

FAMILIARES EXTRACOMUNITARIOS, PROTAGONISTAS DEL RD 178/2003. FUTURA INCIDENCIA DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN ¹

THIRD COUNTRY FAMILY MEMBERS, PROTAGONISTS OF THE RD 178/2003. FUTURE INCIDENCE OF THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON FREE MOVEMENT OF PERSONS

ANTONIO QUIRÓS FONS *

El régimen general de extranjería no se aplica a todos los no nacionales. Los primeros en quedar excluidos son los nacionales comunitarios y sus asimilados, que gozan de un régimen propio basado en los principios de la ciudadanía y libre circulación de personas en la Unión Europea. Existe un grupo de beneficiarios de ese régimen en virtud no de su nacionalidad sino de su vínculo familiar con los comunitarios. Se trata de los familiares que son nacionales de Terceros Estados. Sólo determinados miembros de la familia pueden

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto 6696 «Bases jurídicas para la integración de inmigrantes» de la Universidad de Murcia; financiado por el IMSERSO y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

* Dpto. de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia.

ampararse en el régimen vigente interno —el reciente RD 178/2003— y comunitario. Mientras no demuestren tal condición, deberán regirse por el régimen general, derivado de la Política de Inmigración. Sin embargo, el derecho comunitario en preparación impone una ampliación del ámbito personal de aplicación.

Palabras clave: *ciudadanía comunitaria, libre circulación de personas, familiares extracomunitarios, reagrupación familiar.*

The foreign regulation is not applied to every non-national. EU nationals and their assimilates are excluded. They have a regulation of their own, based on EU citizenship and free movement of persons. There is a beneficiary group whose link is not nationality but family. They are third-country nationals and family members of EU citizens. Only a few of them can be considered in that way within the Spanish and European legislation in force —the recent RD 178/2003—. While this status is not proved, the general regulation derived from the Migration Policy in force, must be applied. Nevertheless, the EU legal instruments in preparation impose an enlargement of the relatives admitted.

Keywords: *European citizenship, free movement of persons, third country family members, family reunification.*

1. RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA Y REMISIONES

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social² (en adelante, LOE), con sus tres reformas³ y el Reglamen-

² BOE n.º 10, de 12 de enero de 2000. Corrección de errores en BOE n.º 20, de 24 de enero de 2000.

³ La primera y más importante, por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE n.º 307, de 23 de diciembre de 2000. Corrección de errores en BOE n.º 47, de 23 de febrero de 2001), la segunda por la LO 11/2003, de

to de ejecución de la misma, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio⁴, constituyen el régimen general aplicable en España a los supuestos de extranjería.

Siguiendo el tenor del primer artículo de la LOE, el criterio de delimitación del ámbito es la nacionalidad, pues se considera extranjeros, «a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española»⁵. Sin embargo, a continuación de este concepto tan amplio, una cláusula de salvaguarda permite que no se menoscabe lo establecido en leyes especiales y Tratados⁶.

Una última cláusula de subsidiariedad, recuperada con la última reforma, prevé la aplicación de aspectos eventualmente más favorables a quienes se rigen por la legislación de la UE. Precisamente, el objeto de este estudio es el ámbito personal del denominado «régimen comunitario» cuando se aplica a nacionales de países terceros, esto es, a los familiares extracomunitarios.

A las remisiones del artículo primero, les sigue una exclusión que trata de abarcar todas las formas de diploma-

29 de septiembre (BOE n.º 234, de 30 de septiembre de 2003), y la tercera por la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE n.º 279, de 21 de noviembre de 2003). Sobre las primeras reformas, vid. RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., «El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio», *Migraciones*, núm. 9 (2001).

⁴ BOE n.º 174, de 21 de julio de 2001. Corrección de errores en BOE n.º 240, de 6 de octubre de 2001.

⁵ Art. 1.1 LOE.

⁶ Art. 1.2 LOE. Esta cláusula constituye el cauce para la afluencia de múltiples regímenes particulares o privilegiados. Estos, a su vez, pueden venir incoados en la propia LOE, referentes al objeto específico de la migración (estudiantes, «au pair», y refugiados) y a circunstancias personales (apátridas, indocumentados y menores), como hallar su sede en convenios vinculantes para España que, según la nacionalidad del extranjero, establecen determinadas preferencias. Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «La ley española de extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999, Vol. I, pp. 247 ss.

cia⁷, amparadas en normas de Derecho internacional que eximen a sus beneficiarios de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia⁸.

Pasamos a analizar el estatuto de los excluidos «de suyo», es decir, los ciudadanos de la Unión Europea y los asimilados, que se rigen por las mismas normas de libre circulación en la Comunidad Europea y se constituyen en extranjeros privilegiados gracias, unos, al vínculo familiar reconocido en derecho derivado comunitario y otros, a Acuerdos internacionales de la Comunidad Europea especialmente favorables. El derecho interno español⁹ aglutina estos supuestos en el RD 178/2003.

⁷ Los supuestos vienen recogidos en el art. 2 y son: «a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia; b) Los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España; c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.»

⁸ Sólo el contenido del primer supuesto (art. 2.a), atendiendo al inmediatamente anterior artículo 1.2, dispone de asidero normativo internacional vigente en España: el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961 y el Convenio de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963. Las misiones especiales vienen amparadas por el Convenio de Naciones Unidas de 8 de diciembre de 1969, sólo para relaciones bilaterales y no firmado por España, mientras que los demás casos contemplados en la Ley disponen de Convenios aprobados pero de difícil entrada en vigor. Sobre estas excepciones y los Convenios correspondientes, vid. MARÍN LÓPEZ, A., «El ámbito de aplicación personal de la Ley», en MOYA ESCUDERO, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.

⁹ Vid. infra.

2. RÉGIMEN COMUNITARIO

2.1. Derecho originario: Ciudadanía de la Unión y libertad de circulación

El Tratado constitutivo de la CE, del que España es parte, regula en su Segunda Parte, la denominada «Ciudadanía de la Unión», que, a la luz de lo establecido en el artículo 17 y siguiendo la doctrina mayoritaria¹⁰, es un «complemento de la nacionalidad de un Estado miembro» pues anuncia la gestación de la nueva institución jurídica en su apartado primero —«se crea una ciudadanía de la Unión»—, especificando a la vez que «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.»

Este complemento implica el disfrute de nuevos derechos atribuidos por los Tratados comunitarios, cuyo contenido introduce el artículo 17.2 del TCE, por el cual «los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado¹¹.»

¹⁰ Por todos, vid. MANGAS MARTÍN, A., «Ciudadanía de la Unión y su estatuto», en id. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pp.597 y ss.

¹¹ Éstos vienen recogidos en los demás artículos de la Segunda Parte y son los siguientes:

- derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 18);
- derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia (art. 19.1);
- derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia (art. 19.2);
- derecho, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro (art. 20);
- derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 21);
- derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo europeo (art. 21);
- derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos comunitarios en una de las lenguas mencionadas en el artículo 314 y recibir una contestación en esa misma lengua (art. 21).

Estos derechos se sustentan sobre el principio de igualdad de trato o de no discriminación¹², considerado por el Tribunal de Justicia como uno de los «fundamentales del Derecho Comunitario»¹³, que, además, extiende su ámbito más allá de las discriminaciones fundadas en la nacionalidad, «a todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado»¹⁴.

Los parámetros referidos y la trascendencia del primer derecho de ciudadanía reconocido en el artículo 18 TCE, circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, como derecho auténtico basado en el vínculo de nacionalidad, lleva a concluir la incompatibilidad con el término «extranjero» referido a un nacional de un Estado miembro de la UE¹⁵.

Sin embargo, no es posible desarrollar la libre circulación de personas como derecho absoluto basado en la nacionalidad si a la vez se persigue el establecimiento de «un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales», fin recogido en el apartado c del artículo 3 TCE. Será, por tanto, el artículo 14.2 TCE el que fundamente un régimen capaz de contemplar extranjeros no comunitarios, mediante la instrumentalización del derecho deambulatorio, estableciendo que «el mercado interior implicará un espacio sin fron-

¹² En la Primera parte del TCE, sobre Principios, el artículo 12 establece que «en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».

¹³ STJCE de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 y 16/77, p.1753.

¹⁴ STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, 152/73, FJ 11.

