



ZUZENBIDE
FAKULTATEA
FACULTAD
DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES, EN BUSCA DE UN EQUILIBRIO ENTRE EL MERCADO Y LA SEGURIDAD

SIMONA SOBOTOVICOVA

Directores:

DR. JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU)

DR. HENRI LABAYLE (UPPA)

San Sebastián, 2017

TESIS EN COTUTELA / THÈSE EN COTUTELLE
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO (UPV/EHU)
UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L' ADOUR (UPPA)

**LA LIBRE CIRCULATION DES RESSORTISSANTS DE PAYS
TIERS, À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LE
MARCHÉ ET LA SÉCURITÉ**

**LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE
TERCEROS PAÍSES, EN BUSCA DE UN EQUILIBRIO ENTRE EL
MERCADO Y LA SEGURIDAD**

Presentada para obtener el grado de Doctor por: / Présentée pour obtenir le grade de Docteur par:

Simona SOBOTOVICOVA

Dirigida por: /Sous la direction de:

Dr. Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU)

Dr. Henri LABAYLE (UPPA)

San Sebastián, España / St. Sébastien, Espagne, 2017

*A todas las personas que independientemente de sus motivos y de su
nacionalidad buscan una vida mejor en los Estados miembros de la
Unión Europea...*

AGRADECIMIENTOS

Mi situación personal de «ciudadana móvil» me ha permitido conocer de cerca la aplicación del Derecho europeo en la vida diaria. La lucha por la defensa de los derechos de ciudadanía de la Unión a lo largo de mis viajes me ha llevado hasta la elaboración de la presente tesis doctoral.

El comienzo de mi carrera investigadora ha sido posible gracias al Convenio de tesis en cotutela entre la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) y la Université de Pau et des pays de l'Adour (UPPA), a través de la financiación para la formación del personal investigador predoctoral de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

Quiero agradecer a los profesores Dr. Henri Labayle y Dr. Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, por su labor como codirectores de esta tesis. Sus sabias recomendaciones, orientaciones, apoyo, reflexiones y muchas horas de intenso trabajo, me han ayudado a seguir adelante en la presente tesis doctoral. Sus consejos profesionales y personales me han enseñado los valores que deben siempre acompañar a un profesional. ¡Muchas Gracias!

Mi más sincero agradecimiento también a la Dra. Maitena Poelemans, por su ayuda y apoyo incondicional durante este tiempo para realizar mi tarea investigadora, como a todos los demás miembros del Centre de Documentation et de Recherches Européennes (CDRE).

Quiero agradecer igualmente a todas las personas de los diferentes países que me han «acompañado» en este viaje. Es en vuestras preguntas y en las respuestas del personal de administración de la «ventanilla» donde encontraba motivación e interés para trabajar en la presente tesis doctoral.

Mi agradecimiento, por sus consejos, opiniones y colaboración, a todos los compañeros que he tenido ocasión de conocer durante mis estancias de investigación en la Comisión Europea en Bruselas y en la Agencia de los Derechos Fundamentales en Viena.

Quiero dar las gracias a toda mi familia, a mi marido, a mis amigos y compañeros de despacho, de comedor, de cafetería, y de biblioteca, por haber podido compartir con vosotros muchas risas, preocupaciones, inquietudes, comentarios, pero sobre todo el ánimo y el empuje necesario para terminar este proyecto de investigación. Sin vuestro apoyo esta tesis doctoral hubiera sido mucho más difícil, o mejor dicho, imposible.

In the flat world of maps, sharp lines show where one country ends and another begins. The real world is more fluid. Peoples do not have borders the way that parcels of land do. They seep from place to place; they wander; they migrate...

«Migration and business: Weaving the world together», *The Economist*, 19 November 2011

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.....	1

PRIMERA PARTE: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

I. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	13
II. LA MOVILIDAD DE LAS PERSONAS.....	14
2.1 La movilidad de las personas en el territorio europeo.....	14
2.2 La libre circulación en la UE como una vertiente del derecho migratorio	19
III. EL ÁMBITO PERSONAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UE	22
3.1 El ámbito personal de la libre circulación	22
3.2 El concepto de persona con arreglo al Derecho de la UE.....	23
3.2.1 La libre circulación de las personas en el espacio Schengen	28
3.2.2 El concepto de persona en el Código de fronteras Schengen.....	32
3.2.3 La problemática de la libertad de circulación vs. seguridad en el espacio Schengen	34
3.2.4 La limitación temporal de la libre circulación en el espacio Schengen: la vuelta de los controles fronterizos.....	38
3.2.5 La obligación de visado para entrar al espacio Schengen	45
3.3 Los ciudadanos de la Unión.....	52
3.3.1 La libre circulación de los ciudadanos de la Unión, fundamento de la ciudadanía europea	54
3.3.2 La nacionalidad como la condición de la ciudadanía.....	59

3.3.3 La Directiva 2004/38/CE.....	63
3.3.4 Los miembros de familia del ciudadano de la Unión.....	65
3.3.5 La percepción de la libre circulación por los ciudadanos de la Unión....	74
3.4 Los nacionales de terceros países en situación regular.....	78
3.5 Los nacionales de terceros países en situación irregular.....	80
IV. EL ÁMBITO MATERIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN CON ARREGLO AL DERECHO DE LA UE.....	83
4.1 La entrada al territorio de la UE.....	85
4.2 La residencia en un Estado miembro de la UE	88
4.2.1 Los permisos de residencia según la Directiva 2004/38/CE	91
4.2.2 El permiso de residencia para los nacionales de terceros países.....	97
4.3 La movilidad dentro de la Unión	101
4.4 La salida de la UE	103
4.4.1 La salida voluntaria	103
4.4.2 La salida no voluntaria – expulsión.....	104
4.4.2.1 Motivos de orden público, seguridad pública y salud pública.....	107
4.4.2.2 Los motivos económicos.....	110
4.4.2.3 La exigencia de respeto de la vida familiar en las órdenes de expulsión.....	112
V. EL ÁMBITO ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS.....	117
VI. RECAPITULACIÓN.....	119

SEGUNDA PARTE: EL ÁMBITO PERSONAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN SITUACIÓN REGULAR

I. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	122
II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UE	123
2.1 El régimen jurídico hasta el Tratado de Maastricht.....	123
2.2 El régimen jurídico desde el Tratado de Maastricht hasta el Tratado de Lisboa	130
2.3 El régimen jurídico en el Tratado de Lisboa	133
2.4 El régimen jurídico en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.....	138
2.5 La evolución de la política europea de inmigración legal relacionada con la libre circulación a través del « <i>soft law</i> »	143
2.5.1 Del programa de Tampere hasta el programa de Estocolmo.....	143
2.5.2 Agenda Europea de Migración.....	146
2.5.3 La Estrategia Europa 2020	149
III. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UE	150
3.1 La voluntad en la decisión de migrar	150
3.2 Las vías de entrada para los nacionales de terceros países en situación regular	153
3.3 La admisión de los nacionales de terceros países en el territorio de la UE..	157
3.4 Las categorías de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE en atención al motivo y a la duración de la estancia.....	162
3.4.1 La residencia temporal	162

3.4.1.1 Los nacionales de terceros países que migran por motivos humanitarios.....	163
3.4.1.1.1 La admisión por motivos humanitarios.....	163
3.4.1.1.2 La libre circulación de los solicitantes de protección internacional.....	165
3.4.1.1.3 La libre circulación de los beneficiarios de protección internacional.....	168
3.4.1.1.3 Los beneficiarios de la protección temporal.....	173
3.4.1.2 Los nacionales de terceros países que migran por motivos de reagrupación familiar.....	173
3.4.1.2.1 Los nacionales de terceros países, miembros de familia de un nacional de un tercer país.....	173
3.4.1.2.2 La libre circulación de los titulares de permiso de reagrupación familiar.....	176
3.4.1.3 Los nacionales de terceros países que migran por motivos económicos	182
3.4.2 La residencia de larga duración.....	190
3.4.2.1 El estatuto jurídico del residente de larga duración.....	190
3.4.2.2 La libre circulación de los residentes de larga duración.....	197
3.5 Los nacionales de terceros países en situación especial en relación con el Derecho de la UE.....	203
3.5.1 La movilidad de los nacionales de terceros países en los acuerdos de cooperación	203
3.5.2 La dimensión exterior de la política de inmigración europea	205
IV. RECAPITULACIÓN.....	211

TERCERA PARTE: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE MIGRAN POR MOTIVOS ECONÓMICOS

I. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	214
II. LA ADMISIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE SE DESPLAZAN POR MOTIVOS LABORALES	215
2.1 La formulación de la política de inmigración laboral en la UE.....	215
2.2 Las proyecciones del declive demográfico y las necesidades del mercado laboral en la UE.....	219
2.3 La inmigración laboral europea ante los retos actuales	221
2.4 El derecho a trabajar en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE..	229
2.5 El concepto de trabajador migrante.....	230
2.6 El volumen de admisión de los trabajadores procedentes de terceros países	232
III. LAS CATEGORÍAS DE TRABAJADORES	234
3.1 Trabajadores altamente cualificados o (Titulares de la «tarjeta azul UE»)	234
3.1.1 Aspectos generales	234
3.1.2 Las condiciones de entrada y residencia	247
3.1.3 La movilidad dentro de la Unión.....	251
3.1.4 La denegación del permiso.....	256
3.2 Trabajadores que residen legalmente en un Estado miembro.....	256
3.2.1 Aspectos generales	256
3.2.2 Las condiciones de entrada y residencia	262
3.2.3 La movilidad dentro de la Unión.....	263
3.2.4 La denegación del permiso.....	263

3.3 Trabajadores temporeros	264
3.3.1 Aspectos generales	264
3.3.2 Las condiciones de entrada y residencia	268
3.3.3 La movilidad dentro de la Unión.....	269
3.3.4 La denegación del permiso.....	270
3.4 Trabajadores con el traslado intraempresarial de un directivo, especialista y de trabajador en formación	271
3.4.1 Aspectos generales	271
3.4.2 Las condiciones de entrada y residencia	273
3.4.3 La movilidad dentro de la Unión.....	274
3.4.4 La denegación del permiso.....	276
3.5 Los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación <i>au pair</i>	277
3.5.1 Aspectos generales	277
3.5.2 Las condiciones de entrada y residencia	283
3.5.3 La movilidad dentro de la Unión.....	288
3.5.4 El acceso al mercado laboral	292
3.5.5 La denegación del permiso.....	298
IV. EL CAMBIO DE ESTATUTO JURÍDICO DEL NACIONAL DE TERCER PAÍS LEGALMENTE ESTABLECIDO EN LA UE.....	305
4.1 El cambio de estatuto jurídico del nacional del tercer país «económicamente inactivo» a «económicamente activo»	305
4.2 El cambio de estatuto jurídico de un nacional de tercer país «económicamente activo» a «económicamente inactivo»	316
V. RECAPITULACIÓN	318
CONCLUSIONES.....	320

FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA 336

2. NORMATIVA 350

3. JURISPRUDENCIA..... 356

 A, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

 B, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

 C, Sentencia del Tribunal Constitucional

4. OTRAS FUENTES..... 360

ANEXOS 363

RESUMEN/RÉSUMÉ 365

ABREVIATURAS

AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derecho Humanos y Libertades Fundamentales
CMLR	Common Market Law Review
Coord. (s)	Coordinar (es)
DFUE	Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Dir. (s)	Director (es)
DO	Diario oficial
Ed. (s)	Editor (es)
EJML	European Journal of Migration and Law
<i>Europe</i>	Revue Europe
Nº	Número
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
Ss.	Siguientes
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En el escenario europeo actual, la «amenaza» migratoria plantea muchos retos para el futuro de la Unión Europea (en adelante UE). Las tendencias subyacentes en materia de desarrollo económico, cambio climático, los conflictos bélicos y la inestabilidad en muchas regiones, apuntan a que muchas personas seguirán intentando entrar en Europa en busca de refugio, de una vida mejor, del mejor trabajo o del reencuentro con sus familiares cercanos. A este respecto, en la actualidad, el papel del derecho migratorio europeo y las personas migrantes se han convertido en actores principales de las campañas electorales en muchos Estados miembros de la UE. La migración y el terrorismo son considerados como los problemas esenciales a los que se enfrenta la UE en la actualidad¹. La principal preocupación de la ciudadanía europea se debe a la continua sospecha de que entre los migrantes que entran al territorio europeo se encuentren los terroristas. Pero, ¿todas las personas que migran a la UE son potenciales terroristas? Es obvio que no. Es muy importante tener en cuenta que se habla de personas «refugiadas y migrantes» al referirse a los movimientos de flujos migratorios mixtos. La «persona refugiada» es la persona que huye de la guerra o de la persecución cruzando la frontera internacional. A cambio, la «persona migrante» se traslada a otro país por las razones no incluidas en la definición legal de la «persona refugiada». Elegir las palabras adecuadas es importante². Se entiende que la migración es una necesidad humana incontrolable influida por diferentes factores económicos, políticos, sociales y familiares. Además, *«la movilidad humana será una característica intrínseca del siglo XXI»*³. A este respecto, la presente tesis doctoral ofrece el análisis jurídico de la movilidad de las personas procedentes de terceros países en virtud de lo establecido en Derecho de la UE. Las personas de fuera de la UE forman parte indispensable del proyecto europeo. No obstante, y como se verá en este trabajo de investigación, los derechos de movilidad de «los no nacionales europeos» están sujetos a muchas condiciones de diferente índole.

Por un lado, todos los días, los medios de comunicación nos ofrecen miles de imágenes de las personas que preparan sus maletas y abandonan sus países de origen,

¹ Eurobarómetro estándar de otoño de 2016, Bruselas, 22 de diciembre de 2016.

² EDWARDS, A., “Refugiado o migrante”, Ginebra, ACNUR, 27 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/>.

³ Dimitris Avramopoulos, Comisario de Migración y Asuntos de Interior, *La Comisión presenta opciones de reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y de fomento de vías seguras y legales hacia Europa*, Bruselas, 6 de abril de 2016, Comisión Europea.

muchas veces arriesgando su propia vida. Por otro lado, debido a los recientes ataques terroristas en varios Estados miembros de la UE, la primera información de gran interés para la sociedad europea es la relativa a la nacionalidad del presunto terrorista. Parece ser que el hecho de «no ser nacional» de alguno de los Estados miembros de la UE es considerado como algo malo, peligroso o por lo menos sospechoso. Por lo tanto, los asuntos de migración crean tanto las situaciones de oportunidad para conseguir unos determinados objetivos, como los desafíos en materia de seguridad que afectan a todos los países de origen, de tránsito y de destino⁴. Está claro que la migración no se puede comprender desde la perspectiva exclusiva de país de origen y país de llegada. Además, en el terreno político, como también jurídico, el concepto de «movilidad» está sustituyendo progresivamente al de «migración». Parece ser que el concepto de movilidad exige pensar en la importancia del significado que las personas dan a su desplazamiento por el motivo que sea.

En teoría, la UE pretende establecer progresivamente un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ELSJ) abierto también a quienes, impulsados por varias circunstancias, busquen legítimamente protección en la UE. En la práctica, la gestión de la frontera exterior común europea representa un buen ejemplo para tener presentes las actuales deficiencias del ELSJ. Son varias las medidas adoptadas recientemente por el legislador europeo que ponen en peligro los pilares fundamentales de la integración europea, debido a la gestión inadecuada de la frontera exterior. Además, el déficit en materia de la seguridad de la frontera exterior, ha puesto en evidencia aún más que el principal papel de la frontera consiste en garantizar que «los de fuera» no sean amenaza para «los que están dentro». Por lo tanto, las fronteras han adquirido nuevos significados políticos, simbólicos y estratégicos, especialmente en sociedades de inmigración en el cambiante mundo del siglo XXI.

En tal orden de ideas, la regulación jurídica de la libre circulación de las personas en el actual derecho migratorio de la UE es la materialización más concreta de la movilidad en el territorio europeo. Ahora bien, a este respecto y antes de analizar el Derecho de la UE, cabe destacar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), reconoce a todas las personas el derecho fundamental a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado⁵. El CEDH consagra

⁴ Speech by President Donald Tusk at the special session of the Parliament of Malta, 10 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/10-tusk-speech-parliament-malta/>.

⁵ Artículo 2.1 del Protocolo nº 4 anexo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el CEDH y en el primer Protocolo adicional al CEDH, modificado por el Protocolo nº 11 (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963). Artículo 13.1 de la Declaración Universal de los Derechos

también, el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio⁶. Este reconocimiento implica asignar a cada persona un derecho a circular o a residir en el territorio de otro estado distinto al de su propia nacionalidad. Sin embargo, ni el CEDH, ni los instrumentos jurídicos del Derecho de la UE reconocen un derecho fundamental de toda persona a entrar en el territorio de un Estado distinto al de su nacionalidad. Por lo tanto, las personas se encuentran frente a una «asimetría del derecho a migrar», ya que se reconoce el derecho a salir de un territorio pero se niega el pleno derecho a entrar o a permanecer en otro estado. J. DE LUCAS denomina a esta paradoja como el «*derecho a estar en órbita*», y añade que el derecho a migrar se niega a aquellas personas que no son consideradas «buenos migrantes», al no existir un derecho humano a migrar, a la libre circulación y permanencia, con reconocimiento internacional⁷. Este principio de Derecho internacional público se ha visto muy limitado en las situaciones internas de la UE que se enmarcan dentro del mercado interior, incluida la ciudadanía, en las que la UE se concibe como una especie de entidad propia con amplia libertad de circulación de personas. Por ello, el Derecho de la UE, añade otra dimensión a la circulación en comparación con la prevista en el CEDH. Gracias a la desaparición de los controles de las fronteras interiores en el espacio Schengen, piedra angular del proyecto europeo, el derecho a circular o a residir en la UE también se amplía al territorio de los Estados miembros que forman parte de dicho espacio.

La mayor parte de los estados alegan, desde la concepción soberanista clásica, que la regulación del derecho a migrar forma parte de las competencias soberanas, exclusivas y excluyentes de los estados. No obstante, el marco jurídico de la UE desmiente por completo esta última afirmación, y añade al fenómeno migratorio otra dimensión, gracias a las previsiones jurídicas de la libre circulación. Nadie pone en duda que los estados gozan de un margen de apreciación en materia de primera entrada a su territorio⁸, ya que tradicionalmente, los estados no han tenido obligaciones con relación a la admisión de los nacionales de terceros países, al ser tal admisión a su territorio considerada como una de las manifestaciones características de la soberanía

Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

⁶ Artículo 2.2 del Protocolo nº 4 anexo al CEDH y el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁷ DE LUCAS, J., “*Ciudadanía, Derechos Humanos y Desobediencia Civil*”, Conferencia pronunciada en las IV jornadas sobre NoViolencia Activa, Donostia/San Sebastián, 2005.

⁸ Véase THYM, D., “Legal framework for entry and border controls”, en HAILBRONNER, K., y THYM, D. (Eds.), *EU immigration and asylum law — a commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Múnich, Oxford, Baden-Baden, 2016, 2ª edición, p. 32.

estatal por antonomasia⁹. Sin embargo, el carácter «*sui generis*» del ordenamiento jurídico de la UE condiciona tal soberanía estatal. Ahora bien, los Estados miembros han cedido su soberanía a la UE solamente para admitir a unas determinadas categorías de personas. Por ello, queda justificado que «*tout État peut établir des restrictions, poser des conditions à l'accueil, temporaire ou définitif, des étrangers sur son territoire*»¹⁰. No obstante, no hay que olvidar tampoco que la entrada al territorio de un determinado Estado miembro de la UE significa entrar a todos los Estados miembros que forman parte del espacio Schengen.

La expresión de «libre circulación de las personas», asociada a la movilidad de las personas en el espacio sin fronteras interiores, tiene muchas repercusiones jurídicas en la legislación europea actual. Esta compleja regulación requiere un análisis profundo del estatuto jurídico de cada titular que ejerce la libre circulación en el territorio europeo. Debido a la disparidad de la terminología relativa a la movilidad de las personas en la UE, es inevitable plantear un análisis terminológico al respecto. Por lo general, la palabra «extranjero» conlleva una connotación negativa en la sociedad. En el lenguaje común, el término «extranjero»¹¹ es utilizado para referirnos a todas las personas que no tienen la nacionalidad de un estado en el cual se encuentran. Es decir que cualquier persona, ya sea un nacional de cualquier Estado miembro de la UE, como un nacional procedente de fuera del territorio europeo, es considerado como «extranjero», al residir en otro estado distinto al de su nacionalidad. Sin embargo, según la terminología jurídica, el Derecho de la UE no utiliza el término «extranjero» para referirse a la movilidad de las personas en la UE. A este respecto, ¿todos los «extranjeros» que se encuentran en el territorio europeo, son personas con derecho a la libre circulación según lo previsto en el Derecho de la UE? En el ámbito jurídico europeo se potencia una diferenciación, donde la progresiva construcción de una ciudadanía europea está suponiendo un nuevo elemento de exclusión, al diseñar el estatuto privilegiado de los «extranjeros» procedentes de los Estados miembros de la UE frente a aquellos que no lo son¹². Además, ningún artículo en el Derecho de la UE menciona la política de extranjería, a cambio de lo previsto en las legislaciones nacionales. El concepto

⁹ HAILBRONNER, K., y GOGOLIN, J., “Aliens”, en WOLFRUM, R. (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, edición en línea (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>), punto 14.

