



LOS INMIGRANTES NO COMUNITARIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO

1. INTRODUCCIÓN.— 2. ASPECTOS COMPETENCIALES.— 3. ESTATUTO JURÍDICO DEL INMIGRANTE NO COMUNITARIO. 3.1. Régimen general. 3.2. Regímenes especiales. 3.2.1. El Acuerdo con Turquía. 3.2.2. Los acuerdos con los países del Magreb. 3.2.3. Acuerdos celebrados con algunos países de la Europa central y Oriental. 3.2.4. Un régimen especialmente privilegiado: el acuerdo EEE.— 4. INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES DE TERCEROS PAÍSES. 4.1. Significado de la integración. 4.2. Derecho primario: empleo. 4.2. Derechos secundarios. 4.2.1. Residencia. 4.2.2. Reagrupación familiar. 4.2.3. Integración social. 4.3. La naturalización, medida controvertida.— 5. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES NO COMUNITARIOS.— 6. UNOS INMIGRANTES PRIVILEGIADOS: NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS, FAMILIA DE UN NACIONAL COMUNITARIO. 7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS NORMATIVAS. 7.1. Conclusiones. 7.2. Propuestas normativas.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos perseguidos por los Estados firmantes del TCE en 1957 era el establecimiento de la libre circulación de trabajadores en territorio comunitario; en este sentido el art. 48.1 del TCE disponía «La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio»¹. Sin embargo, a pesar de su formu-

1. Este precepto presenta dos novedades importantes en relación con las previsiones del TCECA y del TCEEA: (1) Proclama la libre circulación de trabajadores, es decir, se refiere a la *movilidad laboral*, a diferencia del TCECA y



lación aparentemente absoluta, los actos jurídicos de Derecho derivado y la jurisprudencia del TJCE se encargaron de relativizarla, quedando su ámbito personal de aplicación reducido a los nacionales de los Estados miembros.

De esta relatividad derivaban dos consecuencias: (1) Los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades eran los únicos titulares de la libre circulación de trabajadores, asumiendo la CE las competencias para regularlo; (2) Por el contrario, los Estados miembros conservaban entre sus competencias estatales el diseño del estatuto jurídico de los nacionales de terceros Estados en territorio comunitario, dentro de sus respectivas políticas nacionales de inmigración.

Por otra parte, es necesario significar que el derecho a la libre circulación supone tanto la posible movilidad del trabajador como la integración del migrante en la sociedad de acogida. La Comunidad fue consciente muy temprano de la necesidad de adoptar medidas para procurar el logro de la finalidad apuntada en último lugar, y poco después de producirse la entrada en vigor del TCE, el Consejo adoptaba el Reglamento nº3 de 1958 sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes². Este acto jurídico fue seguido por otros en los que se contenían distintas medidas sociales que pretendían conseguir la igualdad de trato de los trabajadores nacionales de un Estado miembro en relación con los de aquél en el que se encontrasen. El ámbito material de la libre circulación dentro del que se incardinan las medidas de integración destinadas a los ciudadanos comunitarios se encuentra ampliamente regulado.

A pesar del tiempo transcurrido desde la adopción del TCE³, la UE continúa careciendo de una política comunitaria de inmigración, afirmación que resulta extensiva a las medidas de integración de los inmigrantes no comunitarios, ya que, como afirma J.C. FERNÁNDEZ ROZAS éstas conforman uno de

TCEEA que solo aluden a la igualdad de trato; y, (2) la generalidad de la formulación. Los postulados del TCECA y el TCEEA poseían carácter sectorial, así el art. 69 del TCECA incorporaba el compromiso de los Estados partes de suprimir toda discriminación en el empleo –en el ámbito material al que se refiere el propio tratado: las industrias del carbón y del acero– por razón de nacionalidad entre los nacionales de los Estados miembros. Idéntico contenido encontramos en el art. 96 del TCEEA de 1957 aunque aplicado al sector particular de actividad al que se refiere este texto: «empleos cualificados en el campo de la energía nuclear».

2. Véase en J.O.C.E. nº L 30 de 16 de diciembre de 1958, p. 56 y ss.

3. El TCE cumplió cuarenta años en 1997 –declarado Año Europeo contra el Racismo. Véase COM (95) final, de 13 de diciembre de 1995.



los sectores que encontramos dentro de la política de inmigración⁴. No obstante, el nuevo Título IV del TCE –v. infra 2.– prevé la futura comunitarización, entre otras de «... la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países...». En las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, celebrado en diciembre de 1999, se estableció que «... la Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración ... »⁵. Lo que supone que esta laguna se cubrirá en breve.

La concepción de una adecuada política comunitaria en relación con los trabajadores de terceros países resolverá los problemas ante los que nos encontramos en la actualidad. Así, a través de ella se podrán solucionar las cuestiones planteadas por los fenómenos migratorios –con independencia de cual sea su origen–⁶; y, la definición de un único estatuto jurídico aplicable a todos inmigrantes no comunitarios, lo que evitaría tener que acudir a instrumentos particulares. En este último sentido, algunos acuerdos celebrados entre la Comunidad y países de emigración disponen diferentes medidas integradoras, pero, por el instrumento en el que se incorporan, su ámbito personal de aplicación se ve reducido a los nacionales del Estado co-contratante.

Por otra parte, el mantenimiento de la situación actual, es decir, la permanencia de la integración social como competencia estatal –aunque el Tratado de Amsterdam prevé la comunitarización de la inmigración, de momento el ejercicio de las competencias en este aspecto concreto permanece subsidiariamente en manos estatales– produce dos consecuencias: (1) Su regulación se hace depender de las tendencias establecidas en los restantes sectores

4. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la unión europea", en AA.VV., *Alternativas a una política de inmigración. Jornadas organizadas por el Centro Universitario Ramón Carande*, Madrid, 1996, p. 68 y ss., indica en este sentido que «no pueden infravalorarse los nexos que existen de un lado, entre la libre circulación de los trabajadores inmigrantes y la armonización de las políticas de integración social de la Unión y, de otro lado, de coordinación de las condiciones de entrada, nexos de causa–efecto. Los fracasos se producirían caso de que llegaran a crear situaciones de ingreso tan rígidas que, en realidad, produjeran un bloqueo de la inmigración legal y un inevitable incremento de la clandestina, con todo lo que ésto comporta, empezando por una pérdida de la actitud positiva de la población y de la opinión pública comunitaria respecto a los inmigrantes, lo cual es una condición indispensable para realizar con éxito la integración social y la libre circulación.»

5. Document 200/99, puede verse en <http://ue.eu.int/fr/info/eurocouncil>.

6. Como indica entre otros SAGARRA TRÍAS, E., "Factores condicionantes de una política española de inmigración", en AA.VV., *Alternativas a una política de inmigración. Jornadas organizadas por el Centro Universitario Ramón Carande*, Madrid, 1996, p.112.



en los que se puede subdividir la política de inmigración; (2) los problemas derivados de la integración del trabajador de un tercer país en la UE no reciben una respuesta unívoca en el territorio Comunitario, bien al contrario, su mayor o menor bondad varía entre los Estados miembros, debido a la inexistencia de armonización en este punto.

El desinterés comunitario por la integración del inmigrante resulta evidente. A pesar de la reciente asunción de competencias para ello, lo cierto es que en este sector se han adoptado hasta el momento algunos actos jurídicos no vinculantes para los Estados miembros –anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam–⁷. Como indica A. REMIRO BROTONS, este desinterés deriva de «la necesidad de compatibilizar la lucha contra la inmigración ilegal con la eliminación de fronteras interiores para hacer efectiva la libre circulación de las personas en el territorio comunitario»⁸. Ello ha llevado a establecer como objetivo primordial de la política de inmigración comunitaria las tasas negativas de acceso de nuevos inmigrantes legales⁹. Esta finalidad puede conseguirse mediante el fortalecimiento de las medidas de control en las fronteras exteriores, lo que supone que las únicas formas de acceder regularmente al *paraíso comunitario* serían las excepciones humanitarias: la solicitud de asilo o refugio, la reunificación familiar o el sistema de la contingentación –las cuotas–.

7. Véase *infra* epígrafe 2.

8. Véase REMIRO BROTONS, A., en "Movimientos migratorios, racismo y xenofobia", en HERRERO DE LA FUENTE, A., *Reflexiones tras un año de crisis*, Valladolid 1996, p. 69.

9. En las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere se se «destaca la necesidad de que se gestionen de forma más eficaz los flujos migratorios en todas sus etapas». La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, no tiene relación jurídica alguna con los flujos migratorios, puesto que prevé la regularización de los inmigrantes ilegales que se encuentran en nuestro territorio. Cuestión distinta es que se esté superando con creces el número de solicitudes previsto por la administración. Según señala EL PAÍS, de 26 de mayo de 2000, p. 17, como consecuencia de la Disposición indicada, 126.889 extranjeros han solicitado la regularización de su situación en los dos primeros meses –de los cuatro– establecidos al efecto. Bien es cierto que no todos ellos conseguirán la ansiada autorización administrativa para permanecer de forma regular en nuestro territorio nacional, que sólo se concederá a aquellos «que se encuentren en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y que acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los últimos tres años»



Esta prioridad comunitaria de instaurar una política restrictiva de inmigración eficaz responde, desde una perspectiva económica, a la confluencia de distintos factores: por una parte, la recesión que atravesó Europa provocó la aparición de elevadas tasas de desempleo¹⁰ —en la actualidad, la situación ha cambiado, ya que se demanda mano de obra extranjera para puestos que no se cubren con trabajadores nacionales—; por otra, los incesantes flujos de inmigrantes procedentes fundamentalmente de África y de la Europa del Este hacia la UE ha producido que todos los países comunitarios resulten receptores netos de inmigración, incluso los meridionales que históricamente han sido de emigración y ahora lo son de inmigración¹¹. Sin embargo, estas políticas restrictivas deben necesariamente acompañarse de la adopción de las medidas preceptivas para conseguir la integración de los que accedieron regularmente al territorio comunitario. Esta idea encuentra la siguiente formulación en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere: «La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.» Por tanto, es posible que a medio plazo la UE consiga tener una adecuada política de integración del inmigrante en la sociedad de acogida.

Por otra parte, como apuntábamos *supra*, desde los inicios de la experiencia comunitaria se estableció —en lo que hace referencia al principio de igualdad de trato— la distinción entre dos tipos de extranjeros: los comunitarios y los originarios de terceros países. Los primeros, según la legislación comunitaria tendrían la misma consideración que los nacionales del Estado miembro en el que se encontrasen¹². Por el contrario, el estatuto jurídico de los nacio-

10. Tampoco se puede considerar un factor relevante a la hora de intentar el cierre de fronteras, pues como indica REMIRO BROTONS, A. en "Movimientos ...*op. cit.*", p. 62; el porcentaje medio comunitario de desempleo resulta «perfectamente digerible, incluso teniendo en cuenta la muy dispar distribución entre y dentro de los Estados de la Unión».

11. Así lo afirma la Comisión en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre inmigración, de 23 de octubre de 1991, SEC (91) 1855 final.

12. En el caso español, el art. 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, excluye de su ámbito de aplicación a los nacionales comunitarios, salvo «en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables», siendo de aplicación a los

nales de terceros países permanecía como competencia estatal exclusiva, dentro del ámbito de la política de inmigración, resultando aplicables las normas nacionales relativas a la extranjería. Con este tratamiento dual se establece una gradación en la protección respecto de los grupos humanos de migrantes: en primer lugar, los comunitarios, a quienes corresponde un tratamiento privilegiado; en segundo lugar, los migrantes legales no comunitarios, que admiten múltiples subdivisiones; y, por último, la categoría más desprotegida, ignorada y humillada: los ilegales.

En este estudio nos vamos a referir a la segunda categoría enunciada: los trabajadores nacionales de terceros países. Estos inmigrantes carecen de un estatuto jurídico único en territorio comunitario, donde pervive una pluralidad de regímenes particulares¹³. Una última precisión: nosotros únicamente estudiaremos la hipótesis de los trabajadores migrantes permanentes o cuando menos de larga duración, entre los cuales es necesario distinguir tres regímenes diferentes: 1) el general aplicable a los migrantes no comunitarios; 2) los distintos regímenes especiales que contienen la regulación en relación con los nacionales de aquellos Estados que cuentan con un acuerdo de asociación o cooperación con la UE; y, 3) los que perteneciendo a alguno de los grupos anteriores, poseen un estatuto jurídico privilegiado por ser familia de un ciudadano comunitario¹⁴.

ciudadanos comunitarios el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio sobre el Régimen de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con la modificación parcial incorporada por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre.

13. El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países en la UE viene determinado por la legislación interna del Estado miembro de residencia y por los acuerdos bilaterales –celebrados entre el Estado de origen y el de residencia– vigentes. En consecuencia, no pueden beneficiarse de la protección comunitaria a estos efectos, salvo que el Estado del que son nacionales haya celebrado un acuerdo de cooperación o asociación con la Comunidad que les concediere algún derecho.

14. Excluimos, por tanto, todos aquellos desplazamientos que no tengan un objeto laboral, como es el caso por ejemplo de los turistas y las que teniendo una finalidad económico-laboral, lo son con carácter temporal. SÉCHÉ, J-C, "Libre prestation de services et allocations de devises aux touristes" en *CDE*, 1984, p. 709 y VAN DER MOUDE, M. & MEAD, P., "Free movement of the tourist in Community Law" en *CMLR*, 1988, p. 140 se refieren a la distinción entre turistas –aquel cuya estancia es inferior a tres meses– e inmigrantes –cuya entrada en el territorio tiene una finalidad económica con permanencia, salvo en caso de los trabajos de temporada, superior a tres meses–. El Abogado General LENZ también indica los criterios para distinguir el emigrante del turista en el asunto 186/87, *Cowan* –Sentencia de 2 de febrero de 1989, en *Rec. TJCE*, 1989, p. 209. Así,



2. ASPECTOS COMPETENCIALES

Debemos comenzar indicando que hasta que la CE asuma de forma efectiva las competencias que, en relación con la inmigración, le concede el nuevo Título IV del TCE, la política de inmigración (y por tanto, también las medidas tendentes a su integración) continúa encontrándose entre las competencias domésticas de los Estados Miembros. Lo que significa que la legislación aplicable a los nacionales no comunitarios es la relativa a extranjería¹⁵.

El TUE tiene una importancia muy significativa en la *comunitarización* de la inmigración. Ello es así porque con el Tratado de Maastricht se incorporan al Derecho originario las cuestiones relacionadas con este ámbito material, de manera que la integración del inmigrante no comunitario en la sociedad de acogida —como sector de la inmigración— se regulaba en su Título VI dedicado a la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior¹⁶. En esta ocasión se optó por dotar a todas las cuestiones relacionadas con la inmigración de una naturaleza intergubernamental, por lo que permaneció como un ámbito de interés común, sin que se le considerase un fin en sí mismo sino

entiende que un turista «es la persona destinataria de prestaciones ofrecidas en el marco de la *infraestructura turística*». LIROLA DELGADO, M.I. *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid 1994; PLENDER, R., "Competence, European Community Law and Nationals of Non-Member States" en *ICLQ*, vol. 39-3, 1990, p. 605, añaden además que el concepto de trabajador ha sido dotado por el TJCE con un contenido comunitario. Véase a este respecto la sentencia de 23 de abril de 1982 en el asunto 53/81, *Levin*, en *Rec. CJCE* 1982, p. 1049.

15. En este sentido, FLORY, M., "Ordres Juridiques et statut des travailleurs étrangers" en *Société Française pour le Droit International Colloque de Clermont-Ferrand. Les travailleurs étrangers et le droit international*, Paris, 1979, p. 180 indicaba que el contenido de las distintas leyes de extranjería era prueba de la desconfianza estatal tradicional a lo extranjero, siempre considerado como una amenaza latente a la seguridad pública.

16. Existen múltiples estudios doctrinales dedicados al estudio del Título VI del TUE, entre los que destacamos los siguientes: GAUTIER, Y., "Titre VI", en CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R. y SIMON, D., *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article*, Paris 1995; JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid 1994; LIROLA DELGADO, M.I., *Libre circulación ...op. cit.*; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea* p. 698 y ss.; DE MIGUEL, J. y BLANCO, A., "La cooperación en los asuntos de Justicia e interior" en *GJCE*, nº D-18, p. 173 y ss.; MONAR, J. y MORGAN, R. (eds.), *The Third Pillar of the European Union*, Bruselas, 1994; PLENDER, R., "Competence, European Community Law ...op. cit.", p. 599 y ss..



como un medio –necesario– para conseguir el objetivo prioritario: la libre circulación de personas –art. K.1.3.–¹⁷.

Si revisamos tanto la práctica como los actos jurídicos comunitarios existentes concluiremos, en este punto, que el aspecto más trabajado y el que más interesa desarrollar en el ámbito comunitario es la visión dinámica de la inmigración, es decir, los controles en frontera. Por el contrario, la perspectiva estática del mismo fenómeno, la integración del inmigrante, es, sin ninguna duda la gran olvidada dentro de la construcción comunitaria.

Lo anterior suponía que –dado que las medidas integradoras son una vertiente de la política de inmigración– el ámbito competencial en la materia objeto de nuestro examen no difería del resto de enumeradas en el art. K.1. Por este motivo, aunque la inmigración en general y, en concreto, las medidas integradoras, se mantenían después del Tratado de Maastricht, como antaño, entre las competencias soberanas de los Estados, se reconocía este ámbito material como de interés común de la UE. En definitiva, la aproximación del TUE contenía un avance –leve, eso sí, pero avance al fin– respecto de la situación anterior. Además, el TUE establecía la base habilitadora suficiente para su *comunitarización* ya que algunos de los aspectos incluidos en su Título VI –los contemplados en el art. K.1 apartados de 1 a 6, entre los que figuraba el objeto de nuestro estudio (art.K.1.3)– permitían la aplicación del procedimiento previsto en el art.K.9 del TUE, denominado *pasarela*, fruto del cual se habrían convertido en competencias comunitarias. Se configuraba, por tanto, una concepción de cooperación intergubernamental inicial que podía consolidarse, de haber existido voluntad política, como una política común¹⁸.

El procedimiento decisorio y la estructura institucional no contenían peculiaridades relevantes en relación con los restantes ámbitos materiales recogidos dentro del Tercer Pilar entre los que se encontraban la libre circulación de personas, la política de asilo y la política de inmigración con carácter general. Así, el art. K.3 confería a la Comisión o a cualquiera de los Estados

17. Como ha señalado un importante sector doctrinal, su inclusión en el Título VI conjuntamente con otras indiscutiblemente criminales como la defraudación internacional, el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo puede interpretarse como una *criminalización* de la inmigración.

18. Según la opinión de la Presidencia del Consejo Europeo de Florencia, podría desarrollarse una *comunitarización parcial*, en el entendido de que esta actuación sólo podría predicarse de algunas de las materias incluidas en el artículo K1, entre las que se encuentra la inmigración. Además, igualmente indica que podría facilitarse este proceso mediante una *comunitarización gradual*. Véase en *Boletín de la Unión Europea*, 1996-6, p. 52.

miembros el poder de iniciativa¹⁹, entre otras, en materia de «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»²⁰.

La valoración que merece el Título VI del TUE debe ser positiva. Por una parte, el régimen de actuación intergubernamental incorporado institucionalizaba –en términos generales– la práctica anterior; pero, por otra, contenía un elemento novedoso, puesto que, junto a lo anterior, preveía la posibilidad de comunitarizar los ámbitos materiales indicados en el mismo, entre los que se encontraba el de los trabajadores no comunitarios.

El sistema recién reseñado ha estado vigente hasta el 1 de mayo de 1999 ¿Qué ha ocurrido desde entonces? El Tratado firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997 supone la introducción en el TCE de un nuevo Título IV

19. De acuerdo con P. STANGOS, el art. K.3 confería al Consejo una función nueva en el ámbito de la política de inmigración; esta institución se constituye como «le forum de "consultation", d'informations mutuelles", de "collaboration" et de "coopération" entre les Etats membres pour les domaines visés à l'article K.1, dans le but d'élaborer non pas des actes juridiques communautaires, mais d'adopter des "positions" ou des "actions communes"» – Véase STANGOS, P., "Les ressortissants d'Etats tiers au sein de l'ordre juridique communautaire", en *Revue Critique de Droit International Privé*, nº 4, 1995, t. 84, p. 342-, permaneciendo el poder de iniciativa a este respecto en manos tanto de los Estados miembros como de la Comisión. La regla general establecida por el TUE era el pronunciamiento unánime del Consejo, aunque se previeran distintas salvedades: en cuestiones procedimentales –art. K.4.3.–, cuando el Consejo acuerde que «las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada» –art. K.3.2.b)– y en el caso de las medidas de aplicación de los convenios previstos en el art. K.3.2.c) siempre que estos últimos permitan su aprobación por mayoría de dos tercios.

20. Las tareas de coordinación –entre otras– recaían sobre el Comité de Coordinación creado en aplicación del artículo K.4 [Según la opinión reiterada por la doctrina, entre la que destacan MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ... op. cit.*, p. 708, la creación de este nuevo órgano «es fuente de algunas disfunciones por su inevitable superposición con las funciones del COREPER y de la Secretaría General del Consejo previstas en el artículo 151 del TCE»] y los instrumentos que podían utilizarse a estos fines eran los previstos con carácter general para todas las materias objeto de regulación en el Título VI: 1) Posiciones comunes –art. K.3.2.a)–, en las que el alcance de la obligación jurídica para los Estados dependía del contenido concreto de la misma; 2) Acciones Comunes –art. K.3.2.b)–, que vinculaban jurídicamente a los Estados; y, 3) Convenios –art. K.3.2.c)–, en los que, por la función que desempeñan, se denominan derecho complementario de los tratados constitutivos [Véase en este sentido Díez-Hochleitner, J. y Martínez Capdevila, C., *Derecho Comunitario Europeo. Tratados y otros textos anotados. Jurisprudencia básica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid 1996, p. 212].

dedicado a “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. Dentro de este Título encontramos algunas disposiciones relevantes para el objeto de nuestro estudio²¹. En primer lugar, se prevé la comunitarización de la política en materia de inmigración²². En un período máximo de cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam –por tanto, antes del 1 de mayo del año 2.004–, el Consejo deberá adoptar medidas sobre política de inmigración. Por lo que, el estatuto jurídico comunitario del inmigrante nacional de un tercer Estado es un tema que, aunque olvidado, se encuentra incluido entre los ámbitos materiales de la política de inmigración –sujeto por lo tanto a una modificación de su régimen jurídico conforme al procedimiento del art. 67 TCE–.

Sin embargo, se establece como excepción al plazo apuntado la actuación en el ámbito de la integración, ya que el art. 63.4 *in fine* señala a estos efectos la exclusión de las medidas relativas a las «condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar» así como aquéllas «que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros». Conocida la dinámica seguida hasta el momento, no es arriesgado prever que los esfuerzos por comunitarizar la inmigración se centrarán en los controles fronterizos y una vez se haya cumplido esta meta –que es la que más preocupa a los Estados miembros–, con las fuerzas restantes podrá emprenderse el ámbito estático del fenómeno migratorio que es el relativo a su integración en la sociedad de acogida.

De momento, en este sector concreto seguimos rigiéndonos por los actos comunitarios con que contamos en la actualidad, pero los que se pretendan adoptar a partir del 1 de mayo de 1999 deben estar fundamentados en el nuevo Título IV del TCE, donde se encuentra la única base habilitadora que existe para ello. A estos efectos, el procedimiento previsto para la adopción de las

21. Se mantiene la *criminalización* de estos ámbitos puesto que el art. 61 del TCE –después de la reenumeración producida tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam– regula conjuntamente la inmigración y la delincuencia junto con otras materias como la cooperación judicial en materia penal y civil o la cooperación policial y administrativa.

22. Comunitarización a doce, en todo caso, debido a que los Protocolos sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, y sobre la posición de Dinamarca establecen la decisión de estos Estados de permanecer al margen de la aplicación del Título IV salvo que, en adelante, adopten una decisión en contrario.



citadas medidas se establece en el art. 67 TCE y consiste en que el Consejo decida «por unanimidad a propuesta de la Comisión o iniciativa de un Estado y previa consulta al Parlamento Europeo». Por tanto, la comunitarización efectiva de este ámbito material continúa dependiendo de la voluntad política de los Estados miembros.

Una última precisión en relación con las modificaciones introducidas en el TCE fruto del Tratado de Amsterdam: la comunitarización de este ámbito material no implica la pérdida de competencias por parte de los Estados miembros para adoptar medidas nacionales. El propio Tratado establece la posible actuación estatal siempre que se sea compatible tanto con el TCE como con los acuerdos internacionales celebrados por la UE en este sentido.

