referente al derecho del trabajador a hacer venir a su familia, y a las condiciones de integración de dicha familia en el país de acogida**”. (La negrita es nuestra).

⁴² La reagrupación familiar es objeto de regulación en el artículo 10 del *Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad*. DO L 257 19.10.1968, pp. 2-12.

⁴³ Sentencia del TJCE en el Asunto C-109/01 (*Secretary of State for the Home Department y H. Akrich*), de 23 de septiembre de 2003.

miembro, al apreciar la solicitud del cónyuge de entrar y residir en su territorio, deben tener en cuenta, no obstante, el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, toda vez que el matrimonio es auténtico.”

Mención aparte merecen los *Acuerdos de Asociación* con determinados países⁴⁴. El objetivo principal de los Acuerdos consiste en estabilizar y garantizar el estatuto de trabajador de los nacionales de los países concernidos con residencia legal en un Estado miembro. Tal propósito, empero, no puede ser entendido como una extensión de la competencia de la Comunidad en materia migratoria puesto que en ningún caso han eliminado las condiciones o requisitos que fijan las legislaciones nacionales para la entrada en el territorio y posterior residencia de las personas incluidas en el ámbito de aplicación material de los Acuerdos⁴⁵. A pesar de esta reserva, los Acuerdos de Asociación otorgaban (y otorgan) competencia al Tribunal de Justicia para su interpretación, característica ésta que dio lugar a una amplia discusión doctrinal sobre la naturaleza de los mismos⁴⁶.

Este control jurisdiccional ha permitido al Tribunal pronunciarse sobre los límites que los Acuerdos de Asociación imponen a los Estados parte en materia migratoria. Por lo que hace a nuestro interés de estudio, el Tribunal ha establecido como principio que “al favorecer la reagrupación familiar en el Estado de acogida se facilita el empleo y la permanencia del trabajador que forme parte del mercado legal de trabajo de dicho Estado”⁴⁷. En concreto, al interpretar el alcance del artículo 7 de la Decisión 1/80⁴⁸, el TJCE entiende que dicho precepto no menoscaba la competencia del correspondiente Estado miembro para autorizar a los miembros de la familia a reunirse con el trabajador que trabaja legalmente en ese Estado, así como para regular su estancia “hasta el momento que tengan el derecho a responder a cualquier forma de empleo”. Lo que no empece, según el Tribunal, que la *ratio legis* del mencionado precepto sea “hacer efectiva la reagrupación familiar en el Estado miembro de acogida”.

⁴⁴ Básicamente, el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el Acuerdo de Ankara, los Acuerdos con los países del Centro y del Este de Europa y los Acuerdos con países del Maghreb, tienen como finalidad, en términos generales, la realización de la libre circulación de los trabajadores entre los Estados miembros y los nacionales de los respectivos países. La bibliografía en la materia es abundante. Véanse con carácter amplio los objetivos y principios de estos acuerdos en, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea* (tesis), Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, pp. 141-151; y, especializadas referencias a los derechos de los nacionales de estos países en, A. FERRER I GÓMEZ, *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea* (tesis), Universidad Autónoma de Barcelona / Instituto Universitario de Estudios Europeos, Barcelona, 2001, *passim*.

⁴⁵ Ante la próxima ampliación de la Unión Europea a los países “PECO” se plantean dilemas sobre la libre circulación de los residentes PECO antes y después de la adhesión. Su análisis puede verse en, L. BORISSOVA, “La libre circulation des personnes et la politique européenne d’immigration: deux enjeux cruciaux pour un élargissement réussi”, *Revue d’études comparatives Est-Ouest*, vol. 33., núm. 3, 2002, pp. 169-195, esp. p. 186 y ss.

⁴⁶ Definitivamente zanjada en la STJCE de 30 de septiembre de 1987, Asunto C-12/1986 (*Meryem Demirel*) Rec. 1987, p. 3719.

⁴⁷ Asunto *Demirel*, *cit.* apartados 22 y 28.

⁴⁸ Acuerdo de Asociación CEE-Turquía concluido en Ankara el 12 de septiembre de 1963 (Decisión 64/732/CEE del Consejo de 23 de diciembre de 1963, JOCE L 217, de 29 de diciembre de 1964) y Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación. *Vid.*, con carácter general, E. GUILD, “Interpretation of the Turkey Agreement: National Discretion and Community Law Coherence” (Chapter 5), en *Immigration Law in the European Community*, Kluwer, 2001, pp.122-171, esp. pp. 140-144 (*family members*).

Ahora bien, no todos los Acuerdos de Asociación contienen disposiciones reconociendo derechos subjetivos a los residentes legales de los Estados afectados, siendo el régimen jurídico del Acuerdo de Ankara el más desarrollado en la materia. No obstante, conviene recordar que el TJCE, en los asuntos *Gloszczuk, Barkoci e Ivanova*, de 27 de septiembre de 2001 (C-63/99, C-257/99 y C-235/99) afirmó la facultad de los Estados miembros de someter el derecho de entrada y residencia de estos ciudadanos a su propia normativa de extranjería recordando que estos derechos no constituyen prerrogativas absolutas para los beneficiarios; aunque, en el asunto *Malgorzata Jany* (C-269/99), admitió que bajo ciertas condiciones el derecho de establecimiento es un derecho subjetivo (prerrogativa) de la esfera jurídica de sus beneficiarios. Algún autor⁴⁹, ha entendido que es posible hablar de una “nueva categoría” de extranjeros privilegiados en la UE distinta de aquellos a quienes les es de aplicación el régimen general⁵⁰.

El *Tratado de Amsterdam* (1997⁵¹), como tercer hito de este proceso, *comunitariza* las medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla, relativas a los controles en fronteras exteriores, asilo e inmigración, incluida la reagrupación familiar (Título IV). Pese a esta ampliación de competencias a favor de la Comunidad conviene advertir dos extremos que confirman la renuencia de los Estados miembros a la cesión de soberanía en política de inmigración.