¹⁰ LAMBLIN-GOURDIN, A-S., “Les libertés de déplacement et séjour”, en LECLERC, S. (Ed.), *La libre circulation des personnes dans l'Union Européenne*, Bruyant, Bruxelles, 2009, p. 33.

¹¹ Según la Real Academia Española, el significado de extranjero es: perteneciente o relativo a un país extranjero o al conjunto de ellos, natural de un país extranjero.

¹² Vid. más en SALAZAR BENÍTEZ, O., “De la ciudadanía excluyente a la igualdad en las diferencias”, en FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S., *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, p. 27.

«estrictamente» nacional de las leyes de extranjería ha sido sustituido en el ámbito de Derecho de la UE por dos conceptos jurídicos diferentes. En primer lugar, por la creación de la ciudadanía europea. El establecimiento de la ciudadanía de la Unión marca la diferencia en la terminología a utilizar. Esta nueva ciudadanía de naturaleza «bicéfala» o «bifronte» (nacional y europea) implica, en palabras del Tribunal Constitucional¹³, una parcial superación del tradicional binomio nacional-extranjero. De esta suerte, la concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero se transforma, de tal modo que «el binomio se dirige hacia un trinomio que distingue al nacional, al europeo y a los otros»¹⁴, lo cual implica que el principio de libre circulación en la UE ha quebrado la dicotomía clásica nacional-extranjero en numerosísimos ámbitos. La ciudadanía de la Unión elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de «extranjero», puesto que el sistema de libertades económicas de los Tratados ha ido minando las resistencias a la tradicional política de todos los Estados, por lo menos desde el siglo XIX, de restringir y controlar la presencia económica extranjera ya sea por razones de proteccionismo, de seguridad pública o, simplemente, de xenofobia¹⁵.

La libre circulación de los ciudadanos de la Unión, fruto de la creación de la ciudadanía europea, trajo consigo la necesidad de identificar al ciudadano europeo en oposición con el otro, el nacional del tercer país, que debe ser excluido, o, al menos controlado para concederle al ciudadano la seguridad en su territorio. En este orden de ideas, son los «otros», los destinatarios de las normas jurídicas de la libre circulación dentro de la política de inmigración europea. Sin embargo, aunque la UE regula varias formas de política migratoria europea, los titulares de dicha regulación no son los inmigrantes, en sentido estricto, sino que los nacionales de terceros países, según el vocabulario jurídico europeo. Por lo tanto, en el marco del Derecho de la UE, se habla de libertad de circulación de doble cara. Una, explícita, constituyente, que corresponde como derecho fundamental al ciudadano europeo; y otra no embrionaria, otorgada, en el que esta libertad tiene el carácter de autorización propia de los derechos que, habitualmente, se establecen a favor de los nacionales de terceros países dentro de las

¹³ Sentencia de Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 de julio de 1992.

¹⁴ LE BRIS, R.F., “L’étranger et ses métamorphoses: quelques considérations contemporaines”, en LOUSSOUARN, Y., *L’Internationalisation du Droit*, Dalloz, Paris, 1994, p.242. En esta misma línea, *vid.* RUILOBA ALVARIÑO, J., “¿Hacia un status jurídico armonizado de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea?”, *Jornadas sobre “La armonización legislativa de la Unión Europea”*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 206.

¹⁵ MANGAS MARTÍN, A., “Estatuto de ciudadanía de la Unión”, en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016 (9ª edición), p. 158.

políticas migratorias¹⁶. Esta afirmación jurídica, traducida a la práctica, significa que la acción normativa de la UE en materia de la libre circulación de los nacionales de terceros países se ubica dentro del ELSJ, uno de los ámbitos de competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros¹⁷. Sin embargo, los ciudadanos de la Unión disfrutan de este derecho gracias a la creación de la ciudadanía de la Unión.

En esta misma línea, dentro del ELSJ, el legislador europeo prevé normas diferentes de la movilidad de los nacionales de terceros países en la UE, atendiendo a su entrada y permanencia regular o irregular en la UE. Las dos formas de inmigración están a la orden del día e inciden de manera directa en el régimen jurídico de las disposiciones de la libre circulación de todas las personas. Por un lado, y con el objetivo de luchar contra la inmigración irregular, el legislador europeo ha adoptado recientemente varios instrumentos jurídicos para proteger la seguridad de los ciudadanos europeos frente a la movilidad de las personas «no deseadas» procedentes de terceros países. Así, se han adoptado varias medidas para prohibir el paso de las personas «no documentadas» o «mal documentadas», incluso antes de acercarse a la frontera europea¹⁸. Son varios los instrumentos jurídicos, sobre todo de naturaleza informática, cuya finalidad consiste en controlar aún más y mejor el desplazamiento de las personas en la UE. La creación de varias bases de datos, por ejemplo el EES (*Entry Exit System*)¹⁹, entre otras, para poder seguir el movimiento de cualquier persona en el territorio europeo, pone en evidencia la preocupación por la «seguridad» en la UE en general, y por la gestión de la frontera exterior europea en particular²⁰. Aunque el

¹⁶ BARBOU DES PLACES, S., “Quél regime juridique pour la mobilité des personnes en Europe?”, *Petites Affiches, Chronique de droit européen et comparé*, n° XXVIII, 2010, pp. 4-7.

¹⁷ Artículo 4.2 (j) del TFUE.

¹⁸ A este respecto, véase entre otros, el recientemente adoptado Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, cuyo objetivo es garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores, con miras a gestionar eficazmente el cruce de las fronteras exteriores. Esto incluye hacer frente a los retos de la migración y a posibles amenazas futuras en dichas fronteras, contribuyendo a combatir las formas graves de delincuencia con dimensión transfronteriza para garantizar un nivel elevado de seguridad interior en el seno de la Unión, con pleno respeto de los derechos fundamentales, salvaguardando al mismo tiempo la libre circulación de personas en su interior.

¹⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Sistema de Entradas y Salidas (SES) para registrar los datos de entrada y salida y de la denegación de entrada de los nacionales de terceros países que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, se determinan las condiciones de acceso al SES con fines coercitivos y se modifican el Reglamento (CE) n° 767/2008 y el Reglamento (UE) n° 1077/2011, [COM (2016) 194 final].

²⁰ A este respecto, véase entre otros, la Directiva (UE) n° 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o

presente trabajo no tiene por objetivo principal el análisis de las medidas en el campo de la inmigración irregular, no hay que perder de vista que dicha regulación incide también directamente en las condiciones de admisión, entrada y de permanencia para los nacionales de terceros países en situación regular. El mensaje del legislador europeo al adoptar este tipo de las previsiones jurídicas tiene por finalidad limitar el derecho de libertad para garantizar la «olvidada» dimensión de la seguridad en el desarrollo normativo del ELSJ²¹.

Aparte de la inmigración irregular, la legislación europea, debe fomentar la inmigración legal en donde la libre circulación de los nacionales de terceros países esté garantizada. El ordenamiento jurídico europeo en materia de libre circulación no es preciso, por lo que, otorga un margen de apreciación a la autoridad nacional para interpretar las normas mínimamente armonizadas a nivel de la UE. De este modo, las autoridades de los Estados miembros conservan muchos poderes discrecionales que les permiten adoptar soluciones *ad hoc* para llenar las lagunas dejadas por la legislación europea en esta materia. No obstante, el legislador europeo considera importante crear las vías legales de acceso para aquellos que consideren a la UE como el mejor sitio para desarrollar su talento y sus habilidades. A este respecto, son varias las medidas actuales del legislador europeo que pretenden atraer y retener el talento procedente de terceros países.

La idea del mercado laboral ha estado presente en todas las formas de migración. Por ello, la movilidad internacional pretende poner de relieve la creciente importancia de la migración económica relacionada con los negocios, explorando la contribución de la migración al progreso económico, desarrollo, comercio, y a la competitividad internacional²². La normativa de la Unión en materia de inmigración está inextricablemente relacionada con la libre circulación de las personas en la UE. Además, nadie cuestiona que el buen funcionamiento del mercado interior está directamente vinculado a la libre circulación. A su vez, el mercado interior implica un espacio *sin fronteras interiores* en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados. Por ello, para conseguir los objetivos del mercado interior en la UE es más que

enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, (DO L 119/89, 04.05.2016).

²¹ Véase, entre otros, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Agenda Europea de Seguridad*, [COM (2015) 184 final], la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Sistemas de información más sólidos e inteligentes para la gestión de las fronteras y la seguridad*, [COM (2016) 205 final].

²² GOIG MARTÍNEZ, J.M., “¿Una política común de inmigración en la Unión Europea?: Evolución, retos y realidades”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, n° 29, 2º semestre, 2015, pp. 191-222.

necesario contar con la movilidad de todos los actores económicos, incluidos los nacionales de terceros países. Sin embargo, esto no significa que la admisión de un nacional de un tercer país en un Estado miembro implique la adquisición automática de un derecho de circulación. No obstante, es mediante las disposiciones jurídicas de la libre circulación para los nacionales de terceros países como se materializa la relación entre la inmigración y el mercado interior en la UE. Asimismo, los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos representan solamente a una categoría de los «potenciales trabajadores» procedentes de terceros países legalmente establecidos en la UE.

Europa es un continente que envejece, con una población activa en declive. La UE se enfrenta actualmente a grandes desafíos tanto demográficos como económicos. A este respecto, las proyecciones demográficas indican que para el año 2060, la población activa de la UE se reducirá en más del 10%, mientras que el número de las personas en edad de jubilación aumentará del 17.1% al 30%, de 84,6 millones a 151,5 millones²³. Esta tendencia representa un peligro real para la productividad económica de la UE, sobre todo porque pronto habrá dos trabajadores por cada persona mayor de 65 años, en lugar de cuatro, como es en la actualidad. Por lo tanto, es más que necesario desarrollar una política de inmigración legal común para satisfacer la creciente demanda de habilidades y talentos²⁴. Además, la evolución de las competencias requeridas por los mercados laborales de la UE entre 2012 y 2025 revela una necesidad creciente de capital humano altamente cualificado. Al hilo de su «evolución» demográfica, la UE pretende atraer los talentos procedentes de terceros países para hacer frente a los déficits de capacitación, contribuyendo así al crecimiento económico y a la sostenibilidad de las prestaciones sociales. Tal y como se verá en el presente trabajo, es sobre todo a través de la «*mejor y más amplia*» legislación en materia de libre circulación, como el legislador europeo pretende atraer a dichos talentos procedentes de terceros países a la UE. Se entiende que una mayor movilidad dentro de la UE de todos los actores económicos, conlleva un mayor crecimiento. Pero, ¿cuál es la respuesta jurídica en la materia de movilidad de los nacionales de terceros países en el Derecho de la UE? Esta es una de las principales preguntas a responder en la presente tesis doctoral.

²³ Véase más sobre el declive demográfico en KAHANEC, M., “Labour market needs and migration policy options: towards more dynamic labour markets”, en CARRERA, S., GUILD, E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_witcover.pdf, pp. 48-52.

²⁴ Orientaciones políticas de Jean-Claude Juncker, “*Mis cinco puntos sobre la inmigración*”, disponible en: <http://juncker.epp.eu/node/154>, punto 4.

En tal orden de ideas, el presente trabajo se centra sobre todo en el análisis de la libre circulación de los nacionales de terceros países admitidos en el territorio de la UE, dejando aquí al margen lo referido a las iniciativas jurídicas en materia de inmigración irregular. A este respecto, el contenido del derecho a la libre circulación, aparece integrado, de forma principal, por dos libertades distintas, por un lado, la de desplazamiento o circulación y, por otro, la de residencia²⁵. Parece que el distinto contenido de la libre circulación para los ciudadanos de la Unión y para los nacionales de terceros países avala la idea de varias ciudadanías presentes en la UE. A este respecto, en primer lugar, son los nacionales de los Estados miembros de la UE, los ciudadanos que representan a la «*primera categoría*» de ciudadanía. En segundo lugar, los nacionales de terceros países forman parte de la denominada «*segunda categoría*» de la ciudadanía presente en el territorio europeo²⁶. Con casi 20 millones de nacionales de terceros países, conjuntamente con casi 500 millones de la población europea, es fundamental examinar cómo la UE regula el estatuto jurídico de los «nuevos europeos». Al tener presente que la permanencia de los nacionales de terceros países en la UE no se debe a ninguna «ciudadanía en concreto», el Derecho de la UE regula la movilidad de los nacionales de terceros países en atención al estatuto jurídico concreto. La apertura del espacio Schengen en relación a la movilidad tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países era una condición indispensable para materializar la libre circulación de las personas. Ahora bien, la movilidad de todas las personas está sujeta a la condición de no presentar amenaza para el orden público o la seguridad interior.

La desaparición de las fronteras interiores en la UE, también dio lugar a la desaparición de las barreras para muchas familias. El continuo desarrollo legislativo de la movilidad de los principales titulares de la libre circulación conllevó también la necesidad de regular la presencia de los que les acompañan, es decir sus parejas, maridos e hijos. No obstante, parece que tanto al legislador europeo como a los legisladores nacionales se les ha olvidado, en muchas previsiones jurídicas que regulan la libre circulación, el hecho de que los «meros actores económicos» se enamoran, se casan y permanecen en la UE con sus miembros de familia con independencia de su nacionalidad.

²⁵ GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El Real Decreto 240/2007: en particular, el elemento de la transnacionalidad y los nacionales de terceros Estados”, *REDC*, nº 95, 2012, pp. 171-201. GOIZUETA VÉRTIZ, J., “Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., GARCÍA VÁZQUEZ, S. y GOIZUETA VÉRTIZ, J. (Dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: materiales de innovación docente*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 432.

²⁶ Statement by Mr. Francois Crepeau, special rapporteur on the Human rights of migrants to the 66th sesión of the general assembly, third committee, 21 de octubre de 2001, disponible en: www.ohcgr.org.

Como consecuencia de todo lo visto anteriormente, la política de migración europea relacionada con la libre circulación de las personas en la UE y con las necesidades del mercado europeo, como también los temas de preservar la seguridad en el interior de la UE, se han convertido en temas políticos clave en muchos Estados miembros. A la vista de las consideraciones anteriores, y al margen de esta realidad, el presente trabajo pretende mostrar el estudio de las previsiones jurídicas sobre la libre circulación de los nacionales de terceros países en situación regular, subrayando las condiciones de la movilidad de estos «nuevos europeos» legalmente establecidos en el territorio europeo.

En concreto, la primera parte de la presente tesis doctoral ofrece el análisis del ámbito personal, material y espacial de la libre circulación en la legislación europea. A este respecto, es preciso determinar también las condiciones de movilidad de los ciudadanos de la Unión, puesto que los nacionales de terceros países al cumplir determinados requisitos se pueden convertir en ciudadanos de la Unión. Este cambio de «identidad», implica también el cambio de las previsiones jurídicas en materia de libre circulación. Además, a los miembros de familia de un ciudadano de la Unión procedentes de terceros países, beneficiarios de la reagrupación familiar, también se les aplican las normas previstas en la Directiva 2004/38/CE, que regula la libre circulación de los ciudadanos de la Unión. Es más, la libre circulación de los nacionales de terceros países aparece reconocida (aunque no como derecho) dentro del capítulo de los derechos de «ciudadanía» de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, Carta de DFUE). Se trata de un «reconocimiento» que se aplica a los nacionales de terceros países sin ser ciudadanos de la Unión, situación jurídica de cierta complejidad.

En la segunda parte se analiza el régimen de la libre circulación de los nacionales de terceros países en situación regular. A pesar de que la UE trata reglamentar todas las categorías de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE en atención al motivo y a la duración, hay que señalar que el verdadero motivo de su desplazamiento, como también la voluntad de cada nacional de tercer país, no siempre son fáciles de determinar. En esta parte se estudian las diversas categorías de los nacionales de terceros países en situación regular, teniendo presente, además, que en los recientes años se han ido añadiendo nuevas categorías sobre todo como respuesta a las recientes exigencias y necesidades principalmente demandadas por los sectores empresariales. Esta realidad ha quedado reflejada principalmente en el Derecho derivado de la UE.

Finalmente, la tercera parte ofrece el análisis detallado de las previsiones jurídicas de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos, una categoría de personas «de futuro estratégico», sobre todo en la actualidad. Con la finalidad de admitir y retener el talento en la UE, se ha planteado la importante relación

entre la movilidad de los actores que responden a las necesidades económicas en el mercado laboral y la inevitable relación de estas previsiones en materia de inmigración laboral con la libre circulación frente a las carencias en determinados sectores empresariales. El futuro legislativo en la materia de inmigración legal en la UE está sujeto a las necesidades del mercado laboral europeo. Por lo tanto, es más que necesario observar cómo la actual categorización de unos determinados perfiles en la legislación europea en materia de libre circulación responde a unos determinados desafíos europeos.

Es de advertir la problemática de la terminología relativa a los diferentes estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países presentes en la UE, como también la falta de coherencia en los datos y en las estadísticas²⁷, hechos que, muchas veces, dificultan ofrecer la verdadera imagen de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE.

²⁷ Contar con datos verdaderos sobre la inmigración es muchas veces más difícil, debido a la dificultad de controlar tanto el estatuto cambiante de los perfiles migratorios como la movilidad de las personas entre varios estados miembros en la UE. *Vid.* HERM, A. y POULAIN, M., “Economic Crisis and international migration. What the EU data reveal?”, *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 28(4), 2012, pp. 145-169.

PRIMERA PARTE: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Para que la migración no sea tanto un problema por resolver, sino más bien un recurso bien gestionado para un continente que afronta un grave declive demográfico, el derecho migratorio europeo debería proporcionar varias respuestas a este respecto. Con esta finalidad, la piedra angular del proyecto europeo, la libre circulación de las personas en un espacio sin fronteras interiores, parte imprescindible del derecho migratorio europeo, tendría que representar un instrumento jurídico «por excelencia» relativo a la movilidad de las personas en la UE. A este respecto, en la presente parte se estudia el régimen jurídico europeo de la libre circulación de las personas, subrayando el ámbito personal, el contenido, la importancia de la normativa *Schengen*, como también la regulación de los visados en la legislación europea actual en esta materia.

No obstante, pueden, realmente ¿todas las personas que se encuentran en el territorio europeo, ejercer los derechos asociados a la libre circulación? Además, ¿cuál es el contenido jurídico de la libre circulación? En esta primera parte se ofrecen, entre otras, las respuestas a estas preguntas. La libre circulación en la UE no es un derecho absoluto, y por ello es preciso determinar correctamente el ámbito personal, material y espacial con el que se reconoce, subrayando todas las peculiaridades tanto jurídicas como prácticas en la vida diaria de los titulares de la misma. La expresión de la libre circulación en la actual integración europea no se refiere solamente al derecho a viajar libremente por la UE, sino que engloba a otras muchas facultades. En la actual UE conviven personas con diferentes nacionalidades. En esta misma línea, el Derecho de la UE en general y la regulación de la libre circulación en particular, revelan la clasificación de las personas en atención al criterio de su nacionalidad. Es más, la creación de la ciudadanía europea cuyo requisito principal es la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, fomenta aún más la «categorización» de todos los titulares de la libre circulación según lo previsto en el Derecho de la UE.

En esta misma línea, en el ELSJ, se debe garantizar también, conjuntamente con la libertad, la seguridad de las personas que se encuentran en el territorio sin fronteras interiores. ¿Garantiza la UE a día de hoy a sus ciudadanos un ELSJ tal y como proclaman los tratados?