¹⁵ En concreto, «no cabe la utilización de la categoría del *extranjero comunitario*». ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea», en *ib.* (coord.), *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, colección Escuela Diplomática n.º 3, Madrid, 1998, pp. 103-126, en p. 109.

teras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

2.2. Derecho derivado: Asimilados

2.2.1. *Derecho derivado convencional*

A los ciudadanos de la Unión, deben considerarse asimilados otros nacionales que gozan del mismo tratamiento en materia de libre circulación por vía convencional, esto es, fruto de acuerdos internacionales entre la Comunidad Europea y determinados Estados. Son los siguientes:

- Los nacionales del Espacio Económico Europeo gozan de la misma regulación, salvo en lo relativo al estatuto de ciudadano de la UE, que sólo pueden ostentar los nacionales de la UE¹⁶. El reconocimiento de esta equiparación se encuentra en el acuerdo de asociación por el que se crea ese Espacio¹⁷ y cuya base jurídica es el artículo 310 TCE. Ofrece idéntica garantía de las tres libertades comunitarias (artículos 28, 31 y 32 del Acuerdo) y plena aplicación de jurisprudencia (artículo 105 del Acuerdo) y Derecho derivado (anexo VIII del Acuerdo).
- Los nacionales suizos, que por haber rechazado su pertenencia al EEE, disponen ahora de un régimen semejante, derivado de uno de los Acuerdos bilaterales de 1999 entre Suiza y la UE¹⁸, por el cual podrían

¹⁶ Dictamen de 14 de diciembre de 1991(1/91, *Rec.*, p.69).

¹⁷ Firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 entre la CE y Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia. Ratificado por España el 26 de noviembre de 1993 (BOE de 25 de enero de 1994). Entró en vigor el 1 de enero de 1994 (DOCE L 1, de 3 de enero de 1994), salvo para Liechtenstein (1 de enero de 1998).

¹⁸ Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (Recueil officiel des lois fédérales, n.º 26, 2 juillet

considerarse también asimilados: sólo los nacionales comunitarios quedan sometidos a restricciones cuantitativas por parte de Suiza en materia de concesión de permisos de residencia, mientras que la reagrupación familiar goza de una regulación idéntica a la establecida en el Reglamento CE 1612/68.

En definitiva, se rigen también por el régimen comunitario en materia de libre circulación los nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

2.2.2. *Derecho derivado autónomo: familiares extracomunitarios.*

a) Propuesta de Directiva de libre circulación

El derecho comunitario derivado autónomo se halla inmerso en un proceso de «refundición» en la materia que nos ocupa. En estos momentos, las instituciones comunitarias están promoviendo la aprobación de una Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁹.

2002, p. 1529), el más importante para la materia que nos ocupa de los siete Acuerdos sectoriales que ambas partes firmaron el 21 de junio de 1999, en vigor desde el 1.º de junio de 2002 (DOCE L 114, de 30 de abril de 2002). El Acuerdo establece un sistema de cuotas transitorio y una cláusula de salvaguardia permanente para limitar el número de permisos de residencia concedidos a ciudadanos de la UE. Cabe destacar además, que la jurisprudencia del TJCE generada hasta la firma vincula a Suiza. Se trata de derecho derivado convencional vinculante para España y no se aplica el Reglamento CE 1612/68, sino por vía jurisprudencial.

¹⁹ Propuesta de Directiva CE de 23 de mayo de 2001, COM (2001) 257 final y posterior Propuesta modificada de 15 de abril de 2003, COM (2003) 199 final. De la primera Propuesta citaremos la Exposición de Motivos y los Comentarios a los artículos, de interés interpretativo. En cuanto a la trascendencia de las modificaciones operadas, en la propuesta modificada se dice sobre las enmiendas aceptadas: constituyen «complementos que enriquecen, precisan y clarifican el texto de la Comisión» (p.3).

La Comisión postula que es necesario «un nuevo enfoque en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos de la Unión que tienda hacia un régimen único de libre circulación, según lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del TCE»²⁰, esgrimiendo el concepto básico de libre circulación en condiciones similares a la circulación y cambio de residencia intraestatales²¹. Los textos actualmente vigentes confieren al derecho de libre circulación y cambio de residencia un enfoque sectorial y fragmentario que dificulta su ejercicio²².

²⁰ *Ibid.*, Exp de Motivos, apd. 1.2.

²¹ *Ibid.*, Exposición de Motivos, apd. 1.3.

²² Son los siguientes:

– Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. En la práctica, sólo este y el siguiente continúan en vigor. La Propuesta derogaría las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 11, relativas al concepto de miembro de familia y al acceso al trabajo de los miembros de la familia, precisamente por el más amplio alcance que introduciría la futura Directiva (DOCE L 257 de 19.10.1968, p. 2). Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento (CEE) n.º 2434/92 (DOCE L 245 de 26.8.1992, p. 1);

– Reglamento (CEE) núm. 1251/70 de la Comisión, 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 (DOCE L 142 de 30.6.70, p. 24). La Propuesta no contempla su derogación, sino que incorpora disposiciones previstas en el mismo y la Comisión, por su parte, renunciaría al ejercicio de la competencia que le concede la letra d) del apartado 3 del artículo 39 TCE de adoptar reglamentos de aplicación que fijen las condiciones del derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, presentando, en su momento, un acto para la derogación de este Reglamento;

– Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones a la circulación y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, DOCE L 257 de 19.10.1968, p. 13. Directiva cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia;

– Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones a la circulación y a la estancia, den-

En cuanto al fundamento jurídico de la Propuesta de Directiva, para poder agrupar las distintas categorías de beneficiarios en un único instrumento legislativo, sólo es posible recurrir conjuntamente a los fundamentos jurídicos generales del artículo 12 y apartado 2 del 18 y específicos de los artículos 40, 44 y 52, quedando el artículo 18 como residual, sólo para los no activos. Ello permite, por un lado, aplicar un único procedimiento que cubra todos los procedimientos y, por otro lado, al no tratarse del Título IV TCE, imponer la futura transposición en todos los Estados miembros sin excepción²³.

Esta Propuesta de Directiva encierra, sin embargo, algo más que una mera «refundición», pues la determinación del régimen aplicable *ratione personae* se verá modificada por la ampliación del ámbito personal. Lo comprobaremos al analizar el derecho interno español.

b) Familiares extracomunitarios

El derecho a la reagrupación familiar que ostentan los comunitarios extiende la libertad de circulación a ciertos familiares y está garantizado en el Reglamento comunitario 1612/68²⁴, a su vez Derecho derivado autónomo direc-

tro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, DOCE L 172 de 28.6.1973, p. 14;

– Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, DOCE L 180 de 13.7.1990, p. 26;

– Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DOCE L 180 de 13.7.1990, p. 28;

– Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DOCE L 317 de 18.12.1993, p. 59.

²³ Propuesta de Directiva, cit., Exposición de Motivos, apd. 3.1.

²⁴ Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad, DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968.

tamente aplicable, que como desarrollo de la libertad de circulación de trabajadores, implica la *conditio sine qua non* de que ésta se ejecute efectivamente.

Ello es debido a que la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de trabajadores, a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento no puede aplicarse a situaciones que no presenten algún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario. Por tanto, dicha normativa no puede aplicarse a la situación de personas que no hayan ejercido nunca dichas libertades²⁵.

El artículo 10.1 del mencionado Reglamento 1612/68, establece que tendrán derecho a instalarse con el trabajador: a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo; b) los ascendientes del trabajador y su cónyuge que estén a su cargo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el apartado 2 del mismo artículo, por el que los Estados miembros «favorecerán» la admisión de cualquier otro miembro de la familia, si se encontrase a su cargo, o viviese, en el país de origen, con el potencial reagrupante. No olvidemos que este Reglamento es sectorial y la interpretación que se diera mediante la STJCE *Diatta*²⁶ a «cónyuge» separado ha sido la adoptada por el derecho interno, si bien cabe mantener una duda: el Tribunal de Justicia deja claro que el vínculo conyugal no puede ser considerado disuelto mientras no lo declare así la autoridad competente, aún en el caso de esposos que viven separados y tienen la intención de divorciarse, pero no se pronuncia expresamente sobre la separación de derecho, que tampoco disuelve el vínculo.

²⁵ Sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1992, Koua Poirrez, C-206/91, Rec. pp. I-6685, FJ 10 a 12, y de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec. p. I-0000, FJ 28.

²⁶ STJCE *Diatta* de 13 de febrero de 1985, C-267/83, Rec. 1985, p. 263.