3. ESTATUTO JURIDICO DEL INMIGRANTE NO COMUNITARIO

El término inmigrante está jurídicamente determinado, aludiéndose con él en el ámbito comunitario a los nacionales de terceros Estados²³. El Dictamen de iniciativa sobre el estatuto de los trabajadores migrantes de 24 de abril de 1991²⁴, señala que se entenderá por tales «aquellos ciudadanos que, por motivos de trabajo dependiente o autónomo, se han trasladado de su país de origen a un Estado miembro, estando legalmente en éste de forma temporal o permanente». En sentido amplio, el concepto de inmigrante se refiere también a los familiares de aquél, así como a «los trabajadores que disfrutan de pensiones de invalidez o vejez en los Estados miembros».

De esta definición se infieren las dos categorías a las que pertenece el inmigrante no comunitario, dualidad de la que deriva la peculiaridad de su estatuto: por una parte, es un trabajador que presta legalmente su fuerza laboral en el Estado de acogida; y, por otra, no es nacional de ninguno de los Estados miembros. Este último elemento supone que el régimen jurídico de los inmigrantes resulta particular frente a los nacionales del Estado en el que trabaja y reside y a los comunitarios; pero también en relación con los trabajadores de terceros países de nacionalidad distinta a la del sujeto considerado. El estatuto del nacional no comunitario dependerá de que el Estado del que es

23. Las leyes nacionales en la materia entienden por extranjeros a todos aquellos que carecen de la nacionalidad del Estado que legisla. Véase en este sentido arts. 17 a 26 del Código civil español.

24. En D.O.C.E. n° C 159, p. 13.



originario haya celebrado o no un acuerdo con la Comunidad o con el Estado de acogida y, en su caso, que en este texto se hayan incluido medidas integradoras del trabajador. Por tanto, podemos encontrar diferentes regímenes particulares, variables en función del contenido del acuerdo en cuestión.

En ausencia de texto convencional entre el Estado de nacionalidad del inmigrante y la Comunidad o el Estado de acogida, estaremos ante el que podemos denominar régimen general, caracterizado por la inexistencia de una regulación específica; y, en consecuencia de un estatuto jurídico único.

3.1. *Régimen general*

El Consejo a través de la resolución *relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros*, adoptada en marzo de 1996, pretende diseñar el catálogo de derechos mínimos de los que deben gozar los trabajadores de terceros Estados. La existencia de este acto es un indicio del interés comunitario por establecer el estatuto jurídico de estos inmigrantes, por lo que merece una valoración positiva. Sin embargo, esta resolución suscita dos tipos de problemas: 1) su dependencia del derecho interno de los Estados miembros; 2) el carácter atípico del propio acto en el que se formula.

En relación con el primer aspecto apuntado, existen continuas remisiones a los respectivos ordenamientos estatales. Así por ejemplo, en la concesión de la autorización de estancia²⁵, el permiso de trabajo²⁶ o en la consideración de

25. Se establece por ejemplo que (III. 2) «Los Estados miembros deberán conceder, conforme a su normativa, una autorización de estancia de al menos diez años, o por un período de tiempo que tenderá a ser equivalente y que corresponderá a la máxima validez que conceda con arreglo a su legislación nacional»; (V) «1. El residente de larga duración y los miembros de su familia deberán tener acceso, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que residan, a todo el territorio de éste. 2. El residente de larga duración y los miembros de su familia que residan con él de forma regular no deberán poder tener, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de que se trate, un tratamiento menos favorable que el que tienen los nacionales de dicho Estado miembro ... 3. Conforme a la legislación del Estado miembro de que se trate, deberán poder concederse al residente de larga duración y a los miembros de sus familias que residan con él de forma regular ventajas no contributivas»

26. VII. «Los residentes de larga duración deberán poder obtener la autorización para ejercer actividades lucrativas en el territorio del Estado miembro en cuestión, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de éste»



residentes de larga duración. En este último sentido se introduce un límite temporal a la legislación nacional puesto que se entenderán tales «en cualquier caso, después de diez años de residencia legal», aún si el ordenamiento de algún Estado miembro exige un período superior²⁷. En relación con el segundo problema, estamos ante un acto comunitario atípico o *sui generis* —una resolución del Consejo—, que no es obligatorio *per se*, sino en función del contenido concreto del mismo. Esta resolución tan sólo *invita* a que los Estados tengan en cuenta los principios que perfila en su política de integración.

De todos modos, esta resolución de 1996 es, después del nuevo Título IV del TCE, el logro más importante fruto de un largo trayecto emprendido en la segunda mitad de la década de los setenta. A partir de entonces se aprecia el inicio del interés comunitario por los problemas derivados de los inmigrantes nacionales de terceros países, que, lejos de tener un fundamento solidario, respondía a la situación económica del momento, agravada por el aumento incesante de los flujos migratorios de origen extra-comunitario. La acción comunitaria en esos momentos contrariaba todas las expectativas integradoras, ya que pretendía la actuación en dos frentes: 1) reprimir los nuevos flujos migratorios; y, 2) fomentar y facilitar el retorno de los inmigrantes a sus países de procedencia. Antes de la adopción de esta resolución hubo múltiples trabajos de las instituciones comunitarias, a los que nos referimos a continuación.

3.1.1. *El Consejo*

Las instituciones comunitarias tomaron conciencia en los años setenta de que la ausencia de medidas integradoras —sociales y culturales— conducen necesariamente a la marginación de los trabajadores nacionales de terceros países y sus familias. La CE ante la carencia de competencias en este ámbito utiliza como instrumento de actuación actos atípicos como resoluciones o recomendaciones, a través de las cuales recomienda o invita a los Estados a incluir los principios diseñados por las instituciones comunitarias en sus respectivas legislaciones nacionales.

27. El art. 30 de la Ley española de extranjería reduce considerablemente el requisito temporal a estos efectos, al indicar que «Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años.»



La primera actuación del Consejo en este ámbito material la encontramos en la adopción el 21 de enero de 1974 de la resolución relativa a un programa de acción social²⁸. Entre sus objetivos proclama la realización del pleno y mejor empleo en la Comunidad, afirmando su interés en «conseguir la igualdad de trato de los trabajadores comunitarios y no comunitarios, así como de los miembros de sus familias, en materia de condiciones de vida y de trabajo, de salarios y de derechos económicos, teniendo en cuenta las disposiciones comunitarias en vigor». Es cierto, que en este mismo apartado se refiere a los migrantes comunitarios de una forma más concreta al indicar que el «programa en favor de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias, dirigido en particular a ... mejorar la condiciones de la libre circulación de los trabajadores de los Estados miembros en la Comunidad ... hacer más humana ... la libre circulación de los trabajadores comunitarios y de los miembros de sus familias», pero ello no resta importancia o validez a la afirmación anterior. La relevancia de esta resolución del Consejo deriva de su consideración como punto de partida de un largo camino cuya conclusión aún está pendiente. Su contenido no se traduce en avances considerables, se limita a proclamar una finalidad con carácter genérico, que no se ha concretado en la voluntad política de promover una concertación de políticas migratorias respecto de los nacionales de países terceros.

Dos años más tarde, el Consejo adopta la resolución relativa a un programa de acción en favor de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias²⁹. En ella indica la importancia de «Ofrecer una asistencia apropiada a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias para facilitar su integración en el país de acogida», aunque sin olvidar la importancia del retorno, aspecto que pretenden facilitar mediante una política de cooperación entre los Estados directamente afectados –el de nacionalidad y el de residencia–. Sin embargo, el leve intento de establecer el principio de igualdad de trato para los trabajadores procedentes de terceros Estados en las respectivas legislaciones de los Estados miembros –realizado a través de esta resolución–, se ve pronto entorpecido por la crisis económica que provoca un retroceso significativo en los tímidos avances que acabamos de enunciar. Buena muestra de lo anterior son las Conclusiones del Consejo de Asuntos Sociales de 22 de noviembre de 1979³⁰, en las que se apunta la necesaria concertación de

28. Véase en J.O.C.E. n° C 13, de 12 de octubre de 1974.

29. Véase en J.O.C.E., n° C 34, de 14 de febrero de 1976.

30. Estas conclusiones se encuentran publicadas en *Bulletin C.E.*- 11/79, p. 102.



políticas migratorias con los países no comunitarios de emigración al objeto de conseguir la correcta aplicación del principio de preferencia comunitaria en el acceso al empleo. Lo que se pretende en realidad es que los Estados adopten las medidas restrictivas en relación con el acceso al mercado laboral de los nacionales no comunitarios, medidas cuya finalidad es la de potenciar el empleo de los trabajadores nacionales de los Estados miembros. La única concertación posible para ello es la articulación del retorno al origen, aspecto en relación con el cual los Estados de los que son nacionales los trabajadores migrantes no siempre están dispuestos a colaborar.

Algún tiempo después, las Conclusiones del Consejo, de 22 de junio de 1984, relativas a un programa de acción social comunitario a medio plazo³¹ significaron la continuación del instrumento adoptado en 1974. Dada la precaria situación del mercado laboral comunitario, agudizada en los diez años transcurridos, el Consejo en este acto sólo hacía referencia a la inmigración por su necesaria repercusión en el «contexto socio-económico actual». Pidiendo, por este motivo, a la Comisión que le presentase propuestas para «reforzar las políticas comunitarias que favorezcan la inserción cultural y social de los emigrantes». En este acto, el Consejo reiteraba el viejo objetivo de la adopción de una política susceptible de fomentar el retorno de los trabajadores migrantes a sus lugares de origen mediante la cooperación entre los Estados directamente afectados por el fenómeno migratorio. El diseño de unas medidas eficaces de este tipo presenta serias dificultades, puesto que a su regreso, el inmigrante normalmente se encuentra con problemas de integración similares a los que debió superar cuando emigró. Según la Comisión, se deben vencer las «dificultades de reinserción socio-cultural en los países de origen donde los interesados con frecuencia no encuentran un empleo adecuado y donde, para los jóvenes migrantes de segunda generación, nacidos o en todo caso escolarizados en el país de acogida, su retorno al país de origen supone de hecho una emigración»³².

Hasta 1985 no encontramos un acto del Consejo que contenga un avance real en relación a la inmigración de nacionales de terceros Estados, es la resolución de 16 de julio de 1985 sobre orientaciones para una política

31. Véase en J.O.C.E. C, nº 175, de 4 de julio de 1984.

32. Véase en la Comunicación de 7 de marzo de 1985 de la Comisión al Consejo relativa a las *Orientaciones para una política comunitaria de migraciones* —en *Boletín CE*, suplemento 9/85, paragrafo 25—.



comunitaria de la migración³³. En ella, el Consejo considera la necesidad de adoptar una serie de medidas para conseguir una convivencia pacífica entre los nacionales de los Estados miembros y los trabajadores migrantes y sus familias, entre ellas, las relativas a una correcta administración jurídico-administrativa³⁴. Además, el Consejo «invita a la Comisión a que tome iniciativas para aplicar las medidas a que se refiere la presente Resolución y a que le presente las propuestas necesarias».

Por último, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere se indica la conveniencia de aproximar el estatuto jurídico de los inmigrantes al de los nacionales de los Estados miembros³⁵.

3.1.2. *La Comisión*

La Comisión desde la adopción, el 12 de diciembre de 1974, del Programa de acción en favor de los trabajadores migrantes y sus familias consideraba la eliminación progresiva de todas las discriminaciones en condiciones de vida, trabajo etc. de las que pudieran ser objeto los trabajadores migrantes y sus familias como uno de los objetivos fundamentales de la

33. Es una resolución adoptada después de que la Comisión transmitiera al Consejo la Comunicación citada en la nota anterior. Véase en J.O.C.E. C n°186, de 26 de julio de 1985.

34. Se señalan al efecto las siguientes medidas:

«— elaboración de proyectos piloto para la realización de reuniones de información a nivel local, destinadas al personal de las administraciones locales que esté en contacto con inmigrantes;

— mejora de la calidad de asistencia administrativa, gratuita, en ámbitos como la justicia, la educación y la vivienda, en particular mediante una información más precisa y una ayuda en el aspecto lingüístico para que la calidad de estos servicios para los trabajadores migrantes sea igual a la que se ofrece a los nacionales de los Estados miembros»

35. Este no es el primer pronunciamiento del Consejo Europeo acerca de la inmigración. Las Conclusiones del Consejo Europeo reunido en Edimburgo el 12 de diciembre de 1992 incorporan los principios informadores de los aspectos externos de la política migratoria. En ellos se establece el contexto necesario para la concepción de una política en materia de migración en su sentido más amplio. El diseño de este marco se había solicitado tanto en el programa de trabajo sobre políticas en materia de migración de 1991 como en la Comunicación sobre inmigración evacuada ese mismo año. Esta declaración reviste una gran importancia política ya que supone el reconocimiento al más alto nivel de la necesidad de desarrollar un planteamiento global en materia de inmigración y asilo y de la voluntad utilizar a este fin las relaciones exteriores de la Unión.



Comunidad. Esta institución proponía la cooperación con los países originarios de movimientos migratorios como medio para lograr el fin apuntado. La Comisión consideraba que los acuerdos bilaterales celebrados entre los Estados miembros y los terceros eran los instrumentos jurídicos adecuados, no sólo para impedir los abusos de los que pudieran ser objeto sus trabajadores en territorio comunitario, sino también para fundamentar la concesión progresiva de la igualdad de trato en relación con los nacionales del país de acogida³⁶. Poco después, en las Conclusiones del Consejo de 22 de noviembre de 1979, se encomendaba a la Comisión la tarea de preparar y organizar la cooperación intergubernamental en el ámbito de las migraciones internacionales.

En cumplimiento de este encargo del Consejo y del posterior, formulado en la resolución relativa a un programa de acción social comunitario a medio plazo, de 22 de junio de 1984, la Comisión adoptó la Decisión 85/381, de 8 de julio de 1985 por la que se establece un procedimiento de notificación previa y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros Estados³⁷. Con este último acto se inicia el largo camino aún inconcluso hacia una política común de inmigración³⁸. En esta decisión, posteriormente anulada por el TJCE³⁹, la Comisión —adoptando como

36. Véase comentarios al respecto en FLORY, M., "Ordres Juridiques ... op. cit. p. 199; LEBEN, CH., "Le Droit International et les migrations de travailleurs" Société Française pour le Droit International *Colloque de Clermont-Ferrand. Les travailleurs étrangers et le droit international*, Paris, 1979, p. 67.

37. Véase en D.O.C.E., nº L 217, de 14 de agosto de 1985.

38. De la que, tampoco debemos esperar grandes logros en lo que se refiere al estatuto jurídico del inmigrante no comunitario, puesto que, si se pretende una política de inmigración común a todos los Estados miembros tendremos un estatuto de mínimos, dado que incorporar a este ámbito concreto a los Estados más reticentes a la comunitarización supondría introducir sus pretensiones proteccionistas a ultranza en este ámbito material. Frente a ello cabe una alternativa, que es, por otra parte, la que se perfila en el Tratado de Amsterdam y su protocolo nº 2 en relación con la integración del Acervo Schengen, es decir, establecer un sistema que permite quedar fuera de esta política de inmigración a los Estados que así lo desean, señalando eso sí un procedimiento que permita el acceso a la misma de estos miembros que permanecen voluntariamente al margen.

39. Esta decisión fue recurrida (ex art. 173) ante el TJCE por la RFA, Francia, Holanda, Dinamarca y el Reino Unido al entender que el objeto de la misma excedía del «ámbito social» para el que el art. 118 TCE encomendaba a la Comisión la «misión de promover una estrecha colaboración». El TJCE en el asunto *RFA y otros* (Son los asuntos 281, 283-285 y 287/85 *República Federal de Alemania y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia de 9 de julio de 1987, en *Rec. TJCE*, pp. 3245-3258) anuló la decisión 85/381 en la medida en que la Comisión carecía de competencia ex art. 118 del TCE para regular la integración cultural de los trabajadores migrantes. Los demandantes entendían que



fundamento jurídico el art. 118 TCE— instauraba un mecanismo de concertación en virtud del cual las políticas migratorias de los Estados miembros en relación con los terceros Estados encontraban un contexto formal y obligatorio de información recíproca y consultas.

Desde entonces, la Comisión ha continuado formulando y subrayando en sus comunicaciones la importancia de adoptar una política comunitaria en materia de inmigración en la que se otorgue a las medidas integradoras del inmigrante no comunitario en las sociedades de acogida la importancia que merece. Dos de ellas cuentan con un innegable interés, por su planteamiento progresista en relación a los principios básicos que deben regir en una concepción real y solidaria de una política global de inmigración en general y, particularmente, en lo que a medidas de integración del inmigrante en la sociedad de acogida se refiere, la de 1991 —monográfica sobre la inmigración— y 1994 —sobre inmigración y asilo—⁴⁰.

la Comisión carecía de capacidad suficiente para instaurar de forma obligatoria un procedimiento de información recíproca y consultas. El Tribunal estimó que «cuando un artículo del Tratado CEE, como ocurre en el caso del artículo 118, encarga a la Comisión una misión precisa, es necesario admitir, a riesgo de prescindir del efecto útil de esta disposición, que le confiere, necesariamente los poderes indispensables para cumplir esa misión» (parágrafo 28). Por otra parte, la Comisión está investida de poderes procesales para instituir el procedimiento de consultas, pero éstos carecen de carácter ejecutivo, de forma que esta institución no puede imponer el resultado de las mismas ni impedir la entrada en vigor de los citados proyectos, acuerdos o disposiciones que estimara disconformes con las políticas y acciones comunitarias (parágrafo 34). El Tribunal, igualmente, entendió que la conformidad de los proyectos de medidas nacionales y de acuerdos internacionales de los Estados miembros relativos al tratamiento de los trabajadores originarios de terceros Estados con el derecho comunitario, no podía ser objeto de las citadas consultas. Con todo, esta sentencia tiene un aspecto positivo, al confirmar la pertenencia de la política migratoria al ámbito social del art. 118 TCE. Actualmente es el art. 137, aunque del antiguo art. 118 —que se ocupaba de aspectos como los relativos a las condiciones de vida y de trabajo en la Comunidad— queda poco, ya que salvo el párrafo tercero del apartado segundo, el resto incorpora el art.2 del Acuerdo anexo al Protocolo sobre política social del que eran parte todos los Estados miembros salvo el Reino Unido y que el mismo Tratado de Amsterdam ha derogado.

40. Son las Comunicaciones COM (91) 1855 final. Bruselas, 23 de octubre de 1991 y COM (94) 23 final. Bruselas, 23 de febrero de 1994.



3.1.3. *El Parlamento Europeo*

Aunque el Parlamento Europeo carece de capacidad de iniciativa normativa, fruto del Tratado de Maastricht se introdujo el art. 138B del TCE –actual art. 192 tras la reenumeración– en el que se positivó el derecho de petición, del que *ya se había autodotado* esta institución⁴¹. En ejercicio de este derecho, el PE «podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera elaboración de un acto comunitario para la aplicación del presente Tratado». Para que esta petición pueda prosperar es necesaria su justificación en virtud del principio de subsidiariedad⁴². El PE, adoptando como fundamento el artículo 138B del TCE –puesto que los actos que se refieren son anteriores al Tratado de Amsterdam– se ha ocupado tanto de las cuestiones relacionadas con la inmigración de nacionales de terceros países, como de las medidas integradoras en la sociedad de acogida. A través de estas resoluciones no sólo ha solicitado reiteradamente –y durante un considerable período de tiempo–, la regulación de la integración del inmigrante, sino también ha indicado los principios en rectores de esta regulación⁴³.

Después de la entrada en vigor del TUE, el PE multiplicó sus esfuerzos. Se ha preocupado por el diseño de una política de inmigración seria y real, ha continuado el camino emprendido y «convencido de que sólo se puede realizar la Europa de los ciudadanos si se integran en la política de la Comunidad también a los más de ocho millones de trabajadores migrantes que viven en

41. Véase MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ... op. cit.*, p. 181.

42. Según dispone el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los procedimientos para la aplicación del principio de subsidiariedad, de 25 de octubre de 1993. Véase en DíEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario europeo ...op. cit.*, p. 35.

43. Existen múltiples resoluciones del Parlamento Europeo relacionadas con la inmigración, a título de ejemplo –y entre las recientes– podemos citar las siguientes: las de 9 de mayo de 1985 –en D.O.C.E. n° C 141 de 10 de junio de 1985, p. 462–, de 12 de marzo de 1987 –en D.O.C.E. N° C 99, de 13 de abril de 1987, p. 167–, de 14 de febrero de 1989 –en D.O.C.E. N° C 69 de 20 de marzo de 1989, p. 32–, de 15 de marzo de 1989 –en D.O.C.E. N° 96, de 17 de abril de 1989, p. 106–, de 23 de noviembre de 1989 –en D.O.C.E. N° C 323 de 27 de diciembre de 1989, p. 98– o de 15 de marzo de 1990 –en D.O.C.E. n° C 96, de 17 de abril de 1990, p. 274–, de 18 de noviembre de 1992 –en D.O.C.E. N° C 337, de 21 de diciembre de 1992, p. 94–; de 15 de julio de 1993 –D.O.C.E. N° C 255 de 29 de septiembre 1993, p. 184–.



ella legalmente desde hace varias generaciones»⁴⁴, y ha indicado los problemas institucionales que considera relevantes a estos efectos. La resolución de 18 de noviembre de 1992, sobre la política europea de inmigración resulta muy significativa en este punto, puesto que en ella el PE deplora precisamente la inexistencia de esta política europea⁴⁵. Además, señala la falta de coherencia de la UE que no resuelve este importante problema suscitado en el territorio comunitario, al que los Estados miembros se muestran incapaces de responder de manera uniforme. Esta situación es un riesgo, indirectamente permitido con el mantenimiento de este ámbito material en el plano intergubernamental.

En la resolución de 20 de septiembre de 1993 sobre la política europea de inmigración, el PE «lamenta que los ministros no tengan en cuenta en absoluto los puntos de vista constructivos del Parlamento Europeo» formulados en resoluciones anteriores⁴⁶. Además, no considera oportuna la participación de la Comisión en el grupo *ad hoc* de inmigración, puesto que con ello «avala de forma indirecta las decisiones intergubernamentales y crea un desequilibrio inaceptable dentro del diálogo interinstitucional». También solicita a la Comisión la elaboración de las directivas necesarias para regular los ámbitos específicos directamente relacionados con la integración del inmigrante en la sociedad de acogida, como la reagrupación familiar, el acceso al empleo o la formación profesional.

La última de las resoluciones que mencionaremos en este punto es la relativa a la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de inmigración y derecho de asilo⁴⁷. En ella, el PE considera necesaria la comunitarización de la inmigración utilizando para ello el instrumento de la *pasarela*, regulado en el art. K.9 del TUE, por lo que «insta a la Comisión» a que formule una propuesta al respecto. Sin embargo, los deseos de esta institución nunca recibieron una respuesta afirmativa.

A las propuestas concretas formuladas por el PE a través de sus resoluciones, nos referiremos en epígrafes posteriores, al estudiar cada uno de los

44. Véase la resolución de 14 de junio de 1990 sobre el Acuerdo de Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados de Grupo *ad hoc* de inmigración, en D.O.C.E. n° C 175, de 16 de julio de 1990, p. 170 y ss.

45. Véase en D.O.C.E. n° C 334, p. 94 y ss.

46. Véase en D.O.C.E. N° C 255, p. 184 y ss..

47. Resolución de 21 de septiembre de 1995, Véase en D.O.C.E. n° C 269, pp. 156-163.



sectores estudiados bajo la denominación genérica de «medidas de integración»⁴⁸.

3.2. *Regímenes especiales*

Los regímenes especiales son los que definen un estatuto jurídico específico aplicable a los nacionales de los Estados que han celebrado un acuerdo con la CE en el que se incorporan disposiciones relativas a este aspecto concreto. No existe un único régimen especial, bien al contrario, podemos encontrar tantos como tratados celebrados con terceros Estados en los que se incluye alguna previsión relativa a eventuales medidas sociales de integración de sus nacionales. Por tanto, la bondad de estos regímenes especiales dependerá del contenido de cada uno de ellos.

Los distintos instrumentos que consideraremos incorporan alguna regulación en materia social. Ello supone la adquisición de un derecho condicionado por parte de los nacionales de terceros países, que deberán trabajar de forma efectiva y hacerlo cumpliendo la legislación vigente⁴⁹. Este último requisito ha de entenderse en un doble sentido, en primer lugar, los inmigrantes deben poseer un permiso de trabajo emitido por la autoridad competente; en segundo lugar, han de contar con un empleo regular (entendido como la adecuación a los ordenamientos nacionales en materia laboral —la existencia de un vínculo contractual válido—) para poder beneficiarse de las prestaciones sociales que les correspondan (cotizando adecuadamente).

El instrumento jurídico al que haremos alusión en este epígrafe es el de los acuerdos mixtos, que combinan los objetivos e intereses comunitarios con otros que permanecen en poder de los Estados miembros. Cuando se van a afectar, fruto de la conclusión de un tratado internacional, tanto competencias comunitarias como estatales, jurídicamente resulta preceptiva una actuación conjunta de la Comunidad y sus Estados miembros, procediendo entonces el recurso a este tipo de acuerdos⁵⁰. Son tratados considerados Derecho derivado y en cuanto tal, forman parte de las estructuras normativas comunitarias.