II. LA MOVILIDAD DE LAS PERSONAS

2.1 La movilidad de las personas en el territorio europeo

La movilidad de las personas forma uno de los elementos fundamentales que permiten la realización de los objetivos profesionales y personales de los individuos que viven en las sociedades dinámicas. La UE, sin duda alguna simboliza un espacio muy dinámico, en donde conviven muchas personas procedentes de varios países. Las personas siempre a lo largo de la historia querían moverse a destinos con más libertad espiritual, libertad política, o para mejorar sus condiciones de vida. El concepto de la migración es el que se refiere a la movilidad internacional de las personas. En la actualidad, la migración²⁸ se encuentra en el centro del debate político en la mayoría de los Estados miembros de la UE. El término genérico de la migración se refiere a la combinación de diferentes factores económicos, políticos, sociales y familiares que influyen en la decisión de una persona de moverse a otro país. La migración es una necesidad humana incontrolable, muchas veces es un deseo. Se precisa que ningún estado por sí sólo puede tratar de dar respuesta a los temas relativos a los flujos migratorios²⁹.

Se precisa que la creación de la UE descansa en la movilidad de las personas en su territorio, la clave principal de la integración europea. Se estima que el continente europeo constituye el mayor laboratorio de movilidad de las personas al ser un destino

²⁸ En el ámbito de la UE, la migración se refiere a los términos genéricos de inmigración y emigración, es decir a la acción por la cual una persona; establece su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro por un período que es, o se espera que sea, de al menos doce meses, habiendo sido previamente residente habitual de otro Estado miembro o de un tercer país; o habiendo sido previamente residente habitual en el territorio de un Estado miembro, deja de tener dicha residencia habitual en ese Estado miembro por un período que es, o se espera que sea, de al menos doce meses. En un contexto global, desplazamiento de una persona o de un grupo de personas, bien a través de una frontera internacional (migración internacional), es un desplazamiento de población que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluyendo la migración de las personas refugiadas, personas desplazadas, personas migrantes por motivos económicos y personas que se desplazan por otras causas, como la reagrupación familiar. *Vid.* artículo 2 del Reglamento (CE) nº 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, (DOUE L 199/23, 31.7.2007) y Glosario 2.0 sobre Migración y Asilo, “*Un instrumento para una mayor comparabilidad*”, Red Europea de Migraciones (EMN), Comisión Europea, Enero de 2012, 2ª edición, disponible en: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/glosario/EMN_Glossary_ES_Version.pdf.

²⁹ DE LUCAS, J., “Las propuestas sobre políticas en Europa y la nueva Ley 4/2000 en España”, en COLOMER, A. (Coord.), *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica Ley de Extranjería*, Ed. Nomos, Valencia, 2001, p. 141.

favorito para muchos migrantes internacionales³⁰. En realidad, es posible observar cuatro períodos en el fenómeno de la migración hacia el territorio de la actual UE desde finales de la segunda Guerra Mundial³¹. Un primer período, entre 1945 y 1975, caracterizado por una migración post-colonial y laboral. El segundo, desde mediados de los años setenta en adelante, señalado por una migración laboral y la entrada de los migrantes y de sus familiares. El tercer período, desde los años ochenta, es el del incremento del número de los solicitantes de asilo. En cuarto lugar, desde finales de los noventa, estaría el caracterizado por el aumento en los flujos migratorios de la migración laboral, especialmente en los sectores que requieren personas altamente cualificadas³². Ante el aumento progresivo de la entrada a la UE, los Estados miembros optaron, a partir de la década de los años ochenta, por llevar a cabo una política fuertemente restrictiva en materia de migración, también conocida como la política del «stop». Se optó por tomar su versión negativa, para justificar el rechazo de la revisión legislativa en lo relativo a todas las normas que contemplaban un estatuto jurídico de personas refugiadas, los extranjeros, la adquisición de la nacionalidad, etc.³³. A día de hoy, los flujos migratorios en la UE son mixtos, es decir que no están representados solamente por las personas que ostentan la nacionalidad de algún Estado miembro y que se desplazan a la UE por un determinado motivo. Hay también, y muchos, migrantes de fuera de la Unión, desplazados por diversos motivos y necesidades. Por lo tanto, la legislación con arreglo al derecho de la UE debe regular y garantizar la movilidad de varias categorías de las personas en el territorio europeo.

Lo que se entiende hoy por el derecho migratorio, es una realidad que responde a muchos elementos dentro del estudio de la migración, elementos como la entrada al

³⁰ En 2009, el número total de los migrantes internacionales en el territorio europeo era alrededor de 21.4 millones de personas. *Vid.* RUBIO-MARÍN, R., “Introduction: Human Rights and the Citizen/non citizen distinction revisited”, en RUBIO-MARÍN, R. (Ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 1.

³¹ Entre los años 1950 y 1960 emigraron alrededor de 70 millones de europeos. Sobre este aspecto, véase entre otros, MÜNZ, R., y REITERER, A., *Overcrowded World? Global Population and International Migration*, Haus, Londres, 2009, p. 159.

³² Durante los años 1950 y 1960, surgió en la Europa del oeste, el «boom» de reconstrucción post-guerra. Como respuesta a este boom nace el interés por la regulación de la política de inmigración en la UE. SHNEIDER, H., “Towards an European Migration Policy: from Maastricht to Amsterdam, from Tampere to the Hague”, en SCHNEIDER, H., *Migration, Integration and Citizenship: A Challenge for Europe's Future*, Forum Maastricht, Maastricht, 2005, p. 14.

³³ Los Estados miembros consideraron muy necesario poner freno a la inmigración, e iniciaron la contabilización de los inmigrantes residentes en la actual UE, y la legalización de aquellos que estaban en situación irregular. Véase, DE BRUYCKER, P., *Les Régularisation des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 291 y ss.

territorio o la circulación en el mismo, entre otros. El derecho migratorio es un campo del ordenamiento que trata de la movilidad transfronteriza de las personas, estableciendo derechos y obligaciones para ambos, los estados y las personas³⁴. La UE muestra todo un laboratorio del fenómeno migratorio. Y como se verá, los orígenes de política de migración en la legislación europea se deben principalmente a la migración por motivos económicos, un elemento que sigue siendo una parte indispensable del fenómeno migratorio en la UE³⁵. La búsqueda de trabajo o de una vida mejor permanece sin duda alguna, como uno de los factores más importantes para muchas personas que toman la decisión de moverse a otro país. En esta misma línea, algunos autores sostienen que la UE fue constituida sobre la base de una necesaria inmigración laboral³⁶. Por lo tanto, en materia de la política migratoria, desde sus mismos orígenes, las personas económicamente activas³⁷ han sido consideradas como la categoría de los migrantes por excelencia. No obstante, la interdependencia económica y el cambio de la sociedad, conllevan cada vez más creciente fenómeno de los movimientos en cruce de las fronteras de las personas que se desplazan a la UE por varios motivos distintos de los económicos³⁸. Así, la migración actual en la UE se caracteriza por los flujos migratorios³⁹ mixtos que ponen de relieve la necesidad de regular la movilidad de las personas en el territorio europeo.

³⁴ BOELES, P. y DEN HEIJER, M., *European Migration Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2009, p. 5.

³⁵ La migración económica se define como el proceso, en el cual la persona cambia su residencia habitual para mejorar sus condiciones de vida. Véase, “*Migration, Key terms in 23 languages*”, Secretaría General del Consejo de UE, 2013, p. 14, disponible en: <file:///C:/Users/793543/Downloads/QC3013223ENC.pdf>. Sin embargo, la expresión de migración económica puede que conlleve diferentes interpretaciones jurídicas en cada Estado miembro.

³⁶ La demanda laboral en Europa fue dramática después de la Segunda Guerra Mundial debido a la necesidad de reconstruir la economía europea. GUILD, E., *Security and migration in the 21st century*. Polity Press, Cambridge, 2009, p. 140.

³⁷ La Organización Internacional del Trabajo establece que alrededor de 90% de la migración internacional está compuesta por los inmigrantes económicamente activos y sus familiares mientras que solamente, el 7% - 8% de los migrantes son personas refugiadas y solicitantes de asilo. Datos extraídos del estudio de la Comisión internacional de los juristas, “*Migration and International Human Rights Law: Practitioners Guide*”, n° 6, 2011.

³⁸ CASTLES S., *et alii*, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave, 2009, p. 83.

³⁹ Por «flujo migratorio» se entiende un número de personas migrantes que cruzan la frontera, dentro de un período de tiempo determinado, con el propósito de establecer su residencia en otro país. Puede tratarse de fronteras interiores de un país, de las fronteras en el interior de la UE y de las fronteras internacionales, englobando tanto los flujos migratorios internacionales (cruce de fronteras nacionales), como los flujos migratorios internos (dentro del límite fronterizo nacional). Las estadísticas de la

La gestión de los flujos migratorios y la concesión de los derechos «móviles» a una cada vez más personas comprende varios problemas jurídicos tanto en el ámbito del derecho internacional como nacional⁴⁰. Como bien indica DEL VALLE GÁLVEZ, «(...) *los temas de migración y de fronteras en la Unión vienen pre configurados por una serie de condicionantes históricos, conceptuales, jurídicos e institucionales determinados, que explican las carencias y lagunas del actual tratamiento europeo de estos temas, incluida la problemática de la regulación de la libre circulación, así como las posibilidades de acción futura*»⁴¹.

En la actualidad, los temas relativos a la migración y la movilidad de las personas en la UE, siguen representando uno de los asuntos más importantes y controvertidos a los que se enfrentan todos los Estados miembros. La migración (45%), y el terrorismo son considerados los problemas esenciales a los que se enfrenta la UE en la actualidad. En lo que respecta a la cuestión de la migración, el 69% de los entrevistados, según Eurobarómetro 2016, se declara a favor de una política europea común en esta materia, y el 61% de los encuestados tiene una opinión positiva sobre la migración de personas procedentes de terceros países. Además, el 71% de los encuestados cree que debería haber más toma de decisiones a escala europea en el «*tratamiento de temas relacionados con la migración procedente de fuera de la UE*»⁴². Estos datos confirman la preocupación de la sociedad europea en temas relativos a la gestión de la migración en la UE. Sin embargo, no todos los Estados miembros responden de manera igual en esta materia, y son varios los Estados miembros que perciben los asuntos de la migración como algo negativo. Y todo ello teniendo en cuenta que no existe un país donde no haya migración⁴³.

Organización de Naciones Unidas mencionan a «flujos de entrada» como flujos de inmigrantes que entran a través de una frontera específica, y «flujos de salida» como flujos de emigrantes que abandonan un territorio a través de un límite fronterizo concreto.

⁴⁰ THYM D., “Residence as De Facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under article 8 ECHR”, en RUBIO-MARÍN, R. (Ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 106.

⁴¹ DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales”, en FORNER DELAYGUA, J.J. (Ed.), *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: Relaciones internacionales y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 44.

⁴² Eurobarómetro estándar de otoño de 2016, Bruselas, 22 de diciembre de 2016. En el Eurobarómetro se entrevistó a un total de 32.896 personas de todos los Estados miembros de la UE y de los países candidatos.

⁴³ BATTISTELLA, G., “Migration and Human Rights: the uneasy but essential relationship”, en DE GUCHTENEIRE, P., PÉCOUD, A., CHOLEWINSKI, R. (Eds.), *Migration and Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 47-68.

Es cierto que durante muchos años se ha dado la prioridad, por parte del legislador europeo, a los temas relativos al mercado único, o al empleo frente a otras políticas. Sin embargo, la movilidad de todos los actores económicos en la UE es de máxima importancia para conseguir los objetivos del mercado interior europeo⁴⁴. La combinación de los llamados «ciudadanos móviles de la UE»⁴⁵, sumada a la inmigración *strictu sensu* procedente de terceros países, está empezando a tener consecuencias jurídicas relevantes⁴⁶. En la actualidad son varios los estudios que manifiestan que el futuro legislativo de la UE deberá tratar sobre todo los temas del ELSJ⁴⁷, incluida la movilidad de las personas en la UE. Es precisamente ahora, cuando en el territorio de la UE se plantean serias dudas en cuanto a la adecuación de la política migratoria europea a la necesidad de integrar a los migrantes en nuestras sociedades o a las demandas económicas de una Europa en declive demográfico⁴⁸. Se entiende que los migrantes que han sido legalmente admitidos por los Estados miembros en sus territorios no deben enfrentarse a reticencias y obstrucciones, sino que han de recibir toda la asistencia necesaria para integrarse en sus nuevas sociedades⁴⁹. A este respecto, es importante destacar que la movilidad de las personas representa una de las principales fuentes de ingresos para la economía europea, gracias a la desaparición de las fronteras entre los Estados miembros en la UE. Es necesario advertir que hace falta

⁴⁴ Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Maximizar la repercusión en el desarrollo de la migración*, COM (2013) 292 final y las Conclusiones del Consejo sobre la migración en la cooperación al desarrollo de la UE, 12 de diciembre de 2014.

⁴⁵ Terminología empleada en la Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave*, COM (2013) 837 final.

⁴⁶ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 49, 2014, pp. 767-804.

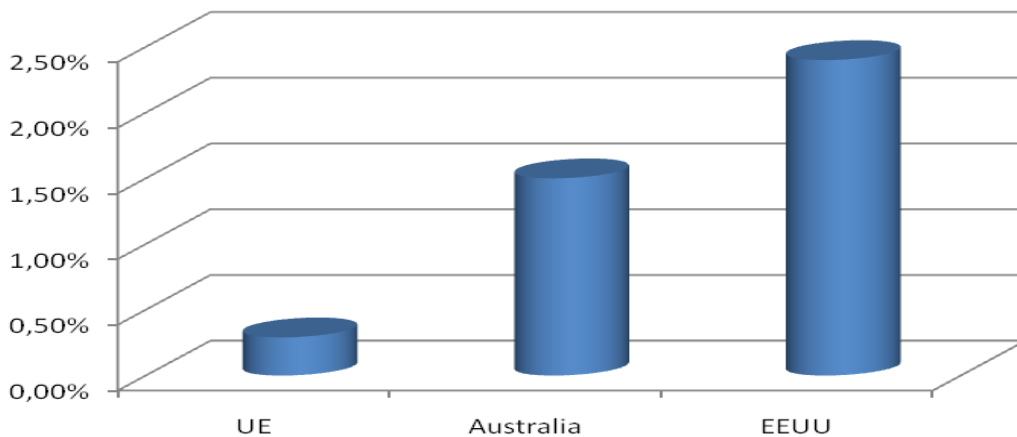
⁴⁷ CRAIG, P. y DE BÚRCA, G. (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, UK, 2011. LABAYLE, H., “Un espace de liberté, de sécurité et de justice”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 4, 1997, pp. 813-882. MONAR, J., “The Area of Freedom, Security and Justice”, en VON BOGDANDY, A. y BAST, J. (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª edición, Oxford, UK, 2010, p. 551. PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 4ª edición, Oxford, UK, 2016, p. 239.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea de Migración*, COM (2015) 240 final, p. 2.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Gestión de la crisis de los refugiados: medidas operativas, presupuestarias y jurídicas inmediatas en el marco de la Agenda Europea de Migración*, COM (2015) 490 final, p. 15.

una futura acción por parte del legislador europeo en este campo como respuesta a los actuales retos demográficos en los Estados miembros de la UE⁵⁰. De hecho, tal y como se puede observar en la siguiente figura, la movilidad de las personas en la UE deja aún mucho que desear en comparación con la movilidad transfronteriza de las personas en Australia o en EEUU.

Figura nº 1. ¿Cuál es la movilidad transfronteriza en la UE en comparación con Australia y EEUU?



Fuente: Tasa anual de movilidad transfronteriza en 2014 entre la UE (28 Estados miembros), comparada con la tasa de EE.UU. (50 países) y Australia (8 países/territorios), *Economic Survey of the EU – 2016*, de la OCDE, OECD Economic Surveys: European Union 2016, el informe completo disponible en: 10.1787/eco_surveys-eur-2016-en.

2.2 La libre circulación en la UE como una vertiente del derecho migratorio

Son varios los regímenes y conceptos que forman parte del derecho migratorio europeo. La migración relacionada con la libre circulación constituye una parte indispensable de la creación del proyecto europeo. El establecimiento del libre mercado europeo requería, desde sus inicios, la movilidad de todos sus actores. Frente a la base legal de facilitar la libre circulación de las personas, tanto de los ciudadanos de la Unión, como de los nacionales de terceros países en la UE, el derecho europeo

⁵⁰ A nivel de la UE, en la Comisión Europea, la Dirección General de Migración y Asuntos de Interior es la responsable en presentar las propuestas legislativas en materia de la política migratoria europea.

migratorio ha sufrido gradualmente unos cambios hasta convertirse en un campo específico de derecho. El rasgo más notable en el desarrollo del derecho migratorio europeo es el de la amplia regulación de la libre circulación de las personas legalmente establecidas en la UE. Sin embargo, cabe destacar que el Derecho de la UE no es la única normativa que regula el derecho migratorio dentro de la UE. Existen también otras esferas legales que adoptan normas vinculatorias y obligatorias en materia de derecho migratorio⁵¹. La libre circulación de personas como principio fundamental para conseguir los objetivos del mercado libre europeo, fuerza a abrir las fronteras y a abolir los controles dentro de la Unión. Es aquí donde el legislador europeo trata de establecer la relación directa entre la libre circulación de las personas y el mercado europeo. Las personas se convierten en los agentes necesarios para que el mercado prospere. A día de hoy, gracias a la regulación de la libre circulación en la legislación europea, la movilidad entre dos o más Estados miembros forma parte de las vidas diarias de muchas personas establecidas en la UE. El ejercicio de la libre circulación de las personas en la UE se incardina como un objetivo adecuado para la consecución de la integración europea. Jean Monnet apuntaba «*Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes*»⁵². Esta «unión de las personas» se hace visible en la vida diaria de muchas de ellas al tener la posibilidad de viajar y desplazarse libremente por el territorio europeo. La característica principal de la libre circulación se refiere a los individuos, por un lado, y al buen funcionamiento de todas las libertades relacionadas con el mercado interior, por otro lado⁵³. La movilidad en el territorio de la UE se traduce, para la gran parte de las personas, en la posibilidad de optar por un puesto de trabajo en Alemania, en Italia o en Bélgica, siendo nacionales españoles o franceses, o en la posibilidad de vivir y/o estudiar en cualquier otro Estado miembro. Sin embargo, en la práctica, como se verá en el presente trabajo, el ejercicio de la libre circulación no es tan «libre», sino que está sujeto a varios requisitos.

Conviene señalar desde un principio que los «ciudadanos europeos» no son los únicos destinatarios de las normas relativas a la libre circulación, abarcando también,

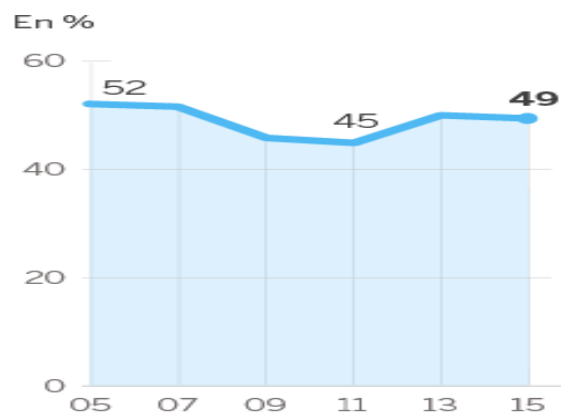
⁵¹ Entre los regímenes jurídicos que regulan el derecho migratorio conviven: la legislación nacional de cada Estado miembro, la legislación de la UE relativa a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y la circulación de los nacionales de terceros países, el CEDH, la Convención del estatuto de refugiado de Ginebra, los Tratados bilaterales y multilaterales concluidos entre los Estados miembros de la UE con terceros países, o por parte de los Estados miembros con terceros países, entre otros. BOELES, P. y DEN HEIJER, M., “*European Migration...*”, *op. cit.*, p. 21.

⁵² Jean Monnet, Discours, Washington, 30 avril 1952.