3. DERECHO INTERNO ESPAÑOL: EL RD 178/2003. ÁMBITO MÁS AMPLIO

El RD 178/2003, de 14 de febrero²⁷, sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que deroga el RD 766/1992, de 26 de junio²⁸, sobre la misma materia, regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de los nacionales mencionados (art. 1), los nacionales suizos (D.A. 1.^a) y determinados familiares de ambos grupos (art.2), incluidos los de españoles.

Con este alcance, podemos constatar el esfuerzo del legislador español por aglutinar en un solo texto normativo un régimen comunitario disperso: reúne los beneficiarios del mismo (comunitarios y otros nacionales), reitera los Reglamentos comunitarios, aplica las Directivas y amplía *motu proprio* los posibles familiares reagrupables. Esto último sólo es posible en el ámbito nacional pues, como se ha visto, escapa de la competencia comunitaria al no ejercer el ciudadano español su derecho de libre circulación. Se trata, en fin, de facilitar su derecho a la vida en familia mediante la reunión con sus familiares extracomunitarios.

Los familiares extracomunitarios se benefician del mismo régimen por el subyacente derecho de reagrupación familiar para comunitarios y asimilados, que el RD no

²⁷ BOE núm. 46, de 22 de febrero 2003. Sobre el nuevo RD 178/2003, vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las libertades de circulación y residencia en los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», *La Ley*, núm. 5771, de 30 de abril de 2003, pp. 1-13.

²⁸ RD 766/1992, de 26 de junio (BOE núm. 156, de 30 de junio; corrección de errores en BOE de 18 de noviembre), modificado por RD 737/1995, de 5 de mayo (BOE núm. 133, de 5 de junio), RD 1710/1997, de 14 de noviembre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre) y RD 864/2001 (RD por el que se aprobó, recuérdese, el Reglamento de la LOE).

proclama pero delimita mediante el alcance previsto en el artículo 2. De este modo, los familiares, cualquiera que sea su nacionalidad y «siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente» con el reagrupante, son:

- su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. Habrá que ver cómo se interpreta el requisito general de convivencia estable y permanente para el caso del cónyuge separado de hecho, admisible hasta la entrada en vigor del RD²⁹.
- sus descendientes y los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.

²⁹ La exigencia de separación de hecho desapareció del régimen derogado por adecuación al Derecho Comunitario, concretamente por la interpretación emanada del TJCE en su Sentencia Diatta, de 13 de febrero de 1985 (Rec. p. 00263). De la lectura de la Sentencia se desprende, sin embargo, que también podría extenderse el ámbito subjetivo a los cónyuges separados de derecho, pues en el apdo. 20 añade que «el vínculo conyugal no puede ser considerado disuelto en tanto no haya sido fijado un término por la autoridad competente. Tal no es el caso de los esposos que viven simplemente separados, incluso mientras tienen la intención de divorciarse ulteriormente». Esta resolución se pronunciaba sobre el art. 10 del Reglamento CE 1612/68 y en el sentido del mismo, «los miembros de la familia de un trabajador migrante no deben necesariamente vivir en permanencia con él para ser titulares de un derecho de residencia». De todo ello podemos concluir que, por lo menos en nuestro derecho interno, no es posible asimilar separación con ruptura, como parece que tampoco en Derecho Comunitario, además de ser discutible el mantenimiento del requisito de separación de derecho, que en España sólo «produce la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica» (art. 83 Cc), cabiendo la posibilidad de la reconciliación, que «pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio» (art. 84 Cc, primer párrafo). Respecto a la posible vulneración del Derecho Comunitario, cfr. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Análisis crítico del RD 178/2003, algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma», *REDMEX*, núm. 3, julio 2003, pp. 29-59.³⁰ Vid. *supra*.

- sus ascendientes y los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges.

Llegado este punto, es conveniente observar algunas precisiones que afectan al grupo de familiares que se pretende amparar, fruto de la peculiar transposición del derecho comunitario efectuada en España por este único instrumento, el RD 178/2003, que de algún modo se ha adelantado a la «refundición» comunitaria³⁰.

3.1. Matrimonios de conveniencia

Como hemos podido observar, el régimen comunitario resulta más beneficioso que el general y en España pueden acogerse al mismo, además, los familiares extracomunitarios de españoles aunque no hagan uso de su libertad de circulación. Debido a esta posibilidad, son más frecuentes aquí los denominados matrimonios de conveniencia, que responden a la voluntad de instrumentalizar el matrimonio con el fin de entrar en España o regularizar su situación en el país³¹. El mecanismo empleado por el Estado es la apreciación de falta de consentimiento.

En la práctica española, dos son los supuestos en que se puede apreciar fraude: solicitud de inscripción de matrimonio celebrado fuera de España y solicitud de autorización de celebración en España.

³⁰ Vid. supra.

³¹ En la perspectiva comunitaria de seguridad respecto a las de libertad y justicia del espacio europeo, por tanto, materia de inmigración ilegal, el Consejo adoptó una Resolución, de 4 de diciembre de 1997, «sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos» (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997). La base de esa lucha reside en la sospecha de oficio ante los matrimonios en que al menos uno de los cónyuges sea nacional de tercer Estado.

Respecto al primer supuesto, debemos apuntar que se trata del más frecuente en España³². El encargado del Registro Civil debe comprobar la concurrencia de los requisitos legales para la celebración del matrimonio establecidos en el artículo 65 Cc. y la constancia del matrimonio en certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256-31 RRC).

Tras esas comprobaciones, quedará la calificación que deba hacerse del documento extranjero y de las declaraciones complementarias oportunas, además de las pruebas presentadas, mediante la cual el Encargado concluirá si existen hechos objetivos de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (art. 1254 Cc) que el matrimonio es nulo por simulación.

Por tratarse de un derecho fundamental, el de contraer matrimonio, es preciso que exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido³³.

En el caso de celebración en el extranjero, el Ministerio Fiscal debe ser sustituido en sus atribuciones por el Canciller del Consulado. Sin embargo, quedan dos posibles acciones en España: la acción judicial de nulidad ex artículo 74 Cc y la supervisión del expediente del Registro civil, en el que le compete defender la legalidad y denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste (art. 247 RRC).

Analizando los casos de autorización de celebración del matrimonio en España, debemos destacar la importancia del trámite de audiencia personal, reservada y por separa-

³² De las 761 resoluciones dictadas por la DGRN durante 2001, 87 tenían por objeto esta inscripción. De esas, 44 aceptaron la inscripción. ESPLUGUES MOTA, C., «Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)», RODRÍGUEZ BENOT, A., dir., *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2002, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 91-142, esp. p. 121.

³³ Apreciaciones recogidas en la RDGRN (2.^a) de 23 de enero de 2002, BIMJ n.º 1913, de 15 de marzo de 2002, p. 1218.

do, de cada contrayente, en el procedimiento del expediente previo a la celebración del matrimonio. Lo realiza el instructor asistido por el Secretario, debiendo constatar la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (art. 246 Cc). Los hechos probados en ese trámite han de ser lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de simulación³⁴.

3.2. Ampliación del ámbito personal con la futura Directiva

El apartado de la Propuesta de Directiva sobre libre circulación dedicado a los miembros de la familia³⁵ es el más importante cualitativamente, pues con una concepción única y ampliada, se precipita la consecuente expansión del ámbito personal del estatuto de «asimilado» a comunitario, del beneficiario, en suma, de este régimen frente al general. No debemos olvidar, en cambio, que se conserva, en este tratamiento, una más clara distinción y, por tanto, marginación, de los miembros de la familia «que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro», los «inmigrantes más privilegiados», exclusivos destinatarios del permiso de residencia en este régimen que, para distinguirse de los sometidos al general, dispondrán de un «permiso de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión» porque los familiares comunitarios estarán registrados. El concepto se amplía, decíamos, del siguiente modo:

a) Además del cónyuge, se incluye a la pareja «a la que el ciudadano esté vinculado como pareja inscrita o mediante una relación duradera, debidamente certificada»³⁶.

³⁴ RDGRN (4.^a) de 19 de febrero de 2002, BIMJ n.º 1915, de 15 de abril de 2002, FJ II y V.

³⁵ Art. 2 de la Propuesta de Directiva, COM (2003) 199 final, cit.

³⁶ Art. 2, b) de la Propuesta modificada, COM (2003) 199 final. En la versión anterior se decía «pareja de hecho sin que exista matrimonio», COM (2001) 257 final.