48. Véase *infra* epígrafe 4.

49. AKANDJI-KOMBÉ, J.F., "Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaire", en *CDE*, 1995, nº 3-4, p. 365.

50. Véase entre otros ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Barcelona 1993, p. 255 y ss.; Díez-Hochleitner, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid,

El efecto jurídico que deriva de los Acuerdos mixtos es un aspecto que en la actualidad no plantea problemas, puesto que el TJCE lo ha clarificado suficientemente en reiterada jurisprudencia⁵¹, así en la Sentencia *Demirel*, señaló que «Una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno»⁵². Por tanto, los acuerdos mixtos podrán tener efecto directo, en función de la incondicionalidad y precisión de su formulación, cuando no requieran la adopción de medidas de desarrollo por los Estados miembros. Además estos acuerdos prevén que los derechos conferidos a sus nacionales podrán ser complementados a través de las decisiones de los respectivos Consejos de Asociación, actos que podrán tener efecto directo con las mismas limitaciones que las recién vistas para las disposiciones de los propios acuerdos⁵³.

Dentro de la categoría de Acuerdos mixtos podemos distinguir dos tipos: 1) acuerdos de asociación, los celebrados con Turquía, Bulgaria, Hungría, Polonia, la República Eslovaca, la República Checa y Rumanía y; 2) acuerdos de cooperación concluidos con Argelia, Marruecos y Túnez. Ambos instrumentos jurídicos encuentran fundamento en el artículo 238 TCE –art. 310 tras la reenumeración–. En realidad nos encontramos ante distintas variantes de un mismo tipo: los acuerdos de asociación. La diferente denominación se debe a

1998, pp. 28-40; GROUX, J. y MANIN, Ph., *Las Comunidades Europeas en el orden internacional*, Bruselas, 1985, p.60 y ss.; ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona 1995, p. 122 y ss.; LOUIS, J-V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, Bruselas, 1991, p. 95 y ss.; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ... op. cit.*, p. 647 y ss.

51. Véase sentencias de 30 de septiembre de 1987 en el asunto 12/86, *Demirel*, en *Rec. CJCE*, p. 3752-3755, párrafos 13-28; de 31 de enero de 1991, en el asunto C-18/90, *Kziber*, en *Rec. TJCE*, I, pp. 225-227, párrafos 15-23; de 20 de abril de 1994, en el asunto C-58/93, *Yousfi*, en *Rec. TJCE*, pp. I, 1368-1369, párrafos 16-19; de 5 de abril de 1995, en el asunto C-103/94, en *Rec. TJCE*, I, p. 736, párrafos 21-24.

52. Véase Sentencia de 30 de septiembre de 1987, en el asunto 12/86, *Demirel*, en *Rec. TJCE* 1987, párrafo 14, p. 3752.

53. Véase las Sentencias de 20 de septiembre de 1990 en el asunto C-192/89, *Sevince*, en *Rec. CJCE*, I, p. 3501-3504, párrafos 13-26; de 16 de diciembre de 1992, en el asunto C-237/91, *Kus*, en *Rec. TJCE* I, p. 6818, párrafo 36; de 5 de octubre de 1994, en el asunto C-355/93, *Eroglu*, en *Rec. TJCE*, I, pp. 5141, párrafo 23; de 10 de septiembre de 1996, en el asunto C-277/94, *Taflan-Met*, en *DOCE* n° C 354, pp. 2-3.



que estos últimos en sentido estricto son los celebrados con Estados que previsiblemente adquirirán el estatuto de miembro a medio plazo, careciendo los acuerdos de cooperación de esta perspectiva de futura adhesión.

Existe un amplio abanico de regímenes especiales desde los que son resultado de los primeros acuerdos celebrados como el de Turquía –que ha sido interpretado y precisado en diversos aspectos por la jurisprudencia del TJCE⁵⁴–, hasta los más recientes, los concluidos con los países de la Europa central y oriental. Sin embargo, ninguno de ellos establece la entrada al territorio comunitario como derecho de los trabajadores nacionales de los Estados contrapartes⁵⁵, tampoco contienen los eventuales requisitos de los que se hace depender –en su caso– dicho acceso, ya que se trata de ámbitos materiales que en el momento de su celebración permanecían como competencia estatal. Los distintos acuerdos de asociación y cooperación celebrados por la CE regulan el tratamiento de los nacionales de terceros Estados mediante cláusulas de grados jurídicos diversos⁵⁶, por lo que los estudiaremos de forma separada.

54. El TJCE, como afirma PEERS, S., "Towards equality: Actual and Potential Rights of third-country nationals in the European Union", en *CMLR*, n° 33, 1996, p.12, ha sido el más importante defensor de los derechos de los nacionales de terceros Estados.

55. La entrada en un Estado distinto del que se es nacional no existe como derecho. Así el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que «2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». El Pacto de Nueva York sobre derechos civiles y políticos reitera esta formulación y añade en su art. 12 que «4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país»

56. CALLOVI, G., "La nouvelle architecture de la Communauté Européenne face à la migration", en *Migrations et minorités ethniques dans l'espace européen*, Bruselas 1993 p.98.

3.2.1. *El Acuerdo con Turquía*⁵⁷

El acuerdo de asociación celebrado entre la Comunidad Europea y Turquía se concluyó en 1963⁵⁸ previendo el eventual acceso de este Estado a la Comunidad⁵⁹. Es el primero de los acuerdos de asociación que incorpora en alguna medida el derecho a la libre circulación de los inmigrantes de un tercer Estado en el territorio comunitario. Así, su art. 12 dispone que las Partes Contratantes desarrollarán la libre circulación de trabajadores adoptando como fundamento para ello las disposiciones del TCE (arts. 48 a 50 –actualmente art. 39 a 41).

También se prevé la creación de un Consejo de Asociación –compuesto por miembros del Gobierno turco y representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad, el Consejo y la Comisión– al que se encomienda la ejecución normativa del contenido de este texto convencional. En cumplimiento de esta tarea, el Consejo de asociación adoptó dos decisiones controvertidas e importantes en relación con las medidas integradoras de los

57. Aunque existen múltiples estudios sobre estos acuerdos Véase por todos MOFFARTS, G. De, "La libre circulation des travailleurs de nationalité turque et des membres de leur famille", en *Revue du droit des étrangers*, n° 33, 1985, p. 50 y ss.; OZAL, T., *La Turquie en Europe*, Plon, 1988. También se estudian estos acuerdos en trabajos relativos a las relaciones entre la Comunidad y los países mediterráneos, por ejemplo en BOHRING, W.R., "Quelques réflexions sur l'émigration des travailleurs du bassin méditerranéen", en *Revue internationale du travail*, 1975, p. 269 y ss.; TOUSCOZ, J. (ed.), *La C.E.E. élargie et la Méditerranée: quelle coopération?*, París 1982.

58. Concretamente es de 12 de septiembre de 1963 y su protocolo adicional de 23 de noviembre de 1970, Véase respectivamente en J.O.C.E. n° L 217 de 1964 y L 293 de 1972. Existe una variada bibliografía en relación con este Acuerdo entre la que cabe destacar: CALLOVI, G., "La nouvelle architecture ... *op. cit.*", p. 91 y ss.; GORTÁZAR ROTAECHE, C., "Los no comunitarios residentes en la Comunidad Europea", en AA.VV. *Alternativas a una política de inmigración. Jornadas organizadas por el Centro Universitario Ramón Carande*, MADRID 1996, p.157 y ss.; JACKSON, D., *Immigration: Law and Practice*, Londres 1996, p. 118 y ss.; LEBEN, CH., "Le Droit International et ... *op. cit.*", p. 47 y ss.; LIROLA DELGADO, M.I., *Libre circulación de personas ...op. cit.*, p. 41 y ss.; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., "Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho Comunitario Europeo", en MARIÑO, F. y otros *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 155 y ss.

59. Previsión cuya concreción parece próxima, toda vez que Turquía ha sido admitida como candidata a la ampliación comunitaria.



trabajadores turcos⁶⁰. La primera de ellas es la decisión n°2/76 de 20 de diciembre de 1976, cuyo artículo 2.1.b) indica que todo trabajador turco empleado regularmente después de cinco años en un Estado miembro de la Comunidad se beneficiará del libre acceso a cualquier actividad de su elección, en el territorio de ese Estado. La segunda, es la decisión n°1/80, reduce a cuatro años el período indicado en la anterior.

En concreto, la Decisión 1/80 (art.6) prevé que —de acuerdo con el derecho interno del Estado miembro de que se trate— todo trabajador turco que goce durante un año de un permiso de trabajo tendrá derecho a su renovación, permitiendo la continuidad respecto del empleador. La permanencia en un empleo legal durante tres años les confiere el derecho a aceptar ofertas para desarrollar el mismo oficio incluso en otra empresa de su elección, debiendo respetarse en este caso el principio de preferencia comunitaria. El transcurso de cuatro años de empleo regular en un Estado miembro le faculta para acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena en ese Estado, sin que se mencione en este punto el principio de preferencia comunitaria. Los trabajadores turcos en la UE disfrutaban de estos derechos cualquiera que sea el título utilizado para la entrada en el Estado miembro de que se trate⁶¹. La única exigencia en este punto es que sean títulos lícitos y adecuados para el fin pretendido, por ejemplo, la reunificación familiar. La misma Decisión 1/80 impone a los Estados miembros la restricción de las condiciones de residencia y empleo de los trabajadores con nacionalidad turca que se encuentren regularmente establecidos en su territorio.

Existe una tercera decisión del Consejo de Asociación relevante en este punto, es la 3/80 de 19 de septiembre de 1980 sobre la aplicación de los esquemas de seguridad social de los Estados Miembros de la CE a los trabajadores turcos y sus familias⁶². Este acto provocó la propuesta por parte de la

60. Son dos decisiones que no han sido oficialmente publicadas, aunque se encuentran en los informes de audiencia en el asunto 192/89 *Sevince*, sentencia de 20 de septiembre de 1990 en *Rec. TJCE*, 1990, p. 3463 y ss..

61. En este sentido se pronunció el TJCE su sentencia de 16 de diciembre de 1992, en el asunto C-237/91 *Kus*, en *Rec. TJCE*, 1, pp. 6781 y ss., donde expresamente indica (p. 6815, parágrafo 26) que el derecho a la renovación se mantiene aunque «haya obtenido un permiso de residencia en el territorio de un Estado miembro para casarse en él con una ciudadana del Estado miembro de que se trate» y «en el momento en que se resuelva su solicitud de renovación, su matrimonio se haya disuelto».

62. Véase en J.O.C.E. n° C, 110 de 25 de abril de 1983, en p. 28 y ss.



Comisión de un reglamento en la que se incorporaba el contenido de la Decisión⁶³.

Por otra parte, ni el Acuerdo celebrado con Turquía ni las Decisiones del Consejo de Asociación establecían cual era la eficacia de sus respectivos contenidos. Esta cuestión fue resuelta por el TJCE que, en 1987, había indicado el efecto directo de las disposiciones de los Acuerdos mixtos⁶⁴ y, dos años más tarde, en 1989, se ampliaría esta afirmación —en algunos aspectos— a las Decisiones del Consejo de Asociación que, gozan del mismo efecto directo⁶⁵ siempre que su formulación —precisa e incondicional— lo permitiera.

En otro orden de consideraciones, la relación entre la residencia y el trabajo regulares resulta doblemente dependiente. Por una parte, se reconoce la primera sólo en función del desarrollo de un empleo legal continuado. Por otra, no puede ejercerse éste en ausencia de una residencia regular. El TJCE ha indicado la complementariedad de ambos aspectos todas las ocasiones que ha tenido que interpretar la decisión 1/80, puesto que su art. 6 sólo contiene ventajas laborales sin mencionar la residencia. Podría plantearse la situación, por tanto, de un trabajador turco que, contando con un empleo legal, viera denegada la prórroga de su título válido de permanencia. En este sentido, el TJCE indicó que «sin derecho de residencia, carecería de eficacia la concesión al trabajador turco, tras un año de trabajo legal, del derecho a la renovación de su permiso de trabajo para el mismo empresario»⁶⁶. Evidentemente, si no se le permite la residencia de nada sirve este último reconocimiento puesto que tácitamente se le está negando la posibilidad de su ejercicio, ya que, en palabras del TJCE «la existencia de tal empleo implica necesariamente el reconocimiento de un derecho de residencia a favor del interesado»⁶⁷. Asimismo, los Estados miembros están obligados a «adoptar las medidas de orden administrativo adecuadas, en su caso para la aplicación de esta disposición, sin

63. Fue sometida por la Comisión al Consejo el 8 de febrero de 1983. Véase en J.O.C.E. n.º C, 110 de 25 de abril de 1983, en p.1 y ss.

64. Véase *supra* epígrafe 2.2.

65. Sentencia de 20 de septiembre de 1990 en el asunto C-129/89, *Sevince* en *Rec. TJCE* I, p. 3461.

66. *Id.* nota anterior, p. 6817, párrafo 30, reiterado en las Sentencias de 5 de octubre de 1994, en el asunto C-355/93, *Eroglu*, en *Rec. TJCE*, I, pp. 5141-2, párrafos 16 a 23; y de 6 de junio de 1995, en el asunto C-434/93 *Bozkurt*, en *Rec. TJCE*, I, p. 1505, párrafo 31.

67. Sentencia de 6 de junio de 1995, en el asunto C-434/93, *Bozkurt*, en *Rec. TJCE*, I, p. 1504, párrafo 31.



concederles la facultad de condicionar o de restringir la aplicación del derecho preciso e incondicional que la misma reconoce a los trabajadores turcos»⁶⁸.

Este derecho de residencia ampara al trabajador incluso en los supuestos de interrupción de la prestación laboral –períodos vacacionales, maternidad, enfermedad...–, pero debido a la relación –dependiente– establecida entre su permanencia en el territorio comunitario y el ejercicio de un empleo legal, no podrá ejercer aquél cuando «hayan abandonado definitivamente el mercado de trabajo de un Estado miembro». Lo anterior supone que, al trabajador se le niega la posibilidad de permanecer en el Estado en el que ha prestado su capacidad laboral, en situaciones tales como la invalidez permanente o la jubilación –que no se encuentran reguladas en la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación–, debiendo, en consecuencia, regresar al país del que es nacional⁶⁹.

También, según el TJCE, de cumplirse los requisitos legalmente establecidos para renovar un «título legal de residencia» deberá procederse a ésta aunque los motivos que causaron su concesión hayan variado⁷⁰. Así lo estableció en el asunto *Kus*, en el que se enfrentaba a una demanda de prórroga de residencia denegada a un nacional turco divorciado de una ciudadana alemana, cuando tal título se le había concedido y renovado precisamente en consideración al matrimonio contraído. Después de tres años casados el tribunal competente declara el divorcio con efecto de cosa juzgada. Unos meses más tarde el Sr. Kus solicita la renovación de su permiso de residencia que se resuelve negativamente. El TJCE en esta sentencia declara que si ha trabajado válidamente «durante más de un año para el mismo empresario ... tiene derecho a la renovación de su permiso de trabajo con arreglo a dicha norma, por más que en el momento en que se resuelva su solicitud de renovación, su matrimonio se haya disuelto»⁷¹, pudiendo ampararse en el art. 6.1. de la Decisión 1/80 para «además de la prórroga del permiso de trabajo, obtener la del permiso de residencia»⁷².

68. Véase la Sentencia de 16 de diciembre de 1992, en el asunto C-237/91 *Kus*, en *Rec. TJCE*, I, p. 6817, parágrafo 31 y Sentencia de 20 de septiembre de 1990 en el asunto C-192/89, *Sevince*, en *Rec. TJCE*, I, p. 3503, parágrafo 22.

69. *Id.* nota nº 61, p. 1504 y ss., párrafos 32-42.

70. Véase la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1992, en el asunto C-237/91 *Kus*, en *Rec. TJCE*, I, pp. 6814, parágrafo 22.

71. *Id.* nota anterior, p. 6815, parágrafo 26.

72. *Ibid.* p. 6818, parágrafo 36.

3.2.2. *Los acuerdos con los países del Magreb*⁷³

Los Acuerdos concluidos en 1976 con Túnez, Argelia y Marruecos carecen de referencia alguna al derecho de libre circulación de sus nacionales por territorio comunitario⁷⁴. Se limitan —en los aspectos que nos interesan— a proclamar bajo condición de reciprocidad la igualdad de trato de trabajadores regularmente establecidos en territorio comunitario y sus familiares que residan con ellos en relación al de los nacionales del Estado en el que desarrollan su actividad. No se trata de una igualdad de trato con una formulación general, sino limitada a los aspectos que expresamente se indican: condiciones de trabajo, remuneración y seguridad social —arts. 40 y 41.1 del acuerdo con Marruecos⁷⁵, arts. 39 y 40.1 Túnez y arts. 38 y 39.1 Argelia—. Este último aspecto —la seguridad social— resulta igualmente aplicable a los trabajadores turcos en virtud de la decisión 3/80 del Consejo de asociación aunque en esta ocasión, a diferencia de los anteriores, no se somete a condición de reciprocidad⁷⁶.

Los acuerdos celebrados con los países del Magreb prevén distintas medidas sociales de interés que suponen la aplicación y el desarrollo del principio de igualdad de trato en el ámbito de las prestaciones sociales. En este sentido, proclaman el cómputo global —la totalización— de los segmentos temporales

73. Véase BOUDAHRIN, A., "Les principales orientations des accords bilatéraux de main d'oeuvre au Maroc", en *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n°1, 1980, p. 134 y ss., del mismo autor "A propos de la main-d'oeuvre marocaine et de son accueil dans le Marché commun", en *RMC*, 1971, p. 185 y ss.; ENNACEUR, M., "Les migrations euro-maghrébines et la politique méditerranéenne de la CEE", en *Études internationales*, 1986/04, n°21, p. 16 y ss.; MELLAH, F., "Le volet «main d'oeuvre» du nouvel accord Maroc-CEE, dans le cadre de la politique sociale communautaire relative aux travailleurs migrants", en *Les relations du Maroc et de la CEE*, Buselas 1977, p. 117 y ss.; MEZDOUR, S., "L'émigration maghrébiene en Europe (pssé, présent, avenir)", en *RMCUE*, n° 366, 1993, p. 237 y ss.; NABLI, M. (ed.), *Coopération CEE-Maghreb*, Túnez, 1981; NADIFI, A., "Le statut juridique des travailleurs maghrébins résidant dans la CEE", en *RMC*, 1989, N°237, p. 289 y ss..

74 Los textos de estos acuerdos que se publicaron el mismo día —27 de septiembre de 1978— v. en J.O.C.E. —Túnez—n° L 265, p. 1, —Argelia— J.O.C.E. n° L 263 —Marruecos— n° L 264, p.1.

75 En breve el acuerdo con Marruecos será sustituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra. El proyecto del mismo fue objeto de un dictamen favorable del Parlamento Europeo el 6 de junio de 1996. Véase en DOCE n° C 181, p. 15.

76. Véase *supra* Decisión 3/80.



cuertos en distintos Estados miembros relativos a la seguridad social, trabajo o residencia –arts. 40.2 (Marruecos), 39.2 (Túnez) y 41.2 (Argelia)– en beneficio del trabajador. También encuentra fundamento en estos Acuerdos la posibilidad de transferir distintas prestaciones sociales a los respectivos países de origen, con lo que se admite su percepción en el Estado del que es nacional (sólo en este y en ningún otro) cuando se hubiera cotizado por ellas en el territorio comunitario –arts. 40.4 (Marruecos), 39.4 (Túnez) y 41.4 (Argelia)–. Asimismo, amparan la concesión de prestaciones familiares a miembros de la familia del trabajador migrante que se encuentren en territorio comunitario –arts. 40.3 (Marruecos), 39.3 (Túnez) y 41.3 (Argelia)–, quedando excluidos de este beneficio los familiares –con independencia del grado de parentesco– que permanezcan en un país tercero.

Por otra parte, la celebración de estos acuerdos de cooperación no es causa de terminación de los tratados bilaterales que eventualmente hubieran concluido los Estados miembros de la UE y los países magrebíes de referencia, por el contrario, todos ellos prevén la aplicación del texto que incorpore el régimen más favorable para el trabajador magrebí –arts. 41 (Marruecos), 42 (Túnez) y 43 (Argelia)–.

La regulación contenida en los acuerdos de cooperación con el Magreb ha sido interpretada en distintas ocasiones por el TJCE. La jurisprudencia del Tribunal ha mantenido reiteradamente que las disposiciones relativas a la seguridad social (art. 41 del Acuerdo con Marruecos, art. 40 Túnez y art. 39 Argelia) impiden que un Estado miembro se ampare en la nacionalidad de los eventuales beneficiarios de pensiones de viudedad⁷⁷, incapacidad o prestaciones temporales por desempleo para negarles la concesión de las mismas⁷⁸.

77. Véase las sentencias de 3 de octubre de 1996 en el asunto C-126/95 *Hallouzi-Choho*, en DOCE, nº C 354, p. 11 y la de 5 de abril de 1995, en el asunto C-103/94, *Krid*, en *Rec. TJCE*, I, pp. 737-740, parágrafos 25-41.

78. Véase respectivamente las Sentencias de 20 de abril de 1994, en el asunto C-58/93, *Yousfi*, en *Rec. TJCE*, I-1372, parágrafo 29 y de 31 de enero de 1991, en el asunto C-18/90, *Kziber*, en *Rec. TJCE*, I, p. 228, parágrafo 29.



3.2.3. *Acuerdos celebrados con algunos países de la Europa central y Oriental*⁷⁹

La Comunidad Europea celebró en 1991 acuerdos europeos de asociación con Hungría, Polonia⁸⁰ y Checoslovaquia –firmados todos ellos el 16 de diciembre de 1991⁸¹–, y en 1994 con Rumanía, Bulgaria, la República Checa y la Eslovaca⁸². Entre ellos se observan múltiples identidades: Así, todos

79. Existe múltiple bibliografía en relación con estos acuerdos. Véase entre ella BENVON, F.S., "Les accords européens avec la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie", en *RMUE* 2/1992, p. 25 y ss.; LIROLA DELGADO, M.I., "Las relaciones entre la Unión Europea y los Países de Europa Central y Oriental: Los acuerdos Europeos en el marco de la ampliación de la Unión Europea", en *RIE* 1995, n°1, vol. 22, p. 71 y ss.; LUCRON, C.P., "Contenu et portée des accords entre la Communauté et la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie", en *RMC*, 1992, n° 359, p. 573; MARESCEAU, M., "Les accords européens: analyse générale", en *RMCUE*, 1993, n°369, p. 507; MARESCEAU, M., MONTAGUTI, E., "The Relations between the EU & Central & Eastern Europe: a legal Appraisal", en *CMLR* 32 (1995), p. 1327 y ss.; PIONTEK, E., "Europe Agreement EEC- Poland (Legal Concept of a Scheme)", 19 *PYIL* (1991-92), p. 133 y ss; SERRE, F. De la, "L'élargissement aux PECO: quelle différenciation", en *RMCUE* 1996, n°402, p. 642 y ss.; STYSIRISKI, S., "Agreement on Association of Poland with European Communities (Legal and Economic Issues)", 19 *PYIL* (1991-92), p. 179 y ss; TOLEDANO LAREDO, A., "L'Union Européenne, l'ex-Union Soviétique et les pays de l'Europe Centrale et Orientale: Un aperçu de leurs accords", en *CDE*, 1994, n° 5-6, p. 543 y ss..

80. Véase en DOCE n° L 347, p. 1 (Hungría), L 348, p. 3 (Polonia), de 31 de diciembre de 1993.

81. El 16 de diciembre de 1991, Checoslovaquia celebró un acuerdo de asociación con la Comunidad Europea y sus Estados miembros. Este texto convencional no entró en vigor antes de la disolución de Checoslovaquia por ausencia de ratificación. Se planteaban entonces dos posibilidades, una primera, el mantenimiento del acuerdo concluido con Checoslovaquia, en aplicación del art. 37 de la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados en relación con dos nuevos Estados –la República Checa y la República Eslovaca–; una segunda, la negociación de nuevos acuerdos separados –idénticos por otra parte– con las dos nuevas repúblicas ex-checoslovacas. La opción acogida finalmente resultó ser ésta última, ya que la primera planteaba dificultades de carácter técnico, como las relativas a la división de las cuotas de exportación, entre otras. Es por eso por lo que se citan dos fechas distintas: en primer lugar la de celebración del acuerdo con Checoslovaquia que nunca entró en vigor y los subsiguientes acuerdos separados. Véase en GLINDOVA, N., "State Succession in respect of Treaties Slovak Republic", Bratislava 15 de abril de 1996, no publicado, p. 14 y en MIKULKA, V., "State Succession in respect of Treaties Czech Republic", Praga, febrero 1996. No publicado, p. 11.