En primer término, los Estados pueden mantener o introducir disposiciones nacionales en esas mismas materias siempre que éstas sean compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales, según se desprende de las declaraciones al artículo 63 TCE adoptadas en la Conferencia Intergubernamental de 1996⁵². En segundo término, el ámbito de aplicación material de las medidas de acompañamiento no es completo ya que las que la Comunidad puede adoptar (*ex. arts. 63. 3 y 4*) respecto de los nacionales de terceros países son aquellas que tienen como finalidad común “la estabilización de la residencia legal en el territorio comunitario”, con la peculiar posición que el artículo 69 TCE mantiene para el Reino Unido e Irlanda, de una parte, y para Dinamarca, de otra, según se desprende de los Protocolos 4 y 5 a los que remite el citado precepto⁵³. Todo ello 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”, aunque en situaciones de emergencia, caracterizadas por la repentina llegada de nacionales de terceros países, el Consejo

⁴⁹ Vid., I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿Nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de las STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Jany e.a.*)”, *RDC eur.*, núm. 13, año 6, septiembre-diciembre 2002, pp. 943-960; esp. pp. 948 y ss.

⁵⁰ Vid., Sentencia de 17 de abril de 1997, Asunto C-351/95, *Selma Kadiman c. Freistaat Bayern* (Rec. 1997, p. I-2133, apartados 32 y 51); Sentencia de 16 de marzo de 2000, Asunto C- 329/97, *Sezgin Ergat c. Stadt Ulm* (Rec. 2000, p. I-1487, apartados 34 y 35); y Sentencia de 22 de junio de 2000, Asunto C-65/98, *Safet Eyüp c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Voralberg* (apartado 27).

⁵¹ Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997 en Amsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1999.

⁵² Declaración nº. 18. [...] La Conferencia conviene en que los Estados podrán negociar y celebrar acuerdos con terceros países en los ámbitos previstos en la letra (a) del punto 3 del artículo 63 TCE, siempre que tales acuerdos respeten el Derecho comunitario.

⁵³ Que excluyen en principio la participación de estos Estados en las medidas previstas en el Título IV, así como su aplicación por los mismos de las resoluciones del Tribunal de Justicia interpretativas de cualquiera de dichas disposiciones o medidas.

pueda adoptar, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados (art. 64).

En realidad, al incluir parcialmente la materia migratoria en el Título IV del TCE los Estados miembros estaban de acuerdo en que el control de los flujos migratorios se alcanzaría más eficazmente en el nivel comunitario, pero sin estar dispuestos a ceder todas sus competencias en la gestión de la integración de los nacionales de terceros países y sus familias no incluidos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario de la libre circulación⁵⁴. En consecuencia, en la esfera del derecho comunitario *de la inmigración* no se asegura a los residentes no comunitarios ni a los miembros de su familia un trato equiparable al dispensado -en la esfera del derecho comunitario de la libre circulación de personas- a los ciudadanos comunitarios y a sus familiares (no importa cuál sea la nacionalidad de éstos).

La anterior afirmación merece una matización y es aquella que vincula las libertades comunitarias y los principios que las enmarcan con los derechos fundamentales que, como es sabido, a pesar de estar reconocidos por los ordenamientos jurídicos internos, no aparecían reflejados en el Derecho comunitario escrito. En efecto, la incidencia (en este tema) del Tratado de la Unión -primero, en su redacción hecha en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y sucesivamente modificado en *Amsterdam* y *Niza*, Tratados de 2 de octubre de 1997 y de 12 de diciembre de 2000, respectivamente- es decisiva no sólo porque se instituye la ciudadanía de la Unión, como condición agregada a la de nacional de un Estado miembro a la que se le atribuyen derechos específicos (como la libre circulación y residencia), sino también porque se consagra en el nivel institucional el compromiso de la Unión Europea con los derechos humanos (*ex. art. 6 TUE*) y se extiende sobre el mencionado precepto la acción del Tribunal de Justicia “con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas y al presente Tratado”.

Cabe recordar que la fundamentación normativa del compromiso de la Unión con los derechos humanos deriva del hecho de que ésta se basa en los principios de libertad y democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios éstos que son comunes a los Estados miembros (art. 6.1 TUE). Para su identificación el propio Tratado alude a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio de Roma de 1950 (CEDH) y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por último, su fuente formal de incorporación al derecho comunitario lo es “como principios generales del Derecho comunitario” (*ex. art. 6.2. TUE*).

A este dato ha de sumarse la decisión tomada en el Consejo Europeo celebrado en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999 de elaborar una *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* cuyo texto fue aprobado en Bruselas el 2 de octubre de 2000⁵⁵. En la elaboración del catálogo de derechos de la *Carta* se reflejaron las cautelas de los Estados miembros a asumir compromisos jurídicos que pudieran poner en cuestión su soberanía y libertad de acción en relación con el control del

⁵⁴ En el mismo sentido A. WEBER / A. WALTER, “The Right of Protection of Family for Migrants in Europe: Access and Integration of Family Reunion”, en *Von Hoffmann - Towards a Common European Immigration Policy*, *op. cit.*, pp. 227-239, esp. pp. 238-239.

⁵⁵ DO C 364, de 18 de diciembre de 2000.

mercado de trabajo, por ejemplo, así como de otras que implicaran la asunción de nuevas obligaciones financieras⁵⁶.

A pesar de esta resistencia, el “espíritu comunitario que encarnan la Comisión y el Parlamento frente a la tentación intergubernamental del Consejo” (E. PÉREZ VERA), tiene también su reflejo en la *Carta*⁵⁷. Y es que, si convenimos -con R. ALONSO GARCÍA- que la *Carta* incorpora y hace visibles y claros los derechos fundamentales que vinculan a las instituciones de la Unión⁵⁸, necesariamente va a servir de guía a la Comisión tanto para la interpretación de las disposiciones sobre libre circulación de las personas actualmente en vigor como para las iniciativas actuales y futuras”.

Este sentido es el recogido en el “Segundo informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96”, en que toma en cuenta los artículos 33 (protección de la vida familiar), 7 (respeto a la vida privada y familiar), 9 (derecho a casarse y a fundar una familia) y 14 (derecho a la educación) de la *Carta* para interpretar las disposiciones comunitarias relativas al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de la familia a circular libremente y residir en el territorio de los Estados miembros⁵⁹.