Se produce una remisión general a la legislación del Estado de acogida. De este modo, sólo es posible considerar este supuesto en el caso de que esa legislación interna reconozca la situación de las parejas no casadas y la pareja encausada respete las condiciones previstas en la misma. La Propuesta pretende atender esta evolución, pero sólo para las parejas que se someten expresamente al eventual régimen interno de reconocimiento y únicamente a efectos de residencia³⁷.

b) Descendientes y ascendientes directos, independientemente de las edades y de la eventual dependencia. En su comentario a esta disposición, la Propuesta se remite al informe del grupo de alto nivel, por el que no existe ninguna razón válida para negar a los hijos mayores de 21 años que no están a cargo de sus padres o a los ascendientes que no están a cargo de sus hijos el derecho a reunirse con su familia en otro Estado miembro³⁸.

c) Cualquier otro miembro de la familia, siempre que esté a cargo o viva, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o por motivos graves de salud o humanitarios³⁹. Este supuesto recoge una mera re-

³⁷ Comentario al art. 2 de la Propuesta, COM (2001) 257 final, p.8. En la primera propuesta se habla de «asimilación» mientras que en el texto de la Propuesta modificada, la Comisión ya se refiere al régimen de «reconocimiento». En España, la legislación aplicable dependerá de cada Comunidad Autónoma, lo que llevará a tratamientos desiguales según la región de residencia. Tómese, a modo de muestra, dos leyes autonómicas recientes y el distinto reconocimiento que se da en cada una: la Ley de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de 20 de marzo de 2003, núm. 5/2003 (DOE núm. 42, de 8 de abril) permite el acogimiento familiar (art. 8), mientras que la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco (BOPV núm. 100, de 23 de mayo) reconoce además la adopción (art.8). El Presidente del Gobierno ha promovido recurso de inconstitucionalidad (núm. 5174/2003) contra el art. 8 de esta última debido al reconocimiento expreso de la adopción por parte de parejas de hecho (AC, PROV 7 agosto, LPV 2003, 284).

³⁸ Comentario al art. 2, p.9 de la Propuesta.

³⁹ Art. 3.2 de la Propuesta.

comendación⁴⁰ ya vigente con lo previsto en el Reglamento 1612/68 y la Directiva 73/148/CEE.

4. INJERENCIAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RESIDENCIA

4.1. Formalidades administrativas: tarjeta de residencia

Después de saber qué nacionales son los asimilados, conviene precisar de qué modo, ciudadanos de la Unión y asimilados, van a disfrutar del derecho de residencia, es decir, en qué medida se ve condicionado su ejercicio por las formalidades administrativas reguladas en el RD 178/2003.

En primer lugar, los ciudadanos comunitarios y nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza se benefician de la ausencia de formalidades⁴¹. Con ello, el régimen interno se adelanta a las aspiraciones del derecho comunitario, pues la Comisión configura en la Propuesta de Directiva de libre circulación un auténtico derecho fun-

⁴⁰ Precisamente por su carácter de «derecho blando» o carente de imperatividad, no se aplica en España, como hemos visto al analizar el RD 178/2003. Sin embargo, ante el distanciamiento que se producirá entre esta categoría «abierta» de parientes a cargo o por inquilinato y la anterior de línea directa incondicional, podemos suponer que este caso se tomará en consideración por los «servicios nacionales» españoles, pues será el único que contemple la dependencia, siendo suficiente con demostrarla. Tanto es así, que si el eventual beneficiario por esta vía es extracomunitario y decide ampararse en su derecho personal de libre circulación y residencia, tal como prevé la Propuesta *in genere* (art. 3.2), quedará automáticamente sometido al régimen general, materia propia de Inmigración y no de Libre circulación.

⁴¹ Rige para ellos el principio de residencia sin tarjeta: En el antepenúltimo párrafo de la Exposición de Motivos, se señala que «este nuevo texto normativo es coherente con los artículos 17 y 18 TCE». No debe olvidarse, sin embargo, que la base jurídica remota del RD 178/2003, es el artículo 14 TCE y así, como se ha visto, el derecho de entrada y permanencia cuyo ejercicio se condiciona, está sirviendo al objetivo del mercado único. La coherencia será, pues, directamente proporcional al

damental y personal de los ciudadanos de la Unión a residir en otro Estado miembro, sin más límite en su ejercicio que el de no resultar gravoso para la asistencia social del Estado miembro de acogida⁴², recordando lo que la jurisprudencia comunitaria ya había aclarado, que el permiso de residencia no es una autorización, sino simplemente un acto declarativo de un derecho preexistente⁴³. Permanecerán, pues, respecto al derecho interno, los requisitos mínimos de recursos suficientes y registro⁴⁴.

alcance de los «supuestos de residencia sin tarjeta» del artículo 6 RD 178/2003. Pueden residir prescindiendo de tarjeta, con documento de identidad o pasaporte nacional válido y en vigor: nacionales de la UE, el EEE y nacionales suizos (DA1.^a) que sean trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes o beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente (art. 7); familiares de los anteriores que cumplan, a su vez, el mismo requisito de nacionalidad; trabajadores fronterizos en España, residentes en otro de los Estados del ámbito descrito (EEE, Suiza), debiendo ser nacional de uno de ellos. Estos supuestos carecen de fiscalización administrativa, salvo la demostración de la nacionalidad en el momento de la entrada en España, mediante documento de identidad en vigor (art.4).

⁴² Aunque el art. 7 se denomine «Condiciones de ejercicio», el tenor del primer numeral parece condicionar la titularidad: «...tienen derecho a (...) si...». De cualquier modo, la *ratio legis* es la de referirse a un derecho fundamental y personal (Considerando 10 de la Propuesta), de toda persona, porque no se traspasan fronteras (exteriores).

⁴³ STJCE *Royer* de 8 de abril de 1976, C-448/75, Rec. p. 497, apd. 50.

⁴⁴ Los Estados sólo podrán exigir a los ciudadanos que se registren en el lugar de residencia. Este deber mínimo podría considerarse como el primer acto de ejercicio del derecho, un acto declarativo que ofrece seguridad jurídica y permitirá el acceso a otros derechos no fundamentales. La Comisión lo considera de este modo en el comentario a la Propuesta (art. 8) al referirse a un registro a modo de padrón, como los ya existentes para las listas electorales a efectos de comicios europeos y municipales. Medida, pues, razonable y deseable. El permiso de residencia queda relegado, por tanto, a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Para expedir certificación del registro, los documentos requeridos al ciudadano únicamente pueden ser el de identidad (carné o pasaporte) y declaración (o cualquier otro medio a elección del interesado) de cumplimiento de las condiciones requeridas según los casos: si ejerce una actividad económica como trabajador asalariado o no asalariado o, si

El otro grupo, los familiares nacionales de tercer Estado, es el que debe asumir mayor carga de formalidades administrativas en el RD 178/2003: la exigencia de tarjeta de residencia⁴⁵ (art. 8) para estancias superiores a tres meses, así como los requisitos para su obtención⁴⁶ (art. 11) y la exigencia de visado (arts. 4 y 5). También son los destinatarios en exclusiva de la posible exención de visado (art. 11. 3, párrafo segundo) y la eventual aplicación de medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública (Capítulo IV del RD), especialmente «denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia»⁴⁷.

El cumplimiento de estos requisitos acumulativos se convierte en constitutivo del estatuto de familiar, en virtud de lo establecido por la Disposición final segunda, apartado primero, que impone el sometimiento a la LOE «en aquellos casos en que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el presente Real Decreto»⁴⁸.

dispone para él y para los miembros de su familia, de recursos suficientes con el fin de no convertirse durante la estancia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, y de un seguro de enfermedad que cubra el conjunto de los riesgos en el Estado miembro de acogida. Si es estudiante, debe aportar además su inscripción en un establecimiento reconocido con el fin de cursar a título principal una formación profesional. En último lugar, respecto a los miembros de la familia, sólo se requerirá la prueba del parentesco y la dependencia en su caso.

⁴⁵ Capítulo III del RD: tramitación, expedición y renovación, así como la potestad administrativa para, excepcionalmente, averiguar posibles antecedentes penales o requerir certificado médico.

⁴⁶ Se exige: adjuntar tres fotografías y el documento de identidad en vigor —o copia del caducado con la solicitud de renovación (art. 11.1)—; documentación que acredite el vínculo de parentesco, la dependencia económica (para descendientes y ascendientes) y la residencia en España del reagrupante (art. 11.3).