82. DOCE n° L 357, p. 1 (Rumanía), L 358, p. 3 (Bulgaria), L 359, p. 3 (Eslovaquia) y L 360 (República Checa), de 31 de diciembre de 1994, p. 3.



responden a un mismo modelo formal, contemplan la igualdad de trato en el ámbito social bajo régimen de reciprocidad, y se establecen el principio de aplicación del régimen más favorable, en el supuesto de que existieran acuerdos bilaterales con los Estados miembros de la Comunidad Europea, de modo que, igual que vimos en el epígrafe anterior, la conclusión de aquéllos de asociación no serían causa de terminación de éstos.

En otro orden de consideraciones, todos los acuerdos recién indicados prevén la creación de un Consejo de Asociación que utilizaría como instrumento jurídico para el desarrollo de sus funciones la recomendación. Dentro de ellas y entre otras, se le encomienda la tarea de considerar la mejora de la circulación de trabajadores, debiendo respetar distintas limitaciones que los propios Acuerdos insertan, en primer lugar, se tendrán «en cuenta especialmente la situación social y económica» del Estado contraparte en el Acuerdo concreto, como «la situación del empleo en la Comunidad Europea»⁸³.

La mejora de las condiciones de la circulación de trabajadores —que no hemos de entender como sinónimo del derecho a la libre circulación dado que estos Acuerdos no lo contemplan de este modo— se hace depender de la situación económica de las dos partes en el Tratado. Por tanto, para proceder a ella, deberán ser positivos todos los parámetros de referencia. Sin embargo, aunque expresamente no se mencione, la lógica nos indica que el fundamental será el segundo, que la ampliación de esas posibilidades de circulación resulten favorables para la UE y lo serán cuando la citada mejora beneficie «la situación del empleo en la Comunidad Europea». Sin duda, entre los factores que han contribuido a establecer esas limitaciones a la libre circulación en el contexto de los citados acuerdos debemos destacar —como indica P. STANGOS— los problemas específicos que plantean los flujos incesantes de inmigración procedente de la Europa central que tienen como destino el territorio comunitario⁸⁴.

Estos acuerdos incorporan cláusulas relativas a la igualdad de trato respecto de los nacionales comunitarios. Por este motivo, desde la entrada en vigor de estos textos, la discriminación por razón de nacionalidad en cuestiones sociales tales como las «condiciones de trabajo, remuneración o

83. Véase el art. 42 del Acuerdo con Hungría; art. 43 del acuerdo con Rumanía, con Bulgaria y con las Repúblicas Eslovaca y Checa; art. 42 con Polonia, todos ellos poseen idéntica redacción.

84. Véase STANGOS, P., "Les ressortissants ... *op. cit.*, p. 310.



despido comparados con los nacionales»⁸⁵, está prohibida entre trabajadores comunitarios y no comunitarios –siempre que éstos últimos puedan considerarse trabajadores legales–.

En cuanto a las disposiciones en materia de reunificación familiar, todos ellos prevén la posibilidad de acceso tanto del cónyuge como de los hijos del trabajador regular al mercado laboral por el período de validez que tenga el título de residencia del migrante del que dependen⁸⁶. Las restantes previsiones sociales señaladas en relación con los acuerdos magrebíes se encuentran igualmente en los celebrados con algunos países de la Europa Central y Oriental, añadiendo a ellas una novedad ya comentada: contemplan la posibilidad de que los respectivos Consejos de Asociación estudien conceder mejoras a los trabajadores procedentes de estos países, entre ellas, las «facilidades de acceso a la formación profesional»⁸⁷.

Además, el acuerdo con Polonia presenta un rasgo peculiar, ya que los Estados miembros se comprometen a considerar la posibilidad de conceder permisos de trabajo a los nacionales polacos que cuenten con un título válido de residencia, salvo a aquellos que hubieren accedido al territorio comunitario como turistas o visitantes. Es por tanto, un compromiso muy leve, puesto que se reduce a la obligación de estudio, pero en el contexto restrictivo en el que nos movemos, resulta un contenido novedoso en relación con los demás⁸⁸.

85. Véase arts. 37 de los acuerdos con Polonia y Hungría, art. 38 de los acuerdos con Rumanía, Bulgaria, Eslovaquia y la República Checa.

86. En los arts. 38 de los acuerdos con Eslovaquia, la República Checa, Rumanía y Bulgaria y art. 37 de los celebrados con Polonia y Hungría.

87. Art. 42.2 de todos ellos.

88. Véase el art. 41.3 del Acuerdo con Polonia.



3.2.4. *Un régimen especialmente privilegiado: el acuerdo EEE*⁸⁹

El Acuerdo de 1992 por el que se crea el Espacio Económico Europeo es un Acuerdo de Asociación. En cuanto tal –igual que los restantes de su misma tipología–, forma parte de la estructura normativa de la Comunidad Europea y goza de efecto directo. En este caso nos encontramos ante un texto muy ambicioso que responde a la idea formulada por la Comisión en 1989, acerca de la necesidad de buscar un nuevo modelo de asociación comunitaria⁹⁰.

Este acuerdo, igual que los vistos en el epígrafe anterior, por ser los más recientes, no han sido aún interpretados por la jurisprudencia del TJCE, aunque el Tribunal sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre distintos aspectos relativos al Acuerdo EEE, a través de dos Dictámenes: el 1/91 de 14 de diciembre de 1991 y el 1/92 de 10 de abril de 1992. En el primero, el TJCE afirmaba la incompatibilidad del Acuerdo EEE con el TCE, aspecto acerca del cual dudaba la Comisión, al estimar que el mecanismo de control jurisdiccional establecido por este texto no resulta adecuado al TCE⁹¹. Además, el TJCE señaló la diferente naturaleza que poseían el TCE y el Acuerdo EEE. El instrumento indicado en último lugar tiene por objeto –como indica M.P. LANFRANCHI–, procurar una extensión personal de las libertades previstas en el primero, para incluir a los nacionales de la AELC dentro del ámbito de aplicación del primero, dada la identidad en la redacción de algunos de sus preceptos⁹². En el Dictamen 1/92, el TJCE afirma la compatibilidad entre ambos textos, una vez modificado el Acuerdo EEE, fruto de las negociaciones celebradas como consecuencia del Dictamen anterior⁹³.

En cuanto a su contenido, el Acuerdo EEE comienza estableciendo –en su artículo primero– la libre circulación de bienes, personas, servicios y

89. Véase entre otros FRISCH, G.J., y MEYER, C.A., "Le traité sur l'espace économique européen, cadre juridique d'une «europe du deuxième siècle»", en *RMCUE*, 1992, nº360, p. 596 y ss. y LIPPENS DE CERF, J. y ARACHTINGI, H., "Présentation générale de l'accord sur l'Espace économique européen", en *Revue des affaires européennes*, 1992, nº4, pp. 23-42. Sobre los dictámenes del TJCE, Véase AUVRET-FINCK, J., "Les avis 1/91 et 1/92 relatifs au projet d'accord sur la création de l'espace économique européen", en *CDE*, 1993, nº 1/2, p. 38 y ss..

90. Véase en *Boletín CE*, suplemento 1/89, p. 19.

91. Véase en *Rec. TJCE* I p. 6079 y ss..

92. LANFRANCHI, M.P., *Droit Communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté Européenne*, Paris, 1994, p. 106.

93. Véase en *Rec. TJCE*, I, p. 2821 y ss.

capitales entre otros. Incorpora, además, un desarrollo gradual del derecho a desempeñar una actividad económica. Por otra parte, es el único acuerdo que establece de forma incondicionada la libre circulación de trabajadores nacionales de un país tercero, así su art. 28.1 proclama «quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores entre los Estados miembros de las CE y los Estados de la AELC»⁹⁴.

Éste es, sin duda, el acuerdo de Asociación más ventajoso para los nacionales no comunitarios. En él se reconoce, entre otros, la residencia permanente como un derecho predicable de los nacionales de los Estados que conforman el EEE. A pesar de la valoración positiva que merece el reconocimiento indicado, hemos de señalar que tras esa formulación los perfiles del derecho de residencia permanente se difuminan por cuanto el Acuerdo remite las cuestiones relativas a la regulación del mismo a las respectivas legislaciones nacionales.

En su articulado (art.4) se incluye también, igual que los acuerdos vistos en epígrafes anteriores, la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad «en la medida necesaria para alcanzar los objetivos del presente acuerdo». No se establecen, por tanto ámbitos concretos de aplicación, sino el más general que es una manifestación del principio *pacta sunt servanda* (art. 18 de la CV69). En este sentido debemos resaltar que sólo se prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad cuando con ello se impida el logro de los «objetivos del presente acuerdo», permitiéndose tácitamente todas las distinciones que no se consideren necesarias para conseguir aquéllos fines.

Además, algunos preceptos –los relativos a la libre circulación de trabajadores y auto-empleadores (arts. 28-30) derecho de establecimiento (arts. 31-35) y servicios (arts. 36-39)– se encuentran redactados en términos idénticos o cuando menos muy similares tanto a los del TCE como a las disposiciones relevantes de Reglamentos y Directivas que regulan estas libertades para los nacionales comunitarios. El mismo texto convencional dispone que su contenido deberá interpretarse de acuerdo con los principios de derecho comunitario –originario o derivado– o de la jurisprudencia del TJCE (arts. 6 y 7), al objeto de garantizar una interpretación acorde con la normativa comunitaria. El TJCE en su Dictamen 1/91 entendió que la reiterada identidad en la formulación no implica necesariamente la homogeneidad interpretativa de los preceptos que se encuentran en cuerpos normativos diferentes, al decir que «la homogeneidad de

94. A las disposiciones incluidas en la Parte III del Acuerdo, relativo a la libre circulación de personas, servicios y capitales, se añaden las del Anexo V en el que se regula de forma específica este ámbito material.



las normas jurídicas en la totalidad del Espacio EE no queda garantizada por la identidad del contenido o de redacción de las disposiciones de Derecho comunitario y de las disposiciones correspondientes del Acuerdo»⁹⁵.

Como indicamos antes, a consecuencia del Dictamen 1/91 se renegó el Acuerdo para hacerlo compatible con el TCE. El art. 105 de este texto reconoce al Comité Mixto como garante de la interpretación homogénea del mismo. El TJCE en su Dictamen 1/92 establece que esta competencia atribuida al Comité Mixto sólo resultará compatible con el TCE en la medida en que las resoluciones del TJCE le sean vinculantes. La deseada interpretación unívoca se asegura además confiriendo competencias al TJCE para conocer de las divergencias jurisprudenciales que pudieran apreciarse entre los dos Tribunales –el TJCE y el Tribunal AELC–. La interpretación realizada a estos efectos por el TJCE tendrá efectos vinculantes tanto para las Partes Contratantes como para el Comité Mixto (*ex art. 105.3 del Acuerdo EEE*)⁹⁶.

El Acuerdo también prevé la aplicación a los nacionales de la AELC de unos actos jurídicos concretos dirigidos a los trabajadores migrantes nacionales de alguno de los Estados miembros, con la intención de equiparar en mayor medida su estatuto jurídico a los comunitarios. Se trata, en concreto, de las directivas 64/221 –orden público, seguridad y sanidad públicas– 68/360 –abolición de restricciones de movimiento y residencia–, 72/194 –trabajadores que permanecen en un Estado tras perder el empleo– y 77/486 –educación de los hijos de los trabajadores migrantes–. Adaptaciones similares a éstas se formulan respecto del derecho de establecimiento y de prestación de servicios, incluidas las previsiones de residencia de los trabajadores que hubieran dejado de ejercer su actividad profesional, y de los estudiantes –directivas 90/364, 90/365 y 90/366 reemplazada por la 93/96–⁹⁷.

95. Véase párrafo 22 del Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, en *Rec. TJCE*, I, p. 6079 y ss.

96. Véase párrafos 17-36 del Dictamen 1/92, de 10 de abril de 1992, en *Rec. TJCE*, I, p. 2821 y ss.

97 Además este acuerdo ha sufrido una modificación en su alcance material, fruto de las Decisiones del Comité Mixto del EEE n° 1/96 de 26 enero de 1996 y n° 33/96 de 26 de enero de 1996, en virtud de las cuales resultan aplicables a estos trabajadores no comunitarios la Decisión n° 156, de 7 de abril de 1995, relativa a las normas de prioridad en materia de derechos al seguro de enfermedad y maternidad aprobada por la Comisión administrativa de las Comunidades Europeas para la seguridad social de los trabajadores emigrantes y la Directiva 95/30/CE de la Comisión, de 30 de junio de 1995, ambas relativas a la política social (DOCE N° L 90, de 11 de abril de 1996, p. 38).



De lo anterior se desprende que los requisitos que deben cumplir los nacionales del EEE para la obtención de las preceptivas autorizaciones para residir o trabajar en territorio UE son los establecidos por estos actos jurídicos para los migrantes comunitarios. Como refuerzo de esta opinión, la Acción común del Consejo sobre modelo uniforme de permiso de residencia⁹⁸, restringe su ámbito personal de aplicación a los nacionales no comunitarios, excluyendo expresamente de éste a los nacionales de los Estados miembros de la AELC y a sus familiares. Aunque la Acción Común no es el fundamento jurídico que esta excepción –derivada del propio Acuerdo sobre el EEE–, tiene utilidad ya que aporta precisión y claridad a aquéllos y evita las posibles interpretaciones interesadas que pudieran realizarse en su ausencia.

En último lugar, es necesario indicar la reducción considerable en el ámbito de aplicación personal del Acuerdo como consecuencia de la última ampliación comunitaria. De este régimen se beneficiaban antes de 1994 los nacionales suecos, austriacos y finlandeses, actualmente ciudadanos comunitarios. En estos momentos resulta personalmente aplicable tan sólo a los nacionales de Liechtenstein, Noruega e Islandia.

4. INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES DE TERCEROS PAISES⁹⁹

Como se ha indicado en reiteradas ocasiones, la Comunidad Europea carece de una política de inmigración y por extensión, de integración del inmigrante en la sociedad de acogida, al ser ésta una de las vertientes –la más olvidada– de aquélla¹⁰⁰. Ello a pesar de que en 1976 el Consejo, en su reso-

98. Véase *infra* epígrafe 4.2.1.

99. La integración del inmigrante en la sociedad de acogida, el acceso al empleo y reunificación familiar sólo están previstas para inmigrantes en situación regular no para el resto, que si desean beneficiarse de ellas, deberán previamente pasar por la difícil tarea –a veces imposible– de la *regularización* de su situación.

100. Dentro de los Estados miembros existe una distribución competencial diversa entre los Estados centralizados y los que no lo son. En este último supuesto el aspecto integrador del inmigrante puede encontrarse –como ocurre en el caso español– *ad. Ex.149.1* CE atribuido a los entes territoriales menores. Las Comunidades Autónomas tienen diferentes planes de integración social de los inmigrantes con diversos procedimientos y aunque no fuera así, al hablar de integración nos referimos a aspectos educativos, sanitarios, etc... cuya regulación específica carece de sentido, debiendo por tanto adoptarse las decisiones en este



lución relativa a un programa de acción en favor de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias¹⁰¹, señalaba el interés comunitario por «el logro de la igualdad de trato en materia de condiciones de vida y de trabajo, de salarios y de derechos económicos, en favor de los trabajadores nacionales de terceros Estados y de los miembros de sus familias que residan legalmente en los Estados miembros». Años más tarde, esta misma institución en su resolución de 16 de julio de 1985 sobre orientaciones para una política comunitaria de migración entendía que, dado el carácter permanente de migrantes procedentes de terceros países, resultaba necesario desarrollar una política comunitaria de integración en la sociedad que les acogía. Sin embargo, la inmigración permanecía sometida a competencia estatal, con la salvedad de los aspectos regulados en los acuerdos celebrados por la Comunidad con terceros países.

Por otra parte, los problemas a los que deben enfrentarse los inmigrantes en la sociedad de acogida son múltiples y han recibido una respuesta dispar en el territorio comunitario. Estos aspectos se concentran fundamentalmente en dos frentes: por una parte, su desventaja en el acceso al mercado laboral; por otra, deben, en muchas ocasiones, convivir con sectores de la sociedad que les muestran una actitud hostil. Los primeros, los obstáculos planteados por el mercado laboral, derivan del principio de preferencia comunitaria, que supone un evidente trato discriminatorio. Sin embargo, aunque este principio no existiera, los trabajadores no comunitarios deben superar otras barreras que les impiden o cuando menos dificultan seriamente el acceso al mercado laboral: la formación insuficiente, la falta de convalidación de los títulos obtenidos en el país de origen, el desconocimiento o escaso conocimiento del idioma etc.¹⁰². El segundo grupo de problemas aludidos, los derivados de la hostilidad social, están íntimamente relacionados con la discriminación por razón de nacionalidad, color, religión, raza u origen étnico. En definitiva, nos encontramos

ámbito concreto de modo genérico para todos los ciudadanos con independencia de que sean nacionales o extranjeros.

101 Véase en D.O.C.E., nº C 34, de 14 de febrero de 1976.

102. Como indica ZEGERS DE BEIJL, R., "Medidas para fomentar la integración en el Mercado de trabajo. Medidas legales contra la discriminación: necesarias pero no suficientes" en *Seminario Inmigración, empleo e integración social*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 10-14 de julio de 1995, p. 1, si bien formalmente no existe la discriminación laboral «la evidencia sugiere que a la hora de solicitar un puesto los inmigrantes poseen menos oportunidades que los trabajadores del país de acogida igualmente cualificados ... Es bastante demostrada la preferencia de los empresarios por los solicitantes nacionales». La afirmación anterior es válida a menos que su trato sea peor.



ante una situación conflictual cuya solución no se consigue sólo con la adopción de medidas legislativas, sino con una política pedagógica seria, concebida tanto para facilitar la integración del inmigrante como para favorecer la receptividad de los miembros de la sociedad de acogida.

Las medidas tendentes a la integración del inmigrante son fundamentales, puesto que sirven para diseñar el tipo de sociedad que estamos construyendo: una única sociedad culturalmente diversa o, por el contrario, la suma de distintos grupos aislados, divididos en categorías, de modo que tengamos ciudadanos de distintas clases en función de los derechos que se confieran a cada uno de estos grupos. En todo caso, si optamos por el primer modelo indicado –que es, por otra parte, el más deseable, aunque pueda parecer utópico a la vista de los acontecimientos xenófobos que se producen todos los días en nuestras ciudades– las medidas integradoras no pueden ir destinadas únicamente al nacional del tercer Estado, sino que, como indicaba la Comisión en 1985, no se deben esperar los esfuerzos individuales del inmigrante para conseguir la finalidad perseguida. Bien al contrario, la integración real deberá ser fruto de la actuación en dos frentes: en relación tanto con la población autóctona como con los propios inmigrantes¹⁰³. Respecto del primer grupo indicado –la población autóctona– es necesario adoptar medidas pedagógicas tendentes a prevenir y/o erradicar todo tipo de actitudes xenófobas¹⁰⁴. Cuando en el Estado de residencia se entienda que los inmigrantes suponen un factor con un evidente interés económico, cultural, etc. , enriquecedor, al fin y al cabo, facilitará su integración total y eficaz. En cuanto al segundo grupo apuntado –los propios inmigrantes– se debe permitir su participación en distintos aspectos de la sociedad de acogida, si forman parte de ella deben poder ejercer la mayor parte de los derechos de los que gozan las personas originarias del

103. Véase en "Orientaciones para una política comunitaria de las migraciones" de 7 de marzo de 1985.

104. Se ha intentado lograr este objetivo a través de diversos actos comunitarios, así la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo, de 5 de octubre de 1995, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y los asuntos sociales, en D.O.C.E. n° C 296, de 10 de noviembre de 1995, la Resolución del Consejo de la Unión Europea y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 23 de octubre de 1995, sobre la respuesta de los sistemas educativos a los problemas del racismo y la xenofobia, en D.O.C.E. n° C 312, de 23 de noviembre de 1995 o la Acción Común de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, en D.O.C.E. n° , 185, de 24 de julio de 1996.



Estado de residencia¹⁰⁵. Esa es la finalidad de la integración que los extranjeros, a pesar de seguir siéndolo –si así lo desean–, gocen de un estatuto jurídico semejante al de los nacionales.

Los Estados miembros de la UE son conscientes de la necesidad integradora y utilizan en su legislación un criterio determinante: el de la residencia legal. En este sentido es preceptivo instaurar un sistema jurídico-administrativo adecuado a las necesidades de la población emigrada. Objetivo éste que no siempre se consigue, puesto que los trámites burocráticos perfilados en las legislaciones nacionales, en ocasiones, pueden colocar al margen de la ley a inmigrantes que se habían mantenido siempre dentro de la más escrupulosa legalidad¹⁰⁶.

En la actualidad el porcentaje de trabajadores migrantes no comunitarios –legales– se ha incrementado de forma considerable, como para hacer necesario el estudio global de todas las vertientes problemáticas que presenta la ausencia de una política de inmigración en la que han de incluirse las medidas integradoras de los inmigrantes no comunitarios. Según la Comunicación de

105. Parece fundamental la posibilidad de ejercicio del derecho de voto. Sería una forma de introducir en los esquemas políticos el interés por la integración de un grupo de potenciales votantes y, por tanto, la voluntad política para promover el citado efecto. Además, si lo que pretendemos es construir una única sociedad con personas de diversos orígenes, debemos darles a todos sus componentes, con independencia de su nacionalidad, la posibilidad de decidir acerca del futuro de la misma.

106. Incluso encontramos casos en los que los inmigrantes que pueden regularizar su situación –gracias a la contingenciación– no lo hacen porque los trámites burocráticos se lo impiden. En EL PAÍS de 15 de febrero de 1999, nº 1018, se daba noticia de diferentes situaciones que entran dentro de esta categoría. Se indicaba, por ejemplo, que el Gobierno autorizó en 1998, 28.000 permisos de trabajo, de los que se habían retirado aproximadamente el 50%. Esto no debe interpretarse como una consecuencia del desinterés de los inmigrantes afectados, sino de que para conseguir el ansiado permiso de trabajo es indispensable presentar un visado tramitado en sus respectivos países de origen. Además de los gastos derivados del cumplimiento de este requisito –viaje, manutención y descuento de las jornadas no trabajadas–, hemos de tener en cuenta que hay consulados españoles que deniegan los visados a los inmigrantes que lo solicitan por este motivo. La explicación que aportan las fuentes consulares es que la entrada irregular en España no puede premiarse. De ser cierto que las autoridades españolas creen en este argumento, lo lógico sería impedir que las solicitudes para el contingente se presentaran en el territorio nacional o que se resolvieran negativamente. La actuación de los Consulados en este punto debe limitarse a tramitar los visados a las personas cuyo permiso de trabajo y por tanto, su regularización, depende de esta autorización.



la Comisión de 1991¹⁰⁷, resulta necesaria la acción común de los Estados miembros de la UE, debido tanto a la interdependencia de las situaciones nacionales como a la porosidad de las fronteras, acción común que debería apoyarse sobre dos vértices: uno, consistente en las medidas represoras de los flujos incesantes de inmigración ilegal, puesto que uno de los elementos fundamentales de toda política de inmigración es el control de las corrientes migratorias; y otro, relativo a las medidas de integración de los inmigrantes regularmente asentados en la comunidad. Sin embargo los avances en este último sentido han sido muy escasos, puesto que los esfuerzos se han centrado en el anterior.

Debido a la multiplicidad de cuestiones que presenta la inmigración, la Comisión viene solicitando un enfoque global del problema, que se desglosaría en una actuación en tres frentes diferentes entre los que se encuentra la necesaria profundización en las políticas de integración de los residentes legales no comunitarios¹⁰⁸. Se recomienda además que este tratamiento resulte progresivo, de forma que la finalidad perseguida se puede lograr de forma adecuada modulando el esfuerzo en los objetivos más lejanos y centrándose en los más próximos. Así, por ejemplo, la Comisión entiende que si no se consigue un control real y efectivo de las corrientes migratorias resultará muy difícil el éxito de las políticas integradoras diseñadas¹⁰⁹.

También hemos de tener en cuenta las dificultades que presenta la concepción de una política de integración, ya que para ello debe establecerse equilibrio entre dos extremos antagónicos a ponderar: el necesario respeto a los intereses estatales de la defensa de su soberanía; y, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes no comunitarios. Como indica Ch. LEBEN, los primeros no se pueden ignorar, salvo que se asuma el riesgo de establecer unas directrices irreales sin ningún futuro. Tampoco es posible obviar los segundos –aunque en la práctica son los ponderados en

107. Véase Comunicación de la Comisión de 1991, cit. *supra*.

108. *Id.* nota anterior. Los otros dos ejes son por una parte la actuación sobre la presión migratoria incluyendo las migraciones en la política exterior de la Comunidad y por otra, controlar las corrientes migratorias aunque sin prejuzgar la capacidad de acogida de los Estados miembros.