⁵³ CARRERA, S., *et alii*, “No Move without Free Movement: The EU-Swiss controversy over quotas for free movement of persons”, *Centre for European Policy Studies*, nº 331, 2015, pp. 2-5.

lógicamente, nacionales de terceros países. Dada la amplitud de los aspectos que se engloban bajo la expresión «libre circulación de las personas» en la legislación europea actual, conviene hacer varias matizaciones previas. A día de hoy, cuando nos referimos a la movilidad de las personas asociada al ejercicio de la libre circulación, hablamos de diferentes realidades con muchas implicaciones jurídicas según el estatuto legal de cada persona que ejerce la libre circulación. Es a través de la regulación de la libre circulación de las personas, como el Derecho de la UE potencia la diferenciación entre los estatutos jurídicos de cada titular ejerciendo la libre circulación. Por lo tanto, tras la expresión «libre circulación de las personas», el legislador europeo se refiere tanto a los ciudadanos de la Unión como a los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. Con este objetivo, es preciso determinar el significado jurídico de la palabra «personas» con efecto a la libre circulación en la UE, ya que el legislador europeo opta por la regulación de la libre circulación «caso por caso», atendiendo a criterios de orden o con incidencia en el ámbito personal, material y espacial. En segundo lugar, el ejercicio de la libre circulación en la UE varía en relación a las diferentes categorías de personas y a los motivos por los cuales se desplazan. La evolución de las respuestas de los encuestados a la pregunta «¿Qué significa para Usted la UE?», como se observa en la siguiente figura, reafirma la importancia de las previsiones jurídicas en materia de libre circulación en la UE.

Figura nº 2: **La libertad para viajar, estudiar y trabajar en cualquier Estado miembro de la UE (2005-2015)**



Fuente: Eurobarómetro de la Comisión Europea de Noviembre de 2015⁵⁴.

⁵⁴ El Eurobarómetro de 2016 ratificó que el 81 % de los encuestados está a favor de la «libre circulación de los ciudadanos de la UE, para que puedan vivir, trabajar, estudiar y hacer negocios en cualquier lugar de la UE». Vid. Eurobarómetro estándar de otoño de 2016, Bruselas, 22 de diciembre de 2016.

III. EL ÁMBITO PERSONAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UE

3.1 El ámbito personal de la libre circulación

El ámbito personal de la libre circulación representa uno de los principales retos en la gestión de los flujos migratorios. En el territorio de la Unión las personas se encuentran reguladas, en cuanto a su libertad de circulación, por distintos estatutos jurídicos. Y como se verá, el ámbito material y espacial de la libre circulación varía en función del titular que ejerce la libre circulación en otro Estado miembro. Debido a la disparidad de los términos que se refieren a la movilidad de las personas en la UE, se hace más que necesario determinar el ámbito personal en esta materia⁵⁵. A este respecto, y aunque el de la libre circulación fue uno de los principios cuya regulación se refería solamente a los nacionales de los Estados miembros de la UE, ha sido también extendido a personas que no son «ciudadanos» europeos. La correcta comprobación del ámbito personal facilita a entender las diferencias en el ámbito material y espacial existentes en la regulación de la libre circulación. Estos dos últimos ámbitos varían en función del titular que ejerce la libre circulación.

La Unión ofrece a sus ciudadanos un ELSJ sin fronteras interiores, en el que esté garantizada entre otras, *la libre circulación de personas*⁵⁶. Por ello, uno de los principales objetivos del ELSJ⁵⁷ es crear un espacio europeo donde la movilidad de las

⁵⁵ Vid. ZETTER, R., “More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label in an Era of Globalization”, *Journal of Refugee Studies*, nº 2, 2007, pp. 172-192.

⁵⁶ «RESUELTOS a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (en adelante TFUE). Vid. párrafo decimosegundo del Preámbulo del Tratado de Unión Europea (en adelante TUE). En virtud del artículo 3.2 del TUE, «la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

⁵⁷ El Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997, con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999, (DO C 340, 10.11.1997), amplía y refuerza el marco institucional para mantener y desarrollar la Unión como un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas. En meses posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en octubre de 1999 se celebró el Consejo Europeo de Tampere, en el cual los Estados miembros se comprometieron a crear un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la UE. Véanse sobre el ELSJ, entre otros, LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016 (9ª edición), p. 106; DA SILVA OCHOA, J.C., “El Tratado de Lisboa:

personas sea una realidad. No obstante, es necesario hacer varias matizaciones al determinar el régimen legal de la libre circulación de las personas en la UE debido al carácter abierto y ambiguo del antes mencionado artículo tercero del TUE. ¿Puede ejercer los derechos de movilidad dentro de la UE cualquier persona que se encuentre en la misma?

A pesar de que el TUE menciona, como hemos visto, la libre circulación de «personas», hay que señalar que, para poder ejercer la libre circulación en la UE no es suficiente con el mero hecho de ser «persona». El contenido jurídico de esta libertad varía según las diferentes categorías de personas. Cada persona está sujeta a diferentes condiciones cuando intenta ejercer la libre circulación en la UE. Dada la diversa naturaleza jurídica del ámbito personal de la libre circulación, así como su dispar trascendencia, esta materia se sujeta a niveles distintos de «europeización». En todo caso, es evidente que el derecho de libre circulación en UE no ha alcanzado aún el mismo grado para todos sus titulares. Por lo tanto, es de vital importancia determinar correctamente el ámbito personal en esta materia. Siendo la libre circulación el derecho más conocido y ejercido por las personas en el territorio europeo, su disfrute no debiera plantear dificultades, incluido el ámbito personal. Sin embargo, se detectan las situaciones de «conflicto», aquellas en las que se dan unas divergencias muy claras⁵⁸. Así, en primer lugar es necesario determinar la titularidad de las personas que traten ejercer la libre circulación en el territorio europeo.

3.2 El concepto de persona con arreglo al Derecho de la UE

En la legislación europea, la palabra «extranjero» ha sido sustituida por otras, al referirse a las personas que no son nacionales de un determinado Estado en el cual se encuentran. Según las actuales estadísticas de migración y población migrante, a 1 de enero de 2015, el número de las personas residentes en la UE-28 que eran nacionales de terceros países ascendía a 19.8 millones, mientras que el número de las personas

tres consideraciones sobre un espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 10, octubre 2009, p. 8.

⁵⁸ Véase, entre otros, por ejemplo MARTÍN MARTÍNEZ, M., “Artículo 45”, en MORENEO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (Coords.), *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, p. 1204. Para algunos autores la libertad de circulación es un derecho que entraña una obligación de resultado, además de un precepto con efecto directo, en tanto que los titulares de la libertad de circulación pueden hacerla valer ante los órganos jurisdiccionales.

residentes en la UE-28 que habían nacido en un tercer país era 34.3 millones⁵⁹. Me permito apuntar que al comprobar también las estadísticas de los Estados miembros de la UE en relación a los índices de inmigración, muchos incluyen en estos datos también a los ciudadanos de la Unión. No obstante, los ciudadanos de la Unión no disfrutaban de los derechos de movilidad en la UE en base a la política de inmigración europea y tampoco entran a formar parte de las estadísticas de Eurostat. En este sentido, considero que los datos de inmigración por parte de los Estados miembros llevan a la confusión en cuanto a la titularidad de los «inmigrantes» presentes en sus territorios nacionales. Los datos de Eurostat demuestran que cada año son más, tanto los ciudadanos de la Unión, como los nacionales de terceros países que disfrutaban de la movilidad en la UE asociada a las previsiones jurídicas de la libre circulación.

Con arreglo al Derecho de la UE, las personas que ejercen la libre circulación en la UE son, por un lado, los ciudadanos de la Unión, es decir los que ostentan la nacionalidad de alguno de los Estados Miembros de la UE⁶⁰. En relación a este grupo hay que señalar que la normativa europea no abarca solamente a los ciudadanos «de pleno derecho», sino que ampara a otras categorías, beneficiarios según el tipo de relaciones que la Unión ha ido regulando⁶¹. Así, los primeros «extranjeros» con derecho a la libre circulación en la UE son los ciudadanos de la Unión.

Luego, por otro lado, están los potenciales titulares de la libre circulación en la UE: los nacionales de terceros países. Es nacional de un tercer país cualquier persona que no es ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 20.1 del TFUE. La acción normativa de la UE en materia de legislación de la libre circulación de los nacionales de terceros países se ubica en el ELSJ, uno de los ámbitos de competencia compartida

⁵⁹ Vid. Eurostat, disponible en:

[//ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics).

⁶⁰ Ser ciudadano de la Unión significa gozar de un nuevo estatuto civil que se superpone, o complementa a otros ya existentes de los nacionales de los Estados miembros, ya que «*será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*», según lo previsto en el artículo 20.1 del TFUE. Vid. también el artículo 9 del TUE.

⁶¹ En este sentido entre otros, GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 83 y ss. La autora considera que, aún careciendo de la ciudadanía comunitaria, existen determinados colectivos para los que el régimen del ejercicio del derecho es similar. Nos estamos refiriendo a los que han venido a denominarse *beneficiarios* del Derecho comunitario. Sin la referencia al grupo de beneficiarios, cualquier estudio sobre la titularidad del derecho de libre circulación y residencia quedaría a todas luces, incompleto.

entre la UE y los Estados miembros⁶², mientras que los ciudadanos de la Unión disfrutan de este derecho en su calidad del derecho de ciudadanía europea⁶³.

Hay que constatar que, el derecho de libre circulación puede extenderse a los nacionales de terceros países que no forman parte de la UE vía parentesco, residencia legal en el territorio de la UE o pertenencia al colectivo de extranjeros privilegiados, como se verá a continuación⁶⁴. No obstante, la definición jurídica de «nacional de un tercer país» parte de un significado todavía más preciso. En efecto, a los efectos de libre circulación de la personas en la UE, hay que considerar como tal a aquel no nacional que, además, no sea de Noruega, Islandia, Liechestein y Suiza, dado que, los de estos países disfrutan de la libre circulación en base a Acuerdos Internacionales⁶⁵. Por otro lado, es nacional de un tercer país, todo aquel que, siendo de un tercer país, no entre dentro de los beneficiarios establecidos en el Código de fronteras Schengen. A continuación se analiza el ámbito personal en el espacio Schengen. Por lo tanto, no todos los nacionales de terceros países «son iguales» en relación al disfrute de la libre circulación en la UE.

⁶² Artículo 4.2 (j) del TFUE.

⁶³ MARGUERY, T., “La Citoyennéte Européenne joue-t-elle un rôle dans l’espace pénal de liberté, de sécurité et de justice ?”, *CDE*, nº 3-4, 2010, pp. 387- 423.

⁶⁴ *Vid.* MARTÍN MARTÍNEZ, M., “La Europa de...”, *op. cit.*, p. 1210.

⁶⁵ Entre otros, los nacionales del Espacio Económico Europeo (EEE), compuesto en la actualidad por Islandia, Liechtenstein y Noruega. Los nacionales de estos estados disfrutan de la libre circulación y residencia en base al Acuerdo firmado en Porto el 2 de mayo de 1992. El mismo trato que a los ciudadanos de la Unión, en cuanto al disfrute de la libre circulación y residencia, viene reconocido, entre otros, en la sentencia del TJCE en el asunto C-92/02, *Nina Kristiansen contra Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening*, de 4 de diciembre de 2003. Por analogía, los nacionales de la Confederación Suiza ejercen el derecho de libre circulación en virtud del Acuerdo firmado en Luxemburgo, el 21 de junio de 1999 entre la UE y Suiza sobre la libre circulación de las personas, (OJ L 2002). A este respecto, *vid.* la sentencia del TJCE, asunto C-13/08 *Stamm and Hauser*, de 22 de diciembre de 2008. Los derechos en este Acuerdo son más limitados que los que se conceden en el marco jurídico del Derecho derivado de la UE según lo previsto en la Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *EU citizens report, Dismantling the obstacles to EU citizens’ rights*, COM (2010) 603 final, p. 9. Además, a los efectos de la Decisión del Consejo relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, se entenderá por «nacional de un tercer país», la persona que no posee la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, de la República de Islandia o del Reino de Noruega. *Vid.* artículo 2 (a) de la Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, (DOCE L 261/28, 6.8.2004). Según lo previsto en el artículo 1, el objetivo de la presente Decisión es coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión individuales

En esta línea, y una vez visto el diferente trato del que son objeto los nacionales de terceros países procedentes de unos «estados privilegiados», cabe preguntarse si todos los nacionales de terceros países previamente definidos pueden ejercer la libre circulación en la UE. La respuesta parece ser más bien negativa. La extensión de la libertad de circulación a los nacionales de terceros países se realiza de conformidad con lo previsto en los tratados y en el derecho derivado europeo. Es sobre todo a través del derecho derivado como se determina la versión final de las normas de libre circulación aplicables a los nacionales de terceros países establecidos en la UE. Aparte de la regulación prevista dentro de política de inmigración europea, varias categorías de los nacionales de terceros países ejercen la libre circulación en la UE en base al procedimiento convencional, tal y como se analiza a continuación en el presente trabajo.

Por todo lo visto anteriormente, se puede afirmar que, a día de hoy, las personas que ejercen la libre circulación en la UE, «*ni son todas las que están en el territorio europeo ni están todas las que la pueden ejercer*»⁶⁶. Como el disfrute de la libre circulación depende del estatuto jurídico del titular, la UE está creando diferentes estatutos de «ciudadanos» a efectos de la movilidad en el territorio sin fronteras interiores⁶⁷. La pregunta que se impone entonces es, si los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE pueden también considerarse, en el estadio actual del Derecho de la UE, «extranjeros» en sentido estricto. Varios autores entienden que la ciudadanía representa a la población residente en el interior de la frontera exterior de la UE⁶⁸. No obstante, el Derecho de la UE no otorga a todos los residentes en el territorio

⁶⁶ Dicha afirmación viene reflejada también en virtud de la Declaración aneja al Acta Final del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas de 1982 del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte sobre la definición del término «nacionales», excluyendo a las personas originarias de las Islas del Canal y de la Isla de Man del ámbito de aplicación *ratione personae* de la libre circulación de personas reconocida en el ordenamiento jurídico de la UE. Estas personas podrán ejercer el derecho de libre circulación y residencia personal en territorio británico en cuanto son nacionales británicos, pero se les niega el ejercicio de tal derecho en el territorio de la Unión por no ser considerados ciudadanos de la Unión. De modo que, en estos casos como señala la sentencia del TJCE en el asunto C-192/ 99 *Kaur*, de 20 de febrero de 2001, tales personas no se ven privadas de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía puesto que tales derechos nunca han llegado a nacer. Y algo similar ocurre, también, en el caso de los nacionales daneses de las Islas Feroe a quienes se les niega la titularidad del estatuto de ciudadanía de la Unión, tal y como se deduce del artículo 355.5 (a) del TFUE que prevé la no aplicación de los Tratados a estos nacionales.

⁶⁷ MORJE HOWARD, M., *The politics of citizenship in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 202.

⁶⁸ Entre otros, CARLIER, J-Y., “La circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes”, en DE SCHUTTER, O. y NIHOUL, P. (Dir.), *Une constitution pour l'Europe: réflexion sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2004, pp. 143-169. LABAYLE,

europeo los mismos derechos de ciudadanía en general, y de libre circulación en particular.

En tal orden de ideas, el Título IV del TFUE, denominado la libre circulación de personas, servicios y capitales⁶⁹, vuelve a mencionar la libre circulación de «personas». Cabe destacar que el significado jurídico del Título IV conlleva varias matizaciones. Aunque el Título se denomine «la libre circulación de personas», la única categoría de personas a las que se refiere el mismo son los trabajadores, los nacionales de los Estados miembros de la UE, al prever que quedará asegurada la libre circulación de los «trabajadores» dentro de la Unión⁷⁰. Por lo tanto, hay que entender que ni todos los ciudadanos de la Unión, ni los nacionales de terceros países en situación irregular o regular se hallan bajo las previsiones del Título IV del TFUE⁷¹. Solamente los ciudadanos de la Unión, en calidad de trabajadores, son los únicos destinatarios de las previsiones del Título IV del TFUE. A este respecto, y en relación al mercado único europeo, cabe destacar que la principal razón para establecer el régimen jurídico de la libre circulación en la UE probablemente resida en el desplazamiento de las personas por motivos laborales.

H., “Vers une citoyenneté européenne ? Le point de vue du droit communautaire”, *LPA*, n° 76, 1992, pp. 23-32.

⁶⁹ Los artículos 45 al 66 del TFUE.

⁷⁰ Artículo 45.1 del TFUE. La movilidad de los trabajadores en la UE está prevista en los siguientes instrumentos jurídicos: la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO UE *L 354/132*, 28.12.2008). La Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión, (DO UE *L 128/1*, 30.4.2014). El Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. (DO UE *L 141/1*, 27.5.2011). A la regulación jurídica prevista en el Reglamento hay que añadir la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO UE *L 128/8*, 30.4.2014). La fecha de transposición de esta Directiva era 21 de mayo de 2016. Esta Directiva tiene por objeto establecer las disposiciones que facilitan la aplicación uniforme y el cumplimiento en la práctica de los derechos que confieren el artículo 45 del TFUE y los artículos 1 a 10 del Reglamento (UE) n° 492/2011, y se aplica a los ciudadanos de la Unión que ejerzan tales derechos y a los miembros de sus familias («los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias»).

⁷¹ Sobre las condiciones de entrada y residencia de los inmigrantes irregulares, véase, por ejemplo, CARLIER, J.Y., *L'Europe et les étrangers*, Colloque de Gêneve, Gêneve, 2006, p. 17.

3.2.1 La libre circulación de las personas en el espacio Schengen

Es gracias al espacio Schengen como se ha materializado la libre circulación de las personas en la UE. La desaparición de los controles en las fronteras interiores de la Unión garantiza efectivamente un verdadero «desplazamiento» de las personas dentro del territorio europeo⁷². Son muchas, las personas que trabajan y/o viven en otro Estado miembro, disfrutando en la práctica las ventajas asociadas a la libre circulación en espacio Schengen⁷³. El establecimiento del espacio Schengen, ha cambiado la concepción del mercado común que comprende un área sin fronteras interiores en el cual la libre circulación de las personas está asegurada. El espacio Schengen en la actualidad formado por 26 países⁷⁴, representa la llave simbólica de la integración europea y parte esencial en la vida diaria de muchas personas⁷⁵. El Acuerdo Schengen ha creado el mayor espacio internacional del mundo en el que se admite la libre

⁷² CARLIER, J.Y., *La condition des personnes dans l'Union Européenne*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 485.

⁷³ El acuerdo bilateral franco-alemán de Saarbrücken con los Estados del Benelux, firmado el 14 de junio de 1985, dio el comienzo al espacio Schengen. Cinco años más tarde los mismos estados acordaron adoptar la Convención para implementar el Acuerdo de Schengen (19 de junio de 1990). La Convención de aplicación de los Acuerdos de Schengen de 14 de junio 1985, entre los gobiernos de los estados de la Unión económica BENELUX, de la República federal de Alemania y de la República francesa relativa a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990. Los cinco Estados 'fundadores' se pusieron de acuerdo en 1985 y firmaron el Convenio de Aplicación en junio de 1990. Un lustro después, en marzo de 1995, el convenio entró en vigor y se suprimieron los controles fronterizos entre Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal (España y Portugal se sumaron en junio de 1991). Paulatinamente se fueron sumando el resto de países. El mecanismo Schengen ha atravesado desde el año 1986 bastantes cambios. Es el espacio Schengen el que permite la supresión de los controles interiores y la armonización de las condiciones de acceso a través de las fronteras exteriores por medio de la unificación del procedimiento de entrada con el visado. Actualmente el espacio Schengen se encuentra en una crisis muy particular, debido, en gran parte, a la falta de la confianza por parte de los Estados miembros en relación a la gestión de la frontera exterior común europea, *vid.* CHASSIN, C-A., "La crise des migrants: l'Europe à la croisée des chemins, *L'EUROPE*, n° 3, 2016, pp. 15-22. La elección principal del contenido del "laboratorio Schengen" de los años 90 ha sufrido, con posterioridad, grandes cambios al ser la piedra principal de los Tratados de la Unión. Véase, ELSEN, C., "Le rôle des accords de Schengen dans la construction européenne", *Era Forum*, 2011, p. 69. DE LOBKOWICZ, W., *L'Europe et la sécurité intérieure, une élaboration par étapes*, La Documentation française, 2002, p. 140.