⁴⁷ Art. 16.1.b. No puede basarse la no renovación en el hecho de haber contraído, después de la expedición de la primera tarjeta, enfermedades que comportan la sujeción a período de cuarentena contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional (art. 16.4 y 5).

⁴⁸ Significa esto, *a contrario*, que el RD 178/2003 establece una presunción *iuris et de iure* por la cual todo nacional de tercer Estado dejará de ser familiar reagrupable, con el alcance del artículo 2, si así lo

Sin embargo, la remisión al régimen general de extranjería, ya como «inmigrante económico», no puede ser directa, pues si no cumple los requisitos «constitutivos» del RD 178/2003, entonces deberá cumplir los exigidos por el régimen comunitario concomitante y jerárquicamente superior, requisitos más flexibles, que en modo alguno determinan un cambio sustancial de estatuto personal, pues se trata de meras formalidades para constatar una declaración personal (acreditar identidad, vínculo familiar, dependencia económica, en su caso, y visado)⁴⁹. Se exige la aportación de medios de prueba a fin de garantizar, en definitiva, que los actuantes puedan ejercer su derecho a vivir en familia. Con el régimen interno, en cambio, el familiar debe probar su «inocencia» porque se presume el fraude.

4.2. Expedición automática de tarjeta a determinados familiares: residencia permanente

Determinados «miembros de la familia» pueden disponer de tarjeta expedida de modo automático⁵⁰. Nos esta-

considera mediante resolución el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (art. 18 RD 178/2003), después de tres meses de incertidumbre (art. 13.2), para pasar a regirse por la LOE con un estatuto indeterminado.

⁴⁹ En la Propuesta de Directiva el «permiso de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión» se configura, en plazos y documentos, como el certificado de registro. Sólo la eventual exigencia de visado y su caducidad determinan el plazo de solicitud del permiso. El carácter declarativo, que podría ponerse en duda en este supuesto, se manifiesta en la identidad de requisitos y en la preceptiva e inmediata entrega de un resguardo de la presentación de la solicitud «que hará constar también la calidad del interesado como miembro de la familia de un ciudadano de la Unión».

⁵⁰ Así lo entiende la Prof. Sánchez Jiménez respecto a los supuestos admitidos por el RD derogado. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., «Aproximación al Derecho de Extranjería», en CARRASCOSA JIMÉNEZ, J., y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Derecho de Nacionalidad y Extranjería*, Diego Marín, Murcia, 2002, p. 101.

mos refiriendo a los familiares de los titulares del derecho a residencia permanente. El artículo 7, en su primer apartado, define quiénes son esos titulares⁵¹ y en los siguientes apartados segundo, tercero y cuarto, determina los familiares que adquieren ese mismo derecho⁵², a los que «se expedirá o renovará, cuando fuera necesario, la tarjeta de residencia», pensando en los que sean nacionales de tercer estado, separables en dos grupos: los que residan con el «reagrupante» en España y los familiares del «reagrupante» fallecido tanto después de adquirir el derecho de residencia permanente (art. 7.4 RD) como «en el curso de su vida activa»(art. 7.3 RD), esto es, «antes de adquirir el derecho»⁵³, aunque este último caso reducido a determinadas circunstancias⁵⁴.

⁵¹ Se trata de aquellos nacionales de los Estados del EEE y Suiza que hayan desarrollado una actividad económica por cuenta propia o ajena en territorio español y se dé una de las siguientes alternativas (art. 7.1. RD 178/2003):

- cese, por uno de estos dos motivos:
 - habiendo llegado a la edad prevista por la legislación española para la jubilación con derecho a pensión, con 12 meses precedentes de ejercicio de la actividad y residencia previa en España de más de tres años, o;
 - como consecuencia de incapacidad permanente para el trabajo, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción (no será necesario plazo alguno si resulta de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español).
- cambio de lugar habitual de trabajo a otro Estado miembro, conservando la residencia en España, a donde regresa al menos una vez por semana.

⁵² Este artículo 7 en todos sus apartados se identifica con lo establecido por el Reglamento (CEE) núm. 1251/70 de la Comisión, 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 (DOCE L 142, p. 24).

⁵³ Inciso que figuraba en el derogado RD 776/1992, art. 8.2.

⁵⁴ Debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias (art. 7.3 RD 178/2003):

Respecto al último supuesto, de fallecimiento antes de adquirir el derecho, habiendo residido dos años, el TJCE ha declarado en su Sentencia *Givane*, respecto al Reglamento CE del que se obtuvo el contenido del art. 7 RD 178/2003, que «debe preceder inmediatamente al fallecimiento del trabajador», añadiendo que «este requisito tiene por objeto que se establezca un vínculo auténtico entre el Estado de acogida, por una parte, y ese trabajador y su familia, por otra, así como que se asegure un cierto nivel de integración de estos últimos en la sociedad de que se trate»⁵⁵.

Por otra parte, debemos destacar el carácter cualificado que el TJCE, en el ámbito del Derecho comunitario en su estado actual, otorga a esta última categoría de familiares —y por ende, a sus «reagrupantes», todos los destinatarios, en definitiva, del artículo 7 RD 178/2003—, respecto del resto de reagrupantes comunitarios y respectivos familiares. En su Sentencia *Kaba II*, el Tribunal de Justicia declara que una persona «residente y establecida» en el Reino Unido, estatuto comparable al de residencia permanente en España, «no está sometida a restricción alguna respecto al período en que puede residir en el territorio del Estado miembro y durante su estancia no tiene el deber de cumplir ninguna condición *comparable* a las previstas por las disposiciones del Derecho comunitario (...)»⁵⁶, para un residente comunitario o asimilado, ya sea cónyuge extracomunitario⁵⁷ de trabajador migrante nacional de un Esta-

a) Que el titular del derecho a residir en territorio español hubiera residido en España en la fecha del fallecimiento durante, al menos, dos años.

b) Que el fallecimiento se haya debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

c) Que el cónyuge supérstite, siempre que no estuviera separado de derecho, fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia del matrimonio con el fallecido.

⁵⁵ STJCE de 9 de enero de 2003, *Givane*, C-257/00, F.J. 46.

⁵⁶ STJCE *Kaba II* de 6 de marzo de 2003, C-466/00, FJ 48.

⁵⁷ STJCE *Kaba* de 11 de abril de 2000 (C-356/98, Rec. p. I-2623), FJ 30. Se refiere a las disposiciones de la Segunda Parte del TCE (especialmente, al art. 18 TCE), a las disposiciones en materia de libre circu-

do miembro residente en el territorio de otro Estado miembro, el propio trabajador migrante⁵⁸, o simplemente ciudadano comunitario⁵⁹.

Finalmente, la Propuesta de Directiva sobre la materia, en su Capítulo IV, introduce un derecho incondicional de residencia permanente, conferido a los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente y de forma continuada durante cuatro años en el territorio del Estado miembro de acogida, extensivo a los miembros de la familia, incluidos los que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro⁶⁰.

lación de personas (Título III, Tercera Parte del TCE) y las disposiciones de Derecho derivado adoptadas para su aplicación.

⁵⁸ STJCE *Antonissen* de 26 de febrero de 1991 (C-292/89, Rec. p. I-745). El derecho de residencia del trabajador está supeditado al mantenimiento de la condición de trabajador o, en su caso, de persona en búsqueda de empleo, salvo que posea este derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario.

⁵⁹ STJCE *Baumbast* de 17 de septiembre de 2002 (C-413-99). El ciudadano de la Unión Europea puede disfrutar de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 TCE, apd. 1, cuyo ejercicio se halla sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere dicha disposición, respetando el principio de proporcionalidad, desarrollados para este caso en la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26, cit. supra), art. 1.1, por el que se concede este derecho a aquellos nacionales que no lo disfruten en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario. La Directiva prevé que los Estados miembros pueden exigir a los nacionales de un Estado miembro, que quieran disfrutar del derecho de residencia en su territorio, 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 a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

⁶⁰ Conviene tener en cuenta algunas particularidades:

- a) Sólo se perderá por ausencia de más de cuatro años consecutivos.
- b) Se contemplan plazos más reducidos para los trabajadores que cesen su actividad en el Estado miembro de acogida y sus familias, recogiendo lo establecido en el Reglamento 1251/70 y en España, en el RD 178/2003.
- c) Así como el derecho de residencia temporal confiere unas ventajas que precisan un reconocimiento mínimo del mismo (certificado de

4.3. Exigencia de visado

La exigencia de visado se recoge en los artículos 4.2, para entrada, 5.2, para estancia y 11.3, letra C, para residencia, del RD 178/2003 y, con carácter previo y ámbito comunitario⁶¹, en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 68/360⁶² y 3, apartado 2, de la Directiva 73/148⁶³, por los

registro), en mayor medida el derecho de residencia permanente implica «derechos suplementarios y una mayor protección» (considerando 18 de la Propuesta). De este modo justifica la Propuesta de Directiva la expedición de un «permiso de residencia de duración ilimitada», mediante solicitud obligatoria (art. 17 de la Propuesta).