109. Lo que reproduce el punto de vista institucional en los respectivos ámbitos estatales que sólo se comprometen a intentar integrar a los inmigrantes legales, argumento que, en definitiva, sirve para justificar el fortalecimiento de las medidas de control en frontera para impedir la entrada a los inmigrantes económicos, dejando para un momento posterior los esfuerzos integradores.



menor medida–, hacerlo supondría olvidar que la protección de los derechos humanos excede a la competencia estatal¹¹⁰.

Además de las dificultades que plantea a nivel estatal la concepción de esta política de inmigración, su *comunitarización* efectiva se complica –y por extensión la configuración de unas medidas comunitarias tendentes a la integración social del inmigrante– no sólo por cuestiones competenciales, sino también materiales –prueba de ello es el tiempo transcurrido sin avance positivo alguno al respecto–. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que el desarrollo de las políticas de inmigración de los Estados miembros no es homogéneo, debido a múltiples factores entre ellos la diversidad de concepciones filosóficas e históricas existentes en el seno de la UE, como puso de relieve la Comisión en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo de 1994¹¹¹. Debemos tener en cuenta que ni todos los países UE tienen la misma situación –aunque salvo Irlanda son receptores de inmigración–, ni cuentan con la misma experiencia en política migratoria¹¹². La concepción de una política común en la materia resulta una ardua tarea, ya que para conseguirla es necesario establecer con carácter previo unos principios comunes a los sistemas jurídicos que pretenden realizar la aproximación; motivo por el cual, resulta imprescindible la confluencia de las tendencias legislativas de los Estados miembros en la materia, en muchas ocasiones opuestas.

A pesar de la disparidad indicada, entre las legislaciones nacionales se aprecian también importantes coincidencias. En general, los ordenamientos internos de los Estados miembros en materia de extranjería impiden considerar medidas integradoras tales como la residencia y el establecimiento en el extranjero como derechos absolutos, permanentes y definitivos¹¹³. Bien al contrario, hacen depender la continuidad temporal en el ejercicio de este derecho del cumplimiento de una dualidad de factores, unos fácticos y otros meramente burocráticos. Entre los primeros encontramos el mantenimiento de los requisitos exigidos para aquella concesión (puesto de trabajo remunerado, o recursos económicos suficientes para no resultar gravoso al Estado de acogida).

110. Véase LEBEN, Ch., "Le Droit International et ..." op. cit., p. 103.

111. Véase Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 1994. Cit, *supra*.

112. Véase por ejemplo la transformación de España o Italia que han pasado de ser países de emigración a convertirse en receptores de flujos migratorios.

113. Véase PACTEAU, B., "Les limitations de police au droit de séjour des travailleurs étrangers devant le droit international et communautaire" en Société Française pour le Droit International *Colloque de Clermont-Ferrand. Les travailleurs étrangers et le droit international*, Paris, 1979, p. 393.



Los segundos suponen la necesaria renovación de los permisos que les autorizan a la residencia y al trabajo regular, lo que se traduce siempre en un factor de inseguridad del inmigrante respecto de su estatuto jurídico¹¹⁴.

A modo de recapitulación, debemos indicar que la integración del inmigrante en la sociedad de acogida debe ser un objetivo fundamental en los Estados occidentales. El modelo a seguir para ello debe pretender la igualdad de trato de estos inmigrados en situación regular, lo que se traduce necesariamente en la eliminación de las desigualdades y las incertidumbres sociojurídicas por parte del legislador¹¹⁵ y no la asimilación cultural. Para lograr el éxito de estas medidas es necesaria además la voluntad de adaptación de los propios emigrantes a los modos de vida propios del territorio de residencia. Para favorecer la predisposición integradora del emigrante en la sociedad de acogida la seguridad en la estancia y residencia permanente se muestra como un requisito imprescindible para el éxito de su integración. Hemos de tener en cuenta que la inseguridad del migrante provoca o, cuando menos, es un factor potencial de falta de interés por su propia integración.

Además, la regulación actualmente vigente –ejercicio nacional de la competencia– de las medidas de integración del inmigrante no comunitario supone el incremento de las dificultades –en grado diverso según el ordenamiento interno concreto ante el que nos encontremos– en distintas materias de interés fundamental como la vivienda social, educación, formación profesional y otros derechos sociales, en relación con los cuales existen normas comunitarias aplicables únicamente a los trabajadores comunitarios que se desplazan en el interior de la Comunidad.

Por último, como indica J. ARANGO, «la supresión progresiva de los controles en las fronteras internas, al menos en los países firmantes del Acuerdo de Schengen, implica una armonización de las políticas de acogida e integración»¹¹⁶, efecto que en la actualidad está lejos de conseguirse, puesto que un paso previo para ello es la aproximación de las respectivas legisla-

114. Véase Comunicación de la Comisión sobre inmigración y asilo, *op. cit.*

115. Véase en este sentido la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre inmigración de 23 de octubre de 1991, SEC (91) 1855 final, párrafo 59.

116. ARANGO, J., "El dilema de las políticas de inmigración en Europa", en *Cuenta y Razón*, 1992, p. 48. Además señala que dado que los países de la Unión Europea son socialmente homogéneos, las medidas integradoras por ellos establecidas, en todo caso, exigen un cierto grado de asimilación cultural de los inmigrantes.



ciones nacionales y, la voluntad política necesaria para ello –a pesar del nuevo Título IV del TCE– resulta inexistente¹¹⁷.

4.1. *Significado de la integración*

Cuando hablamos de integración del inmigrante no comunitario en la sociedad de acogida no nos referimos a las antiguas políticas restrictivas cuyo objeto era la absorción y la asimilación del que es diferente¹¹⁸, sino a la equiparación de derechos sociales entre los trabajadores comunitarios y los que no lo son, o lo que es lo mismo, a la correcta aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad. El fundamento jurídico de la integración del inmigrante en la sociedad de acogida así planteada se encuentra precisamente en el principio de igualdad de trato y no discriminación reconocido en múltiples textos convencionales de ámbito universal –la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 2); la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (art. 2)–.

La existencia de medidas integradoras entendidas de esta manera suponen el trato igualitario de toda la población –con independencia de cual sea la

117. El protocolo nº 2 al Tratado de Amsterdam por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la UE establece el procedimiento de cooperación reforzada a doce en este ámbito. Irlanda y el Reino Unido (no son ni tan siquiera firmantes de los acuerdos de Schengen, además, Dinamarca cuenta con una situación especial en relación con el acervo de Schengen) según el art. 4 del mismo protocolo «podrán solicitar en cualquier momento participar en algunas o todas las disposiciones de dicho acervo». Hay que observar también que según el art. 6 del citado texto la República de Islandia y el Reino de Noruega serán asociados a la ejecución del acervo de Schengen y de su desarrollo futuro con arreglo al Acuerdo firmado en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996.

118. DUBET, F., "Trois processus migratoires", en *Revue Française des Affaires Sociales*, 1989, nº3, p. 7 y ss., entiende que la integración social debe distinguirse de la asimilación que supone las transferencias culturales impuestas por el fenómeno migratorio. En opinión de GARCÍA MESEGUER, J., "El desarrollo de una política de integración positiva", en AA.VV. *Alternativas a una política de inmigración. Jornadas organizadas por el Centro Universitario Ramón Carande*, Madrid 1996, p. 146 «la idea de integración encuentra entre los propios inmigrados reservas, dudas, y no pocas y justificadas desconfianzas, debido a ciertos enfoques restrictivos, que desvirtúan su sentido político, y a la confusión con las viejas políticas de absorción y asimilación».



nacionalidad o procedencia de cada uno de sus habitantes—, aún conociendo y manteniendo su diversidad individual. Por ello es necesario el establecer un estatuto jurídico —vinculante para los Estados miembros— que defina claramente los derechos de los ciudadanos sin distinciones entre los nacionales comunitarios y los que no lo son (el Consejo Europeo de Tampere entendió que el «estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros»), sin tener que recurrir para ello a la asimilación en cuanto a nacionalidad¹¹⁹. Lo anterior no debe interpretarse como impedimento a la utilización de esta posibilidad en el supuesto de que el trabajador no comunitario deseara hacer uso de ella. Esta vía queda abierta, evidentemente, a aquellos que lo deseen y cumplan todos los requisitos establecidos al efecto por el ordenamiento interno del Estado en cuestión.

La Comisión, en su Comunicación de 1994 sobre inmigración y asilo, indicaba el doble esfuerzo a realizar por los inmigrantes en aras de la integración: (1) la adaptación al ritmo de vida de la sociedad de acogida; y, (2) el mantenimiento de su identidad cultural. En algunas ocasiones, estos dos perfiles resultan incompatibles porque la sociedad de acogida no puede aceptar determinadas pautas de comportamiento impuestas o, cuando menos, permitidas por las respectivas tradiciones culturales de los países de origen, en cuyo caso prevalecerán las de la sociedad de acogida. Así por ejemplo, la mutilación de

119. Como establece APARICIO GÓMEZ-LOBO, J.R., en “Plan de integración social de los inmigrantes: situación específica de la mujer”, cortesía del autor, los Estados pueden adoptar en relación con la inmigración uno de los siguientes modelos de estrategias políticas: (1) El modelo de asimilación de la inmigración, según el cual el inmigrante tiene que convertirse en una especie de nacional del Estado de recepción converso; (2) el modelo del *apartheid*, de acuerdo con el cual, los inmigrantes pueden conservar toda su cultura, toda su diversidad, pero sin mezclarse con los autóctonos. Cada colectivo queda perfectamente delimitado por unas normas estrictas que regulan las relaciones entre los diferentes grupos; y, (3) el modelo intercultural. Es el modelo en el que el inmigrante que reside entre nosotros conserva parte de su diversidad, aquella parte que le define y que defiende sus propias raíces, pero al mismo tiempo le exige modular su perfil y comportamientos para no crear dificultades de convivencia con la sociedad de acogida, que también tiene sus fundamentos estructurales. En el modelo intercultural las dos partes, inmigrantes y sociedad de acogida se relacionan mediando un respeto mutuo. Evidentemente el más deseable resulta ser el indicado en último lugar, que es, según el Subdirector General de promoción Social de la Migración y Programas para Refugiados del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, el «concepto que constituye la filosofía del Plan de Integración Social de Inmigrantes que ha contado reiteradamente con el respaldo de todos los grupos políticos», en op. Cit., p. 12.



niñas de corta edad –ablación– o la concesión del permiso de reunificación familiar de inmigrantes polígamos, práctica legal en sus países de origen, mientras en algunos sistemas jurídicos europeos se considera la poligamia una conducta contraria al orden público...

Las medidas tendentes a la integración –real y eficaz– del inmigrante en la sociedad de acogida son necesarias, pero no sólo por razones altruistas como pueden ser las humanitarias o las solidarias con las personas desplazadas, sino por motivos interesados, ya que todos los Estados pretenden mantener la paz social dentro de su territorio. La ausencia o el fracaso de las medidas integradoras condena a los inmigrantes a la marginalidad, lo que repercute negativamente en el equilibrio social del lugar de acogida. Una forma de prevenir los problemas sociales derivados de la existencia de población marginal y, como consecuencia, conseguir la paz social en los Estados receptores de inmigración es el adecuado diseño de medidas de este tipo.

En este apartado nos referiremos a los dos grupos de derechos de los que pueden gozar los trabajadores migrantes: un derecho primario, que viene dado por el empleo, ya que sólo nos referiremos a los migrantes económicos; y unos derechos secundarios o derivados del anterior, como son el derecho de residencia, de reagrupación o reunificación familiar, la política social y a las restantes vertientes que presenta su integración social (escolarización, vivienda...).

4.2. *Derecho primario: empleo*

El propio concepto de trabajador, según la jurisprudencia del TJCE tiene un significado estrictamente comunitario y es independiente de la legislación de los Estados miembros¹²⁰. De forma que, aunque el art. 48.1 del TCE se refería tan sólo a *trabajadores* y éste es, aparentemente, un concepto laboral neutro en lo que a nacionalidades se refiere, el TJCE en su jurisprudencia temprana ya indicó –en el asunto *Kermaschek*–, que la categoría de *trabajador* en el contexto comunitario únicamente se aplica a los nacionales de los Estados miembros, así como a los apátridas y refugiados¹²¹. La acepción del término trabajador indicada por el TJCE resulta, por tanto, un concepto

120. Sentencia de 19 de marzo de 1964, en el asunto 75/63 *Hoekstra*, en *Rec. CJCE*, 1964, p. 1977.

121. Véase Sentencia de 23 de noviembre de 1976, en el asunto 40/76 *kermaschek*, en *Rec. TJCE*, 1976, pp. 1669-1678.



temporalmente mutable, dependiendo su ámbito personal de aplicación en cada momento de cuales sean los Estados miembros¹²².

El TCE, en el art. 48.2 contenía el principio de igualdad de trato de los nacionales comunitarios en los Estados miembros «con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». Este precepto es una aplicación particular del principio de igualdad de trato formulado con carácter general en el art. 6 del mismo Tratado. En desarrollo de aquel precepto, el Consejo aprobó dos reglamentos en los que se concretaba su aplicación –los Reglamentos 1612/68 y el 311/76–, en los que se formula el principio de preferencia comunitaria. El primero, en su art. 19.2, instaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para cubrir los empleos disponibles con mano de obra comunitaria. El segundo considera «mano de obra perteneciente al mercado nacional de trabajo»¹²³ a los nacionales de los Estados miembros de la CE¹²⁴. Además, este último, perfila un procedimiento de selección de plantilla que supone priorizar a los candidatos comunitarios respecto de los que no lo son, sin que ello deba necesariamente traducirse en la obligación jurídica de los empresarios establecidos en el territorio de la UE de contratar a estos candidatos priorizados. En cualquier caso, si existe un principio de preferencia comunitaria, la única posibilidad que le resta al potencial inmigrante de acceder al mercado laboral comunitario será utilizando la fórmula de la contingenciación.

La contingenciación es una medida activa de inmigración laboral de nacionales no comunitarios. Su contenido material parte del Principio de

122. La práctica de las adhesiones comunitarias es desigual. Si en los primeros veinte años se produjo una única ampliación fruto de la cual pasaron a ser miembros de la CEE el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, y ello sólo ocurrió quince años después del TCE, en los veinte últimos años las ampliaciones han sido diversas y han tenido como resultado la adhesión de seis nuevos miembros –número idéntico al de los originarios–, aunque lo han sido en tres fases separadas en el tiempo.

123. FLORY, M., "Ordres Juridiques et statut ... *op. cit.*", p. 199, apunta el esfuerzo comunitario por establecer la categoría de euro-trabajadores.

124. Según HEYNING, E., "La libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté est instituée définitivement", en *RMC*, p. 65 y ss.; y, SECHE, J.-C., "Salariés et droit social, commentaire", en *Dictionnaire du Marché Commun*, vol. 6, también sería aplicable a los nacionales de terceros Estados, residentes legales en el territorio de ese Estado miembro concreto, puesto que pertenecen igualmente al mercado laboral nacional. Sin embargo, no podrían ampararse en esta disposición los nacionales de terceros Estados residentes legales en un Estado miembro distinto de aquel en el que tienen su residencia, por cuanto, a diferencia de los nacionales comunitarios, carecen del derecho a la libre circulación.



preferencia comunitaria del que resulta complementario¹²⁵ y consiste en que los empleos que permanezcan vacantes al no haber sido cubiertos por trabajadores nacionales —entendidos como los pertenecientes al mercado de trabajo nacional, en el sentido antes indicado— podrán ser ocupados importando mano de obra no comunitaria. Esta inmigración laboral permitida, será en todo caso lícita, puesto que con ella lejos de perjudicar, se producen únicamente los beneficios derivados de la ocupación de unos empleos, necesarios pese a su precariedad, que de otra forma no se cubrirían.

Los respectivos gobiernos serán los que determinen si se requiere practicar esta medida o no y, en su caso, el número de inmigrantes que se aceptan por este título, así como la cualificación profesional de los mismos. No se trata de establecer categorías fijas de contingentes, sino que cuando resulte oportuno acudir a estas medidas, el Estado interesado definirá puntualmente sus necesidades. Los empresarios pueden proponer que los puestos vacantes con los que cuente, que no han podido ocuparse por mano de obra nacional o comunitaria sean cubiertas por nacionales de terceros Estados. Su petición debe ser motivada y aceptada por la autoridad nacional competente, que será la que adopte la decisión al respecto¹²⁶.

La contingentación se estableció en relación con extranjeros que pretendieran acceder a un mercado laboral distinto del de su nacionalidad para desempeñar un trabajo en un sector necesitado. En la práctica, esta medida se utiliza en la mayoría de las ocasiones para regularizar la situación de personas que están ya viviendo en el país en el que presentan su solicitud, y que han sido víctimas de una ilegalidad sobrevenida, aunque los principales benefi-

125. Véase en este sentido la Resolución del Consejo sobre limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en los Estados miembros, de 20 de junio de 1994, en D.O.C.E. n°C 274, de 19 de septiembre de 1996.

126. Véase la Resolución de 2 de enero de 1999, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, en la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1998, por el que se fija el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros del régimen no comunitario en el año 1999 adoptó un acuerdo, publicado en B.O.E. de 16 de enero de 1999; y la Resolución de 11 de enero de 1999, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, en la que se dictan las instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario en el año 1999 y el procedimiento para su cobertura, en B.O.E. de 21 de enero de 1999.



ciarios de estos procedimientos han sido los inmigrantes llegados de forma irregular al Estado de acogida¹²⁷.

En los supuestos en los que el título utilizado para proceder a la migración sea la contingentación, se mantienen los requisitos de acceso al territorio comunitario, es decir, el inmigrante necesita que su entrada sea regular, no cabe pretender la inmigración a título de contingentación habiendo accedido al territorio de forma ilegal. De modo que, en su caso, precisará el visado correspondiente si normalmente se exige a los trabajadores que comparten su nacionalidad¹²⁸. Por este motivo, una vez resuelto el contingente aquellos cuya solicitud fue admitida deben regresar a su país de origen para tramitar el visado en la oficina consular correspondiente. Además, para desempeñar legalmente una actividad laboral se requieren los preceptivos permisos, de trabajo y residencia emitidos por el Estado miembro al que pretende acceder¹²⁹.

Por otra parte, a pesar de la dureza de la formulación del principio de preferencia comunitaria en los reglamentos antes citados y de excluir con carácter general de su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros países, su formulación no es absoluta al permitir la pervivencia de múltiples excepciones, además de la recién indicada. Hemos de tener en cuenta que durante un considerable período de tiempo los acuerdos de mano de obra celebrados con países terceros fueron muy frecuentes, y de hecho cuando se adopta el Reglamento 1612/68 eran numerosos. Ante esta situación, se optó por concebir los actos jurídicos que contuvieran la formulación del principio de preferencia

127. Para prevenir este tipo de situaciones, la nueva Ley de extranjería española establece en su art. 37 que «El Gobierno ... establecerá anualmente el contingente de mano de obra en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España, con indicación de los sectores y actividades profesionales»

128. Véase en este sentido el Reglamento 2371/95 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, en D.O.C.E. nº L 234, de 30 de octubre de 1995.

129. En el caso de España, la nueva Ley de extranjería establece que «Los extranjeros mayores de dieciseis años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo». En relación con la residencia en España existen distintas situaciones: la estancia, que supone «la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días» (art. 28.1); la residencia temporal, que «autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años» (art. 29.1); y, la residencia permanente, en virtud de la cual se «autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles» (art. 30.1)



comunitaria no como una causa de terminación de los vínculos contractuales vigentes entre los Estados miembros y terceros países, sino que se consideró más oportuno evitar la férrea aplicación del principio citado, modulándolo con las salvedades indicadas. De este modo, la concurrencia entre las normas de referencia se resolverían aplicando el criterio de *lex specialis*, procediendo la regla general –principio de preferencia comunitaria– sólo cuando no existieran excepciones.

Aunque el principio de preferencia comunitaria se ha afianzado con el transcurso del tiempo, el Consejo y los representantes de los Estados miembros, en su resolución relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales de 1995 «reconocen la enorme importancia de la aplicación, en el ámbito de la política social, de políticas basadas en los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades, a nivel de la Unión Europea y de los Estados miembros, en el marco de sus respectivas competencias». Además de ello, indican entre los objetivos comunes los siguientes «b) promover el empleo y la formación profesional como medios importantes de integración de las personas que residen legalmente en el Estado miembro de que se trate, teniendo en cuenta el carácter diversificado de la sociedad; c) luchar contra la discriminación laboral respecto de los trabajadores que residan legalmente en cada Estado miembro; d) promover la igualdad de oportunidades de los grupos de personas más vulnerables ante la discriminación, en particular las mujeres, los jóvenes y los niños».

La cuestión a plantear a continuación es la relativa a la adecuación del principio de preferencia comunitaria con estos declarados como objetivos comunes de la UE¹³⁰. Dado que aquél es una medida por definición discriminatoria para el nacional no comunitario, resulta no sólo incompatible con los objetivos comunes proclamados, sino también excluyente de los mismos. Sin embargo, en la actualidad esta oposición, dista mucho de suscitar un conflicto normativo, ya que el objetivo comunitario afirmado está formulado en un acto típico de naturaleza no obligatoria –una resolución del Consejo–. No podría ser de otra forma puesto que nos encontramos ante un ámbito material que en el momento en el que se formuló no se había comunitarizado. En la actualidad, como se indicó *supra*, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam los actos que se adopten a nivel comunitario en materia de

130. La prioridad comunitaria se desprende del reglamento del Consejo nº 1612/68, al disponer en su artículo primero que los nacionales de los Estados miembros deberán gozar en el territorio de otro Estado miembro de las mismas ventajas que los nacionales de éste último en el acceso al empleo.



inmigración deberán adoptar como fundamento el establecido en el Título IV del TCE, única base habilitadora que se nos ofrece para ello¹³¹.

La legislación comunitaria en materia de política social excluye –como vimos– expresamente de su ámbito de aplicación personal a los trabajadores migrantes no comunitarios. Para estudiar esta cuestión debemos recurrir nuevamente a los acuerdos mixtos celebrados entre la Comunidad y sus Estados miembros y países terceros al objeto de averiguar cuales son los derechos sociales que amparan a estos trabajadores no comunitarios. La política de celebración de acuerdos mixtos en los que se incluyen disposiciones relativas al ámbito material que nos ocupa, supone –como pone de relieve P. STANGOS– una manifestación anticipada de la preponderancia del factor intergubernamental en la elaboración comunitaria de las políticas migratorias de los Estados miembros respecto de los Estados no comunitarios¹³², que se mantiene hasta que se empieza a utilizar el fundamento jurídico que proporciona el nuevo Título IV del TCE.

En los Acuerdos de Asociación o cooperación celebrados por la UE referidos en epígrafes anteriores, se incluyen ventajas en relación con el régimen general recién enunciado. Sin embargo, sólo el Acuerdo por el que se crea el EEE y la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación con Turquía aluden explícitamente a la aplicación del principio de no discriminación en el acceso al empleo del nacional no comunitario¹³³. Los restantes acuerdos prevén también la igualdad de trato de sus nacionales pero no en el acceso al empleo, sino en un momento posterior: en el desarrollo del mismo, las condiciones laborales...etc., en definitiva contienen el principio apuntado aunque sólo en relación con las consecuencias derivadas del cumplimiento de ese trámite inicial que es el acceso al trabajo, respecto del cual no resulta predicable.

131. En todo caso, las modificaciones producidas tras la entrada en vigor del tratado de Amsterdam suponen que hay que empezar a legislar *ex novo*, sin que pueda conferírsele valor normativo a los actos anteriores que, por los instrumentos en los que se incorporan, no vinculan jurídicamente a los Estados miembros.

132. STANGOS, P., *op. cit.*, p. 319.

133. La Decisión 1/80 también protege la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en cuestiones esenciales como el salario y otras condiciones de trabajo.



4.2. *Derechos secundarios*

4.2.1. *Residencia*

Como indicó el TJCE en el asunto *Bozkurt* el de residencia es un derecho secundario derivado del trabajo, ya que «la existencia del empleo implica necesariamente el reconocimiento de un derecho de residencia en favor del interesado»¹³⁴, hasta tal punto depende de aquél que el fin de la vida laboral del inmigrante de un país tercero supone la pérdida del derecho a permanecer en el territorio comunitario¹³⁵.

Del mismo modo que ocurre en otros ámbitos relacionados con la inmigración, los requisitos establecidos para la obtención de permisos de residencia por parte de nacionales de terceros países tampoco se encuentran unificados. Es cierto que en 1990 el Consejo adoptó una Directiva «al objeto de garantizar al libre circulación» en la que proclamaba la necesidad de armonizar «las disposiciones relativas a la residencia de los nacionales de los Estados miembros en otros Estados miembros distintos del suyo»¹³⁶, pero su ámbito personal de aplicación queda reducido a los nacionales comunitarios desplazados a otro Estado miembro. En relación con los ciudadanos comunitarios, este acto comunitario hace depender la concesión del derecho de residencia a los nacionales de los Estados miembros y sus familias de «que dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes», al objeto de que su permanencia no resulte gravosa para el Estado receptor.