⁷⁴ Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal y Suecia dentro de la UE, así como Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

⁷⁵ Cada año, las personas hacen más de 1.250 millones de desplazamientos por motivos de turismo, negocios o visitas a los familiares y amigos en toda Europa, sin encontrar obstáculos en las fronteras interiores.

circulación de las personas sin controles fronterizos⁷⁶. Por lo tanto, el espacio sin fronteras interiores donde la libre circulación de las personas queda asegurada se convierte en un elemento constitutivo de los objetivos de la Unión⁷⁷. La integración del acervo Schengen en el marco jurídico de la UE⁷⁸ responde a la búsqueda de una mayor coherencia en la cooperación iniciada desde 1985 hasta el día de hoy. Otro aspecto muy importante en la creación de espacio Schengen se debe al mismo concepto del ELSJ, pilar sobre el que se basaba la revisión de los Tratados⁷⁹. El espacio Schengen representó el impulso inicial, lo que hoy ha venido a ser el ELSJ. La construcción y la visibilidad del ELSJ se convierten en una primera consecuencia concreta de la desaparición de los controles fronterizos interiores⁸⁰. Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la base legal relativa al espacio Schengen, dicha regulación entra a formar parte del Derecho primario europeo⁸¹. Pero, es el Tratado de Lisboa el

⁷⁶ Desde su comienzo, la existencia de este espacio hizo patente la necesidad de homogeneizar las políticas migratorias nacionales de los Estados miembros, ya que la desaparición de los controles fronterizos permite a los inmigrantes que entran en cualquier país del grupo trasladarse a cualquier otro. Lo que se ha avanzado desde 1985 está mucho más en el campo de las políticas de evitar la inmigración no deseada que en el de las de atracción activa de la inmigración deseada. En definitiva, a pesar de las tensiones que ha causado la defensa de la soberanía estatal en este terreno, hasta ahora la existencia de un espacio europeo de libertad de movimientos, el espacio Schengen, ha podido coexistir con diferentes políticas de inmigración. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “¿Schengen en peligro?”, *Boletín Elcano*, 136, 2011, p. 6.

⁷⁷ Sentencia del TJUE, asunto C- 278/12 (PPU), *Atiqullah Adil*, de 12 de julio 2012. En el presente asunto se subraya que en este ámbito no hay que perder de vista la importancia del principio de la confianza mutua, también presente en la «creación y mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores», de acuerdo con lo previsto en la Opinión 2/13 relativa a la adhesión al CEDH, de 18 de diciembre 2014. LABAYLE, H., y SUDRE, F., “L’avis 2/13 de la C.J.U.E sur l’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme: pavane pour une adhésion défunte?”, *RFDA*, 2015, p. 1.

⁷⁸ El espacio Schengen en el Tratado de Ámsterdam responde a una “venture into the unknown”. BOER, M., “The incorporation of Schengen into the TUE: Abridge too far?”, en MONAR J., WESSELS W. (Eds), *The European Union after the Treaty of Amsterdam*., Continuum, Londres, 2001, pp. 296-318.

⁷⁹ Para H. LABAYLE, se supera así una de las críticas principales de la acción de los Estados europeos en materia de seguridad y de política de inmigración, la de estar privada de una perspectiva de más amplio alcance. LABAYLE, H., “Un espace de liberté, sécurité et justice”, *RTDE*, nº 4, 1997, p. 819.

⁸⁰ LABAYLE, H., “La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l’Union”, en BLUMANN, C. (Dir.), *Les frontières de l’Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 26.

⁸¹ Artículo 14 del TCEE, que forma parte de un nuevo Título IV, en el cual se establecían las bases jurídicas esenciales de Schengen. El protocolo relativo a su integración llevó a reforzar la integración europea, y en particular, a permitir a la UE establecer más rápidamente un espacio de libertad, seguridad y justicia. LABAYLE, H., “La libre circulation des personnes dans l’Union européenne, de Schengen à Amsterdam”, *AJDA*, 1997, pp. 923-935. Véase a tal respecto, también, KUIJPER, P. J., “Some legal problems associated with the communautarization of policy on visas, asylum and immigration under the Treaty of Amsterdam and incorporation of the Schengen acquis”, *CMLRev*, 2000, p. 346.

que marca un final en la configuración del principio de la supresión de las fronteras interiores al establecerlo como fuente de Derecho primario con carácter constitucional⁸². La creación del espacio Schengen respondía a la necesidad de garantizar la circulación del factor productivo, es decir del trabajador en un mercado único interior. No obstante, esta concepción de movilidad de trabajadores pronto dejó paso a la libre circulación de personas unida a la suavización de los controles fronterizos intraeuropeos. A este respecto, se confirma que una concepción económico-funcional resulta inapropiada desde el momento en el que se entiende que el trabajo no es solamente un producto o un artículo de comercio y el trabajador no es considerado como una mera fuente de trabajo, sino como un ser humano.

La creación de un espacio sin fronteras interiores en el que las personas y los bienes circulan libremente ha aportado importantes beneficios tanto a las empresas como a los ciudadanos europeos⁸³. Las personas ejerciendo la libre circulación en el espacio Schengen se convierten en actores importantes para conseguir los objetivos del mercado común. La Unión establecerá un mercado interior, el cual, como es sabido, implica un espacio sin fronteras interiores, un espacio en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Así, la libre circulación de las personas viene garantizada por la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores⁸⁴. No obstante, el concepto general del control en las fronteras engloba tanto al control de las personas en los pasos fronterizos interiores como la vigilancia en los pasos fronterizos exteriores⁸⁵. Además, es necesario constatar que la desaparición de los controles en las fronteras interiores está condicionada por la gestión efectiva de las fronteras exteriores para garantizar un espacio de libre circulación de las

⁸² Abandonando la indeterminación de las «medidas» del Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa asume plenamente su objetivo de «desarrollo de una política» de la Unión en materia de control de fronteras, una política sólida que pueda ser calificada como «política común». LABAYLE, H., «L'Union européenne et l'immigration: une véritable politique commune? », *Dalloz*, 2004, p. 1217.

⁸³ La Comisión Europea estima que la desaparición de espacio Schengen se traduciría en costes directos por alrededor de 7.5 billones de euros cada año, aparte de muchos otros costes adicionales, como por ejemplo los costes relativos al turismo, etc. *Vid.* Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Restablecer Schengen - Hoja de ruta*, COM (2016) 120 final. Se estima que las razones del espacio Schengen son sobre todo económicas. Tal como es bien sabido que «Time is money», la desaparición del espacio Schengen conllevaría muchos efectos económicos no deseados.

⁸⁴ La ausencia de los controles interiores constituye un objetivo de la Unión según lo previsto en los artículos 77.2 (e) y 26.2 del TFUE. El establecimiento de la ausencia de los controles viene confirmado por el Considerando 2 del Código de fronteras Schengen.

⁸⁵ LABAYLE, H., «La suppression des...», *op. cit.*, p. 24. CHASSIN, C-A., «La crise des...», *op. cit.*, p. 19.

personas⁸⁶. Es sobre todo en relación a la gestión de la frontera exterior, donde varios Estados miembros no están dispuestos a ceder más soberanía. A este respecto, una de las mayores críticas actuales relativa al espacio Schengen es la debida a la insuficiente protección y control de la gestión de la frontera exterior europea común, carencia cuyo resultado se ha materializado en la llamada «crisis migratoria». Se entiende que la gestión de las fronteras y el control de flujos migratorios constituyen una «prerrogativa regaliana», ya que toda la intención de abordar las cuestiones relativas a la entrada y a la estancia de las personas en el territorio europeo se enmarca dentro de la potestad soberana estatal⁸⁷.

El Tratado de Lisboa vuelve a confirmar que la Unión asegurará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países⁸⁸. A este respecto, la abolición de los controles ceñida únicamente a los nacionales de los Estados miembros era una opción no realista⁸⁹. El objetivo de lograr la supresión de los controles para las personas en las fronteras interiores con el objeto de entrar a un segundo Estado miembro determinó la necesidad de extender a los nacionales de terceros países el disfrute de la libre circulación, en cumplimiento con la expresión de «libre circulación de personas» prevista en el ordenamiento jurídico europeo. En cuanto a la movilidad de los nacionales de terceros países, el fundamento jurídico del Código de fronteras Schengen se ubica en los artículos 67.1 y 77.1 del TFUE⁹⁰. En consecuencia, los nacionales de terceros países establecidos en la UE entran dentro de la definición de las personas respecto a lo previsto en la legislación Schengen. Ahora bien, tal y como se analiza a continuación, la definición de persona prevista en el Código de fronteras Schengen, no se les aplica a todos los nacionales de terceros países.

⁸⁶ LABAYLE, H., “La suppression des...”, *op. cit.*, p. 20. SHUTTE, J. “Schengen: its meaning for the free movement of persons in Europe”, *CML*, 1991, p. 549.

⁸⁷ LABAYLE, H., “L’Espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l’Europe”, *RTDE*, 2005, p. 438. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La inmigración en la Unión Europea: La difícil configuración de una política de inmigración”, *RDUE*, nº 5, 2003, p. 84.

⁸⁸ Artículo 67.2 del TFUE.

⁸⁹ DONNER, J.P.H., “Abolition of Border Controls”, en SCHERMERS, H.G. (Ed.), *Free movement of persons in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993, p. 20.

⁹⁰ A este respecto, véase por ejemplo GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El control de las fronteras exteriores de la Unión Europea”, en UGARTEMENDÍA, J.I. y JAÚREGUI, G. (Coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 441-464.

La actual regulación para el cruce de personas por las fronteras, el Reglamento 2016/399⁹¹ (en lo sucesivo el Código de fronteras Schengen), prevé en su articulado un espacio en el que se garantiza la libre circulación de personas como uno de los principales logros de la Unión⁹². A este respecto, este Código representa sin duda un instrumento técnico transcendental en la evolución de la integración europea en general, y de la libre circulación en particular. El principal objetivo del mismo estriba en que las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas con independencia de su nacionalidad⁹³. La concreción del espacio Schengen también para los nacionales de terceros países era una condición indispensable para materializar la libre circulación de las personas y conseguir todos los objetivos del ELSJ. En opinión de DEL VALLE-GALVÉZ, la libertad de circulación de personas y la abolición de fronteras se ha transformado en un aspecto político capital en el proyecto de integración europea, el cual atrae a su esfera elementos fundamentales de derechos humanos y ciudadanía, que desembocan en un nuevo paso hacia el «espacio público europeo»⁹⁴.

3.2.2 El concepto de persona en el Código de fronteras Schengen

El Código de fronteras Schengen vuelve a mencionar el término «personas» al referirse a la libre circulación en el espacio sin fronteras interiores. Junto con lo establecido en el TUE, este instrumento jurídico repite la expresión de libre circulación de personas. Sin embargo, el Código establece su propia regulación de las personas con derecho a circular en el espacio sin fronteras interiores.

⁹¹ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), (texto codificado), (DOUE L 77/I, 23.03.2016).

⁹² Considerando 22 del Código de fronteras Schengen.

⁹³ GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El Código de Fronteras Schengen y la libertad de desplazamiento del ciudadano europeo: Algunas consideraciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., *et.alii*, *El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y la protección de datos*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 41-66.

⁹⁴ DEL VALLE-GÁLVEZ, A., “La refundación de la libre circulación de personas. Tercer Pilar y Schengen: El espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pp. 60-62.

En cuanto al ámbito personal, este instrumento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros⁹⁵. Ahora bien, aunque el articulado de la normativa se refiere a las personas, es preciso determinar con más detalle a quienes se aplica ese régimen jurídico. A este respecto, es conveniente apuntar un par de matices. En primer lugar, que las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar, sin que se realice inspección fronteriza alguna de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad⁹⁶. En segundo lugar, que el Código no afecta a los derechos de los beneficiarios de la libre circulación con arreglo al Derecho de la UE⁹⁷, ni a los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución⁹⁸.

Con arreglo a la normativa Schengen, los beneficiarios de las previsiones jurídicas de libre circulación son los ciudadanos de la Unión⁹⁹; así como los nacionales de terceros países en calidad de miembros de familia de un ciudadano de la Unión, que ejerzan su derecho a circular libremente y a los que se aplique la Directiva 2004/38/CE¹⁰⁰; (nacionales de terceros países, familiares de un ciudadano, cualquiera que sea su nacionalidad, que, en virtud de acuerdos celebrados entre la Unión y sus Estados miembros, por una parte, y dichos terceros países, por otra, gocen de derechos en materia de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión¹⁰¹). Es muy interesante destacar que el propio Código de fronteras Schengen define al nacional del tercer país como a toda persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 20.1 del TFUE, que sea un miembro de familia de un ciudadano de la Unión, y, que sea un nacional, resultado de los convenios celebrados entre la UE y terceros países¹⁰². En concreto, y de manera muy estricta, el Código de fronteras Schengen excluye de su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros países legalmente

⁹⁵ Artículo 3 del Código de fronteras Schengen.

⁹⁶ Artículo 22 del Código de fronteras Schengen, Título III «Fronteras interiores», Capítulo I «Ausencia de controles en las fronteras interiores».

⁹⁷ Considerando 5 y artículo 3 (a) del Código de fronteras Schengen.

⁹⁸ Artículo 3 (b) del Código de fronteras Schengen.

⁹⁹ Los ciudadanos de la Unión según lo dispuesto en el artículo 20.1 del TFUE.

¹⁰⁰ Artículo 2.5 (a) del Código de fronteras Schengen.

¹⁰¹ Artículo 2.5 (b) del Código de fronteras Schengen.

¹⁰² Artículo 2.6 del Código de fronteras Schengen.

establecidos en la UE en virtud de la normativa europea en materia de inmigración legal¹⁰³.

Llegados aquí, cabe constatar que, el establecimiento de la total libertad de circulación de personas dentro del área geográfica europea, y la eliminación del control en el «cruce de las fronteras» constituía un objetivo político de tal trascendencia y de consecución progresiva o gradual. Este progreso se ha observado entre otros hitos, en la ampliación del círculo de titulares de la libertad de circulación desde la de los trabajadores «nacionales de un Estado miembro», hasta incluir a toda persona que se encuentre «legalmente» en el espacio europeo¹⁰⁴. Sin embargo, a día de hoy, son muchas las normas que condicionan el ejercicio de la libre circulación de las personas, sobre todo de los nacionales de terceros países en la UE, poniendo en duda la existencia del espacio sin fronteras interiores para estos nacionales.

3.2.3 La problemática de la libertad de circulación vs. seguridad en el espacio Schengen

La ausencia de los controles fronterizos en las fronteras interiores presupone contar con las necesarias garantías, en un territorio abierto, con objeto de lograr cumplir con los principios de libertad y de seguridad. Sin duda alguna, el tema de la seguridad siempre ha estado presente en el desarrollo jurídico de la libre circulación de las personas, muchas veces dando lugar a diferentes consecuencias jurídicas debido al carácter indeterminado del ejercicio de la libre circulación¹⁰⁵. La libertad de circulación es indisociable de las medidas que deben garantizar la seguridad en el espacio Schengen. Pasados más de 30 años desde la creación del espacio Schengen, dicho espacio conserva la misma identidad y se enfrenta a los mismos retos que en sus

¹⁰³ A este respecto, véase infra el análisis del derecho derivado europeo en materia de inmigración legal.

¹⁰⁴ MUÑOZ AUNIÓN, A., *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 125.

¹⁰⁵ En efecto, sin entrar al detalle de la regulación de este derecho en el plano internacional, hay que señalar que la libre circulación en dicho plano está basada en las competencias discrecionales de los Estados a la hora de permitir la entrada y la residencia de los no nacionales en sus respectivos territorios. Esta es la situación que recogen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que en ningún caso protegen o contemplan el derecho de entrada y residencia de los no nacionales, sino que sólo regulan aspectos parciales ligados a la condición de nacional de tercer país, como el derecho a salir del propio Estado o de cualquier otro, o el derecho a entrar en el estado del que uno es nacional.

orígenes¹⁰⁶, habiendo transitado por varias situaciones de «crisis» en el ELSJ. La libertad y la seguridad, ambas dimensiones del ELSJ deberían estar bien «compenetradas», cosa que no ocurre en la realidad¹⁰⁷. Como consecuencia de ello, el legislador europeo sigue adoptando las normas de este ámbito a «dos velocidades». Como la libre circulación de personas forma parte indisoluble del proyecto original del mercado interior único, en las últimas décadas se ha visto más legislación relativa a la dimensión libertad frente a la de seguridad. Sin embargo, hoy no se puede confirmar esta última idea, al representar la dimensión de la seguridad el principal objetivo a conseguir por los Estados miembros de la UE.

Si la frontera delimita un territorio, la supresión progresiva de las fronteras interiores de la Unión ha dado lugar a un nuevo espacio común. Cada Estado miembro de la UE asume la responsabilidad del control de las fronteras exteriores (más de 50000 km de frontera terrestre y 80% de frontera marítima, sin olvidar la aeroportuaria). Por lo tanto, la gestión de la frontera es competencia de cada Estado miembro en particular¹⁰⁸. Para gestionar la frontera de manera eficaz es esencial conseguir un mínimo nivel de confianza mutua entre los Estados miembros¹⁰⁹. El principio de la ausencia de controles en las fronteras interiores, junto con su regulación, es el principio que debería primar en las diferentes situaciones de conflicto en el espacio Schengen¹¹⁰. Sin embargo, en la actualidad se observa lo contrario¹¹¹. Dentro del contexto de la

¹⁰⁶ LABAYLE, H., «Schengen: un espace dans l'impasse», *EUROPE*, nº 3, 2016, p. 8.

¹⁰⁷ DELIVET, P., «La libre circulation des personnes: principe, enjeux et défis», *Question d'Europe*, nº 419, 2017, pp. 1-11.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰⁹ BLANC, H., «Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe», *RMC*, 2001, p. 722.

¹¹⁰ Sentencia del TJUE, asunto C-188/10 y 189/10, *Melki y Abdeli*, 22 de junio 2010. En este asunto el TJUE declaraba que el artículo 67 TFUE, así como los artículos 20 y 21 del anterior Código de fronteras Schengen [Reglamento (CE) 562/2006], se oponen a una normativa nacional que atribuye a las autoridades de policía del Estado miembro interesado la competencia para controlar, únicamente en una zona de 20 kilómetros a partir de la frontera terrestre de ese Estado con los Estados parte en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, la identidad de cualquier persona, con independencia del comportamiento de ésta y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público, con vistas a verificar la observancia de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la ley, sin prever la necesaria delimitación de dicha competencia, una que garantice que el ejercicio práctico de ésta no puede tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas. LABAYLE, H., «Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité: ordonner le dialogue des juges», *RFDA*, 2010. SIMON, D., y RIGAUX A., «Drôle de drame: la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité», *Europe*, 2010, p. 6.

¹¹¹ «A policy of waving through refugees without informing a neighbouring country is not acceptable. This should apply to all countries along [Western Balkans] the route», Leaders' Meeting on refugee flows along the Western Balkan Route, Final Statement, 25 October 2015. Véase también, Comunicación de la

reciente «desorganización total» en la gestión de la frontera exterior, en la actualidad, la inseguridad y las reacciones estatales han debilitado el espacio Schengen. La debilidad de dicho espacio estriba en la necesidad de mantener la soberanía estatal en muchos ámbitos de las políticas europeas relacionados con el espacio Schengen¹¹². A pesar de muchos avances legislativos en las sucesivas reformas del Código de fronteras Schengen, la cuestión de la seguridad frente a la libertad está cada vez más presente en la opinión de los «Schengen-escépticos». La seguridad interna de los Estados en un espacio sin fronteras representa ahora la primera preocupación actual para muchos representantes políticos en la UE¹¹³. No obstante, solamente la movilidad de corta duración de los nacionales de terceros países en el espacio Schengen está garantizada al margen de la soberanía nacional de los Estados miembros¹¹⁴. Cabe constatar que, desde la adopción de la Convención de aplicación de Schengen, la gestión de la seguridad interior de los Estados miembros no ha superado la dimensión nacional¹¹⁵. Además, los Estados miembros son muy reacios frente a la pérdida de la soberanía en materia de la seguridad interior. La construcción del espacio Schengen representa «success story» sobre todo en su vertiente de garantizar la libertad y no la seguridad.

Se precisa que el imperativo económico como principio de creación del espacio Schengen ha conllevado a las actuales preocupaciones en garantizar la seguridad en el espacio sin fronteras interiores. Nadie pone en duda la importancia de la movilidad dentro de la Unión, siendo un factor determinante en la revolución empresarial y en el crecimiento económico. No obstante, a día de hoy, el «déficit de seguridad» pone en duda el buen funcionamiento de la libertad de circulación en Schengen¹¹⁶. La falta de la confianza mutua entre los Estados miembros en materia de seguridad en el espacio Schengen representa un problema muy grave para intentar gestionar las fronteras exteriores conjuntamente, con una única voz europea¹¹⁷.

Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración*, COM (2016) 85 final, p. 3.

¹¹² H. LABAYLE opina que «La disparition des piliers opérée à Lisbonne n’y change rien, le patrimoine génétique de l’espace Schengen est de nature intergouvernementale (...)», LABAYLE, H., “La suppression des contrôles...”, *op. cit.*, p. 48.

¹¹³ MUÑOZ AUNIÓN, A., “Política migratoria...”, *op. cit.*, p. 128.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 130.