⁶¹ En este ámbito, debe tenerse en cuenta el recurso al criterio de la nacionalidad aplicado por el sistema Schengen para el cruce de fronteras exteriores (vid. infra) mediante el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación del visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento (CE) n.º 2414/2001, del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (DOCE L 327, de 12 de diciembre de 2001) y por el Reglamento (CE) n.º 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 (DOCE L 69, de 13 de marzo de 2003). Lista de Estados exentos, siempre que la estancia no supere los tres meses (art. 1.2, anexo II): Andorra, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea (República de), Costa Rica, Croacia, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América, Estonia, Guatemala, Honduras, Hungría, Israel, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, México, Mónaco, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede, Singapur, Uruguay, Venezuela, Regiones Administrativas Especiales de la República Popular China —RAE de Hong Kong, RAE de Macao—. La virtualidad de esta exención es bien poca para el supuesto de los familiares que, con toda seguridad, pretenden permanecer, en el Estado miembro de que se trate, durante más de tres meses.

⁶² Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DOCE L 257, p.13; EE 05/01, p. 88).

⁶³ Directiva 73/148/CEE 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 (DOCE L 172, p. 14; EE06/01, p.132).

que el ejercicio del derecho de entrada en el territorio de los Estados miembros de estos nacionales de países terceros, que se desprende de su vínculo familiar, se supedita a la posesión de un visado.

4.3.1. *Régimen general de exenciones*

El RD 178/2003 establece una lista cerrada de supuestos por los que puede eximirse del «visado de residencia en el pasaporte» (art. 11.3), sólo para el único caso posible, el de los familiares nacionales de terceros Estados. Con el régimen anterior (art. 10.2.d) del derogado RD 766/1992), no se daba enumeración alguna de las denominadas «razones excepcionales» de posible exención. Ahora se ofrece una lista de diez supuestos, identificables por el mismo orden de aparición, con los establecidos por el artículo 49.2 RLOE, salvo dos, relacionados con la reagrupación⁶⁴, que no recoge el RD 178/2003. Ante el mime-

⁶⁴ Art. 49.2, letras e) y f):

– «Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia en España al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año.» Este supuesto queda excluido del ámbito personal del RD 178/2003, pues se refiere a reagrupantes de nacionalidad no contemplada por el mismo.

– «Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas.» En este caso, no parece tan clara su no inclusión en la lista del RD 178/2003, salvo que se haya tenido en cuenta la incompatibilidad con el alcance del art. 2 RD 178/2003: el menor es español y reside en España pero no es el ascendiente el que vive a expensas del español, sino a la inversa. Puede además asimilarse «menor» con «estudiante» para entender que no sólo se impone el visado, sino que no se admite esta posibilidad de reagrupación en el régimen del RD 178/2003. El ascendiente en cuestión deberá someterse al régimen general, que sí le exime de visado pero tampoco lo contempla en virtud de la reagrupación, o bien, conseguir que el menor se reúna con él en el tercer Estado.

tismo con el RLOE —no olvidemos que los destinatarios de estas excepciones son siempre familiares—, deberíamos dividir la lista en dos grupos: los supuestos de carácter general⁶⁵, que podrían aplicarse a un nacional de tercer Estado sin vínculo familiar alguno en el sentido del RD 178/2003, y los supuestos directamente relacionados con la reagrupación familiar, que son los que analizamos a continuación⁶⁶:

⁶⁵ Supuestos de carácter general:

1. Conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza, en la zona de origen o procedencia, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado (art. 11.3,1.º RD 178/2003 y 49.2, a) RLOE).

2. Desastre natural, en la zona de origen o procedencia, cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del visado (art. 11.3,1.º RD 178/2003 y 49.2, a) RLOE).

3. Eventual peligro para la seguridad personal o familiar derivado del preceptivo traslado a origen o procedencia (art. 11.3,2.º RD 178/2003 y 49.2, b) RLOE).

4. Carencia de vínculos personales con el país de origen o procedencia (art. 11.3,2.º RD 178/2003 y 49.2, b) RLOE).

5. Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española (art. 11.3,5.º RD 178/2003 y 49.2, g) RLOE).

6. Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado (art. 11.3, 6.º RD 178/2003 y 49.2, h) RLOE).

7. Extranjeros a los que se haya concedido la cédula de inscripción a la que se refiere el artículo 56 RLOE (11.3, 7.º RD 178/2003 y 49.2, i) RLOE).

8. Extranjeros que hayan entrado en España con un visado de residencia válidamente expedido por las autoridades consulares españolas y no hayan podido obtener la correspondiente tarjeta de residencia por causas ajenas a su voluntad (art. 11.3, 8.º RD 178/2003 y 49.2, j) RLOE).

9. Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público (art. 11.3, 10 RD 178/2003 y 49.2, l) RLOE)

⁶⁶ Sobre los supuestos del RLOE, vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Algunas irregularidades detectadas en el Real-Decreto 864/2001», *Entre culturas. Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española*, núm. 41, julio-septiembre, 2001, pp. 7-11.

1. Hijos (o tutelados⁶⁷), que sean menores de edad o incapacitados. Este artículo 11.3, 3.º reproduce en sus dos subapartados el contenido del artículo 49.2,b) RLOE, aunque necesariamente modula su alcance mediante el criterio restrictivo de nacionalidad cualificada del familiar residente legal en España. Añade, al tenor traspuesto del RLOE, «que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo». Este supuesto implica, en relación con el artículo 2,b), que se les continúa exigiendo el visado a todos los descendientes de segundo grado y siguientes (nie-tos), a los hijos con edades entre 18 y 21 años y a los hijos mayores de 21 años que vivan a expensas del residente.

2. Cónyuge, siempre que no se encuentren separados de derecho y se acredite la convivencia en España al menos durante un año. Este caso del artículo 11.3.4.º RD ya venía expresamente previsto en el RLOE, artículo 49.2, que, en un exceso de celo, trataría de anticipar su regulación, la del reagrupante comunitario (letra d), junto a la del régimen general —reagrupante extracomunitario (letra e)—. En la reiteración del RD 178/2003 se ha eliminado la obligada concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 17 LOE. Esta depuración constituye un reconocimiento tácito del error cometido en el artículo 49.2,d) RLOE, que remite al artículo 17 LOE cuando debería haberlo al artículo 2.a) RD 178/2003.

Además de esta confusión de regímenes, algunos autores propugnan tanto la vulneración del Derecho comunitario⁶⁸ como la posible inconstitucionalidad que se deriva del requisito de un año de convivencia⁶⁹. La jurisprudencia ha protagoniza-

⁶⁷ El apdo. b) del art. 11.3 comprende exactamente aquellos «que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un nacional del Espacio Económico Europeo residentes en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español».

⁶⁸ ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, Europea de Derecho, Madrid, 2003, p.350. Vid. supra STJCE MRAX.

⁶⁹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. «Algunas irregularidades,...», *op. cit.*, p. 9; ORTEGA MARTÍN, E., *Manual...*, *op.cit.* p.350.

do una evolución favorable a esta postura doctrinal afirmando que no es necesario un plazo previo de matrimonio⁷⁰.