En relación con los trabajadores no comunitarios, en la resolución relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros –V. *supra* epígrafe 3.1.–, el Consejo hace suya la opinión expresada por la Comisión en su Comunicación de 1994 que consideraba esencial la estabilidad del inmigrante para llevar a cabo con éxito una política de integración. La Comisión entendía que el inmigrante se esforzaría por conseguir su integración en la sociedad de acogida si confía en mantener su residencia de forma regular en el territorio en el que presta su fuerza laboral. El Consejo, en la citada resolución, indicaba un

134. Véase *supra* en nota nº 61.

135. *Id.* nota anterior.

136. Es la Directiva del Consejo de 28 de junio de 1990 relativa al derecho de residencia (90/364/CEE), en D.O.C.E. nºL 180 p. 26 y ss..



doble criterio de definición de la categoría *residente de larga duración*: (1) por remisión al derecho interno de cada uno de los Estados miembros, de forma que se considerarán tales aquéllos que «acrediten haber residido legalmente y de forma ininterrumpida en el territorio del Estado miembro de que se trate durante un período determinado conforme a lo dispuesto en la normativa de dicho Estado miembro»; y, (2) subsidiariamente, en el supuesto de que la legislación nacional haga depender el estatuto indicado del transcurso de un período temporal superior, se considerarán residentes de larga duración aquellos cuya residencia regular se prolongue diez años.

Siguiendo, igualmente, la opinión formulada por la Comisión en 1996, el Consejo adoptó un modelo uniforme de permiso de residencia que debería implantarse en los Estados miembros. El objetivo perseguido por el Consejo en este punto era doble: por una parte, proporcionar la información mínima que deben contener las autorizaciones de residencia expedidas por los Estados miembros, pudiendo éstos reservarse la posibilidad de añadir otros datos que consideren importantes; por otra, que estos permisos se realizasen de acuerdo con las técnicas actuales más desarrolladas para impedir su falsificación¹³⁷. A los efectos de este acto, se entiende por permiso de residencia el documento mediante el cual las autoridades competentes de los Estados miembros autorizan la permanencia regular en su territorio de los nacionales no comunitarios¹³⁸.

El Consejo utilizó como instrumento jurídico para indicar el modelo uniforme de permiso de residencia una acción común con fundamento jurídico en el art. K.3 del TUE y no un reglamento, como ocurriera en el caso del modelo uniforme de visado –cuyo fundamento jurídico se encontraba en los artículos K.9 y 100C– debido a que el ámbito material objeto de regulación no se había comunitarizado en el momento de su adopción. A pesar de lo cual, conocidos los efectos vinculantes que derivan de las acciones comunes, supone un avance hacia su *comunitarización*, además de ser una muestra de la utilidad que a estos fines presentaba el Título VI del TUE. Habrá que esperar para ver

137. Es la Acción Común de 16 de diciembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE relativa a un modelo uniforme de permiso de residencia (97/11/JAI), en D.O.C.E. n° L 7 de 10 de enero de 1997, p. 1 y ss.

138. El artículo 4 de esta acción común excluye del concepto de permiso de residencia otros documentos que pueden tener la misma utilidad, así los visados, los permisos de residencia inferior a seis meses o los concedidos mientras se resuelve una solicitud de asilo o de residencia.



si el nuevo Título IV del TCE resulta eficaz en este sentido para conseguir los objetivos que con él se pretenden.

4.2.2. Reagrupación familiar

La reagrupación o reunificación familiar es un derecho secundario, derivado del empleo y que ampara no al inmigrante, sino a los miembros de su familia a instalarse con el trabajador desplazado¹³⁹. En estos términos se formula en los actos jurídicos comunitarios que lo regulan, por ejemplo, los artículos 1.2 de las directivas 90/364 y 90/365. El fundamento de la reunificación familiar es el derecho de los inmigrantes legales en territorio comunitario al respeto de su vida familiar y el de su familia –cónyuge e hijos menores–, a decidir el desarrollo de la vida en común¹⁴⁰.

La reagrupación familiar busca favorecer la integración del inmigrante en la sociedad de acogida¹⁴¹, y de hecho, se establece como la medida más importante para conseguir la finalidad indicada¹⁴². A pesar de las ventajas que pueden derivar de la concesión de este derecho, su ejercicio debe controlarse por las autoridades del Estado de acogida para evitar utilizaciones irregulares del

139. Ello quiere decir, de acuerdo con FLORY, M., "Ordres Juridiques et ... op. cit., p. 175 y ss., que si la familia no desea o no puede ejercer este derecho, el inmigrante debe poder enviar a su país de origen la proporción de su salario que considere conveniente.

140. Véase en este sentido, entre otros, la Resolución 03-0280/92 del Parlamento Europeo sobre la Política Europea de Inmigración.

141. LIROLA DELGADO, M.I., *La libre circulación de personas ...* op. cit., p. 156.

142. El art. 8 de la Convención de Roma de 1950 puede favorecer la reagrupación familiar pero *no* la garantiza como un derecho general, ya que se limita a indicar: Art. 8: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, de la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás». La Comisión Europea de los Derechos Humanos ha confirmado en su jurisprudencia reiteradamente que la Convención de Roma de 1950 no garantiza el derecho de los nacionales de terceros Estados a establecerse en un país del que no es nacional. Ello puede implicar la separación familiar, pero debe probarse que con ello se infringe su derecho a la vida privada y familiar. Véase entre otros LEBEN, Ch., "Le Droit International ...op. cit., p.93.



mismo. Por tanto, el régimen de ejercicio de la reagrupación familiar es el resultado de una operación de consenso, entre el derecho que ampara a todos los individuos a tener una vida familiar y la obligación estatal de controlar la inmigración y la residencia de aquéllos que poseen una nacionalidad distinta de la suya¹⁴³.

La práctica de la reunificación o reagrupación familiar es fuente de problemas que podemos dividir en dos grupos: por una parte, es una de las excepciones humanitarias –junto con el asilo y el refugio– para la inmigración legal; por otra, es uno de los factores que favorecen la transformación de la emigración temporal en permanente. La reagrupación familiar provoca el establecimiento de vínculos más estrechos con la sociedad de acogida, que aumentan, sobre todo, cuando emerge una segunda generación, lo que dificulta también, en gran medida, el regreso de los inmigrantes a sus Estados de origen.

La primera categoría de problemas enunciados, plantea la cuestión del control de las situaciones que pretenden utilizar el título de la reagrupación familiar en fraude de ley, por ejemplo las adopciones realizadas con el único objeto de permitir la entrada y establecimiento del adoptado en territorio comunitario, o los matrimonios fraudulentos, entendidos en algunos supuestos como cheques en blanco para el acceso a la UE¹⁴⁴. Para ello se establece en las legislaciones nacionales como requisito para ejercer el derecho de reunificación familiar la valoración consular de la prueba de parentesco

143. Véase CHOLEWINSKI, R., "The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe", en *ICLQ*, vol. 43, 1994, p. 569; DE MIGUEL ZARAGOZA, J. y BLANCO DE CASTRO, A., "La cooperación en los asuntos ... *op. cit.*, p. 209.

144. La resolución del Consejo *relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar*, de 1 de junio de 1993, establece idéntica solución para ambas situaciones: el Estado miembro al que pretendan acceder el adoptado o el cónyuge ejerciendo el derecho a la reagrupación familiar podrá denegarles la entrada y la residencia, si entiende que el único propósito perseguido con la adopción y con el matrimonio es el fraude de ley, es decir, su finalidad no es el desarrollo de la vida familiar, sino facilitar la entrada y establecimiento en el territorio comunitario. La reciente resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (Véase en D.O.C.E. n° C 382, de 16 de diciembre de 1997) enumera los factores que pueden permitir la presunción de un matrimonio fraudulento. El establecimiento por las autoridades competentes nacionales de la existencia de un matrimonio fraudulento supondrá la no renovación del permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de dicho matrimonio.



alegado como fundamento. La existencia del vínculo, en principio, se determina de acuerdo con la legislación del país de origen, sin embargo, ésta no resulta suficiente, ya que las tareas calificadoras de la prueba presentada se desarrollan de acuerdo con la legislación nacional del Estado de acogida del inmigrante. De modo que a través de esta consideración se pretende un *reconocimiento* de la existencia del vínculo alegado¹⁴⁵. Lo anterior se opone claramente con lo dispuesto en distintos textos convencionales internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos –parágrafo 12–, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 17–, que proclaman, en idénticos términos, el derecho de toda persona a la protección de la Ley contra las ingerencias o ataques que puedan producirse en su vida privada, su familia o su domicilio.

Consciente del diferente tratamiento de que puede ser objeto una misma situación familiar en el territorio comunitario –en función de la bondad de las legislaciones de los Estados miembros–, el Consejo adoptó el 1 de junio de 1993 una resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar. En ella se establecen los principios que deberían adoptar los Estados miembros para admitir a los familiares de los residentes permanentes en la Comunidad que son nacionales de países terceros, aunque contiene frecuentes remisiones a los ordenamientos internos de los Estados miembros. Los Estados miembros se comprometen a incorporar en sus respectivas legislaciones nacionales antes del 1 de enero de 1995 los

145. Este requisito puede tacharse como inconstitucional tomando como referencia la mayor parte de las legislaciones comparadas de los Estados de nuestro entorno, puesto que supone, cuando menos, una intromisión en la vida privada de los ciudadanos, acciones para la que desde la perspectiva española no existe fundamento legal. El objeto de esta cautela es prevenir los matrimonios fraudulentos cuyo objetivo es el de importar inmigrantes al territorio comunitario. En este sentido, recordemos que nuestro Código civil (art. 68) establece la obligación que tienen los cónyuges de « vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Por otra parte, la única causa de nulidad matrimonial que, según el mismo texto, sería aplicable a la situación que nos ocupa, puede ser la relativa al «matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial», tal y como establece el art. 73.1 del Código civil. En este caso habría que demostrar que ciertamente el consentimiento no se prestó para contraer matrimonio sino para adquirir determinadas ventajas que proporciona el reiterado vínculo, aspecto éste que nada tiene de particular puesto que los matrimonios por interés han sido frecuentes a lo largo de la historia. Véase al respecto AGÜELO NAVARRO, P., “En busca de la seguridad jurídica perdida”, en *Matrimonios de conveniencia*, Zaragoza, 1998.



principios enunciados¹⁴⁶. Estos resultan de aplicación únicamente a los residentes de larga duración, excluyéndose por tanto aquellos cuya permanencia en territorio comunitario se produzca «durante breves períodos de tiempo». Se confiere a las respectivas legislaciones nacionales la tarea de determinar lo que se entiende por la categoría a la que va dirigido este acto comunitario, que sería posteriormente definida por la resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁴⁷.

Los sujetos eventualmente amparados por el ámbito personal de aplicación del derecho a la reagrupación familiar, según el ordenamiento jurídico comunitario, son el cónyuge, los descendientes y los ascendientes del titular del derecho de residencia y de su cónyuge siempre que estén a su cargo¹⁴⁸. Esta enumeración plantea fundamentalmente problemas relativos a las situaciones matrimoniales indeterminadas, que pueden ser objeto de diferentes soluciones en el territorio comunitario, ya que la ponderación de los beneficiarios de este derecho se viene dejando a la legislación interna de los Estados¹⁴⁹.

146. *Vid.* en el ordenamiento español, la Resolución de 18 de febrero de 1994 de la Subsecretaría por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 1993, sobre tramitación de visados para la reagrupación familiares de extranjeros no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, en B.O.E. de 24 de febrero de 1994.

147. Véase *supra* epígrafe 4.2.1.

148. Esta es la descripción que encontramos en las directivas del Consejo de 28 de junio de 1990 (90/364, 365 y 366), aunque no son actos comunitarios aplicables a los nacionales de terceros países, en este punto si lo son por la remisión que a estos efectos se realiza a la normativa comunitaria, por ejemplo en la Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros. El art. 10 del Regl. 1612/68 –tampoco es un acto jurídico aplicable a los inmigrantes no comunitarios– contiene una primera definición de las personas que pueden ejercer el derecho a la reagrupación familiar, con un alcance personal más amplio que la recién apuntada: el cónyuge, los hijos menores de 21 años y los mayores de esa edad pero que se encuentren a cargo del inmigrante, los ascendientes de éste o de su cónyuge, que igualmente dependan de él así como otros parientes también a su cargo y que vivieran con el trabajador migrante en el país de origen. La mayoría de edad será la establecida por la legislación nacional del Estado de acogida. Véase PEERS, *op. cit.*, p. 26.

149. Por ejemplo, las parejas de hecho sólo pueden ejercer el derecho a reunificación familiar como el cónyuge en Dinamarca –si conviven de forma permanente– y en Holanda, admitiéndose la posibilidad también en Finlandia y en el Reino Unido si concurren circunstancias que lo justifiquen. La poligamia no se admite abiertamente en la legislación de ninguno de los Estados miembros de la UE aunque en Suecia si existen circunstancias excepcionales que lo justifiquen, se



La resolución de 1993 restringe el ámbito personal de aplicación del derecho a la reagrupación familiar, al amparar únicamente al cónyuge que haya sido reconocido como tal por el Estado miembro de residencia del inmigrante, los hijos biológicos del residente y su cónyuge y los adoptados por ellos cuando residían en un tercer país con determinadas condiciones¹⁵⁰. Las legislaciones nacionales de los Estados (como es el caso de la española) miembros podrán admitir a los hijos de uno de los cónyuges por separado si cualquiera de éstos posee la patria potestad, la custodia legal y se encuentran a su cargo. En todo caso, los hijos que deseen acceder al territorio comunitario a título de reagrupación familiar serán menores de una determinada edad, que según esta resolución fijarán los Estados miembros y en todo caso se encontrará entre los 16 y 18 años (en España ex art. 17 de la Ley 4/2000 se establece la edad mencionada en último lugar), deberán asimismo ser solteros y encontrarse efectivamente a cargo del trabajador residente de la Comunidad. La legislación española vigente entiende como familiares reagrupables además a los «menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal» (art. 17.c), la admisión de los ascendientes del residente extranjero como reagrupable se hace depender de dos factores: 1) dependencia económica del reagrupante; y, 2) la presencia de «razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España»; por lo que los criterios establecidos para la reagrupación de los ascendientes al territorio nacional, debido a los criterios restrictivos de los que se hace depender, será excepcional si la comparamos con las del resto de los familiares reagrupables antes mencionados.

En cuanto a las relaciones poligámicas, esta resolución niega la admisión en territorio comunitario a título de reagrupación familiar a la esposa y a los hijos que ésta hubiere tenido con el inmigrante si existe otro cónyuge residente por este título en territorio comunitario. En el supuesto de que no hubiere ninguna esposa en el Estado de acogida, pero sí estuvieren en él los hijos habidos con el inmigrante, los Estados miembros se reservan el derecho de restringir —en sus legislaciones nacionales— la admisión de otra esposa, así como de sus hijos. La Legislación española es clara en este punto, al indicar

permitirá. Los hijos adoptivos podrán ejercer este derecho si se encuentran bajo tutela de los titulares del permiso de residencia en España y Holanda, mientras según la legislación belga, luxemburguesa, holandesa, sueca y británica.

150. Las condiciones que establece esta resolución son las siguientes: que la adopción haya sido legal, es decir, que responda a una decisión de las autoridades competentes del país en el que se produjo la adopción y que esta decisión sea reconocida y aceptada como tal por el Estado miembro de residencia.



que «En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge...» (art. 17) y para el supuesto en que el inmigrante hubiere contraído más de un matrimonio podrá reagruparse el nuevo cónyuge si demuestra que el matrimonio anterior se ha disuelto mediante el procedimiento jurídico establecido al efecto.

La existencia de una relación familiar no es el único requisito para el ejercicio de la reunificación respecto de un inmigrante no comunitario. En primer lugar, sólo podrán beneficiarse de este derecho los parientes del titular de un permiso de residencia legal en territorio de la UE. Por tanto, únicamente, es predicable respecto de los inmigrantes legales. Cumplida esta primera condición, los Estados de acogida tienen la facultad de supeditar el reconocimiento de este derecho a la concurrencia de distintas condiciones que deberá, en unos casos, cumplir el trabajador residente en la Comunidad, y en otros, la familia beneficiaria de reagrupación. Entre los primeros, se encuentra la residencia regular durante un tiempo suficiente establecido en las respectivas legislaciones nacionales –son los períodos de espera, que se encuentran legalmente definidos por los Estados Miembros–, la acreditación de estabilidad de empleo y de recursos suficientes para cubrir las necesidades familiares, así como la posesión de una vivienda digna y suficiente para desarrollar una vida normal tras el reagrupamiento solicitado¹⁵¹.

Los requisitos que deben cumplir los familiares que van a ejercer este derecho son más limitados, ya que normalmente se reducen al previo visado tramitado por vía consular –cronológicamente anterior a la entrada en el Estado de acogida–, la prueba de los vínculos de parentesco y así como la dependencia del inmigrante. En todos los casos, el acceso al territorio comunitario a título de reagrupación familiar sólo se concede cuando quienes lo ejercen pretenden vivir con residente regular reagrupante. Estas circunstancias deberán cumplirse ininterrumpidamente durante el segmento temporal que las respectivas legislaciones nacionales determinen, transcurrido el cual, estos ordenamientos podrán conceder un permiso de residencia personal e independiente del que disfruta el inmigrante con el que vino a reunirse.

En cuanto al segundo grupo de problemas apuntados al inicio, la reagrupación familiar y la aparición de una eventual segunda generación de inmigrantes supone la transformación de los desplazamientos laborales temporales por la inmigración con previsiones de permanencia. Este cambio estructural de

151. Según el art. 10.3 del Reglamento 1612/68, la exigencia de un alojamiento normal debe entenderse como la posesión de una vivienda para la familia una vez reagrupada, que resulte comparable a las que tienen los trabajadores nacionales.



la inmigración impuso la necesidad de adoptar medidas integradoras tanto respecto del trabajador migrante, como de los miembros de su familia que se desplazan con él. Se intenta hacer frente a un espectro de problemas más amplio, como la escolarización de los hijos en caso de que los haya, o los beneficios de seguridad social extensiva a la unidad familiar. Si se prevé la estancia indeterminada también habrá que tener en cuenta las prestaciones sociales por desempleo o invalidez, así como los posibles subsidios por orfandad o viudedad. Es la forma de responder a los numerosos problemas derivados de la *humanización* de la inmigración que es consecuencia de la posibilidad de ejercicio de este derecho.

A pesar de las dificultades que pueda inicialmente presentar, la armonización de las respectivas legislaciones de los Estados miembros en materia de reagrupación familiar resulta asequible. Los principios establecidos por la resolución del Consejo de 1993 se han incorporado en las respectivas legislaciones nacionales, sin que se hayan provocado grandes problemas debido fundamentalmente a tres razones: (1) la relativa cercanía de los puntos de partida entre los ordenamientos de los Estados miembros; (2) es un instrumento que contiene criterios restrictivos del derecho objeto de regulación; (3) reenvía a los ordenamientos internos de los Estados miembros los aspectos conflictivos¹⁵². A la vista de estos rasgos, el Parlamento Europeo en su resolución sobre la política Europea de inmigración de 15 de julio de 1993, ha manifestado su inquietud por el contenido del acto de referencia¹⁵³.

Partiendo de los principios enunciados en la resolución del Consejo, cada Estado ha sometido la reagrupación familiar al régimen que, por sus condiciones socioeconómicas le puede resultar más favorable, lo que no impide la relativa proximidad que se observa entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros¹⁵⁴. Esta cercanía de los criterios establecidos para el

152. La resolución de 1993 contiene disposiciones como las siguientes: «16. Los Estados miembros se reservan el derecho de supeditar la entrada y residencia de familiares a la disponibilidad de un alojamiento adecuado y de recursos suficientes para evitar que supongan una carga para el erario público del Estado miembro afectado, y a la existencia de un seguro de enfermedad. 17. Los Estados miembros denegarán en principio la entrada y la residencia a los familiares cuya presencia constituya una amenaza para la seguridad nacional o el orden público. Se reservan el derecho de denegar la entrada y la residencia por motivos de salud pública»

153. Véase en D.O.C.E. n° C 255, de 20 de septiembre de 1993, p. 184 y ss.

154. Véase en este sentido DE MIGUEL ZARAGOZA, J. y BLANCO DE CASTRO, A.: "Cooperación en asuntos ...*op. cit.*", p. 208.



ejercicio de la reagrupación familiar no impide que encontremos algunas discrepancias –no en los principios sino en la regulación nacional de los mismos–, como el caso alemán que establece períodos de espera –residencia legal– de hasta ocho años para poder ejercer este derecho, de cumplirse los plazos poco queda por reunificar después de una separación tan prolongada¹⁵⁵.

4.2.3. Integración social

En epígrafes anteriores nos hemos referido a distintas medidas sociales que persiguen la integración del inmigrante en el Estado de acogida, en este punto nos detendremos dos tipos concretos: la escolarización de la segunda generación y el acceso a viviendas estatales. La relación entre ellas se encuentra en el derecho a la reagrupación familiar, del que deriva la primera, mientras la segunda es un requisito para poder ejercerlo. Ambos tipos de medidas comparten la aplicación del principio de no discriminación en ámbitos esenciales de la vida del inmigrante aisladamente considerado.

Por lo que hace referencia a la escolarización de la segunda generación, en caso de que exista, deberá ser en todos los casos *adecuada*, es decir, para su diseño deben conjugarse dos factores, puestos de relieve por la Comisión de cultura, juventud, educación y medios de comunicación del Parlamento Europeo que, en su opinión de septiembre de 1992, insistía en el respeto, a la hora de promover la escolarización de la segunda generación de migrantes: (1) a la especificidad de cada sistema nacional educativo de los países de acogida; y, (2) a la identidad cultural de las jóvenes generaciones de inmigrantes¹⁵⁶. La

155. No sólo podemos culpar a la legislación estatal de impedir el ejercicio de este derecho, también a aquellos que pretenden negar la existencia del mismo. Así, Erik Ninn-Hansen un antiguo Ministro de Justicia danés fue encontrado culpable de «impedir entre 1988 y 1989 a refugiados tamiles con domicilio en Dinamarca traer a sus familiares, a pesar de cumplir los requisitos legales para ello». Véase en EL PAÍS viernes 23 de junio de 1995, p.9. La condena no fue comparable al daño causado puesto que se redujo a cuatro meses de prisión. Sin embargo, el caso tuvo repercusiones políticas importantes, llegando este escándalo a provocar en su momento la dimisión del primer ministro conservador, Paul Schlüter.

156. La Decisión 1/80 del Consejo de Asociación creado por el Acuerdo con Turquía, disponía que la escolarización de los hijos de inmigrantes turcos en territorio comunitario se desarrollaría en condiciones de igualdad respecto de los escolares nacionales. De esta previsión derivan dos efectos: 1) La escolarización no se realizaría en centros especiales; y, 2) Posible acceso al beneficio del sistema de becas establecido por la legislación nacional. El fundamento de esta igualdad de



escolarización, por otra parte, no será *adecuada* si se realiza en centros especiales, ya que con ella se persigue, no sólo el conocimiento del idioma y el contenido de los programas escolares, sino algo más importante como es la convivencia de esta segunda generación con nacionales del país de acogida, para favorecer su integración.

Este es un objetivo difícil de lograr si no se cuenta con la protección necesaria de las instituciones competentes. Estamos ante un aspecto del que se preocupara ya la CE en 1977 cuando adoptó una directiva que pretendía regular la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes comunitarios que se encuentren a su cargo y que, según la legislación del Estado de acogida, estén sometidos a escolaridad obligatoria¹⁵⁷.

Por el contrario, el ordenamiento comunitario carece de normas que pretendan regular la vertiente extra-comunitaria del problema apuntado. Sin embargo, la realidad social apunta la necesidad de establecer unos principios rectores de la escolarización de la segunda generación de inmigrantes de terceros países, resulta preceptiva la extensión de las medidas adoptadas en relación a los hijos de los trabajadores comunitarios que se desplazan en el interior de la Comunidad.

La Directiva 77/485/CEE proclama dos importantes derechos de la segunda generación de inmigrantes comunitarios: Uno, el compromiso de los Estados miembros de adoptar las medidas oportunas para ofrecer en su territorio enseñanza gratuita prestando una atención especial a la formación en la lengua oficial del Estado de acogida¹⁵⁸; otro, se establece la cooperación con los Estados de origen de los inmigrantes promoviendo paralelamente a la educación estatal y gratuita del Estado de acogida, la enseñanza de la lengua materna y la cultura del país de origen, para evitar la pérdida de la identidad

trato se encontraba en el antiguo art. 128 del TCE (art. 151 en la actualidad, tras la reenumeración introducida por el Tratado de Amsterdam) relativo al Fondo Social Europeo.