¹¹⁵ LABAYLE, H., “Schengen: un espace....”, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 8

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

Lo ideal sería establecer la *Europa de la seguridad*¹¹⁸ compenetrada con la *Europa de la libre circulación*, a medida que esta última suaviza los controles interiores. La primera, la *Europa de la seguridad* somete a criterios más rígidos el franqueo de sus fronteras e introduce cortapisas de seguridad e interés nacional en ámbitos propios del mercado interior, que ha recibido la denominación crítica de la *Europa fortaleza*¹¹⁹. Un elemento fundamental del nuevo marco jurídico de régimen de fronteras, establecido a escala de la Unión por el ELSJ, consiste en la categorización funcional de las fronteras existentes de los Estados como «*fronteras interiores*» o como «*fronteras exteriores*». Estas *nuevas fronteras* son el presupuesto conceptual y práctico de la nueva regulación de control fronterizo para todos los Estados continentales de la Unión. En efecto, estas nuevas categorías de las fronteras forjadas en el acervo *Schengen* se han incorporado al Derecho de la Unión.

En tal orden de ideas, las preocupaciones de los Estados miembros acerca de la seguridad interior nacen como respuesta frente a la continua «europeización» de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. Ahora bien, muchos discursos y sobre todo los debates políticos olvidan mencionar la necesaria distinción entre las categorías de los nacionales de terceros países legamente establecidos en la UE. No obstante, la ausencia de entrega política y de confianza en el espacio común en esta materia se traduce en la necesidad de buscar soluciones ante los actuales problemas en el espacio Schengen originados por el déficit de seguridad¹²⁰. Son varias las razones de fondo que debilitan cualquier avance hacia la plena Unión, en general, y hacia el verdadero espacio Schengen, en particular¹²¹. Entre estas razones cabe subrayar el miedo de los Estados miembros a crear un «espacio común abierto a la circulación de los criminales, delincuentes y terroristas». El artículo 68 del TFUE confía en la

¹¹⁸ El buen funcionamiento del espacio Schengen requiere el control de la frontera exterior efectiva garantizando así la libre circulación de personas. Con tal propósito, la regulación Schengen contempla también, por un lado, el Sistema de Información de Schengen (SIS II). Por otro lado, se observa la necesidad de reforzar la aplicación de la política común de visados, ya que esta política debe tener por objetivo facilitar las oportunidades de viaje a los viajeros y hacer que el espacio Schengen sea un destino más atractivo para los nacionales de terceros países, manteniendo al mismo tiempo un alto nivel de seguridad. A la UE le interesa mantenerse abierta a los visitantes y aprovechar su contribución al crecimiento económico, desplegando a nivel mundial el Sistema de Información de Visados (VIS). *Vid.* Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, COM (2014) 154 final, p. 6.

¹¹⁹ MUÑOZ AUNIÓN, A., “*Política migratoria...*”, *op. cit.*, p. 137.

¹²⁰ LABAYLE, H., “*Schengen: un espace....*”, *op. cit.*, p. 10.

¹²¹ CORNELISSE, G., “What’s wrong with Schengen? Border disputes and the nature of integration in the area without internal borders”, *CMLR*, 2014, p. 1.

«programación estratégica» de Lisboa¹²². A este respecto, se entiende por tal programación cualquier avance relativo a los temas de seguridad interior en el ELSJ, sin poner en peligro la libre circulación de las personas. Además, las advertencias recientes demuestran la necesidad de buscar respuestas originarias y urgentes para mantener y garantizar al nivel europeo ambas dimensiones del ELSJ, es decir tanto la libertad como la seguridad¹²³. A tal fin, se hace más que necesario revisar la exclusividad del principio de responsabilidad y solidaridad¹²⁴ en la UE actual, tanto desde un punto de vista político como también geográfico¹²⁵, para garantizar todos objetivos del ELSJ. En la misma línea, *«si de verdad queremos lograr un espacio de libertad, seguridad y justicia, necesitamos promover activamente nuestros derechos fundamentales y elevar el nivel de protección real en toda la UE. Los derechos fundamentales no existen solo sobre el papel, también deben respetarse en la práctica. Lo exigen nuestros ciudadanos»*¹²⁶.

3.2.4 La limitación temporal de la libre circulación en el espacio Schengen: la vuelta de los controles fronterizos

El déficit político y jurídico de las cuestiones de seguridad en el espacio Schengen sigue presente a día de hoy. La llamada «crisis migratoria» ha puesto en evidencia las reacciones unilaterales de diferentes Estados miembros ante la supervivencia del espacio Schengen¹²⁷. A pesar del entusiasmo del espacio Schengen, y de los impactos,

¹²² LABAYLE, H., *“Schengen: un espace....”*, op. cit., p. 11.

¹²³ Pasando de las 14 páginas del Programa de Tampere, en 1999, a las 38 páginas en el programa de Estocolmo. Véase a tal respecto el Documento EUCO 79/14, 27 junio 2014.

¹²⁴ A este respecto, el principio de solidaridad posee un efecto de equilibrio muy interesante. La aparición del principio europeo de solidaridad dentro del ELSJ es observable en el programa de Tampere, siendo posteriormente constitucionalizado en Lisboa. Véase más sobre el principio de solidaridad, entre otros, en: MONAR, J., “Solidarity as a challenge for the EU: The case of justice and home affairs”, *Rapport annuel de la Société japonaise de droit européen*, 2015. DE BRUYCKER, P., “EU Asylum Policy: in search of solidarity and Access to protection”, *MPC Policy Brief*, 2015/2016. Las políticas comunes relativas a las fronteras, al asilo y a la inmigración se ven afectadas directamente por la seguridad del principio de solidaridad previsto en los artículos 67.2 y 80 TFUE.

¹²⁵ LABAYLE, H., *“Schengen: un espace....”*, op. cit., p. 11.

¹²⁶ Věra Jourová, Comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género. Vid. también *Informes de la Comisión sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE*, Bruselas, 19 de mayo de 2016, Comisión Europea.

¹²⁷ LABAYLE, H., *“Schengen: un espace....”*, op. cit., p. 13.

sobre todo económicos¹²⁸, que conlleva el restablecimiento de los controles en dicho espacio, el Código de fronteras Schengen prevé la posibilidad de reintroducción de los mismos¹²⁹. Cuando en el espacio sin controles en las fronteras interiores se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro, este podrá restablecer los controles fronterizos en partes específicas o en la totalidad de sus fronteras interiores, con carácter excepcional y durante un período de tiempo limitado no superior a 30 días, o mientras se prevea que persiste la amenaza grave cuando su duración sobrepase el plazo de 30 días. La amplitud y la duración del restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores no excederán de lo que sea estrictamente necesario para responder a la amenaza grave¹³⁰. El debate acerca del restablecimiento de los controles nunca ha desaparecido de la mesa de los legisladores nacionales¹³¹. Hoy, y sobre todo debido al desplazamiento de los nacionales de terceros países a la UE por varios motivos, los Estados miembros vuelven a poner de relieve la importancia de preservar su soberanía nacional para controlar y evitar la potencial movilidad de las personas «no deseadas» en el territorio europeo. No hay que descartar que la eventual vuelta de los controles fronterizos pueda provocar situaciones de conflicto entre los Estados miembros y la Comisión, aunque se haya establecido la «europeización de la gestión del restablecimiento de las fronteras»¹³² mediante la aplicación de Código de fronteras Schengen¹³³.

¹²⁸ 1,7 millones de trabajadores de la UE cruzan diariamente la frontera para acudir a su puesto de trabajo. Los controles fronterizos costarían a los trabajadores transfronterizos y otros viajeros entre 1.300 y 5.200 millones de euros en términos de tiempo perdido. Además, lo que es más importante, las largas esperas en las fronteras podrían disuadir a los trabajadores de buscar oportunidades en el mercado laboral del otro lado de la frontera, con lo que se reduciría el número de los potenciales trabajadores. Ello disminuiría, a medio plazo, la eficiencia económica de algunas regiones. La proporción de trabajadores transfronterizos es especialmente elevada en Eslovaquia (5,7 %), Estonia (3,5 %), Hungría (2,4 %) y Bélgica (2,3 %). *Vid. COM (2016) 120 final*, p. 4. En el informe de la Fundación Bertelsmann se estima que la reintroducción de los controles permanentes en las fronteras conllevaría la pérdida de 77 billones de euros para Alemania entre 2016 y 2025, y 470 billones de euros en total para la UE. Véase, *End to Schengen could mean a dramatic decline in growth for Europe*, 22.02.2016, disponible en: <https://www.bertelsmannstiftung.de/en/topics/aktuelle-meldungen/2016/februar/ende-von-schengen-koennte-europa-erhebliche-wachstumsverluste-bescheren/>.

¹²⁹ El restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores está regulado en el Capítulo II, artículos 25 a 35 del Código de fronteras Schengen.

¹³⁰ Artículo 25.1 del Código de fronteras Schengen.

¹³¹ PIASTRA, R., “A propos de Schengen”, *Rec. Dalloz*, 2015, p. 1962.

¹³² LABAYLE, H., “La supression...”, *op. cit.*, p. 36.

¹³³ Frans Timmermans, vicepresidente primero de la Comisión Europea.

Los supuestos en los cuales los Estados miembros han vuelto a poner en práctica el control en las fronteras interiores son variados: acontecimientos deportivos masivos, las manifestaciones políticas, las celebraciones, las cumbres europeas, o las reuniones políticas de alto nivel, etc.¹³⁴. A este respecto, cabe destacar que todas las limitaciones en el cruce de las fronteras interiores se caracterizan, en primer lugar, por la temporalidad, preservando que la regla de la supresión de los controles no se aplique automáticamente¹³⁵. La situación política en los Estados miembros y en la UE puede conllevar la puesta en práctica de los artículos del Código de fronteras de Schengen relativos al restablecimiento de tales controles¹³⁶. Además, como se verá a continuación, ya no son solamente los acontecimientos mencionados más arriba, las únicas razones para justificar la vuelta de los controles fronterizos.

En la actualidad, el futuro del *espacio Schengen* está en cuestión debido, por un lado, a la «crisis migratoria», a la que los Estados miembros no han sido capaces de hacer frente. Y por otro lado, varios ataques terroristas, junto a una cuestionada gestión de las fronteras exteriores, han empujado a diferentes países y líderes a exigir retoques en el *espacio Schengen*, e incluso su supresión y la vuelta al sistema de las fronteras interiores. «*Si no podemos proteger la frontera externa de la UE, la frontera griego-turca, entonces la frontera externa del espacio Schengen tendrá que moverse hacia el centro de Europa*», amenazó la ministra austriaca, Johanna Mikl-Leitner. Y todo ello, a sabiendas que puede cuestionarse la validez jurídica del restablecimiento de las

¹³⁴ Entre los ejemplos sobre las causas de restablecimiento temporal de los controles interiores fronterizos cabe mencionar, entre otros: la reunión informal de los jefes de Estados en Finlandia en octubre de 2006, por la posible amenaza al orden público; la copa de fútbol Europea, (Austria junio/julio 2008, *idem* Polonia en junio/julio 2012); o la ceremonia de los premio de nobel en Noruega, (noviembre/diciembre 2009, noviembre/diciembre 2012); la Conferencia COP 21 en Francia en noviembre/diciembre 2015, etc. En julio 2011, por la masacre d'Utoya, y en julio 2014 por las razones de amenaza, los controles fronterizos se restablecieron con urgencia en Noruega. Desde octubre de 2006 hasta junio 2015, los estados miembros notificaron 36 restablecimientos de controles temporales en las fronteras interiores. España, por ejemplo, suspendió la libre circulación durante unos días en 2012, por la reunión de la cúpula del Banco Central Europeo en Barcelona, al esperar que hubiera actos de protesta con gente llegada de toda Europa. Los acontecimientos con duración concreta desde el año 2006 hasta año 2010 se pueden ver en el Anexo I de la Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *On the application of Title III (Internal Borders) of Regulation (EC) n° 562/2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)*, COM (2010) 554 final, disponible solo en francés y en inglés. PASCOUAU, Y., ««Crise des réfugiés» et contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen: Quand les faits invitent à une relecture du droit», *EUROPE*, n° 3, 2016, p. 24.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, entre otros, el asunto C-188/10 y 189/10, *Melki y Abdeli*, mencionado más arriba; y al respeto: LABAYLE, H., «*Question préjudicielle et...*», *op. cit.*, p. 123.

¹³⁶ PASCOUAU, Y., ««Crise des réfugiés»...», *op. cit.*, p. 25.

fronteras interiores como una respuesta a la crisis migratoria en la UE, teniendo en cuenta la regulación del Código de fronteras Schengen. La regulación jurídica del Schengen establece que la migración y el cruce de las fronteras exteriores por un gran número de nacionales de terceros países no deben considerarse, por sí mismos, una amenaza para el orden público o la seguridad interior¹³⁷. No obstante, es sobre todo el desplazamiento de las personas procedentes de terceros países, el criterio fundamental que ha provocado la vuelta de los controles interiores en muchos Estados miembros de la UE.

Es muy interesante destacar que el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores es necesario excepcionalmente, en caso de amenazas graves para el orden público o la seguridad interior a escala nacional, en particular las derivadas de actos o amenazas terroristas o de riesgos relacionados con la delincuencia organizada¹³⁸. Recientemente, varios Estados miembros adoptaron la decisión de volver a reintroducir los controles ante las deficiencias en la gestión de la frontera exterior europea¹³⁹. La finalidad de dicha vuelta de controles descansa en la necesidad de frenar los flujos migratorios secundarios de los nacionales de terceros países en situación irregular. Son, por lo tanto, los desplazamientos de las personas «no deseadas», el motivo que dio lugar al restablecimiento fronterizo, y como consecuencia, a que muchos ciudadanos de la Unión no llegaron a trabajar a tiempo, debido a esos controles. Se estima que una

¹³⁷ CHASSIN, C-A., “La crise des migrants...”, *op. cit.*, p. 20. Considerando 26 del Código de fronteras Schengen.

¹³⁸ Considerando 25 del Código de fronteras Schengen.

¹³⁹ El restablecimiento temporal de controles fronterizos en determinadas fronteras interiores, con arreglo a un procedimiento específico a escala de la Unión, también podría estar justificado en circunstancias excepcionales y como medida de último recurso en caso de que esté en peligro el funcionamiento global del espacio sin controles en las fronteras interiores, como consecuencia de deficiencias graves y persistentes relacionadas con los controles de las fronteras exteriores, que hayan sido detectadas en el contexto de un proceso riguroso de evaluación de conformidad con los artículos 14 y 15 del Reglamento (UE) n° 1053/2013. El Consejo Europeo, de 18 y 19 de febrero de 2016, dio un mandato claro para restablecer, de forma concertada, el funcionamiento normal del espacio Schengen, dando al mismo tiempo su total respaldo a los Estados miembros que se encuentran en las circunstancias más difíciles. En este sentido, el Consejo había adoptado una Recomendación, el 12 de febrero de 2016, en la cual el apartado 8 (e) establecía lo siguiente: es importante restablecer, de manera concertada, el funcionamiento normal del espacio Schengen, con un apoyo pleno a los Estados miembros que se enfrentan a situaciones difíciles. Tenemos que volver a una situación en la que todos los miembros del espacio Schengen apliquen el Código de fronteras de Schengen en su totalidad y denieguen la entrada a través de las fronteras exteriores a los nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones de entrada o que no hayan presentado una solicitud de asilo, a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo, teniendo en cuenta al mismo tiempo las características específicas de las fronteras marítimas. A este respecto se adoptaron numerosos informes, recomendaciones y decisiones permitiendo la vuelta de los controles interiores en las fronteras Schengen en varios Estados miembros.

afluencia sin precedentes de personas refugiadas y migrantes en la UE ha puesto de relieve deficiencias graves en determinadas partes de las fronteras exteriores de la Unión, dando lugar a que algunos Estados miembros adoptasen la política de «no permitir el paso»¹⁴⁰. En concreto, desde septiembre de 2015, un total de ocho países del espacio Schengen han restablecido los controles en sus fronteras interiores ante lo que consideran una amenaza grave para su seguridad interna y el orden público provocada por los movimientos secundarios de inmigrantes irregulares. Alemania¹⁴¹, Austria¹⁴², Suecia¹⁴³, Dinamarca¹⁴⁴ y Noruega¹⁴⁵ han mantenido los controles en determinadas fronteras en el espacio Schengen como respuesta a la «crisis migratoria». Las decisiones unilaterales notificadas por los Estados miembros hacen referencia a la afluencia masiva de personas indocumentadas o mal documentadas, incluidos los menores, que no fueron registradas en el momento de su primera entrada en la UE, suponiendo así una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior¹⁴⁶.

La movilidad no deseada de los nacionales de terceros países, a los cuales me permito llamar por ello ciudadanos «de segunda categoría», dio lugar a la limitación de la circulación lo ciudadanos «de primera categoría», es decir de los ciudadanos de la Unión en el espacio Schengen. Dado que la libertad de circulación de las personas está directamente afectada por el restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores, cualquier decisión de restablecer esos controles debe adoptarse de conformidad con criterios acordados en común, y debe ser debidamente notificada a la

¹⁴⁰ COM (2016) 120 final, p. 2.

¹⁴¹ Alemania, en la frontera terrestre entre Alemania y Austria. En particular, en Alemania se adoptó la primera decisión de restablecer los controles con Austria el 13 de septiembre de 2015 por un período inicial de 10 días. Debido a la continuada llegada de los solicitantes de protección internacional, Alemania decide volver a restablecer los controles en las fronteras interiores y notifica su reintroducción por un período de 3 meses, desde 14 de noviembre de 2015 a 13 de febrero de 2016. Pasados estos dos períodos, Alemania pide prolongar los controles por otro período suplementario de 3 meses hasta el 13 de mayo de 2016.

¹⁴² Austria, en la frontera terrestre entre Austria y Hungría, y entre Austria y Eslovenia. Austria notificó el establecimiento de los controles desde el 16 de septiembre 2015.

¹⁴³ Suecia, en los puertos suecos de la región sur y Oeste y en el puente Öresund. Suecia notificó el establecimiento de los controles desde el 12 de noviembre de 2015.

¹⁴⁴ Dinamarca, en los puertos de Dinamarca con los barcos en conexión con Alemania y la frontera terrestre entre Alemania y Dinamarca. Dinamarca notificó el establecimiento de los controles desde el 4 de enero de 2016.

¹⁴⁵ Noruega, en los puertos de Noruega con las conexiones de barcos a Dinamarca, Alemania y Suecia. Noruega notificó el establecimiento de los controles desde el 26 de noviembre de 2015.

¹⁴⁶ Con este fin, la *Hoja de ruta* mencionada más arriba marca el retorno al pleno funcionamiento del espacio Schengen, señalando varios hitos. *Vid.* COM (2016) 120 final, pp. 11-14.

Comisión o ser recomendada por una institución de la Unión¹⁴⁷. Por lo que se refiere a los Estados miembros que hayan restablecido temporalmente los controles en sus fronteras interiores, las autoridades nacionales están dotadas del poder para denegar la entrada en la frontera interior a los nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones de entrada al territorio del Estado miembro¹⁴⁸. Se puede llegar a opinar que la importancia de regularizar y controlar a los nacionales de terceros países presentes en la UE se ha impuesto sobre el principio básico de la libre circulación de las personas en la UE. El miedo por parte de los Estados miembros que empuja a no permitir la entrada a los nacionales de terceros países no documentados ha prevalecido, incluso, sobre uno de los mayores logros de la integración europea: el espacio Schengen¹⁴⁹.

El restablecimiento de los controles debe cumplir una serie de condiciones previstas en el Código de fronteras Schengen. En primer lugar, debe haber un motivo, que, como ya se ha apuntado, está recogido en el artículo 25.1 del Código de fronteras Schengen. En segundo lugar, el control debe ser *excepcional* en un espacio de libre circulación de personas¹⁵⁰. En tercer lugar, la reintroducción del control en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales debe ser *temporal*, con un alcance y durante un período de tiempo estrictamente limitados, requisito de dudoso cumplimiento en la actual reintroducción de los controles fronterizos. El alcance y la duración de cualquier restablecimiento temporal debe, además, limitarse a lo estrictamente *necesario* para responder a esas amenazas graves contra el orden público o la seguridad interior¹⁵¹. En

¹⁴⁷ Considerando 23 del Código de fronteras Schengen.