3.2. Segunda contradicción: progresos políticos en los Consejos Europeos y fracaso de los Estados miembros en la armonización de las medidas sobre la reagrupación familiar.

Por lo que se refiere a nuestro tema de estudio, la adopción de medidas en materia de reagrupación familiar ha seguido un *iter* que demuestra la distinta sintonía con que los Consejo Europeos alcanzaron acuerdos relativos a una política migratoria común-comunitaria y los desacuerdos que sobre la misma política desataron los Estados miembros en las posteriores negociaciones.

En efecto, las medidas a las que venimos haciendo referencia fueron impulsadas expresamente en los Acuerdos de Tampere (1999⁶⁰), preparándose en escasos meses por la Comisión la primera propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar⁶¹. Las negociaciones, empero, fueron muy lentas sobre todo tras el fracaso de la primera

⁵⁶ Vid., E. PÉREZ VERA, “A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios Pérez Voituriez*, Vol I, Universidad de la Laguna, 2001, pp. 291-307, esp. pp. 301-305.

⁵⁷ No es este el lugar para anticipar el futuro de la Carta ni la cuestión de sus efectos jurídicos en el Tratado por el que se instituya una *Constitución para Europa*. El “Grupo Carta” contemplaba varias vías de incorporación, bien por referencia en el artículo 6 del TUE, bien integrando su articulado en otra parte del Tratado o bien mediante un Protocolo Anejo a la Constitución. El Proyecto de Tratado por el que se constituye una Constitución para Europa, sigue la segunda vía. El texto íntegro se remitió a la Presidencia italiana del Consejo de la Unión Europea de 18 de julio de 2003.

⁵⁸ Vid., R. ALONSO GARCÍA, “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público* (13), mayo-agosto 2001, pp. 11-44.

⁵⁹ COM/2003/101 FINAL de 5 de marzo de 2003, p. 5.

⁶⁰ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere (15 / 16 de octubre de 1999). En especial el párrafo § 2 establecía como líneas de actuación: (a) un tratamiento separado de las políticas de asilo e inmigración en el seno de la UE, aun cuando compartan principios comunes; (b) la vinculación de las políticas de inmigración en la UE con el control de los flujos migratorios en la frontera exterior y, por ende, con el establecimiento de visados de entrada; y (c) la pertenencia de la reagrupación familiar al sector de las medidas del control migratorio en el sentido del artículo 63.3 a) TCE.

⁶¹ DO C, de 26.04.2000.

propuesta modificada⁶². Así las cosas, el Consejo de Laeken (2001⁶³) recordó a la Comisión la necesidad de presentar a más tardar a finales de abril de 2002 una segunda propuesta modificada. Cumplido el mandato, y presentada esta propuesta en fecha, el Consejo de Sevilla (2002⁶⁴) instó al Consejo de Ministros la aprobación -antes de junio de 2003- de normas comunes sobre reagrupación familiar así como sobre el estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración. Sólo un acuerdo político en febrero de 2003 permitió desbloquear las negociaciones en materia de reagrupación familiar, aunque sigue pendiente (a la fecha de estas líneas) la Directiva sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁶⁵.

El Consejo de Tampere había reiterado la importancia del desarrollo de la política común europea de inmigración desde la exigencia de un trato justo de los nacionales de terceros países y la necesidad de armonización total en todos los campos en que la libre circulación de personas estuviera involucrada. Y en las Conclusiones número 18 y 21 queda puesta de relieve, además del acuerdo político, la voluntad de “realizar” el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia “acortando las diferencias entre ciudadanos comunitarios y residentes legales y posibilitando la ampliación del beneficio de la libre circulación a estos últimos”. Lamentablemente, ni el acuerdo político ni la voluntad integradora se reflejan en el primer instrumento normativo de desarrollo de la libre circulación de personas en el derecho comunitario *de la inmigración*.

En efecto, siguiendo la perspectiva de Tampere, la Comisión elaboró una primera propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar que presentó en el mes de diciembre del mismo año⁶⁶. No se puede negar que esta primera propuesta era muy ambiciosa tanto en el esfuerzo por incluir el mayor número de supuestos posibles (ciudadanos comunitarios que no se beneficiaban de la libre circulación, ciudadanos de terceros países con estatuto privilegiado merced a los Acuerdos de Cooperación, refugiados y nacionales de terceros países que inmigraban por razones económicas) como en el ámbito de su aplicación personal (miembros de la familia) y material (condiciones materiales armonizables).

En realidad la Comisión había recurrido al acervo adquirido desde la Resolución del Consejo de 1993⁶⁷ hasta la Propuesta de Convenio sobre normas de admisión de

⁶² DO C, de 27.02.2001.

⁶³ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken (14 / 15 de diciembre de 2001). En especial Conclusión 41 por la que se invita a la Comisión a que presente, a más tardar el 30 de abril de 2002, propuestas modificadas relativas a (...) la reagrupación familiar.

⁶⁴ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Sevilla (21 / 22 de junio de 2002). En especial Conclusión 37 a cuyo tenor: “Paralelamente a la intensificación de la cooperación para luchar contra la inmigración ilegal, es necesario impulsar el estudio de las propuestas en curso. El Consejo Europeo insta al Consejo a que apruebe (...) antes de junio de 2003 (...) las disposiciones sobre reagrupación familiar y el estatuto de los residentes permanentes de larga duración.

⁶⁵ *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*, de 28 de agosto de 2001 (COM (2001) 1217 -C5-0250/2001 -2001/0074 (CNS); DO C 240E, pp. 79 y ss). Mas no parece que la igualdad absoluta de derechos para todos los nacionales de terceros países esté próxima a alcanzarse. Véase a este propósito el *Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo* sobre la mencionada Directiva en el Procedimiento de Consulta, PR/44025, pp. 29-34, esp. p. 33.

⁶⁶ COM 599PC0638.