157. Es la Directiva de 25 de julio de 1977 relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes (77/485/CEE).

158. El art. 9 de la Ley española de extranjería establece el derecho de todos los extranjeros (regulares o no) menores de 18 años a una enseñanza básica gratuita y obligatoria. También afirma el derecho que ampara a los extranjeros (con independencia de cual sea su situación administrativa y su edad) a la educación no obligatoria, lo que significa el derecho a acceder a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica (no a la universitaria, por tanto). En ambos casos, se proclama el derecho a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.



cultural. Los costes que pudieran derivar de esta formación dual tendente a la integración cultural de la segunda generación de inmigrantes se sufragarán según lo establecido en los acuerdos de cooperación celebrados por ambos Estados (el de origen y el de residencia) al efecto.

Los principios recién apuntados, resultan beneficiosos para lograr la integración de los descendientes de los inmigrantes comunitarios en el Estado de acogida. Vistas las ventajas derivadas de esta regulación, deberían ser igualmente predicables en relación a aquéllos cuyos progenitores carecen de la nacionalidad de uno de los Estados miembros. Sin embargo, en este momento, en cuanto ésta es una vertiente de la política de inmigración, presenta los mismos problemas que los anteriores apartados vistos –Véase *supra*, epígrafe 2.–.

Aunque no existe legislación comunitaria relativa a la escolarización de los menores de terceros países residentes en un Estado miembro, lo que sí ha preocupado al Consejo ha sido su desplazamiento, por lo que 1994 adoptó una acción común a iniciativa de la República Federal de Alemania, a este respecto con fundamento jurídico en el art. K.3.2.b). En este acto comunitario se refiere a la exención de visado para los escolares no comunitarios residentes legales en otro Estado miembro cuando «en el marco de una excursión escolar» pretendan entrar en territorio de un Estado comunitario distinto de aquel en el que tienen su residencia. Así como su readmisión «sin formalidades» en el Estado del que sean residentes, a la vuelta de su excursión.

Sin embargo, dada la heterogeneidad cultural de la inmigración, las medidas necesarias para promover con éxito su integración en la sociedad de acogida, en lo que se refiere a la vertiente educativa, no pueden responder a un único modelo. Hay grupos con problemas lingüísticos o culturales más pronunciados que otros –pensemos en los nacionales de antiguas colonias de los Estados miembros–. Deben adoptarse medidas específicas para resolver los problemas a los que se enfrentan los diferentes grupos de inmigrantes, teniendo en cuenta sus especificidades.

El segundo aspecto enunciado al inicio es el relativo al derecho del inmigrante nacional de países terceros a viviendas sociales, acerca del cual no existe ninguna previsión en el ordenamiento comunitario. En la década de los sesenta, encontramos algunas recomendaciones de la Comisión relativas a los «trabajadores nacionales de un Estado miembro ocupado en otro Estado miembro de la Comunidad» o euro-trabajadores¹⁵⁹. Entre ellas se encuentra la

159. Es el nuevo concepto de trabajadores migrantes instaurado fruto de las disposiciones del TCE relativas a la libre circulación de personas.



relativa a la vivienda de los trabajadores y de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, de 7 de julio de 1965. En este acto comunitario se plantea la necesidad de resolver los problemas suscitados en relación con la vivienda por la movilidad de trabajadores. Evidentemente, esta es una cuestión que no sólo afecta a los nacionales comunitarios. A los trabajadores de terceros países se les exige como requisito para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar la posesión de una vivienda *normal*. En consecuencia, resultaría lógico equipararles a los nacionales para poder acceder a los beneficios que suponen las viviendas sociales¹⁶⁰.

En 1965, la Comisión, a través de la recomendación apuntada insta a los Estados «a abolir algunas discriminaciones», pretendiendo conseguir «igualdad real de oportunidades en materia de atribución de viviendas» entre los trabajadores nacionales de un Estado miembro de la Comunidad y los nacionales del propio Estado en el que prestan su fuerza de trabajo. Nada se dice en relación con los trabajadores no comunitarios.

La argumentación utilizada por la Comisión como fundamento de su recomendación resulta igualmente extensible a los trabajadores provenientes de terceros Estados, aunque su contenido determina expresamente el ámbito personal de aplicación a nacionales de Estados miembros. A pesar de lo cual, no existe un reconocimiento explícito de esta necesidad, ni tan siquiera en actos no vinculantes para los Estados miembros, en vista de lo cual, los inmigrantes no comunitarios podrán o no beneficiarse de viviendas sociales, en igualdad de condiciones respecto de los nacionales de los Estados miembros de la UE, en función de las respectivas legislaciones internas del Estado en el que residan legalmente¹⁶¹. Este es un aspecto de la inmigración cuya regulación resulta necesaria para imponer la igualdad real de acceso de todos los residentes legales, con independencia de su nacionalidad, a estos beneficios sociales. *Item más* si tenemos en cuenta que la disposición de una vivienda *normal* es uno de los requisitos establecidos para la reagrupación familiar.

160. Parece que no deberían adoptarse unas medidas especialmente ventajosas para el acceso a la vivienda por parte de los inmigrantes puesto que, al no ser un derecho garantizado para los nacionales, podría generar mayor rechazo social hacia este colectivo. Lo que sí se puede exigir es la equiparación de las mismas medidas destinadas en este ámbito tanto a nacionales como a extranjeros.

161. El art. 13 de la Ley de extranjería española establece que tanto los inmigrantes regulares como los que no siendolo, se hayan inscrito en el padrón municipal «tiene derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles»



4.2.4. *Política Social*

La política social comunitaria no resulta generalmente aplicable a los nacionales de países terceros. Como hemos visto en epígrafes anteriores, esta premisa contempla algunas excepciones particulares, dado que los Acuerdos de asociación y los de cooperación, incluyen medidas de este tipo a las que ya hicimos referencia *supra* y el TJCE ha interpretado algunos aspectos de las mismas.

En cuanto al derecho originario, los inmigrantes de terceros países –a diferencia de lo que nacionales de los Estados miembros–, se encuentran excluidos de la protección social particular contenida en el art. 51 TCE¹⁶². Este precepto dispone la totalización de los períodos cotizados en el territorio comunitario con independencia del Estado concreto en el que se hayan prestado, conservando el derecho a las prestaciones a los trabajadores residentes en cualquier Estado miembro.

El Consejo de Asociación con Turquía a través de sus decisiones ha ampliado considerablemente el ámbito de protección contenido en el Acuerdo celebrado con la Comunidad. El Protocolo de 1970 instaba a este Consejo a que garantizase la protección de los nacionales turcos en la Comunidad en distintos frentes: 1) la totalización de los períodos cotizados en distintos Estados comunitarios; 2) el derecho a recibir ayudas familiares para aquellos que residen en territorio comunitario; y, 3) el derecho de transferencia de las eventuales pensiones de jubilación, invalidez o viudedad a Turquía, en el supuesto de retorno al país de origen.

A pesar de este reconocimiento hasta 1980 no se produjo el desarrollo necesario de estos derechos, debido a la ausencia de acuerdo entre los Estados miembros sobre la forma de llevarla a cabo. La decisión 3/80 del Consejo de Asociación precisa algunos aspectos del citado Protocolo, aunque sin referirse a todos los derechos reconocidos, por ejemplo, no encontramos mención alguna al citado en segundo lugar –beneficios familiares para los miembros de la familia residentes en la Comunidad–¹⁶³.

162. CHEVALLIER, R.M., "Le Statut du travailleur migrant communautaire au regard de la jurisprudence" en *Société Française pour le Droit International Colloque de Clermont-Ferrand. Les travailleurs étrangers et le droit international*, Paris, 1979, p. 221.

163. Véase nota nº 56.



En cuanto a los derechos relativos a la seguridad social de los restantes Acuerdos de Asociación, se han señalado *supra* en el epígrafe 3.2. de este trabajo, dedicado al estudio de los regímenes especiales, por lo que los omitimos en este punto.

La despreocupación de la Comunidad por los nacionales de terceros Estados ha provocado que los actos jurídicos por los que se les conceden ciertas facilidades sociales para su estancia en el espacio comunitario sean excepcionales. Por otra parte, el ámbito de aplicación personal del derecho social comunitario alcanza únicamente a los trabajadores migrantes comunitarios, no a los nacionales de Estados terceros, ello a pesar de que el Reglamento 1612/68 establece que la integración de la familia del trabajador migrante comunitario es parte de las «condiciones objetivas de libertad y dignidad» que deben observarse para realizar la libre circulación de trabajadores en el territorio comunitario. Este mismo reglamento –art. 1.2– prevé que, en virtud del principio de preferencia comunitaria, los nacionales de los Estados miembros desplazados en la Comunidad se benefician de las mismas ventajas que los propios nacionales del Estado de acogida. El fundamento adoptado para ello es el principio de compensación de mano de obra entre los Estados miembros –mecanismo previsto por los arts. 15 y 16 del este texto–. En cualquier caso, los trabajadores migrantes no comunitarios se encuentran excluidos de las ventajas establecidas por el citado reglamento¹⁶⁴.

La Ley de extranjería española establece (art. 14) la aplicación del principio de igualdad entre españoles y extranjeros con una situación administrativa *regular* en el acceso «a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social», afirmando el derecho de todos los inmigrantes –legales o no– «a los servicios y prestaciones sociales básicas».

164. Como señala GARCÍA MESEGUER, J., –“El desarrollo de una política de integración...op. cit, p. 147–, en las legislaciones laborales nacionales no se observa una exclusión expresa –respecto de los trabajadores migrantes– de determinados derechos de los que gozan con carácter general los trabajadores nacionales. Pero tampoco contamos con ninguna norma que garantice jurídicamente esta aplicación personal. Se refiere en concreto a la vivienda social, la sanidad o la formación profesional, aunque ciertamente, como subraya el mismo autor sí que se les excluye de otros derechos de los que gozan los trabajadores nacionales en todos los casos como es el de las pensiones no contributivas y los salarios de inserción.



4.3. *La naturalización, medida controvertida*

La naturalización supone el paso del estatuto de extranjero –inherente a la condición de inmigrante– al de nacional. Es evidente, como estima J.P. COSTA, que la discriminación que sufren los nacionales de terceros Estados es una de las causas de las solicitudes de nacionalización –en los supuestos en los que puedan acogerse a ella, en aplicación de los respectivos ordenamientos estatales–. Una vez adquirida la nacionalidad del Estado de acogida, el trabajador obtiene un estatuto jurídico definido y ventajoso que supone el tratamiento formalmente igual al del resto de los ciudadanos que cuentan con su misma –actual– nacionalidad¹⁶⁵.

Los criterios de atribución de la nacionalidad se encuentran dentro de las competencias soberanas de los Estados, llegando a ser uno de los aspectos más significativos de la soberanía estatal, por lo que los Estados difícilmente renunciarán a regular la nacionalidad. Aunque se produzca la comunitarización efectiva de la política de inmigración, ello no implica la transferencia de competencias en cuanto a los requisitos para adquirir la nacionalidad de los Estados miembros, puesto que ésta no es una materia sustantiva de la inmigración, sino muy tangencial a la misma.

Además, aunque ello no fuera así, la legislación comparada en materia de adquisición de la nacionalidad –*naturalización*– de los Estados miembros de la UE indica la dificultad de establecer unos principios comunes sobre los que regular una eventual *naturalización* comunitaria. Es necesario para ello el paso previo de la aproximación legislativa de quienes parten de puntos opuestos que van desde el estricto *ius sanguinis* –caso de la RFA– al flexible *ius soli* –tradicionalmente francés–.

Como indica A. REMIRO BROTONS «la integración no es, en todo caso, asimilación pura y dura. Así, la adquisición de la nacionalidad del país receptor puede proponerse, no imponerse, y aún sin ella el inmigrante *legal* no ha de ser discriminado por su condición...»¹⁶⁶. La asimilación que puede suponer la naturalización debe permitirse para los inmigrantes que deseen ejercer este derecho, pero en ningún caso puede configurarse como un paso previo y

165. Véase COSTA, J.P., "Les étrangers non ressortissants de l'Union Européenne. Introduction Générale", en *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 7, nº 3, 1995, p y ss.

166. REMIRO BROTONS, A., "Movimientos migratorios, racismo ... *op. cit.*", p. 94



necesario para conseguir un tratamiento igualitario en el ámbito social, económico o familiar.

La naturalización, por otra parte, con todos los inconvenientes que puede tener, es beneficiosa sobre todo para la segunda generación. Aquellos que nacieron en la sociedad de acogida o accedieron a ella a una edad temprana, normalmente se sienten más identificados con el entorno en el que han crecido y se han formado que con el existente en el Estado del que partieron. Una vez vencidos todos los problemas derivados de su integración escolar o incluso profesional en el lugar de residencia, resulta, cuando menos, inadecuado impedirle el ejercicio de este derecho. La adquisición de la nacionalidad es un instrumento jurídico importante para facilitar la plena integración de inmigrantes residentes y sus generaciones posteriores en el Estado de acogida.

Por otra parte, la naturalización debe entenderse de forma flexible, en el sentido de permitir al inmigrante adoptar la nacionalidad del Estado de acogida pero sin exigir la consiguiente –y no siempre tranquilizadora decisión– renuncia a la nacionalidad de origen –aunque la desaparición de este vínculo formal con el Estado de procedencia no supone la pérdida del acervo cultural adquirido en el primer país–. Junto a la posibilidad de adquirir la nacionalidad del Estado de acogida, resulta útil, a estos efectos, el mantenimiento de los vínculos con su Estado originario, legitimando a quienes cumplan los requisitos establecidos para optar a la nacionalidad de un Estado comunitario, elegir entre la renuncia a la anterior o el mantenimiento de ambas. La posibilidad de conservar una doble nacionalidad, supone en palabras de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS el «cumplimiento pleno del principio de unidad jurídica de la familia en el ámbito del derecho nacional». Además, en la hipótesis de adquisición de la nacionalidad del Estado de residencia por haber contraído matrimonio con un nacional, esta medida tendría que hacerse extensible a los hijos de la pareja el mantenimiento del doble vínculo de nacionalidad¹⁶⁷.

Desde un punto de vista sociológico, la doble nacionalidad para muchos jóvenes de segunda generación significa el reconocimiento de sus orígenes, el mantenimiento del vínculo sentimental con el país de procedencia y el efectivo, con la sociedad de acogida. La doble nacionalidad, en estos casos supone una garantía de integración, aunque es evidentemente, una etapa hacia la

167. Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La condición jurídica de ... *op. cit.*, p. 70.



asimilación completa a lo nacional (del país de acogida). En definitiva se muestra como un paso para evitar rupturas que pudieran ser traumáticas¹⁶⁸.

5. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES NO COMUNITARIOS

Como se indicó *supra* la formulación del art. 48 del TCE que enuncia el derecho a la libre circulación de trabajadores resulta ambigua. De su redacción se desprende la generalidad en el ámbito de aplicación personal, al no concretar la nacionalidad de sus destinatarios. El derecho derivado precisado el alcance del antiguo art. 48 del TCE a través de los múltiples actos jurídicos adoptados en desarrollo del derecho a la libre circulación¹⁶⁹. La doctrina se muestra unánime

168. COSTA-LASCOUX, J., "De l'inmigré au citoyen", en *La Documentation Française*, nº 4886, 1989, p. 137.

169. Véase en este sentido: Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad (D.O.C.E. L. 257, de 19 de octubre de 1968), Reglamento 1251/70, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (D.O.C.E. L. 142, de 30 de junio de 1970); Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad (versión consolidada, D.O.C.E. C 325, de 10 de diciembre de 1992); Reglamento 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen modalidades de aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena; a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad (versión consolidada, D.O.C.E. C 325, de 10 de diciembre de 1992); Reglamento 337/75 del Consejo, de 10 de febrero de 1975, por el que se crea un centro europeo para el desarrollo de la Formación Profesional (D.O.C.E. L. 39, de 13 de febrero de 1975); Directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (D.O.C.E. L. 56, de 4 de abril de 1964); Directiva 68/360 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (D.O.C.E. L. 257, de 19 de octubre de 1968); Directiva 72/194 del Consejo, de 18 de mayo de 1972, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva de 25 de febrero de 1964 (D.O.C.E. L. 121, de 26 de mayo de 1972); Directiva 73/149 del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento



y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (D.O.C.E. L 172, de 28 de junio de 1973); Directiva 75/34, del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia (D.O.C.E. L14, de 20 de enero de 1975); Directiva 75/35 del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, por el que se extiende el campo de aplicación de la Directiva 64/221 para la coordinación de medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (D.O.C.E. L 14, de 20 de enero de 1975); Directiva 77/486 del Consejo, de 25 de julio de 1977, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes (D.O.C.E. L 199, de 6 de agosto de 1977); Directiva 89/48 del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (D.O.C.E. L 19, de 24 de enero de 1989); Directiva 92/51 del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48 (D.O.C.E. L209, de 24 de julio de 1992); Directiva 90/364 del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (D.O.C.E. L 180, de 13 de julio de 1990); Directiva 90/365 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 (D.O.C.E. L 180, de 13 de julio de 1990); Directiva 96/ 71, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (D.O.C.E. L18, de 21 de marzo de 1997); Directiva 93/109 del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (D.O.C.E. L 329, de 30 de diciembre de 1993); Directiva 94/80 del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (D.O.C.E. L 368, de 31 de diciembre de 1994); Decisión 63/266 del Consejo, de 2 de abril de 1963, por la que se establecen los principios generales para la elaboración de una política común sobre Formación Profesional (D.O.C.E. L 338, de 20 de abril de 1963); Decisión 93/246 del Consejo, de 29 de abril de 1993, por la que se adopta la segunda fase del programa de cooperación transeuropea en materia de educación superior ("Tempus II") (1994-1998) (D.O.C.E. L 112, de 6 de mayo de 1993); Decisión 93/136 del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas ("Helios II, 1993-1996") (D.O.C.E. L 56, de 9 de marzo de 1993); Decisión 93/569 de la Comisión, de 22 de octubre de 1993, relativa a la aplicación del Reglamento número 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en lo que respecta, en particular, a una red creada bajo la denominación EURES (European Employment Services) (D.O.C.E. L274, de 6 de noviembre de 1993); Decisión 95/553 de 19 de diciembre de 1995, de los representantes de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones



en relación al restringido alcance personal del derecho a la libre circulación de trabajadores en territorio comunitario¹⁷⁰. Tanto los actos jurídicos comunitarios, como la jurisprudencia del TJCE apuntan que el régimen general de la libre circulación de trabajadores no comunitarios en territorio de la UE consiste en su exclusión del ámbito personal de aplicación del mismo.

A pesar de lo anterior, algunos nacionales de terceros Estados gozan del derecho indicado debido a la existencia de regímenes particulares derivados de los acuerdos de asociación concluidos por la CE con estos terceros Estados. Estos aspectos han sido apuntados ya en párrafos precedentes –3.2.–. En concreto, debemos en este punto referirnos a los únicos acuerdos que prevén la libre circulación de trabajadores: el del EEE –que lo hace de forma

diplomáticas y consulares (D.O.C.E. L 314, de 28 de diciembre de 1995); Decisión 95/819 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 1995, por la que se crea el programa de acción comunitario "Sócrates" (D.O.C.E. L 87, de 20 de abril de 1995); Decisión 95/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 1995, por la que se adopta el programa "La juventud con Europa" (tercera fase) (D.O.C.E. L 87, de 20 de abril de 1995); Decisión 94/819 del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, por la que se establece un programa de acción para la aplicación de una política de formación profesional de la Comunidad Europea "Leonardo da Vinci" (D.O.C.E. L 340, de 29 de diciembre de 1994); Recomendación de la Comisión, de 23 de julio de 1962, a los Estados miembros sobre la actividad de los servicios sociales respecto de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad (D.O.C.E. 75, de 16 de agosto de 1962); Recomendación 65/379 de la Comisión, de 7 de julio de 1965, a los Estados miembros, relativa a la vivienda de los trabajadores y de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (D.O.C.E. 137, de 27 de julio de 1965); Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 (COM [89] 471 final); Resolución del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a un programa de acción en favor de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias (D.O.C.E. C34, de 14 de febrero de 1976); Resolución del Consejo, de 16 de julio de 1985, sobre orientaciones para una política comunitaria de la migración (D.O.C.E. C186, de 26 de julio de 1985); Resolución del Parlamento europeo, de 20 de noviembre de 1987, sobre los problemas regionales y los movimientos migratorios (D.O.C.E. C 345, de 21 de diciembre de 1987); Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, sobre determinadas perspectivas de una política social de la Unión Europea: contribución a la convergencia económica y social de la Unión (D.O.C.E. C 368, de 23 de diciembre de 1994); Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 1995, sobre el Libro Blanco sobre "Política social europea, un paso adelante para la Unión" (D.O.C.E. C 43, de 20 de febrero de 1995); Resolución del Consejo, de 27 de marzo de 1995, relativa a la transposición y a la aplicación de la legislación social comunitaria (D.O.C.E. C 168, de 4 de julio de 1995)

170. Véase por todos LIROLA DELGADO, M.I., *Libre circulación de personas ... op. cit.* y JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas ... op. cit.*



incondicional, V. *supra* epígrafe 3.2.4.– y el Acuerdo con Turquía –V. *supra* en epígrafe 3.2.1.–¹⁷¹. Este último cuenta con disposiciones relativas a la libre circulación que, pese a los esfuerzos, no se han materializado en la consecución de esta libertad de forma efectiva.

Por otra parte, el TUE en su art. K.1. indicaba la libre circulación de los nacionales de terceros Estados por el territorio de los Estados miembros como uno de los ámbitos de interés común para la realización de los fines de la Unión Europea. Sin embargo, aunque no se configuraba como un derecho en el ámbito espacial apuntado, el TUE amparaba la posible asunción competencial en este ámbito, puesto que la libre circulación de estos trabajadores era una de las materias contenidas en su Título VI y en concreto se recogía dentro del art. K.1.3.a)¹⁷². La materialización de la misma –la acción comunitaria– sólo podría realizarse, –según su art. K.9– si existiera previa iniciativa de la Comisión o de alguno de los Estados miembros y así lo decidiera el Consejo por unanimidad.

La redacción del art. K.1. resultaba razonable, si consideramos las consecuencias que podían derivar del establecimiento de la libre circulación por el territorio comunitario, de forma que la consagración de esta última suponía el aumento del interés de la UE por las cuestiones relacionadas con la inmigración. Interés que se traduciría previsiblemente en un mayor endurecimiento de las políticas nacionales de inmigración y en concreto de la vertiente relativa al acceso a la *fortaleza comunitaria*. Hemos de tener en cuenta, como señala P. JIMÉNEZ DE PARGA la repercusión más importante a estos efectos de la desaparición de las fronteras interiores en relación con la inmigración, lo que «supone el reconocimiento de unos derechos que les permitirán circular por el

171. El acuerdo con Turquía «prevé el desarrollo gradual de la libre circulación de los trabajadores entre las partes contratantes a través de las decisiones del Consejo de Asociación, en el marco de un régimen inspirado en los arts. 48, 49 y 50 TCEE. Al reconocerse el efecto directo de las disposiciones del Acuerdo y las decisiones del Consejo de Asociación que incluyen una obligación clara y precisa, no subordinada en su ejecución o efectos a la adopción de ningún acto ulterior, se han podido establecer los derechos de los trabajadores turcos» Sentencia *Kus*, *supra cit.*, p. 6783; Sentencia *Demirel*, *supra cit.*, p. 3753.

172 Art. K.1. «Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes:...3) La política de inmigración u la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de: a) las condiciones de acceso y territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados».



territorio comunitario, sin sufrir control fronterizo alguno, dado que se camina hacia su entera supresión»¹⁷³.

Si consideramos que la finalidad perseguida con la política integradora es erradicar las discriminaciones en el seno de la sociedad¹⁷⁴, el mantenimiento de la restricción del ámbito personal de aplicación de la libre circulación de personas en el territorio comunitario está impidiendo el éxito de las medidas adoptadas, puesto que las desigualdades permanecen y se mantendrán hasta que las instituciones comunitarias actúen en el sentido indicado por el actual art. 62 TCE. El Tratado de Amsterdam ha establecido las bases habilitadoras necesarias para proceder a la *comunitarización* de este ámbito material, de hecho el nuevo Título IV del TCE se denomina "Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas". Sin embargo, para que la reiterada *comunitarización* sea efectiva, resulta preceptiva la adopción de actos de derecho derivado, por el procedimiento establecido en el art. 67 del TCE, en el plazo de cinco años a contar desde el 1 de mayo de 1999, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam –salvo los relativos a las medidas integradoras ex. art. 63 TCE–.

Como indica T. HOOGENBOOM, la libre circulación (entendida como posible movilidad y desplazamiento) de los residentes permanentes –inmigrantes legales– es una cuestión estrechamente ligada a las medidas de integración del inmigrante en la sociedad de acogida¹⁷⁵. De forma que el éxito de la política integradora se traducirá en la permanencia de los inmigrantes en la sociedad en la que residen. Si, por el contrario, las medidas adoptadas a estos fines fracasan, de forma que sus destinatarios continúan sintiéndose discriminados en relación con otros grupos sociales, la movilidad será su única vía de escape. Por tanto, la no adopción de estas acciones o su inadecuación provoca nuevos flujos migratorios materializados en la circulación de trabajadores en busca de un entorno menos hostil.