¹⁴⁸ El legislador europeo se refiere a las condiciones de entrada previstas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen. A este respecto se incluyen también las condiciones para los nacionales de terceros países que no hayan presentado una solicitud de asilo pese a haber tenido la oportunidad de hacerlo.

¹⁴⁹ Avramopoulos on the occasion of the 31st anniversary of the Schengen Agreement Brussels, 14 June 2016, Statement/16/2192, European Commission.

¹⁵⁰ Considerando 21 del Código de fronteras Schengen y artículo 25.1 del mismo.

¹⁵¹ Considerando 22 del Código de fronteras Schengen. Cualquier extensión de ese período debe ser notificada y supervisada a escala de la Unión, según lo previsto en el Considerando 23 y artículo 28.1 del Código de fronteras Schengen. Cuando la amenaza grave para el orden público o la seguridad interior persista más allá del período estipulado en el apartado 1 del presente artículo, el Estado miembro podrá decidir prorrogar los controles fronterizos en las fronteras interiores durante períodos renovables que no sobrepasen 20 días, y como máximo dicha prórroga no podrá superar los dos meses, véase el artículo 28.3 y 28.4 del Código de fronteras Schengen. La amplitud y la duración del restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores no excederán de lo que sea estrictamente necesario para responder a la amenaza grave (véase el artículo 25.1 del Código de fronteras Schengen). En circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de las deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores, y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes

cuanto a la temporalidad, el propio Código de fronteras Schengen establece diferentes períodos de tiempo, dando la posibilidad de alargar los controles hasta un período de dos años. Varios autores opinan que la posible prórroga de los controles fronterizos hasta los dos años evidencia el fracaso de los mecanismos de gestión de la frontera exterior europea¹⁵². En cuarto lugar, la reintroducción de los controles en las fronteras interiores debe respetar el principio de *proporcionalidad*¹⁵³, y basarse en criterios objetivos específicos como también en una evaluación de su necesidad que debe ser supervisada a escala de la Unión¹⁵⁴.

Estos motivos mencionados arriba apuntan a la necesaria búsqueda de las soluciones en el terreno nacional, y ponen en evidencia las deficientes respuestas comunes existentes del legislador europeo ante las situaciones de la crisis en la frontera europea. El retorno a la frontera nacional viene a significar la muerte del proyecto europeo. Ahora bien, también cabe señalar que, al contrario de los que anuncian la muerte del Schengen, otros justifican la importante aplicación de los mecanismos que aseguran la supervivencia de Schengen, «*Schengen est mort? Vive Schengen!*»¹⁵⁵. Redibujar el perímetro del espacio Schengen, sin ir a más lejos, se presenta como una alternativa imprescindible¹⁵⁶. No cabe la menor duda de que la situación actual en el espacio Schengen, la situación del «callejón sin salida», invita una vez más a tratar de superar los egoísmos estatales, la frustración institucional y la indiferencia respecto de los valores políticos fundadores que están plenamente cuestionados por una Europa llena de muchas incertidumbres¹⁵⁷.

del mismo, los Estados miembros podrán restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores por un período que no supere los seis meses. Ese período podrá prolongarse en tres ocasiones como máximo, por nuevos períodos de hasta seis meses en caso de que persistan las circunstancias excepcionales (véase el artículo 29.1 del Código de fronteras Schengen). Por otro lado, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, toda excepción al principio fundamental de libre circulación de las personas debe interpretarse de modo estricto, y el concepto de orden público presupone la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad (Considerando 27 del Código de fronteras Schengen).

¹⁵² Entre otros, FOUCHER, M., *L'obsession des frontières*, Perrin, 2007, p. 82 y ss.

¹⁵³ Considerandos 22 y 24 del Código de fronteras Schengen, y artículo 26 del mismo.

¹⁵⁴ Considerando 23 del Código de fronteras Schengen.

¹⁵⁵ J. DELORS y A. VITORINO «Schengen est mort? Vive Schengen!», *Le Monde*, 6 noviembre 2015.

¹⁵⁶ LABAYLE, H., «*Schengen: un espace...*», *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 15.

3.2.5 La obligación de visado para entrar al espacio Schengen

La política europea en materia de visados representa una condición indispensable para que la libre circulación de personas y la seguridad de los ciudadanos de la Unión estén garantizadas. La expedición de un visado común en todo el espacio Schengen constituyó un requisito para el adecuado funcionamiento del espacio Schengen. La política de los visados forma parte de la política migratoria europea en general, y del control de las fronteras en el espacio Schengen, en particular. La política de visados implica un área de modernización necesaria debido a los recientes flujos migratorios y al temor por parte de los Estados miembros ante la necesidad de garantizar la seguridad. En relación a la movilidad de los nacionales de terceros países en el territorio de la UE, la obligación de tener el visado representa el primer requisito a cumplir por los nacionales procedentes de los países sujetos a tal obligación, antes de entrar al territorio de un Estado miembro de la UE.

En esta misma línea, el principal instrumento jurídico en la materia de los visados, el Código de Visados¹⁵⁸, prevé las normas relativas a la expedición de visados para estancias de corta duración. Este tipo de visados se concede a los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE con fines de turismo, negocios, visitas privadas a familiares o amigos, manifestaciones culturales y eventos deportivos. Por lo tanto, la política de visados europea vuelve a poner de relieve la importante distinción entre las estancias de corta y de larga duración de los nacionales de terceros países en el territorio europeo. Los esfuerzos tendentes a elaborar una nueva política de migración legal reflejan entre otros, también la necesidad de contar con una política actualizada y puesta al día en materia de visados. Son muchos, los países del mundo cuyos nacionales, al entrar al territorio de la UE, necesitan tener un visado válido. Además, la Comisión

¹⁵⁸ Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (en adelante Código de visados) (DO UE L 243/6, 15.9.2009). El Código de visados establece las normas relativas a la expedición de visados para estancias de corta duración a los nacionales de terceros países que se desplacen con fines de turismo, negocios, visitas privadas a familiares o amigos, manifestaciones culturales y eventos deportivos. Forma parte del acervo de Schengen, en el que no participan ni Irlanda ni el Reino Unido. Junto a la regulación en el Código de Visados hay que añadir, asimismo, la Decisión de la Comisión de 19 de marzo de 2010, por la que se establece el Manual para la tramitación de las solicitudes de visado y la modificación de los visados expedidos [C (2010) 1620 final], y las Decisiones de Ejecución de la Comisión de 4 de agosto de 2011, [C (2011) 5501 final], y de 29 de abril de 2014 [C (2014) 2727]. Este manual recoge instrucciones operativas (directrices, mejores prácticas y recomendaciones) para la ejecución de las tareas del personal consular y del personal de otras autoridades de los Estados miembros responsables de examinar las solicitudes de visado y decidir al respecto, así como para las tareas del personal de las autoridades responsables de modificar los visados expedidos.

revisa de manera continua los países cuyos nacionales requieren visado, y puede proponer suprimir este requisito para determinadas nacionalidades, sobre la base de reciprocidad, o volver a imponerlo para otras nacionalidades. A tal fin, se tiene en cuenta el proceso en curso de diálogo político con países clave en materia de migración y movilidad¹⁵⁹.

El Código de Visados establece también las categorías de los nacionales de terceros países exentos de la obligación de poseer el visado. Cabe destacar que entre dichas categorías se encuentran también los nacionales de terceros países titulares de permisos de residencia válidos, expedidos por Andorra, Canadá, Japón, San Marino o EEUU¹⁶⁰. Además, se entiende que para la efectiva aplicación de las previsiones del Código de Visados es necesaria su estrecha colaboración con el Sistema de Información de Visados (VIS)¹⁶¹ y con el SIS. No obstante, la política de visados forma parte de una política «jóven» dentro del acervo legislativo de la UE. A este respecto, la creación común del espacio Schengen supuso la necesidad de la creación del visado común Schengen. Sin embargo, algunos autores advierten que la supresión de la obligación de visados reduciría la pérdida de vidas de las personas intentando entrar a la UE en busca de la seguridad y mejor futuro¹⁶².

En cuanto a la regulación actual, el Código de Visados establece los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados de tránsito o para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros no superiores a tres meses en un período de seis meses¹⁶³. Por lo tanto, la armonización europea en materia de

¹⁵⁹ COM (2015) 240 final, p. 19.

¹⁶⁰ Artículo 3.5 del Código de Visados. El anexo V del Código de Visados regula la lista de los permisos de residencia que permiten a sus titulares transitar por los aeropuertos de los Estados miembros sin que se les exija estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario.

¹⁶¹ Reglamento (CE) n° 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (DO L 218), en su versión modificada por el Código de visados (en lo sucesivo, «Reglamento VIS»).

¹⁶² Entre otros, GUILD, E., *et alii*, “*Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*”, Study for European Parliament, 2015, p. 21, disponible en: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/983a50a5-69d6-48b1-a0bd-2b34cced9e36/Sessions_1_and_2_-_Study_European_Asylum_System_and_Alternatives_to_Dublin.pdf.

¹⁶³ Artículo 1.1 del Código de Visados. El Código de Visados se aplica a los nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 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 de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación sin perjuicio de los derechos de libre circulación de los nacionales de terceros países que sean

visados se refiere a la concesión de un visado uniforme¹⁶⁴ no superior a 90 días a partir de la primera fecha de entrada en el territorio de los Estados miembros. Una vez pasado el límite de los tres meses y aparte de las excepciones en el ámbito personal según lo previsto en el Código de Visados, ocurre lo siguiente: a la obligación de tener el visado se le añade la obligación de contar con el permiso de residencia expedido por las autoridades nacionales para las estancias superiores a tres meses, donde conste el motivo por el cual se autoriza al nacional de tercer país a quedarse legalmente en el territorio de un Estado miembro de la UE. Una vez expirado el período establecido en el visado y, cuando el nacional de tercer país no justifica su estancia en el territorio europeo por algún de los motivos admitidos dentro de la política de inmigración legal, la estancia de dicho nacional de tercer país se convierte en irregular. La expedición de un visado uniforme permite la entrada al territorio de los Estados miembros, dentro de los límites establecidos por el Código de fronteras Schengen. No obstante, para las estancias superiores a tres meses ya no estamos solamente ante la obligación de un visado, sino que los nacionales de terceros países deben contar con un permiso de residencia para las estancias superiores, adicional a la obligación de los visados. Para facilitar la labor de los servicios de control, el Código de Visados especifica el tipo de visado mediante las letras A (visados de tránsito aeroportuario), C (visado) y D (visado para estancia de larga duración). La expedición de los visados de larga duración varía según el estatuto jurídico del nacional del tercer país debido al motivo de estancia de éste en el territorio de la UE.

A día de hoy, el Código de Visados representa un instrumento útil solamente para los nacionales de terceros países cuyo objetivo de entrar a la UE se debe a: turismo, visitas por razones personales o profesionales, estudios, tránsito, tránsito aeroportuario, visita oficial, motivos médicos u otros¹⁶⁵. Sin embargo, una gran parte de los nacionales

familiares de ciudadanos de la Unión; y los derechos equivalentes de los nacionales de terceros países y sus familiares que, en virtud de acuerdos entre la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y esos terceros países, por otra, gocen de un derecho de libre circulación equivalente al de los ciudadanos de la Unión y sus familiares. Este último reglamento ha sido recientemente modificado por el Reglamento (UE) n° 2017/371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (revisión del mecanismo de suspensión).

¹⁶⁴ Según lo establecido en el artículo 2.3 del Código de Visados, el visado uniforme es el visado válido para todo el territorio de los Estados miembros.

¹⁶⁵ Los principales documentos que debe presentar cualquier nacional de tercer país para que se le expida el visado son: el documento de viaje, medios de subsistencia, invitación, medio de transporte, seguro médico de viaje, entre otros. Dependerá del motivo del viaje que se le piden al solicitante más documentos de diferente índole. Del formulario de la solicitud es interesante destacar la necesidad de

de terceros países se quedan en el territorio de la UE durante más de tres meses, por lo tanto la obligación del visado para estos nacionales se convierte en un requisito adicional a la autorización de la estancia. Según lo previsto en el Código de Visados, el período de validez de un visado y la duración de la estancia autorizada se deciden en base al examen correspondiente o al efecto. Un visado podrá expedirse para una, dos o múltiples entradas.

La interpretación de las previsiones establecidas en el Código de Visados dio lugar a varios pronunciamientos por parte de los tribunales nacionales, como también del TJUE. A este respecto, y para subrayar que la naturaleza jurídica de las disposiciones del Código de Visados, como de otros instrumentos en materia de política migratoria europea, descansan en el arraigo económico, es interesante analizar el asunto *Rahmanian Koushkaki y Bundesrepublik Deutschland*¹⁶⁶. La cuestión es si basta (o no) tener una duda razonable acerca de la intención del solicitante del visado de abandonar el territorio de los Estados miembros en cumplimiento de una de las condiciones de expedición del visado para confirmar el margen de apreciación de las autoridades nacionales para denegar la expedición del visado. En este asunto, el TJUE entiende que el Código de Visados revela que las autoridades competentes de los Estados miembros no pueden denegar la expedición de un visado uniforme basándose en un motivo distinto al de los establecidos en el Código de Visados. Además, el TJUE argumenta que el objetivo de facilitar los viajes legítimos se quedaría en peligro si un Estado miembro pudiera decidir, discrecionalmente, denegar un visado a un solicitante que cumple todas las condiciones para la expedición de un visado establecidas en el artículo 32.1 del Código de Visados. Se deduce que incumbe al solicitante del visado aportar la

informar, por parte del solicitante, acerca de si sus gastos y subsistencia, durante su estancia, están cubiertos por el propio solicitante, [en este caso se averiguara, si los medios de subsistencia son en efectivo, cheques de viaje, tarjeta de crédito, alojamiento ya pagado, transporte ya pagado, otros (especificar)] o por un patrocinador (especificar quién es, empresa, organización) u otro ente. Como medios de subsistencia se mencionan los siguientes: efectivo, si se facilita el alojamiento al solicitante, si todos los gastos de estancia están cubiertos, transporte ya pagado, y otros (especificar).

¹⁶⁶ Sentencia del TJUE, asunto C-84/12, *Rahmanian Koushkaki y Bundesrepublik Deutschland*, de 19 de diciembre de 2013. La decisión de las autoridades competentes de la República Federal de Alemania de denegar la expedición de un visado uniforme para visitar Alemania al Sr. Koushkaki, de nacionalidad iraní, dio lugar al presente litigio. La solicitud del visado del Sr. Koushkaki fue desestimada basándose en que éste no había probado disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso a su país de origen, aún cumpliendo las condiciones de entrada según lo previsto en el Código de fronteras Schengen y a lo establecido en el Código de Visados. Según el Verwaltungsgericht Berlin, la cuestión controvertida es la de si el Sr. Koushkaki supone una amenaza para el orden público, a causa de un posible riesgo de inmigración ilegal al no disponer de suficientes medios de subsistencia.

información, cuya credibilidad deberá demostrar con documentos pertinentes y fiables, que permita disipar las dudas sobre su intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado solicitado. Por ejemplo, entre otros, se requiere el examen de la situación general de su país de residencia o de la existencia de flujos migratorios notorios entre dicho país y los Estados miembros. El TJUE entiende que la obligación de las autoridades competentes de un Estado miembro en expedir un visado uniforme está supeditada al requisito de que no existan dudas razonables acerca la intención del solicitante de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado solicitado. Sin embargo, las autoridades nacionales sólo pueden denegar la expedición de un «visado Schengen» por los motivos expresamente establecidos en el Código de Visados de la UE. A este respecto, la formulación de pronósticos sobre el comportamiento previsible del solicitante forma parte del margen de apreciación de los Estados miembros para la expedición de los visados uniformes. En consecuencia, el TJUE consideró en el presente asunto que las autoridades competentes de un Estado miembro no podían, tras la solicitud de un visado uniforme, denegar su concesión al solicitante salvo que éste incurriese en alguno de los motivos de denegación de visado enumerados en el Código de Visados.

A pesar de la continua «europeización» de las normas comunes en la expedición de los visados uniformes, los Estados miembros siguen utilizando sus propios sistemas de visados, aplicando las condiciones previstas en sus legislaciones nacionales y en los acuerdos de cooperación con algunos terceros países¹⁶⁷. A este respecto, las declaraciones de los Estados miembros con los terceros países clarifican que la categoría de las personas a las cuales se les aplican ciertos beneficios en materia de visados es, sobre todo, la de los trabajadores¹⁶⁸. En relación a los visados específicos para los nacionales de terceros países que buscan trabajo, se cuestiona el papel de la UE y de las necesidades del mercado laboral europeo, al disponer los Estados miembros de la competencia de expedir sus propios visados para admitir a los nacionales de terceros

¹⁶⁷ La necesaria cooperación entre los Estados miembros y lo establecido en el Código de Visados se observa también en la Sentencia del TJUE, asunto C-83/12 (PPU), *Minh Khoa Vo*, de 10 de abril de 2012. En este asunto, el TJUE responde que la expedición y la anulación del visado uniforme obtenido de forma fraudulenta, al engañar a las autoridades competentes de otro Estado miembro sobre la verdadera finalidad del viaje, no impiden que una normativa nacional sancione penalmente el favorecimiento de la inmigración clandestina en el supuesto de que los inmigrantes clandestinos, nacionales de terceros países, y dichos visados no hayan sido anulados previamente.

¹⁶⁸ *Vid.* European Migration Network, “*Visa Policy as a Migration Channel*”, EMN Study, October 2012, p. 45, disponible en: https://www.emn.sk/phocadownload/emn_studies/emn-sk_study_on_visa_policy_as_a_migration_channel_synthesis_report_en.pdf.

países que se desplazan a su territorio por motivos laborales¹⁶⁹. La disparidad de las normas y de los procedimientos nacionales paralelos de la expedición de visados con las normas del Derecho de la UE no hace nada fácil para el nacional de tercer país el poder orientarse en esta normativa tan compleja.

En cuanto a la expedición de los «visados Schengen» adicionales a otros documentos para justificar la estancia de corta o de larga duración en el territorio de la UE cabe mencionar el asunto *Air Baltic Corporation AS contra Valsts robežsardze*¹⁷⁰. La cuestión era: ¿Puede permitirse la entrada en el territorio de la Unión a un nacional de un tercer país sometido a la obligación de visado cuando este se presente en la frontera exterior provisto de un visado válido, incorporado en un documento de viaje inválido, y de un documento de viaje válido pero carente de visado? La pregunta del órgano judicial letón se basa en la necesidad de determinar si el Código de fronteras Schengen, que regula las condiciones de entrada al territorio de la UE para los nacionales de terceros países, debe interpretarse en el sentido de que la existencia de un visado válido extendido en un documento de viaje válido es requisito previo y obligatorio para la entrada de los nacionales de terceros países. En el presente asunto, el TJUE entiende que no se desprende claramente del Derecho de la UE que éste imponga a los nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado que en el momento de cruzar las fronteras exteriores de la Unión deban estar en posesión de un visado válido incorporado en un documento de viaje que también sea válido, ni que la anulación del documento de viaje que contiene el visado tenga incidencia alguna sobre la validez de este último. Por lo tanto, en el presente asunto se pone en evidencia que el legislador no ha aclarado las condiciones de presentación «física» de estos dos

¹⁶⁹ MARTÍN, I., *et alii*, *Exploring new avenues for legislation for labour migration to the European Union*, Study for Civil Liberties, Justice and Home Affairs, European Parliament, Brussels, 2015, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536452/IPOL_STU\(2015\)536452_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536452/IPOL_STU(2015)536452_EN.pdf), p. 12.

¹⁷⁰ Sentencia del TJUE, asunto C-575/12 *Air Baltic Corporation AS contra Valsts robežsardze*, de 4 de septiembre de 2014. Con ocasión de un vuelo entre Moscú (Rusia) y Riga (Letonia), efectuado el 8 de octubre de 2010, la compañía aérea AS Air Baltic Corporation transportó a un nacional indio que en el control fronterizo efectuado a la llegada presentó un pasaporte indio válido carente de visado Schengen, así como un pasaporte indio anulado que presentaba un visado Schengen de múltiples entradas de categoría «C», expedido por Italia y válido desde el 25 de mayo de 2009 al 25 de mayo de 2014. El pasaporte anulado llevaba la siguiente anotación: «Pasaporte anulado. Los visados válidos contenidos en el pasaporte no han sido anulados». Las autoridades letonas responsables de controlar que los nacionales de Estados terceros cumplan con los requisitos para entrar en el territorio de la Unión denegaron la entrada al nacional indio debido a que no disponía de un visado válido incorporado en un documento de viaje válido.

documentos. Así, el TJUE entiende que las condiciones de entrada previstas en el Código de fronteras Schengen deben interpretarse en el sentido de que el visado válido que se le exige al nacional del tercer país sometido a dicha obligación en el momento del cruce de las fronteras exteriores de la Unión no debe necesariamente estar contenido en un documento de viaje válido y que ambos documentos pueden ser contemplados de forma separada, siempre que dicho nacional presente, en el momento del cruce de las fronteras exteriores, un documento de viaje auténtico cuya validez cubra la duración de la estancia máxima autorizada por el visado Schengen, que a su vez figure en un documento de viaje que haya dejado de ser válido. El presente asunto, representa un ejemplo más, relativo a los vacíos legales de la normativa que regula el visado uniforme Schengen.