⁶⁷ De los Ministros Europeos de Trabajo e Inmigración. No publicada en el Diario Oficial. *Vid.*, S. PEERS, R. BARZILAY, K. GROENENDIJK & E. GUILD, *Le statut juridique des personnes admises au regroupement familial: Étude comparative de la législation et de la pratique de certains pays européens*,

nacionales de terceros países en los Estados miembros de la UE⁶⁸. Ambos instrumentos contemplaba normas específicas relativas a la reagrupación familiar sobre las que los Estados miembros parecían coincidir. Pero, ahora que se trataba de la adopción de un instrumento comunitario vinculante que exigía no sólo modificar sustancialmente las legislaciones nacionales de extranjería sino también reorientar las prácticas internas en la integración de las familias inmigrantes, surgieron los desacuerdos entre los Quince.

La imposibilidad de lograr la unanimidad, exigida por el artículo 67 TCE, provocó un estancamiento en las negociaciones prolongado por efecto de los dramáticos atentados del 11-S y el auge de la extrema derecha en los procesos electorales de algunos países de la Unión⁶⁹. La Comisión -obligada por el mandato de Laeken- tuvo entonces que realizar sustanciales concesiones, apartándose básicamente del método de armonización clásico y proponiendo un sistema más abierto (o flexible) característico del método de cooperación intergubernamental. Por esta razón, la Propuesta modificada de 2002 introdujo provisiones normativas tales como las cláusulas de excepción (flexibilidad en sentido amplio), las cláusulas *stand still* (de mantenimiento del *statu quo*) y las cláusulas *dead line* (de emplazamiento) para aspectos concretos más controvertidos⁷⁰.

Baste a los propósitos de este trabajo ilustrar lo anterior con algunos de los resultados⁷¹ que, igualmente, ejemplifican el tratamiento diferenciado de la reagrupación familiar en las dos esferas comunitarias de la libre circulación de personas. En concreto nos vamos a referir a los periodos de espera (A), a la perspectiva fundada de obtener un permiso de residencia permanente (B), a la calificación de la familia (C) y a la edad tanto de los cónyuges como de los menores (D).

A. En primer término, los *periodos de espera previos a la solicitud*. Cierto es que la legislación y la práctica de los Estados miembros reconocen bien el derecho a la reagrupación familiar, bien la posibilidad discrecional de conceder la reagrupación familiar según la categoría y el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países en cuestión. Únicamente un Estado miembro (Austria) somete las solicitudes de entrada a una política de cuotas. No obstante, el ejercicio de este derecho se sujeta a condiciones legalmente previstas, como el respeto del orden público y la seguridad pública, una vivienda adecuada y recursos suficientes o, incluso, la fijación de un plazo de espera. Sobre estos aspectos, la legislación y la práctica de los Estados miembros varían considerablemente⁷².

op. cit. pp. 23-24. También, P. BOELES, "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?", en *European Journal of Migration and Law*, 2001 (3), pp. 61-71, esp. p. 61.

⁶⁸ *Vid.*, *Boletín UE* 7/8-1997. COM (97) 387, de 30 de julio de 1997 (artículos 24 a 31).

⁶⁹ Recuérdense los espectaculares resultados de Jean-Marie Le Pen en la primera vuelta de las presidenciales francesas o el asesinato del populista Pym Fortuyn que hizo crecer electoralmente su candidatura en la tolerante Holanda. *Vid.*, "La extrema derecha en Europa: del prenazismo a la actualidad", en *Temas Claves de Historia*, Barcelona, 2002.

⁷⁰ *Vid.*, A. WEBER / A. WALTER, "The Right of Protection of Family for Migrants in Europe: Access and Integration of Family Reunion", en *Von Hoffmann - Towards a Common European Immigration Policy*, *loc. cit.*

⁷¹ *Vid.*, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)", en *Web del Aula de Extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, <<http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm>>.

⁷² Algunos Estados miembros imponen un plazo de espera al nacional de un tercer país recientemente admitido. La duración de este período varía según los países, oscilando entre 1 año en Francia y España, 3

Pues bien, la propuesta de Directiva de 1999 autorizaba a los Estados miembros a fijar un plazo de espera “para garantizar la estabilidad de residencia del reagrupante”. Dicho plazo, sin embargo, no podía ser superior a un año “para no vaciar de contenido este derecho” (*sic*). De lo anterior se deduce, en palabras de la propia Comisión, que “en cualquier hipótesis, el reagrupante tiene el derecho a que su familia se reúna con él, como máximo, un año después de su entrada en el Estado miembro” (art. 10), medida que no podría aplicarse ni a los refugiados ni a las personas beneficiarias de una protección subsidiaria “ya que conviene reservarles unas condiciones más favorables que las aplicables a las restantes categorías de nacionales de terceros países” (art. 10. 2).

En la Propuesta modificada de 2000 se mantuvo el periodo de un año, sin embargo las personas beneficiarias de una protección subsidiaria fueron excluidas del ámbito de aplicación de la exención (*rectius*, del trato más favorable). En tanto que en la Propuesta modificada de 2002, el artículo 8.1 elevó el periodo de espera a un tiempo “que no podrá superar los dos años” introduciéndose como excepción (art. 8.2) la ampliación a tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia, excepción que sólo podrá establecerse “cuando el Estado miembro a la fecha de adopción de la Directiva tenga en cuenta su capacidad de recepción” (ejemplo de cláusula de mantenimiento del “*statu quo*”), principio que, sin variación, ha sido el adoptado en la Directiva de 2003.

B. Un segundo aspecto, cuyo origen se encuentra en la Propuesta modificada de 2002, es la exigencia en el reagrupante de tener una *perspectiva fundada de obtener un permiso de residencia permanente* (art. 3). No basta, pues, con cumplir las condiciones materiales para la reagrupación; para la Directiva “tener una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia duradera” tiene como finalidad impedir el ejercicio del derecho a reagrupar a aquellos extranjeros cuya residencia sea temporal sin posibilidad de renovación. En concreto, esta exclusión se refiere, según la Exposición de Motivos de la Propuesta modificada, a las personas *au pair* y a los estudiantes becarios.