Sin embargo, no hay lugar a dudas sobre la ilegalidad de la exigencia de convivencia «en España». Este inciso del artículo 49.2 apartados d) y e) RLOE, ha sido anulado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de marzo de 2003, en la que declara que «el precepto legal no establece condición alguna a la convivencia durante al menos un año como requisito para que pueda concederse la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España. El establecer reglamentariamente la exigencia de que esa convivencia tenga que ser necesariamente en España implica una restricción que va más allá de la exigencia legal y quiebra por tanto el principio de legalidad, amen de que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular»⁷¹. Antes de imponer la anulación del citado precepto, el Tribunal desarrolla la hipótesis por la cual el inciso habría sido legal: «Si el legislador hubiera efectuado la remisión al artículo 16 de la Ley, comprendido en el mismo capítulo relativo a la Reagrupación Familiar, y que sí se refiere a residencia en España.»⁷²

De cualquier modo, hasta el momento, ante este supuesto, más frecuente que ningún otro, el Alto Tribunal sólo disponía del ya mencionado concepto jurídico indeterminado «razones excepcionales»⁷³, por lo que en sus pronunciamientos subyace todavía la determinante dependencia de los hechos probados⁷⁴. Pueden encontrarse sen-

⁷⁰ Sentencias del TS, ambas de 31 de octubre de 2000 (*RAJ*, 2000, núms. 8644 y 9382) y de 1 de febrero de 2001 (*RAJ*, 2001, núm. 160), *cit. ibid.*, p.6.

⁷¹ STS de 20 de marzo de 2003, (BOE de 16 de mayo) F.J. 6.º.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Art. 10.2.d) del derogado RD 766/1992.

⁷⁴ A modo de ejemplo, la STS de 20 de junio de 2000, ante el supuesto de extranjera casada con español mediante precio y sin convivencia, considera que no se dan las citadas «razones excepcionales» y la normal y efectiva convivencia en el sentido del art. 2.a del antiguo RD 766/1992.

tencias en ambos sentidos, pero desde el momento en que se interprete el régimen vigente, toda razón excepcional queda reducida a la concurrencia de no separación de derecho y convivencia mínima de un año, plazo disuasorio para los matrimonios de conveniencia, sobre los que con vendrá detenerse en otro momento.

3. Ascendiente que viva a expensas del reagrupante y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar (art. 11.3.9.º RD 178/2003). En este supuesto, la similitud con el correlativo artículo del RLOE, el 49.2.k), también se da, añadiendo sólo la consabida restricción de nacionalidad al residente legal. La única diferencia se deriva de la sede normativa por la que se opte para apreciar los mencionados requisitos. Si bien es cierto que únicamente y por mimetismo se menciona la «reagrupación familiar» en este precepto del RD 178/2003, sólo cabe pensar en los requisitos de su artículo 2.c, salvando la redundancia del requisito de dependencia («que vivan a sus expensas», penúltimo inciso del art. 11.3.9.º RD 178/2003) y descartando los del artículo 17.1.d) LOE, mucho más restrictivos y discrecionales⁷⁵.

En consecuencia, conviene advertir que conforme a lo establecido en este supuesto de exención, todo ascendiente, con el alcance del artículo 2 RD 178/2003, está exento de visado.

4.3.2. *Jurisprudencia comunitaria*

La exigencia de visado, cuando proceda, ya ha sido erosionada por el TJCE, que en la sentencia *MRAX*⁷⁶ permite

⁷⁵ Art. 17.1.d) LOE: «los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.» No debe olvidarse que, en principio, este precepto alude a un cónyuge con las condiciones establecidas en su anterior apartado a), esto es, no separado de hecho o de derecho, entre otros.

⁷⁶ STJCE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, C-459/99, en la que el Tribunal de Justicia resuelve cuatro cuestiones prejudiciales suscitadas en el marco de un litigio entre el *Mouvement contre le racisme, l'antisémi-*

la ausencia del mismo, interpretando las normas citadas a la luz del principio de proporcionalidad, pronunciándose sólo para el caso del cónyuge, concretado en los siguientes extremos:

1. Un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada de dicho cónyuge sin visado⁷⁷, cuando éste pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148.

2. Si el cónyuge ha entrado ilegalmente, es decir, incumpliendo la formalidades legales sobre acceso, desplazamiento y residencia, por tanto, sin visado, las mencionadas Directivas no autorizan al Estado miembro implicado a denegar un permiso de residencia ni a adoptar una medida de expulsión por ese único motivo⁷⁸, siempre que el interesado pueda aportar prueba de su identidad y de su matrimonio. El Tribunal también sienta la interpretación por la que el extranjero en esta situación tiene derecho a interponer recurso ante la autoridad competente contra esas decisiones estatales.

tisme et la xénophobie ASBL (MRAX) y el État belge relativo a un recurso de anulación de la circular de los Ministros de Interior y de Justicia, de 28 de agosto de 1997, sobre el procedimiento de publicación de los edictos matrimoniales y sobre los documentos que deben aportarse para obtener un visado con objeto de contraer matrimonio en el Reino de Bélgica o para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero.

⁷⁷ La sentencia también incluye en esta interpretación al Reglamento 2317/95 (en la actualidad, 539/2001, sobre la misma materia —vid. nota supra—) y contempla expresamente la ausencia de «un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado». Ibid., FJ 62.

⁷⁸ También se contempla el supuesto de entrada legal con visado caducado en que se deriven idénticas medidas estatales. Ibid., FJ 80.

4.4. Expulsión

Una vez agotados los supuestos de exención de visado del RD 178/2003, sólo queda lamentar la ausencia de una cláusula residual en la lista. De ese modo, podría conservarse el concepto de «razones excepcionales» del régimen derogado. La defensa de una lista abierta no es otra que la de tratar de evitar por ese medio que los familiares nacionales de tercer Estado padezcan las medidas aplicables por razones de orden público, seguridad pública y salud pública del artículo 16 RD 178/2003. Estas medidas no se aplican a comunitarios⁷⁹ por haber incumplido los requisitos establecidos en el RD 178/2003.

En contraste con lo anterior, a un familiar extracomunitario se le puede impedir la entrada en España, denegar la expedición o renovación de la tarjeta de residencia, expulsar o devolver del territorio español, también fundándose exclusivamente en su comportamiento personal⁸⁰ (art. 16.2.d RD), que podrá consistir, en cambio, la mayoría de las ocasiones, en no acreditar los requisitos administrativos (Disposición Final segunda del RD), especialmente la ausencia o caducidad de visado no subsumible a ninguno de los supuestos de exención⁸¹, para desembo-

⁷⁹ Respecto a impedir la entrada en España (art. 16.1.a) u ordenar la expulsión o devolución (art. 16.1c), no pueden ser adoptadas con fines económicos (art. 16.2.c), caso de averiguarse la no adecuación al artículo 6, siendo sólo posible imponer la solicitud de tarjeta de residencia. En relación con la de ordenar la expulsión por caducidad del documento de identidad o del pasaporte, el artículo 16.3 lo impide expresamente, pudiendo aplicarse la misma solución.

⁸⁰ Para el caso de un comunitario, debe tratarse de una conducta que constituya una amenaza actual al orden público, no bastando cualquier condena penal (Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 1997 y 19 de enero de 1999, sobre el precepto de derecho comunitario concordante, el art. 3.2 de la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero de 1964).

⁸¹ El art. 16.3 RD 178/2003 impide que la caducidad de los documentos de identidad sea causa de expulsión, pero nada dice respecto a los visados caducados, que podrían incluirse en el supuesto de exención del art. 11.3. 8.^a (vid. supra).

car⁸² en una de las infracciones tipificadas como graves en el régimen general⁸³, sancionables con multa⁸⁴ o expulsión⁸⁵, siendo ésta la más aplicada⁸⁶.

Precisamente, ese el supuesto que contempla el TJCE en su Sentencia *Carpenter*⁸⁷, al considerar desproporcionada la orden de expulsión y denegación de residencia de cónyuge extracomunitario por caducidad del visado sin abandonar el territorio, fundamentado, eso sí, «a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar»: se tra-

⁸² Por remisión del artículo 16.2.a RD 178/2003, las medidas del apartado anterior «habrán de ser adoptadas con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley (sic) 8/2000, de 22 de diciembre, y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia».

⁸³ Art. 53.a) LOE, modificado por LO 14/2003: «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.»

⁸⁴ Art. 55.1 LOE, modificado por LO 14/2003: «Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: (...); b) Las infracciones graves con multa de 301 hasta 6.000 euros.»

⁸⁵ Art. 57.1 LOE: «Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.»

⁸⁶ Así lo reconoce la Policía Nacional, siendo la única sanción sobre la que ha debido pronunciarse hasta el momento el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, justificada por ser la única ejecutable (Declaraciones de D. Antonio Ortega Fernández, Jefe de la Sección Operativa de Extranjeros de la Jefatura Superior de Policía de Murcia, y de un Vocal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, respectivamente, en el II Curso de Formación en materia de Extranjería, Colegio de Abogados, Murcia, 25 de marzo de 2003).