173. Véase JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *La libre circulación...op. cit.*, p. 219.

174. HOOGENBOOM, T., "Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals", en *EJIL*, 1992, Vol. 36, N°3, p. 38.

175. HOOGENBOOM, T., en *Id.* nota anterior.



6. UNOS INMIGRANTES PRIVILEGIADOS: NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS, FAMILIA DE UN NACIONAL COMUNITARIO

Encontramos unos inmigrantes no comunitarios que cuentan con un estatuto jurídico privilegiado: los que se encuentran familiarmente vinculados nacionales de los Estados miembros. Según se desprende de la normativa comunitaria, los inmigrantes que están dentro de esta categoría gozan de un estatuto privilegiado. Estos nacionales no comunitarios podrán beneficiarse, entre otros, del derecho a la libre circulación de personas en territorio comunitario, aunque, al ser el suyo un estatuto dependiente derivado del vínculo familiar, disfrutarán de sus ventajas mientras se mantenga la causa de los mismos.

Existen distintos actos jurídicos comunitarios destinados a regular la situación de los ciudadanos de la UE, que resultan aplicables a sus familiares con independencia de que estos últimos sean o no nacionales comunitarios. Así, el Reglamento 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 que regula la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad¹⁷⁶ establece que podrán beneficiarse del derecho de reunificación familiar el cónyuge y descendientes menores de veintiún años de un trabajador migrante comunitario, los mayores de esa edad, y los ascendientes del propio trabajador o de su cónyuge siempre que se encuentren a su cargo¹⁷⁷, que son también beneficiarios de la libre circulación¹⁷⁸.

A pesar de lo anterior, la Directiva 68/360 faculta a los Estados miembros exigir un visado de entrada a los nacionales de un país tercero que deseen ejercer el derecho a la reagrupación familiar respecto de un nacional comunitario. La directiva recién indicada contiene un régimen más favorable para estos inmigrantes privilegiados, al disponer que el Estado de acogida les dará todas las facilidades necesarias para la obtención del citado documento,

176. Véase *supra*.

177. El TJCE en su sentencia de 27 de octubre de 1982 en los asuntos 35 y 36/82 *Morson y Jhanjan*, en *Rec. TJCE*, 1982, p. 3723 y ss. afirmó que el Derecho Comunitario no prohíbe a un Estado miembro rechazar la entrada o residencia en su territorio a un miembro de la familia de un nacional comunitario.

178. Véase DASTIS QUECEDO, A., "Los beneficiarios de la libre circulación de trabajadores en la jurisprudencia del TJCE" en *Noticias C.E.E.* n° 55/56, 1989, p. 117 y ss. TOMUSCHAT, Chr., en "The Legal Status of Non Citizens of the European Union. General Introduction", *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 7, n°3, 1995, p. 554, estima que sólo podrán beneficiarse del derecho a la libre circulación el cónyuge y los hijos del nacional comunitario.

aunque sin concretarlas. En todo caso, a *sensu contrario*, podemos entender que mientras las autoridades competentes para emitir la documentación precisa deben facilitar su obtención cuando el nacional de un tercer Estado pretende ejercer el derecho a reagrupación familiar respecto de un nacional comunitario, si el reagrupante es de un país tercero, las mismas autoridades podrán no sólo negarse a prestarlas, sino también, llegado el caso, dificultarles la adquisición del preceptivo visado¹⁷⁹.

Por otra parte, la relación de beneficiarios de la reunificación familiar mantiene los mismos límites vistos para los nacionales de terceros Estados. Así, la jurisprudencia del TJCE ha confirmado, por ejemplo que, en lo que al cónyuge se refiere, sólo podrá ejercerla aquél que según la legislación del país de origen tenga la consideración de legítimo, quedando excluidos del amparo de este derecho entre otros las parejas de hecho¹⁸⁰.

En cuanto al derecho de residencia, resulta personalmente aplicable a estos nacionales de terceros Estados la Directiva 90/364/CEE del Consejo, ya que en su artículo segundo expresamente indica que «se le expedirá un documento de residencia que tendrá la misma validez que el expedido al nacional del que dependa»¹⁸¹, evidentemente, siempre que estos familiares no comunitarios se encuentren dentro del grado de parentesco indicado por la propia directiva, que, a estos efectos, reitera la noción de unidad familiar dispuesto en actos comunitarios anteriores. En este sentido, la Acción Común del Consejo sobre el modelo uniforme de permiso de residencia¹⁸² expresamente excluye de su ámbito personal de aplicación (art.6) a «los familiares de ciudadanos de la Unión que ejerzan su derecho de libertad de circulación». Esta exclusión es lógica si tenemos en cuenta que, dado su estatuto dependiente respecto del migrante comunitario, su residencia se reconoce como legal siempre que el trabajador comunitario sea nacional del Estado en el que habita o, de no ser así, cuente con un permiso válido emitido por un Estado miembro de la CE. Esto supone una ventaja en relación con el resto de los no comunitarios, ya que para su expedición únicamente se exigirá al titular del derecho de residencia

179. En relación con los matrimonios celebrados entre un nacional de un Estado miembro y un nacional de un tercer país resulta igualmente de aplicación la resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos. Véase *supra*.

180. Véase la Sentencia del TJCE de 17 de abril de 1986, en el asunto 59/85, *Reed*, en *Rec.TJCE*, p. 1283.

181. Véase en Directiva del Consejo de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (90/364/CEE), en D.O.C.E. N° L 180, p. 26 y ss.

182. Véase *supra* en epígrafe 3.1.



la presentación de un documento de identidad o pasaporte (según las directivas 90/364, 365 y 366)¹⁸³. Además, el TJCE, en su sentencia *Singh* ha reconocido el derecho de entrada y residencia del cónyuge de un nacional comunitario con independencia de cual sea su nacionalidad¹⁸⁴.

También la directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores asalariados que hayan cesado su actividad profesional, confiere –en virtud del estatuto dependiente del que gozan los familiares no comunitarios respecto del trabajador comunitario– el derecho a la reunificación familiar, traducido como el derecho del cónyuge –con independencia su nacionalidad– y de sus descendientes de permanecer en otro Estado miembro con el titular del permiso de residencia.

Asimismo, los familiares nacionales de terceros Estados de un estudiante comunitario que se desplaza por la Comunidad se beneficiarán de los derechos antes vistos, si bien los relativos a la residencia quedarán circunscritos a la duración de los estudios que son causa del desplazamiento¹⁸⁵. En estos casos se exige un requisito añadido: el nacional de un Estado miembro que se traslada a otro para realizar estudios de formación profesional debe garantizar que posee recursos económicos suficientes, al objeto de evitar que su estancia pueda resultar económicamente gravosa para el Estado de acogida.

183. La Directiva 364 indica que el derecho de residencia *se materializará* en ese permiso de residencia específico para los nacionales comunitarios, por el contrario, las Directivas 365 y 366 expresamente señalan que el derecho de residencia *se reconocerá*. Nos encontramos, por tanto, ante un problema de matiz, puesto que el primer caso, se supone que el derecho ya se posee aunque se instrumentalizará mediante este documento. En el segundo, parece deducirse que el derecho en cuanto tal no se posee, sino que deberá ser reconocido por el Estado en cuestión. Este es un problema muy interesante, aunque sobrepasa el objeto de nuestro estudio, por tratarse en definitiva del ejercicio del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, siendo una cuestión incidental respecto de nuestro tema principal.

184. Es la Sentencia de 7 de julio de 1992 en el asunto C-370/90, *Singh, Rec. TJCE* p. 21y ss.. El supuesto de hecho se refería a un nacional de India que contrajo matrimonio con una nacional británica, ambos esposos establecieron su residencia en la RFA durante dos años, donde tenían su puesto de trabajo. Pasado ese tiempo, al regresar al Reino Unido, las autoridades de inmigración británicas le concedieron un título de residencia temporalmente limitado. El TJCE en su sentencia afirma los derechos de entrada y residencia del cónyuge de un nacional comunitario, con independencia de cual sea su nacionalidad.

185. Es la Directiva 90/366/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes. Véase en D.O.C.E. N° L 180, de 13 de julio de 1990, en p. 30 y ss..

En las directivas recién indicadas se prevé también que los familiares –incluso los que sean nacionales de un tercer Estado– de un trabajador comunitario que «disfruten del derecho de residencia tendrán derecho a acceder a cualquier tipo de actividad» profesional, independientemente de que la misma se realice por cuenta propia o ajena¹⁸⁶. Antes ya, en 1968, el Reglamento 1612/68 del Consejo contenía el derecho atribuido a los así desplazados –salvo los ascendientes– de ejercer un trabajo remunerado en el territorio en el que se encuentran aunque no sean nacionales de ninguno de los Estados miembros de la Comunidad¹⁸⁷.

Sin embargo, estos familiares que poseen un estatuto jurídico privilegiado y dependiente del trabajador comunitario no están exentos de dificultades en el supuesto de ruptura del vínculo familiar o de la terminación de la situación de dependencia. El TJCE aclaró alguno de estos aspectos en la Sentencia *Diatta*¹⁸⁸, en la que indicó que no es necesario que los familiares que han ejercido su derecho a la reagrupación familiar estén obligados a «vivir permanentemente bajo el mismo techo», además, las separaciones de hecho no suponen la ruptura del vínculo matrimonial, que únicamente se disuelve cuando así lo entiende la autoridad competente¹⁸⁹. A pesar de lo anterior, el TJCE reitera que de la reagrupación familiar no puede derivarse un derecho de residencia independiente. La reunificación sólo autoriza la entrada legal en el Estado de acogida del titular del permiso de residencia, así como la posibilidad de ejercer en ese mismo territorio actividades profesionales remuneradas¹⁹⁰.

Puesto que se trata de un estatuto dependiente de la existencia del vínculo familiar, una vez desaparecido éste el ex-cónyuge no comunitario pierde los privilegios de los que disfrutaba durante la existencia del matrimonio pasando a ser considerado un inmigrante no comunitario más. En consecuencia, desde ese momento le resultarán de aplicación las disposiciones en materia de extranjería vigentes en el Estado de acogida. Ello evidentemente, salvo que pueda ampararse en los beneficios que puedan derivar de otras situaciones, como por ejemplo, la de ser ascendiente de ciudadanos comunitarios, en el supuesto de que sus hijos tengan vida independiente y puedan mantenerle a su

186. Véase arts. 2.2. parágrafo 2, de las tres directivas citadas.

187. Aspecto éste que fue confirmado por el TJCE en su sentencia de 7 de mayo de 1986 en el asunto 131/85 *Gül*, en *Rec.TJCE*, 1986, p. 1573.

188. Sentencia de 13 de febrero de 1985, en el asunto 267/83, *Diatta*, en *Rec. CJCE*, 1985, p. 567.

189. *Id.* nota precedente, parágrafos 17, 18 y 20.

190. *Ibid.* Parágrafo 21.



cargo. Distinta es la hipótesis de fallecimiento del cónyuge nacional comunitario, en cuyo caso no causa pérdida del estatuto privilegiado adquirido y según reiterada jurisprudencia del TJCE, el Derecho Comunitario ampara la percepción por estos familiares de las prestaciones debidas por el trabajador del que dependía¹⁹¹.

Estos nacionales no comunitarios se ven favorecidos por su estatuto dependiente respecto del trabajador comunitario. En consecuencia, si éste goza del derecho a la libre circulación, aquéllos podrán beneficiarse de igual modo, existen múltiples actos comunitarios que expresamente así lo reconocen, extendiendo a los miembros de la familia del nacional comunitario –con independencia de su nacionalidad– los derechos de libre desplazamiento y residencia¹⁹².

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS NORMATIVAS

7.1. Conclusiones

A lo largo de las páginas precedentes se han subrayado los problemas que plantea la inexistencia de un estatuto jurídico-comunitario debidamente perfilado aplicable al inmigrante de países terceros. Es cierto que el TCE tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam proporciona la base habilitadora para la *comunitarización* de la política de inmigración, aunque, de momento y a falta de desarrollo normativo por parte de las instituciones comunitarias, son los Estados miembros quienes mantienen el ejercicio de esta competencia. Los Estados miembros de la UE siempre han presentado una férrea resistencia a la asunción comunitaria de la competencia en materia de inmigración. A pesar de ello, desde la firma del TUE en 1991, se aprecia una cierta aproximación en las legislaciones nacionales en materia de extranjería. La ausencia, de

191. Así en las Sentencias de 30 de septiembre de 1975, en el asunto 32/75, *Cristini*, en *Rec. CJCE*, p. 1085; de 23 de noviembre de 1976, en el asunto 40/76, *Kermaschek*, en *Rec. CJCE* pp. 1669-1678; de 16 de diciembre de 1976 en el asunto 63/76, *Inzirillo*, en *Rec. CJCE* pp. 2057-2068; de 14 de enero de 1982, en el asunto 65/81, *Reina*, en *Rec. CJCE*, p. 33; de 20 de junio de 1985, en el asunto 94/84, *Deak*, en *Rec. CJCE*, p. 1873; o en la de 18 de octubre de 1990 C-297/88 y C-197/89, *Dzodzi*, en *Rec. TJCE*, p.3763.

192. Véase por ejemplo, el Reglamento 1612/68, arts. 1-4 Directiva 68/360, arts 1-4 Directiva 73/148, arts 1-2 Directiva 90/364, 90/365 y 93/96.



momento, de una política global de inmigración a nivel comunitario se hace sentir especialmente las medidas de integración del inmigrante en la sociedad de acogida, que es la vertiente de la política de inmigración que menos parece interesar a las instituciones comunitarias.

Por otra parte, los Estados miembros de la UE han comenzado tarde a diseñar una política de integración de los inmigrantes en sus respectivas sociedades, y además, las medidas adoptadas para ello se han mostrado poco eficaces. La justificación de esta ausencia se argumenta alegando que estas políticas sólo pueden tener éxito si se limita la inmigración a la capacidad integradora de la sociedad de acogida, lo que supone que la única forma de entrada legal es la contingentación, práctica con la que el Estado se reserva el derecho a determinar el número de inmigrantes que necesita, comprometiéndose como contrapartida a su integración formal. Esta es una medida beneficiosa para los Estados porque reducirían considerablemente el compromiso integrador en relación con los inmigrantes, además de restringir el ámbito personal de aplicación de la integración.

La ausencia de medidas eficaces de integración del inmigrante en la sociedad de acogida es consecuencia de la consideración utilitarista del inmigrante. Como indica J.H.H. WEILER, se valora al inmigrante únicamente en términos económicos, lo que condiciona esta política¹⁹³. Se computan los ingresos que puede generar el inmigrante y el precio que puede suponer su integración social, ello sin tener en cuenta que el coste de la ausencia de una política de integración es muy elevado, porque conducirá irremediamente a reacciones xenófobas, lo que supone la ruptura de la paz social.

La configuración de una política común de inmigración resulta complicada. Para lograrla resulta preceptivo el previo acuerdo acerca de los principios sobre los cuales ha de diseñarse. De lo anterior se desprende que, dado que la situación del mercado laboral en el seno de la Comunidad Europea, lejos de mejorar tiende a estabilizarse, según las perspectivas más halagüeñas, los principios rectores de esa eventual política de inmigración no resultará mucho más favorable para los nacionales de terceros Estados de lo que lo es en la actualidad. Las medidas de integración que se configuren entonces, consecuentemente no serán más ventajosas que las actuales, aunque gozarán de

193. WEILER, J.H.H., "Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial protection of the Human Rights of Non-EC Nationals- A Critique", en *EJIL* 1992, vol. 65 n°3, p. 67.



homogeneidad en todo su ámbito espacial de aplicación: el territorio de los Estados miembros de la UE.

No podemos concebir grandes esperanzas al respecto, puesto que, aunque los actos comunitarios producidos en relación con las medidas de integración de los inmigrantes no comunitarios poseen un marcado carácter progresista, dudamos mucho que este talante se mantenga cuando utilicen instrumentos de carácter normativo y por lo tanto, vinculantes para los Estados miembros. Seguramente, los actos jurídicos de derecho derivado que adopten las instituciones competentes de ahora en adelante poseerán un cariz diferente del que observamos ahora. Por tanto, no podemos esperar grandes mejoras en la política de inmigración, salvo la más evidente de la armonización de las prácticas migratorias en todos los Estados miembros de la UE. En todo caso, la conclusión en este punto, sería la armonización a la baja, es decir, si queremos la participación de la mayor parte de Estados miembros, el precio a pagar por ello será seguir la línea marcada por los ordenamientos más restrictivos en relación con los inmigrantes.

Por último, debemos esperar a ver cómo se desarrolla la cooperación reforzada introducida por el Tratado de Amsterdam en el acervo Schengen para constatar si esos malos augurios se cumplen o sólo son fruto de un pesimismo mal calculado. Mientras tanto, los Consejos Europeos y, de forma significativa, el celebrado en Tampere el diciembre de 1999, muestran indicios de los intereses comunitarios en materia de inmigración: control de flujos migratorios, equiparación de los derechos de los residentes de larga duración a los nacionales comunitarios y aproximación —que no armonización— de las legislaciones de los Estados miembros acerca de «las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países, basadas en una evaluación conjunta de la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen». En relación con los inmigrantes ilegales nada se dice.

7.2. Propuestas normativas

Conscientes de la imposibilidad de enfrentarse de forma aislada a todos los problemas que suscita la inmigración es necesaria una estrategia global, más ambiciosa, que intente dar respuesta a las múltiples cuestiones planteadas por los fenómenos migratorios, entre los que se encuentran su adecuada formación, la reagrupación familiar o la integración del inmigrante y sus familiares

en la sociedad de acogida. Dada la multiplicidad de factores afectados, resulta precisa una respuesta general dirigida a todos los inmigrantes no comunitarios y no sólo a los que resulta aplicable un régimen de protección particular.

La integración del inmigrante es un procedimiento prolongado en el tiempo. Para conseguir una correcta y completa integración se requieren medidas eficaces en el período temporal más reducido posible. Este propósito es difícil de conseguir, aunque podría favorecerse implantando –entre otras medidas– la reagrupación familiar automática e inmediata, y hacerlo además como una medida urgente de integración en la sociedad de acogida¹⁹⁴. También resulta necesario imponer un concepto de familia más amplio y flexible del que contemplamos en la actualidad en las sociedades occidentales, susceptible de amparar la pluralidad de hipótesis que la realidad ofrece. Además, en cuanto la existencia del vínculo matrimonial se hace depender de la consideración que merezca en las sociedades de acogida, determinadas situaciones no se encuentran amparadas por este derecho, a pesar de que el sistema jurídico del país de origen del inmigrante reconozca la validez y regularidad de este tipo de matrimonios. Otras situaciones que deben regularse son las de las parejas de hecho o las homosexuales, que si bien en los ordenamientos nacionales de algunos Estados miembros de la UE van progresivamente adquiriendo derechos que las equiparan a los matrimonios establecidos, no se permite su acceso al territorio comunitario a título de reagrupación familiar, ya que únicamente se refieren al cónyuge, haciendo depender además este estatuto jurídico del reconocimiento del matrimonio por el Estado de acogida. Los hijos adoptivos, los menores en acogimiento familiar o cualquier otra situación familiar de dependencia que resulte beneficiosa para la integración del inmigrante, deberían igualmente regularse, en la actualidad son situaciones indefinidas en lo que a su regulación comunitaria se refiere. Tan sólo se mencionan los hijos adoptivos en la resolución del Consejo para condicionar el acceso al territorio comunitario a título de reagrupación familiar.

Estimamos absolutamente fundadas y oportunas las líneas definidas por el Parlamento Europeo en su resolución de 1992, acerca del mantenimiento del título de residencia válido por parte del cónyuge del trabajador migrante (comunitario o no) aún después de haberse disuelto legalmente el vínculo matrimonial. Así como la aplicación genérica a todos los inmigrantes de la

194. Esta propuesta junto con otras muy interesantes pueden observarse en HAMID BEYUQUI, A., "Inmigrantes y política de inmigración en España" en AA.VV. *Alternativas a una política de inmigración. Jornadas organizadas por el Centro Universitario Ramón Carande*, Madrid 1996, p. 167 y ss.



libertad de circulación tal y como se concibe para los nacionales de los países EEE, que es el que contiene el régimen más favorable a estos efectos. El Parlamento Europeo también establece en el citado acto que la única forma de retorno del trabajador de un tercer país, residente regular en el territorio de la Unión Europea debe ser el regreso voluntario, sin que pueda impedírsele la permanencia en la Comunidad si no desca volver a su lugar de origen. Además, la propuesta más progresista, es la tendente a la equiparación absoluta a los nacionales comunitarios en lo que a los derechos sociales hace referencia.

En cuanto a la vertiente social de la integración, deberían evitarse las dificultades que encontramos por ejemplo en algo tan básico como es el acceso a viviendas sociales. Resultan igualmente necesarios los programas flexibles de enseñanza dirigida a adultos del idioma de la sociedad de acogida, también la integración de los hijos de inmigrantes en colegios públicos, como una medida directamente beneficiosa no sólo para ellos sino también para los restantes alumnos autóctonos que pueden enriquecerse del multiculturalismo. Probablemente para conseguir este último objetivo sería necesaria además la adopción de medidas pedagógicas dirigidas a los adultos nacionales, de forma que comenzaran a contemplar al extranjero no en tanto que un enemigo, sino como una fuente de riqueza cultural¹⁹⁵. El reto del multiculturalismo pasa por conseguir una sociedad realmente heterogénea.

Además, el estatuto jurídico especialmente favorable que corresponde a los nacionales comunitarios, debería reemplazarse por el de residente legal comunitario, o lo que es lo mismo el establecimiento de un estatuto jurídico de trabajador con un ámbito de aplicación territorial y no personal. De esta forma desaparecería la discriminación por razón de nacionalidad que subsiste en la UE, al objeto de que los derechos y obligaciones de todos aquéllos que presten su fuerza de trabajo en territorio comunitario respondieran a un único catálogo. Evidentemente siempre subsistiría algún tipo de discriminación, pero resulta más razonable atribuir a los residentes permanentes en territorio comunitario los beneficios derivados de una ciudadanía que tendría en este sentido un carácter funcional¹⁹⁶.

A pesar de todas las aproximaciones que se observan en las legislaciones internas de los Estados miembros de la Unión Europea, resta alguna que im-

195. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "La condición jurídica de los nacionales de terceros *op. cit.*, p. 56

196. G. CALLOVI, "La nouvelle architecture de la Communauté ... *op. cit.*, en nota 45, p. 91 y ss..

pide la correcta integración de la inmigración. Admitimos que la discriminación existe y permanecerá mientras a los trabajadores de terceros Estados se les exijan unos requisitos traducidos en autorizaciones administrativas distintas que a los comunitarios. Pero es necesario reducir los trámites que pueden dar lugar a mayores dificultades en el proceso de integración. Por ejemplo, habría que armonizar los permisos necesarios, es decir, si es cierto que resulta beneficioso el documento único de residencia y trabajo y el TJCE ha indicado que la residencia es una consecuencia necesaria del trabajo, sin la que no se puede desarrollar éste ¿por qué duplicar los trámites y fomentar la inseguridad del inmigrante respecto de su sistema jurídico de forma gratuita? Sería mucho más fácil y beneficioso para todos implantar un único documento con la doble funcionalidad de residencia y trabajo.

Más difícil nos parece, aunque no por ello menos preceptivo, el estudio y amparo de los inmigrantes irregulares, que son los más necesitados de protección. Desentenderse de ellos, olvidarlos, supone cerrar los ojos a una realidad actual y problemática de las sociedades europeas. En el territorio comunitario, su ámbito de protección se restringe a los derechos humanos más fundamentales. Se trata de un grupo social importante en número que es objeto de los mayores abusos por parte de empresarios con pocos escrúpulos, beneficiarios de la economía sumergida y de los empleos en precario. Además, conocidos los requisitos jurídico-administrativos establecidos para el mantenimiento de la situación de regularidad, es un peligro latente para todos los inmigrantes legales, dado que la pérdida de alguno de los requisitos establecidos *ab initio* puede suponer su paso a la marginalidad, representada por los denominados *ilegales*.

La presencia de los inmigrantes ilegales es fruto de una doble ineficacia de las autoridades de las sociedades de acogida. En primer lugar, las medidas para proteger la *fortaleza europea* han probado su ineficacia, puesto que las fronteras, a pesar de los controles establecidos, se muestran permeables a las presiones migratorias. En segundo lugar, los flujos de migración irregular responden a determinadas ofertas de empleo, lo que manifiesta la segunda ineficacia, en este caso, de las medidas estatales que persiguen erradicar la economía sumergida, materializada en el empleo clandestino, al que irremediablemente favorece esta inmigración irregular. Por tanto, resulta muy difícil explicar la ausencia de protección jurídica de unos inmigrantes en una situación de precariedad manifiesta, que suponen un problema para la sociedad de acogida, por su situación de marginación social y cuyo origen es precisamente la ineficacia de la administración.