C. En tercer lugar, *la calificación de la familia*. Desde el comienzo de las negociaciones la Comisión, siguiendo la misma orientación que el Reglamento 1612/68, había señalado que los miembros de la familia eran el cónyuge, los descendientes y los ascendientes (sin mayor precisión) y dejaba a los Estados miembros en libertad de decidir sobre la admisión o no por este cauce de otros miembros del grupo familiar. Pues bien, en la propuesta modificada de 2002 se da un giro al precepto, mantenido en el texto de 2003 (art. 4), para incluir algunas “modificaciones transversales” al considerar la Comisión que, a la vista de la diversidad de las legislaciones nacionales, “no parece posible en esta fase extender la obligación de autorizar la entrada y la residencia a nadie más que el cónyuge y los hijos menores” (el subrayado es nuestro).

años en Dinamarca y 5 años en Grecia. Los otros Estados miembros no imponen formalmente ningún plazo de espera, pero los plazos previos a la reunificación familiar pueden, no obstante, ser largos debido a la duración del examen de la solicitud de reagrupación familiar. En Austria, a consecuencia del régimen de cuotas, estos plazos pueden alcanzar varios años (punto 4.5 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva de 1999).

A la luz de las nuevas previsiones, el ámbito de aplicación personal de los miembros de la familia “beneficiarios” de la reagrupación queda reducido al estricto núcleo familiar (padres e hijos) no siendo obligatorio para los Estados miembros autorizar la entrada y la residencia por reagrupación a los ascendientes (en línea recta y en primer grado) ni a los hijos mayores solteros.

Ahora bien, en el caso de que el Estado extienda por vía legislativa o reglamentaria el ámbito de aplicación personal, la Directiva establece, respecto de los padres del reagrupante o de su cónyuge, la exigencia de dependencia económica al tiempo que “que carezcan de apoyo familiar adecuado en el país de origen”; y, en cuanto a los hijos mayores solteros, los Estados podrán incluirlos en el ámbito de aplicación personal sólo “cuando no sean capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud” (art. 4.2). Este régimen facultativo también se aplica a los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular haya dado su consentimiento, con especial referencia al caso del matrimonio poligámico, supuesto éste en que no se prohíbe a los Estados miembros que limiten la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante (art. 4.4 segundo párrafo).

Centrándonos únicamente en la calificación del cónyuge repárese que en un principio la propuesta de Directiva (1999) colocaba en el mismo nivel y con los mismos derechos que el cónyuge a la pareja de hecho, aunque fuera del mismo sexo, si las legislaciones de Estado miembro en cuestión así lo autorizaban y con la limitación de su aplicación en aquellos Estados miembros cuyo sistema jurídico asimilara la situación de las parejas de hecho a la de las casadas, disposición que en sí misma era bastante flexible pues no entrañaba ninguna armonización de las normas nacionales relativas al reconocimiento de las parejas de hecho y sí permitía aplicar el principio de igualdad de trato. Con el fin de evitar posibles abusos, la pareja de hecho debía estar vinculada por una relación duradera, lo que podía demostrarse mediante la prueba de la cohabitación o testimonios fidedignos.

La Directiva aprobada en 2003 establece un régimen distinto respecto de los compañeros no casados. Ante todo es un régimen facultativo cuya positivación previa se exige por la Directiva al fijar la obligación de figurar en un texto legislativo o reglamentario interno. Además, desaparece toda referencia a las parejas del mismo sexo que mantengan una relación estable y duradera. La Directiva opta por una calificación autónoma de la “pareja no casada” que define no por la distinción de sexo sino sobre la base de su estatuto registral, separándolas, al efecto, en dos categorías: de un lado, el **conviviente**, que es aquel nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada; y, de otro lado, la **pareja inscrita**, que es el nacional de un tercer país para quien tal requisito no se exige precisamente debido a la existencia de un registro de la pareja. Para esta última categoría, la Directiva permite que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato (con los cónyuges) respecto de la reagrupación familiar.

Ahora bien, el hecho de que un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de alguna de estas personas, tal autorización se entenderá “sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en los casos cubiertos (...) no concedan a dichas personas la consideración de miembros de la familia por lo que respecta al derecho a residir en otro Estado miembro, con arreglo a la legislación comunitaria pertinente” (Considerando 10 de la Directiva de 2003).

En la práctica esta previsión supondrá mantener las diferencias en las legislaciones nacionales con el riesgo de que el residente que quiera o tenga que trasladarse a otro Estado miembro por razones de empleo, por ejemplo, no pueda ser acompañado de su familia. Situación doblemente injusta si tenemos en cuenta: (1) que los miembros de la familia no acceden automáticamente a un permiso de residencia autónomo o independiente del del reagrupante (ex. art. 13.3); (2) que los Estados pueden decidir de conformidad con su Derecho nacional las condiciones que los miembros de la familia deban cumplir para poder ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia y fijar un plazo de espera que en ningún podrá superar los doce meses (ex. art. 14.2); y (3) que los Estados pueden limitar en todo caso el acceso a un actividad por cuenta ajena o por cuenta propia de los ascendientes por línea directa y en primer grado y de los hijos mayores solteros (ex. art. 14.3).

D. Por lo que hace a la edad de los miembros de la familia cuya reagrupación se solicite, la Directiva introduce dos limitaciones. En primer lugar, respecto a la edad de los cónyuges, se permitirá a los Estados miembros imponer al reagrupante y a su cónyuge una edad mínima con el fin de luchar contra la práctica de los matrimonios forzados, al menos cuando se vean afectadas personas menores y facilitar un mayor grado de integración (*sic*). Así, los Estados podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante (art. 4.5).

En segundo lugar, respecto de la edad de los hijos menores la Directiva consagra dos limitaciones. La primera, referida a los menores que lleguen independientemente del resto de la familia y tengan más de doce años (art. 4 último párrafo). En este caso, el Estado miembro podrá “verificar” si dicho niño “cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente a la fecha de aplicación de la presente Directiva” (a más tardar el 3.10. 2005, *ex. art. 20*). La segunda, referida a la edad de los hijos menores a la fecha de la presentación de la solicitud. Si los hijos tienen más de quince años, la Directiva permite a los Estados miembros no admitir a trámite la misma para dicho menor “si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la Directiva” (a más tardar el 3.10.2005, *idem*). Aunque ello no impedirá a los Estados miembros decidir otra modalidad de autorización para estos adolescentes, diferente, ciertamente, a la reagrupación familiar.