⁸⁷ STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. p. I-6279, especialmente FJ 38.

ta de un matrimonio auténtico y el Tribunal considera que el cónyuge tiene allí una «vida familiar efectiva», ocupándose, en particular, de los hijos del nacional comunitario nacidos en una primera unión. La solicitud de permiso de residencia fue presentada cincuenta y tres días después de la celebración del matrimonio, siendo denegada mediante resolución un año más tarde. Se trata de hechos que bien podrían corresponder a la segunda de las hipótesis planteadas en la Sentencia *MRAX*⁸⁸, con lo que el TJCE se ratifica en esta línea interpretativa.

El incipiente Derecho comunitario sobre la materia, bajo la forma de la Propuesta de Directiva mencionada, se muestra prudente y no excluye la posible expulsión ni de familiares extracomunitarios⁸⁹ ni de los ciudadanos comunitarios, por lo que debe constatar que se mantiene un principio de discriminación con respecto a los nacionales del Estado de residencia, pues a pesar de introducirse en la Propuesta todo el acervo jurisprudencial por el que la medida debe basarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo afectado, siendo insuficiente la existencia de condenas penales para justificar por sí solas las medidas y debiendo representar una amenaza actual, real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, con previsión estatal de medidas represivas severas contra el mismo comportamiento cuando los autores sean nacionales. Es en este punto donde se preserva una vulneración del principio de no discriminación y se refleja, como apunta Rodríguez Barrigón, la «imperfecta vinculación del ciudadano con la Unión (que) hace posible la supervivencia de este tipo de medidas especiales»⁹⁰. Añade el mismo autor que si esta relación fuera más in-

⁸⁸ STJCE *MRAX*, vid. supra.

⁸⁹ El art. 26 de la Propuesta exige que se tenga en cuenta, entre otros aspectos, su situación familiar y económica.

⁹⁰ RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M., *La ciudadanía de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 424-425.

tensa, el supuesto contemplado encontraría su tratamiento en los sistemas penales nacionales y no tendría efectos discriminatorios. No se le expulsaría. Se le aplicaría una «medida represiva severa».

5. EL MISMO DERECHO A REAGRUPAR CUANDO EL TITULAR TAMBIÉN ES INMIGRANTE

En el ámbito del derecho de extranjería, como régimen de derechos para los nacionales extracomunitarios, el exponente más adecuado para tomar conciencia del diferente tratamiento que se da a la materia lo constituye la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar⁹¹.

La Directiva basa su fundamentación en la interpretación del artículo 8 CEDH, por lo que podemos afirmar que ésta regula las condiciones de ejercicio de un derecho instrumental de otro fundamental, la reagrupación familiar como prerrequisito para la vida familiar. Sin embargo, posibilita situaciones de falta de respeto del derecho a la vida familiar mediante numerosas restricciones estatales facultativas, siendo especialmente graves las que erosionan el ya de por sí reducido ámbito personal de la familia nuclear: un reagrupante residente «cuasipermanente»⁹² puede reunir

⁹¹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, DOCE L 251, de 3 de octubre de 2003, cit. en ap. 2.2.1. Vid. *in extenso* LÁZARO GONZÁLEZ, I., «La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar», *Migraciones*, núm. 12 (2002), pp. 43-79.

⁹² El titular del derecho es el «reagrupante», definido como el «el nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro, solicite que los miembros de su familia se reúnan con él» para, cabría añadir, «mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante». Debemos completar el perfil del titular con los siguientes requisitos acumulativos, que acabarán configurando su estatuto específico (art. 2 y ss.):

– ser titular de un permiso de residencia, expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año al que, sin

consigo a su único cónyuge y a sus hijos menores no casados, aunque con plazo prolongable *sine die*, expuestos a controles de integración e integridad previos y periódicos⁹³.

Conjugando además los regímenes comunitario e interno español, hallamos también en esta sede que nuestro derecho interno permite, más allá del ámbito de familia nuclear protegido por la Directiva, la reagrupación de ascendientes a cargo⁹⁴.

embargo, el Estado de acogida puede añadir más tiempo de residencia legal hasta computar dos años;

- tener una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, con la intención de «no conceder el derecho a las personas que sólo residan temporalmente, sin posibilidad de renovación. Esta exclusión contempla, en particular, a las personas *au pair*, becarios, etc.»;

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

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

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

- cumplir las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.

⁹³ El noveno considerando establece que «la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad», debiendo añadir «no casados». Cualquier ampliación será facultativa: ascendientes, hijos mayores a cargo y pareja no casada. Sin embargo, incluso la familia nuclear se encuentra expuesta a las limitaciones facultativas que se le puede imponer en el Estado de acogida (art. 4 Directiva): el hijo de reagrupante poligámico y cónyuge no reagrupable, puede ser excluido; el hijo mayor de 12 años que llega independientemente del resto de la familia puede ser sometido a «examen» previo de integración; al reagrupante y su cónyuge se les puede exigir una edad mínima previa a la solicitud, que no exceda los 21 años; el hijo mayor de 15 años puede ser excluido; se puede exigir vida familiar efectiva (art.16).

⁹⁴ Arts. 16 a 19 LOE. Vid. EZQUERRA UBERO, J.J., «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable», *Migraciones*, núm. 1 (1997), pp. 177-216.

6. CONCLUSIONES

1. Los ciudadanos de la Unión Europea y sus asimilados están exentos del régimen general por remisión legal al Derecho comunitario. De este modo, en España, será de aplicación el Derecho de la Unión Europea en materia de Ciudadanía y libre circulación de personas, complementado por el Derecho interno que lo trasponga o reitere sin contravenirlo y ofreciendo potestativamente un trato más favorable: el RD 178/2003. Muy en tercer lugar y siguiendo la misma pauta, podría pensarse en acudir al régimen general de la LOE, aunque es muy improbable que el Derecho comunitario «se deje ganar en generosidad» por un régimen interno para extracomunitarios.

2. El régimen interno vigente en España para comunitarios y asimilados resulta más beneficioso de lo que permite en sus disposiciones el Derecho comunitario, extendiendo más allá de lo exigido el alcance del que está llamado a ser estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁹⁵, esto es, el estatuto de ciudadano de la Unión. Muestra de ello son los siguientes enfoques:

a) La normativa comunitaria relativa a la libre circulación de trabajadores, a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento no puede aplicarse a situaciones que no presenten algún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario. Por tanto, dicha normativa no puede aplicarse a la situación de personas que no hayan ejercido nunca dichas libertades.

b) El derecho interno español permite que se acojan al régimen comunitario los familiares extracomunitarios de españoles aunque estos no hagan uso de su libertad de circulación. Debido a esta posibilidad, son más frecuentes aquí los denominados matrimonios de conveniencia, que

⁹⁵ STJCE *Grzelczyk* de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, Rec. p. I-6193.

responden a la voluntad de instrumentalizar el matrimonio con el fin de entrar en España o regularizar su situación en el país.

c) El Derecho interno elimina, en principio, las formalidades administrativas y ya no contiene los límites que en virtud del Derecho comunitario se pueden exigir a los nacionales de un Estado miembro que quieran disfrutar del derecho de residencia en su territorio.

3. Los familiares de nacionales a los que se aplica el RD 178/2003, a su vez nacionales de terceros Estados, son los auténticos destinatarios del mismo, por cuanto todas las formalidades que se establecen vienen, en última instancia, impuestas a este colectivo de «inmigrantes privilegiados».

4. A pesar del estado actual del Derecho Comunitario, las perspectivas en relación con el mismo son satisfactorias en el sentido de coincidir en los fines con nuestro derecho interno. Básicamente, el Derecho derivado propuesto para regir la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familias recoge el acervo jurisprudencial en la materia: un único instrumento legislativo, declaración personal como única prueba exigible, residencia permanente tras cuatro años, permiso de residencia sólo para familiares extracomunitarios. La medida de mayor trascendencia es la de ampliar el concepto de «miembro de la familia», incluyendo a la pareja de hecho, a todo descendiente y a todo ascendiente, pues supondrá un mayor ámbito de aplicación personal del régimen comunitario, acogiendo a buena parte de quienes son todavía considerados inmigrantes económicos sin vinculación familiar clara.

5. El tratamiento que se da a la familia si el titular del derecho a reunirla en España es nacional de tercer Estado limita considerablemente la posibilidad de su ejercicio efectivo, limitando los beneficiarios a cónyuge, hijos menores y ascendientes con reservas.