Éste es un ejemplo de cláusula de mantenimiento del *statu quo*. Si bien es cierto que la Directiva no afecta a la facultad de los Estados miembros “de adoptar o conservar disposiciones más favorables” (*ex. art. 3.5*) tampoco les prohíbe “ajustar” su legislación interna antes de la fecha de aplicación del instrumento comunitario. Y es que, mantener el *statu quo* no significa otra cosa que permitir a los Estados modificar anticipadamente sus legislaciones nacionales para armonizar (en muchos casos “a la baja”) su derecho interno.

Repárese, por último, que en la Propuesta de 2002 el plazo para la puesta en vigor de las Disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para el cumplimiento de la Directiva vencía el 31 de diciembre de 2003. No se puede dudar que la extensión del plazo hasta el mes de octubre de 2005 mira hacia los diez Estados miembros cuya incorporación a la Unión Europea tendrá lugar antes de dicha fecha; la ausencia de un conjunto más amplio de normas comunes de reagrupación familiar, que también hubieran debido ser asumidas por los nuevos Estados miembros, permite entrever que habrá una diversidad aún mayor de sistemas de reagrupación familiar en el conjunto de

los Estados miembros, sin olvidar que la aplicación de la Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones más favorables de los acuerdos bilaterales y multilaterales entre la Comunidad o la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y terceros países, por otra (según la letra (a) del inciso 4 del artículo 3).

A la vista de estos ejemplos, el resultado no puede ser más desalentador pues se ha privado a los ciudadanos de terceros países, con residencia legal en el territorio de los Estados miembros, de un sistema de normas comunes, coherentes, transparentes y equitativas para la reagrupación de sus familias.

IV. Tercera contradicción: importancia de la referencia a los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y disminución de los estándares de protección de las personas que solicitan la reagrupación familiar.

Cuando se analizan los instrumentos comunitarios que desarrollan la libre circulación de personas en el derecho comunitario (en especial los anteriores al Tratado de Maastricht) y se comparan con los antecedentes de la Directiva sobre reagrupación familiar (y con la propia Directiva aprobada) aparece, en los primeros instrumentos, el factor económico (exigencia de integración del mercado) primando sobre cualquier otra consideración. Por contraposición, la Directiva, desde sus comienzos, toma en cuenta, además de dichos factores, otros elementos como los sociales, culturales o históricos tanto de los países de recepción como de los de origen y declara que las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse respetando y observando los derechos fundamentales consagrados en numerosos instrumentos de Derecho internacional.

En efecto, ya en la primera Propuesta de 1999 se afirmaba que la regulación de la reagrupación familiar “trasciende parcialmente de la legislación nacional y pertenece al marco jurídico internacional” (punto tercero de la Exposición de Motivos). Uno a uno, la Exposición mencionaba los instrumentos internacionales (universales y sectoriales) que, partiendo del reconocimiento del derecho que la familia tiene a la protección y al apoyo de la sociedad y de los Estados⁷³, establecen: (a) medidas para facilitar la reagrupación familiar de los trabajadores migrantes⁷⁴; (b) estipulan los ámbitos en los cuales los miembros de la familia deben beneficiarse en la igualdad de trato con los nacionales⁷⁵; reconocen el principio a la reagrupación familiar de los refugiados⁷⁶; (c)

⁷³ ONU. *Carta de las Naciones Unidas*, de 26 de junio de 1945 y artículos: 16.3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948; 23 y 24 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966; 10 del *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 16 de diciembre de 1966 (ambos en BOE de 30.04.1977).

⁷⁴ OIT. *Convenio número 143. Cit. Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, 1975 (art. 13). España no es Estado parte. Sin embargo, la *Carta Social Europea* (vid. *infra*) contiene el derecho del trabajador migrante y de su familia a la protección social, jurídica y económica por parte del Estado de acogida (arts. 16 a 19), aunque la aplicación de estos derechos se sustente sobre la base de la reciprocidad.

⁷⁵ ONU. En concreto, acceso a la educación, a la formación profesional, a los servicios de salud y sociales y a la vida cultural según la *Convención internacional de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, de 18 de diciembre de 1990. La Convención entró en vigor el 1º de julio de 2003, a raíz de que, el 14 de marzo de 2003, se depositara el vigésimo instrumento de ratificación. Ningún Estado miembro de la UE es Parte del citado Convenio; al 23 de octubre de 2003 la Convención había recibido 23 ratificaciones además de las de los 10 países signatarios. Véase, *Situación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, en Informe del Secretario General A/58/221 de 6 de agosto de 2003.

recuerdan la obligación de los Estados de velar porque el niño no esté separado de sus padres⁷⁷; (d) consagran el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a casarse y fundar una familia⁷⁸; (e) contemplan específicamente la reagrupación familiar de los trabajadores⁷⁹; y, en fin, (f) aseguran su ejercicio efectivo y la protección y la asistencia a sus familias⁸⁰.

En contraste, el Reglamento 1612/68 sólo hacía referencia en sus Considerandos a la celeridad con que se había producido la puesta en práctica de la unión aduanera y que, para garantizar la realización simultánea de los fundamentos esenciales de la Comunidad, era conveniente adoptar disposiciones que permitieran alcanzar los objetivos fijados por los artículos 48 y 49 del Tratado en el ámbito de la libre circulación.

Ahora bien, aquel planteamiento que relacionaba el derecho a la reagrupación familiar con los derechos fundamentales y con el derecho a la integración cede en las propuestas modificadas a favor de una concepción basada, prioritariamente, en situar la reagrupación familiar en el ámbito de las medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con las medidas de acompañamiento relativas a los controles en las fronteras exteriores. Este cambio es perfectamente coherente con la reserva de soberanía que los Estados miembros reclaman tanto en relación con los modelos de integración de los inmigrantes como en las condiciones de entrada de sus familias, según hemos visto anteriormente.

Con todo, a pesar de que los Estados miembros lograron que no se mencionara (en la propuesta modificada de 2000 y en la posterior de 2002) ni la exigencia de la protección de la familia ni se afirmara el objetivo de la integración, “por tratarse de consideraciones que rebasan el objeto de la propuesta” (*sic*), así como que la Comisión rechazara una enmienda del Parlamento relativa a la introducción de una cláusula *stand still*, “por no ser compatible con el objetivo de aproximación de las legislaciones nacionales” (*sic*), el texto aprobado en 2003 declara que las medidas en materia de reagrupación familiar deben tomarse:

(...) “*de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional*”; y asegura que, (...) “*la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*” (Considerando 2).

⁷⁶ ONU. *Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 28 de julio de 1951 (Cap. IV) y Protocolo de 31 de enero de 1967. BOE de 21.10.1978.

⁷⁷ ONU. *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989 (art. 10.1). BOE, de 31 de diciembre de 1990.

⁷⁸ Consejo de Europa. *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950 (art. 8). BOE, de 1 de marzo de 1978. Y *Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas a título de reagrupación familiar*, de 26 de marzo de 2002.

⁷⁹ Consejo de Europa. *Carta Social Europea*, de 18 de octubre de 1961 (art. 19). BOE de 26 de octubre de 1980. Y OIT, *Convenio número 93. Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante*, de 24 de noviembre de 1977 (art. 12). BOE de 16 de junio de 1983.

⁸⁰ *Ibidem*.

Esta referencia a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y a la *Carta*, exigida por la Comisión y el Parlamento Europeo, no es irrelevante. Aparentemente puede resultar contradictorio que la Directiva, por un lado, permita a los Estados miembros introducir en sus legislaciones nacionales cláusulas que endurezcan las condiciones de ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los residentes no comunitarios; y, por otro lado, declare la obligación de proteger a la familia y respetar el derecho a la vida familiar en los términos señalados. Pero, en realidad la paradoja juega en este nivel de otro modo ya que la referencia a los derechos humanos sirve de freno y control de los Estados miembros en los supuestos de violación grave y persistente de los principios contemplados en el artículo 6 apartado 1 del TUE.

En efecto, debemos recordar que ya el *Tratado de Amsterdam* introdujo por vez primera la posibilidad de que un Estado miembro pudiera ser suspendido de determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados en el caso de que el Consejo Europeo constatará la existencia de una violación grave y persistente de los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos (art. 7 TUE) y que el *Tratado de Niza* completó el mecanismo mediante el establecimiento de un procedimiento de “alerta temprana” que permite al Consejo por mayoría cualificada de cuatro quintos de sus miembros y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de aquellos principios y dirigirle recomendaciones adecuadas.

Por otro lado, en el artículo 46 TUE se ha añadido un nuevo apartado que pone bajo control del TJCE las disposiciones exclusivamente procedimentales contenidas en el artículo 7, debiendo pronunciarse el Tribunal, a solicitud del Estado miembro afectado, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la constatación del Consejo prevista en dicho artículo⁸¹. El objetivo del nuevo procedimiento es evitar tener que llegar al mecanismo sancionador acordado en Amsterdam (que tiene carácter de última instancia) mediante el establecimiento de un diálogo con el Estado miembro afectado y la aprobación, en su caso, de las recomendaciones adecuadas.

Cierto es que varios Estados mantuvieron inicialmente una actitud reticente, por considerar bien que podía percibirse como una señal negativa frente a los futuros candidatos, bien por entender que supondría una injerencia impropia en los asuntos internos de los Estados, pero finalmente se sumaron a la posición mayoritaria apoyada por España, Bélgica, Austria, la Comisión y las Presidencias portuguesa y francesa.

En consecuencia, si el respeto a los derechos fundamentales es un parámetro de legalidad que vincula tanto a los Estados miembros como a todas las instituciones y órganos de la Unión, parece evidente que, desde esta perspectiva, los derechos humanos actuarán como criterios de legitimación de las instituciones y también como límite a los

⁸¹ Su origen se encuentra en el caso austríaco y la entrada en el gobierno de Austria del FPÖ que hizo saltar la alarma sobre la posible aparición en la Unión de gobiernos con presencia de partidos políticos vinculados con la extrema derecha. El efecto principal de este resultado electoral fue poner de manifiesto la necesidad de establecer un mecanismo que permitiera, desde dentro (de la Unión), la reacción preventiva ante una situación de amenaza futura para los principios democráticos y los derechos humanos en un Estado miembro. *Vid.*, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Unión Europea, Democracia y Derechos Humanos”, en *XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales* - “La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza”, Santander, 2001.

actos adoptados por los Estados miembros⁸². En este contexto, algún autor ha calificado el discurso de los derechos humanos como “uso ofensivo (*sic*) o instrumental de los derechos fundamentales”⁸³. Lo que significa tanto poder acudir a los valores que éstos defienden como invocarlos en defensa de las competencias de la Unión frente a violaciones graves de los Estados miembros.

En síntesis, cuando la Directiva dice que “*respeto los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo han tenido en mente la fuerza del discurso de los derechos humanos en el sentido que el *Tratado de Niza* les imprime.

Cierto es que la no adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma de 1950 resta eficacia, en nuestra opinión, al sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, pero también debemos reconocer que la nueva redacción de los artículos 7 y 46 del TUE así como la fuerza interpretativa integradora de la *Carta* y la futura *Constitución para Europa* coadyuvarán al refuerzo, garantía y protección del derecho al respeto a la vida en familia de los nacionales de terceros países residentes en la Comunidad cuando los Estados miembros, al cobijo de esta Directiva comunitaria, pretendan justificar una injerencia que los derechos fundamentales no permitan.

Desde esta perspectiva, conviene recordar que el derecho fundamental al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, no es absoluto y los Estados Parte pueden establecer condiciones para su ejercicio en sus legislaciones nacionales. Podría defenderse que las medidas (o injerencias) que la Directiva no impide introducir son admisibles a la luz de lo dispuesto en el párrafo 2 del mencionado precepto. Sin embargo, no debemos olvidar la importante evolución que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha experimentado en la interpretación de las injerencias autorizadas por las legislaciones nacionales, sobre todo a partir de la doctrina *Sen* (Sentencia de 21 de diciembre de 2001) en que por vez primera la reagrupación familiar se califica como una exigencia consustancial al ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida en familia.

No nos cabe duda que en el horizonte de este derecho (es decir, de su efectivo ejercicio) el Tribunal de Estrasburgo va a tener mucho que decir, sobre todo si, como se desprende de la doctrina *Sen*, en la búsqueda del justo equilibrio entre los intereses en presencia, el interés del Estado en materia de política migratoria familiar se valora como una obligación positiva, de donde resulta algo tan importante como la obligación de las autoridades nacionales a respetar la elección de establecimiento de los inmigrantes en el territorio de acogida y de traer consigo a la familia dejada tras sí.

(...) en un contexto de inmigración, la toma en consideración de los intereses de la persona frente a los intereses del Estado de controlar la inmigración no puede obviar elementos tales como los vínculos reales con el país de residencia, la edad y la situación

⁸² Vid., A. SALINAS DE FRÍAS, *La protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea*, Granada, 2000, *passim*.

⁸³ J. COPPEL / A. O'NEILL, “The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?”, en *CML Rev.*, 1992, pp. 669-692.

personal de los miembros de la familia, el grado de dependencia económica y afectiva y la menor relevancia de la nacionalidad de origen de los interesados” (Considerando 39 de la Sentencia *Sen*).

Consideraciones finales.

La reciente aprobación de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en el territorio de la Unión Europea es un ejemplo de las luces y sombras que arroja el tratamiento de la libre circulación de personas en las distintas esferas de aplicación del derecho comunitario. En este trabajo nos hemos esforzado en poner de manifiesto algunas de las tensiones habidas entre las instituciones de la Unión Europea, los Estados miembros y la propia ciudadanía durante los trabajos preparatorios y la negociación de esta Directiva.

Desde la atalaya que nos proporciona el *iter* histórico de este instrumento comunitario hemos relacionado sus resultados con el desenvolvimiento de la libre circulación de personas en el “mercado legal de ciudadanos”. Así, hemos constatado que la renuencia de los Estados miembros a ceder soberanía a las instituciones de la Unión en materia migratoria ha sido uno de los puntos donde más se acusan las tensiones. Pero al mismo tiempo, la *vis* atractiva de la ciudadanía de la Unión ha favorecido la inclusión en el ámbito de aplicación personal del derecho comunitario de la libre circulación de personas a los familiares de los ciudadanos comunitarios que ejercían esta libertad, en los términos establecidos en el Reglamento 1612/68.

Paulatinamente, y gracias a la importante labor interpretativa del TJCE, el ejercicio de esta libertad económica se fue extendiendo a otros ciudadanos comunitarios y a sus familiares con independencia de las razones (económicas o no) que les impulsaban a establecerse en otro Estado miembro. Por contraposición, cuando el *Tratado de Amsterdam* comunitarizó las medidas en materia migratoria con la finalidad de extender -en condiciones de igualdad- el beneficio de la libre circulación a los residentes no comunitarios en la esfera del derecho comunitario de la inmigración, los Estados miembros hicieron uso de las reservas que les autorizaban los compromisos de la CIG de 1996, preservando así su esfera de competencia soberana en el control de los extranjeros.

El resultado de este juego de pesos y contrapesos entre las instituciones de la Unión, los Estados miembros y los acuerdos políticos de los Consejos Europeos se ve claramente en la Directiva sobre reagrupación familiar. En efecto, la primigenia concepción de la reagrupación familiar de los extranjeros como un derecho que trasciende el ámbito nacional y se sitúa en el marco de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos quedó abandonada en las dos propuestas modificadas con un resultado poco satisfactorio en general. Primero, porque el instrumento comunitario lejos de armonizar las condiciones de integración y estabilización en el territorio de la Unión de todos los nacionales de terceros países residentes en la Comunidad y de los miembros de su familia, ahonda las diferencias en el tratamiento jurídico de la reagrupación al introducir cláusulas de flexibilización y, sobre todo, cláusulas de mantenimiento del *statu quo* (cláusulas *stand by*).

En segundo lugar porque, condiciones como la dilación en los plazos de espera para que el reagrupante pueda ejercer su derecho subjetivo a reagrupar, exigencias como la

de tener una perspectiva fundada de obtener un permiso de residencia permanente, la limitación del concepto de familia al núcleo del cónyuge y los hijos, el no reconocimiento del beneficio a las parejas estables (convivientes o registradas), la imposición de una edad mínima a los cónyuges como requisito de aplicación de la solicitud, y en fin, los controles indirectos -como la permisión del establecimiento de criterios de integración para los niños mayores de doce años-, o directos -como la no admisión por esta vía de los mayores de quince años-, entre otras, son, en definitiva, injerencias en el derecho al respeto a la vida en familia que la Directiva no impide incluir en las legislaciones nacionales.

En este contexto, el respeto a los derechos fundamentales como parámetro de legalidad que vincula tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros, va a cumplir una doble función muy importante. De un lado porque, actuando como criterio de legitimación de las instituciones, podrá activar el mecanismo del artículo 7 del TUE; y, de otro lado porque, sirviendo de límite a los actos adoptados por los Estados miembros y por las mismas instituciones comunitarias, permitirá que, llegado el caso, cualquier extranjero que se encuentre en el territorio de la Unión demande al Estado en cuestión ante el Tribunal de Estrasburgo solicitando la interpretación “como injerencia no justificada” en el respeto al ejercicio de su vida familiar de los obstáculos que la concreta legislación nacional pueda establecer impidiendo la reagrupación familiar.

Para lograr saltar las barreras defensivas de los Estados nos queda la esperanza en el “uso ofensivo de los derechos humanos” -y su interpretación progresista por Tribunal Europeo de Derechos Humanos- de suerte que, sin desconocer el margen de apreciación que aquéllos tienen, se consiga un justo equilibrio entre los intereses concurrentes: el del individuo y el de la sociedad en su conjunto.