En 2014, los Estados miembros que forman parte del espacio Schengen expidieron unos 15.8 millones de visados, lo que representaba un incremento de aproximadamente un 60% en comparación con el año 2009. El continuo aumento del número de los visados expedidos, como también las varias deficiencias del sistema, pusieron de manifiesto la necesidad de reformar el actual Código de Visados. Con esta finalidad, la Comisión presentó en 2014 una revisión del Código de Visados¹⁷¹. Se trata propuesta de refundición del Código de Visados que es actualmente objeto de debate en el Parlamento Europeo y en el Consejo. La propuesta contiene, entre otras medidas destinadas a facilitar la movilidad, la introducción de ciertas facilidades de procedimiento para las visitas familiares de los parientes próximos¹⁷² que vienen a visitar a los ciudadanos de la Unión que residen en el territorio del Estado miembro del que son nacionales. Unido a ello, la novedad presentada en la propuesta tiene también por objetivo el facilitar las visitas de los parientes próximos de ciudadanos de la Unión que viven en países terceros y que desean visitar junto con el ciudadano de la Unión. Otra novedad introducida en la propuesta se debe a la creación de un nuevo tipo de visado: «el visado itinerante». Se trata de un visado destinado tanto a los nacionales de terceros países exentos de la obligación de visado como a los que están sujetos a tal obligación y que tengan un interés legítimo en viajar por el espacio Schengen durante más de 90 días por período de 180 días. Este visado tendría una validez de un año,

¹⁷¹ *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre visados de la Unión* (Código de visados), Bruselas, COM (2014) 164 final, 2014/0094 (COD) [en adelante, COM (2014) 164 final].

¹⁷² A este respecto, el artículo 2.7 de la COM (2014) 164 final, establece que los parientes próximos son el cónyuge, los hijos, los padres, las personas que ejerzan la patria potestad, los abuelos y los nietos. Los parientes próximos de los ciudadanos de la Unión deberán presentar únicamente las pruebas documentales que demuestren la relación de parentesco con el ciudadano de la Unión.

prorrogable a otros dos como máximo. Varios representantes del Parlamento Europeo opinan que el nuevo Código de Visados mejoraría la lucha contra la inmigración irregular¹⁷³. Sin embargo, a día de hoy parece ser que cualquier avance relativo a esta materia deberá dar respuestas sobre todo a la dimensión de seguridad. Además, es muy importante destacar que el Código de Visados permite la denegación del visado del nacional del tercer país basada en la intención e indicios de dicho nacional de permanecer en el territorio de la UE por más de tres meses, previsión jurídica que puede conllevar a varias denegaciones de los visados sin suficiente fundamento jurídico.

3.3 Los ciudadanos de la Unión

El ciudadano de la Unión es el nacional de cualquier Estado miembro de la UE. No obstante, los ciudadanos de la Unión tienen un trato privilegiado frente a cualquier otro «extranjero» presente en el territorio de un Estado miembro de la UE¹⁷⁴. Mientras que los nacionales de los Estados miembros «nacen» como ciudadanos de la Unión, algunos nacionales de terceros países «se pueden hacer» ciudadanos de la Unión al cumplir varias condiciones previstas tanto en las legislaciones nacionales como en el Derecho europeo. Por lo tanto, es muy importante analizar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, ya que todos los años un gran número de los nacionales de terceros países se convierten en ciudadanos de la Unión tras el procedimiento de naturalización o por otras formas. En este sentido, el régimen de adquisición de la nacionalidad en los Estados miembros de la UE, y así de la ciudadanía europea, es de mucho interés para la mayoría de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. En el año 2014, 890.000 personas adquirieron la nacionalidad de algún Estado miembro de la UE (205.880 o 23% del total de la UE-28 en España, y, 105.613 o 12% del total de la UE-28 en Francia), de los cuales 89% eran los nacionales de terceros países. Desde 2009, han adquirido la nacionalidad de algún Estado miembro más de 5 millones de personas¹⁷⁵. Son muchos los nacionales de terceros países que

¹⁷³ El Eurodiputado socialista Juan Fernando López Aguilar sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre visados de la Unión, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0145+0+DOC+XML+V0//ES>.

¹⁷⁴ KOCHENOV, D., “Rounding up the Circle: The Mutation of Member States’ Nationalities under Pressure from EU Citizenship”, *EUDO-Citizenship Working Paper*, 2010, RSCAS 2010/23, pp. 2-3; o en GOIZUETA VÉRTIZ, J., “*El derecho comunitario...*”, *op. cit.*, p. 12 y ss.

¹⁷⁵ Datos extraídos de Eurostat, a 13 de junio de 2016.

siguen estando interesados en cambiar su nacionalidad por la nacionalidad de algún Estado miembro, y disfrutar así, entre otros derechos, de la libre circulación en calidad de ciudadanos de la Unión. En la siguiente tabla se muestran los 10 principales países de origen cuyos nacionales se convirtieron en ciudadanos de la Unión en el año 2014.

Tabla nº1: Los beneficiarios de la ciudadanía de algún Estado miembro (2014)

<i>País de origen</i>	<i>Total (en 1000)</i>	<i>Primer Estado miembro</i>	<i>Segundo Estado miembro</i>	<i>Tercer Estado miembro</i>
Marruecos	92.7	España	Italia	Francia
Albania	41.0	Italia	Grecia	Reino Unido
Turquía	37.5	Alemania	Francia	Países Bajos
India	35.3	Reino Unido	Italia	Irlanda
Ecuador	34.8	España	Italia	Alemania
Colombia	27.8	España	Italia	Francia
Pakistán	25.1	Reino Unido	Italia	España
Rumanía	24.3	Italia	Hungría	Alemania
Bolivia	21.4	España	Italia	Suecia
Perú	20.9	España	Italia	Francia

Fuente: Eurostat, datos actualizados a 16 de junio de 2016, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Acquisition_of_citizenship_statistics.

De los datos de la tabla anterior se desprende que son muchos los migrantes que están dispuestos a cambiar su nacionalidad una vez cumplidas todas las condiciones para convertirse en ciudadanos de la Unión. Tal y como se observa en la tabla, se repiten los mismos Estados miembros de la UE elegidos como países de destino por los nacionales de terceros países. En concreto, Italia, España, Francia y Alemania, aparecen como los principales Estados miembros de la UE a la hora de atender las solicitudes de naturalización. Cabe constatar que el número de las solicitudes se mantiene bastante alto, debido al aumento de los supuestos de reagrupación familiar, observándose que los incentivos de retorno tampoco son muy efectivos ya que los migrantes prefieren quedarse en el país de destino en situación irregular¹⁷⁶. Un dato interesante a destacar de

¹⁷⁶ VENTURINI, A., “Innovation and Human Capital: the role of Migration”, *MPC Policy Brief*, European University Institute, Florence, 2014.

la tabla es el relativo a los nacionales procedentes de Rumanía. A pesar de ser ciudadanos de la Unión, siguen siendo muchos los interesados en cambiar su nacionalidad por la de otro Estado miembro de la UE.

3.3.1 La libre circulación de los ciudadanos de la Unión, fundamento de la ciudadanía europea

El derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión es un derecho fundamental clave entre los denominados «derechos de ciudadanía europea». La ciudadanía de la Unión se ha construido sobre los cimientos ya establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de la libre circulación de personas¹⁷⁷. O' LEARY considera que el reconocimiento de la libre circulación en la UE como «principal» derecho de la ciudadanía de la Unión marcó el comienzo y la oportunidad de crear la «industria interpretativa» del TJUE en esta materia. La ciudadanía europea¹⁷⁸ se configura como una etapa más del proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa¹⁷⁹. Las instituciones europeas han tomado varias iniciativas para transformar la ciudadanía «de mercado» en una «auténtica» ciudadanía europea

¹⁷⁷ Vid. O'LEARY, S., "Free movement of persons", en CRAIG, P., y DE BÚRCA, G. (Eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 500.

¹⁷⁸ El concepto de ciudadanía no es nuevo en el proceso de construcción europea. Los intentos de reforzar la verdadera imagen e identidad de la Comunidad, para acercarla así al «sentir normal» y a las exigencias de los pueblos que la integraban se celebró en la Cumbre de París de 1974. En ella, los Jefes de Estado y de Gobierno manifestaron su interés por atribuir a los ciudadanos de – entonces – nueve Estados miembros una serie de «derechos especiales», entendiéndose por tales aquellos predicables de los nacionales de dichos Estados en su calidad de miembros de la Comunidad. El concepto de la ciudadanía de la Unión volvió a estar presente: en el Informe Tindemans en 1976; en los Trabajos del Parlamento Europeo de 1983; en el Consejo Europeo de Fontainebleau de 1984; en los Informes del Comité Adonnino de 1985; etc. Vid. sobre los primeros pasos hacia una ciudadanía europea: JUARÉZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, UNED, Madrid, 1998, pp. 19–30. La Propuesta del Gobierno español, presentada a la presidencia – irlandesa- de la Comunidad y aceptada por el Consejo Europeo de Roma en diciembre de 1990, concebía la ciudadanía como uno de los elementos sobre los que edificar la futura UE. La primera referencia al concepto de ciudadanía dentro del marco de las discusiones sobre la Unión política se halla en la carta del Presidente de Gobierno español al Presidente de Consejo, donde se concebía la ciudadanía como uno de los tres pilares de la UE, junto con la Unión Económica y Monetaria y la Política Exterior y de Seguridad Común. Vid. Propuesta del Gobierno español de 4 de mayo de 1990, publicada en la *Revista de Instituciones Europeas*, 1991-1, pp. 333-338. En este sentido vid. también: CLOSA, C., "La ciudadanía europea: El Estatuto de un sujeto político inacabado", en LLAMAZARES, I., & REINARES NESTARES, F., (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch., Valencia, 1991, p. 69 y ss.

¹⁷⁹ Artículo A (2) del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht, de 7 de febrero de 1992.

entendida como eje esencial de la integración europea. Esta nueva categoría jurídico - política del ciudadano de la Unión presenta ciertas peculiaridades, derivadas tanto de su origen convencional como del hecho de predicarse de una Organización y no de un Estado. Además, ciudadanos de la Unión lo son los nacionales de los Estados miembros de la UE y no todas las personas que residen en la UE en situación regular.

En la legislación europea no existía el término «ciudadano de la Unión» hasta la reforma introducida por el Tratado de Maastricht. No obstante, los ciudadanos, como obligados beneficiarios del mercado, se ocultaban tras la denominación de empresarios, trabajadores, usuarios, consumidores o, tras la más fría y aséptica, de operadores económicos; expresiones, todas ellas, repetidas tanto en los Tratados como en la jurisprudencia del TJUE¹⁸⁰. La actividad del TJUE prevé buscar las soluciones a cómo se puede conciliar la continua evolución de la regulación de la ciudadanía europea con la «regla puramente interna» de la misma.

Es a través de la labor del TJUE cómo se interpretan las lagunas legales de la regulación de la ciudadanía de la Unión. El TJUE ha confirmado, en una serie de sentencias clave, la importancia constitucional de la ciudadanía de la Unión afirmando, que «*la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros*»¹⁸¹. A este respecto, es conveniente pues, ir distinguiendo los derechos económico – sociales que el acervo europeo ha ido otorgando a favor de los nacionales de los Estados miembros, de la creación misma de una ciudadanía¹⁸². Además, desde los inicios legislativos en esta

¹⁸⁰ Superar esta situación y proteger la libre circulación de personas en todo su conjunto al nivel internacional fue el gran avance del Tratado de Roma en 1957, que introdujo como libertades básicas del mercado común la libre circulación de trabajadores, establecimiento y prestación de servicios, el origen legislativo de la regulación de libre circulación actual. *Vid.* más en LIROLA DELGADO, I., “Los derechos de la libre circulación y residencia en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea”, en RUIZ MIGUEL, C., *Estudios sobre la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2004, p. 161.

¹⁸¹ Véase, por ejemplo: la sentencia del TJCE, asunto C-184/99, *Grzelczyk*, de 20 de septiembre de 2001. En este sentido también la sentencia del TJCE, asunto C-413/99, *Baumbast contra Secretary of State for the Home Department*, de 17 de septiembre de 2002; la sentencia del TJCE, asunto C-224/98, *D’Hoop*, de 11 de julio de 2002; la sentencia del TJCE, asunto C-544/07, *Rüffler*, de 23 de abril de 2009; la sentencia del TJCE, asunto C-503/09, *Steward*, de 21 de julio de 2011. A este respecto, el TJUE manifiesta que el artículo 20 TFUE se opone a las medidas nacionales que puedan privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadanos de la Unión.

¹⁸² MANGAS MARTÍN, A., “Estatuto de ciudadanía de la Unión”, en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016 (9ª edición), pp. 153-169. Los autores consideran, entre otros, que la creación de la ciudadanía de la Unión supuso una doble novedad. En primer lugar, porque traspasa la barrera económica y crea derechos vinculados al ejercicio del poder en el marco de una UE de carácter político. En segundo lugar, porque crea una

materia se apuntaba la necesaria protección de los derechos humanos de estos «nuevos ciudadanos»¹⁸³. El TJUE al desarrollar el papel principal en la interpretación del estatuto fundamental de la ciudadanía de la Unión manifiesta que el artículo 20 del TFUE se opone a las medidas nacionales que puedan privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadanos de la Unión¹⁸⁴.

Gracias a este nuevo estatuto jurídico – político de la ciudadanía de la Unión surge la necesidad de crear un «espacio público europeo», que se predicaría del nacional del Estado miembro de la UE como ciudadano de la Unión, frente a la antigua concepción de esta persona como mero destinatario de las normas de Derecho europeo¹⁸⁵. Ahora bien, ¿forman parte, los ciudadanos de la Unión, de un espacio público europeo? Y unido a ello, ¿están los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE excluidos del espacio público europeo? A este respecto, me gustaría señalar que la regulación de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, al ser el derecho más perfecto de los derechos de ciudadanía, debería responder a un marco jurídico armonizado. Sin embargo, la ciudadanía de la Unión se construye en base a diferentes directivas, modificadas por los Estados miembros de la UE debido a

institución jurídica nueva al servicio del ciudadano en la que se encuadran los derechos fuera de todo vínculo nacional. JUÁREZ PÉREZ, P., “*Nacionalidad...*”, *op. cit.*, pp. 29-34.

¹⁸³ GOUNIN, Y., “Les dynamiques d’écclatements d’États dans l’Union européenne!: casse-tête juridique, défi politique”, *Politique étrangère*, nº 4, 2013, p. 21.

¹⁸⁴ Véase, la sentencia del TJUE, asunto C-34/09 *Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo de 2011. Cabe destacar en este asunto que el TJUE especifica, además, que la ciudadanía de la Unión es de aplicación incluso a los menores aunque no hayan ejercido previamente su derecho a la libre circulación dentro de la UE. El factor que debe tomarse en consideración es la relación de dependencia (legal, económica o afectiva). Tal afirmación se puede observar también en otras decisiones del TJUE, por ejemplo en la sentencia del TJUE a los asuntos acumulados C-356/11 y C- 357/11, *O. y S.*, de 6 de diciembre de 2012. Debe tenerse en cuenta que la titularidad de los derechos mencionados no puede supeditarse a que el interesado haya alcanzado la edad mínima para tener la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo estos derechos. Así en la sentencia dictada en el asunto *Chen*, el Tribunal confirma la condición de nacional y ciudadano de la Unión de un bebé de 8 meses nacido en Belfast y reconoce que el menor de edad es también sujeto de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico europeo (véase la sentencia del TJCE, asunto 200/02 *Chen*, de 19 de octubre de 2004). Por otra parte, la expedición de una autorización de residencia a una nacional de un Estado miembro no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de un nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho de la Unión (véase, la sentencia del TJCE, asunto C-459/99 *Mrazm*, de 25 de julio de 2002).

¹⁸⁵ En opinión de la autora P. JUÁREZ PÉREZ, la ciudadanía europea se articula de forma distinta, pues de los tres requisitos ordinariamente exigidos para alcanzar la categoría de ciudadano («nacionalidad, mayoría de edad y plenitud de derechos») sólo uno de ellos, el de la nacionalidad, es requerido para disfrutar de dicha condición. JUÁREZ PÉREZ, P., “*Nacionalidad...*”, *op. cit.*, pp. 29-34.

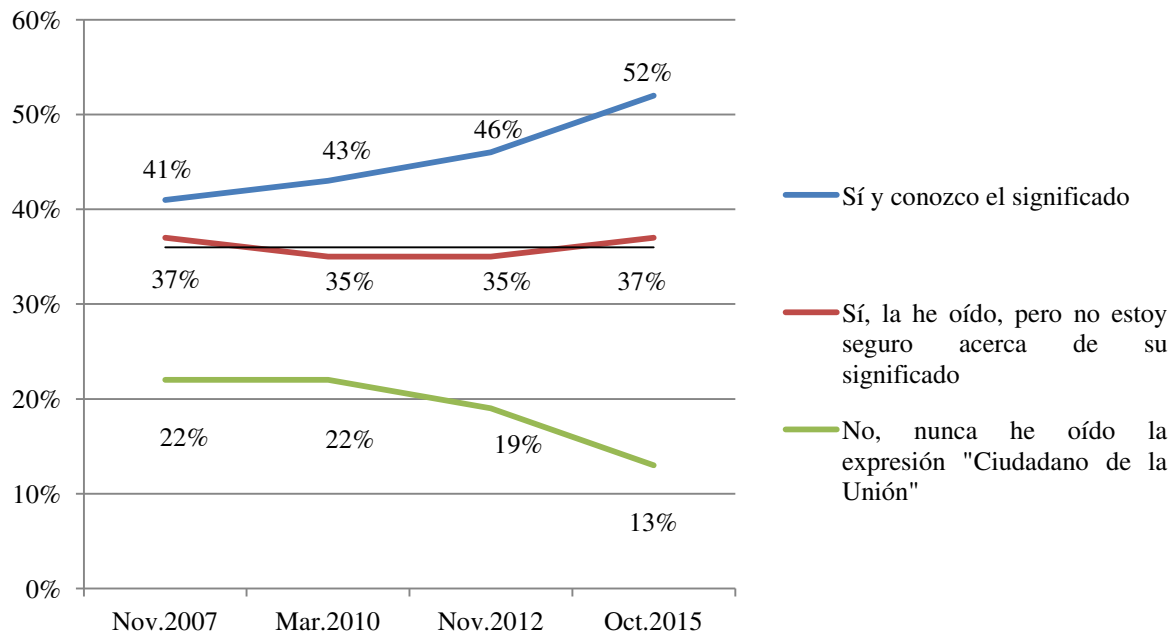
sus propios intereses. Por lo tanto, no es nada extraño que la ciudadanía de la Unión no esté ampliamente considerada como una especie de (potencial) bien universal y común del espacio público europeo, sino como representación de unos determinados privilegios de una minoría de los ciudadanos.

Muchos nacionales de los Estados miembros de la UE consideran que la ciudadanía de la Unión favorece a los ciudadanos «móviles», ya que su fundamento es la libre circulación y residencia y no tiene en cuenta a los ciudadanos nacionales de los Estados miembros «estáticos»¹⁸⁶. Además, los ciudadanos «móviles» antes de hablar de los beneficios derivados de este estatuto mencionan cada vez más varios obstáculos y límites asociados al disfrute de los derechos del ciudadano de la Unión. Así, la movilidad prevista en la legislación europea potencia, en primer lugar, la diferenciación, incluso entre los propios ciudadanos de la Unión. Es más, parece ser que los nacionales de terceros países conocen mejor los derechos asociados a la ciudadanía de la Unión que los propios nacionales de los Estados miembros de la UE. En este sentido, no resulta en absoluto inoportuna la cuestión de si los ciudadanos de la Unión conocen (o no) realmente el significado de su estatuto jurídico¹⁸⁷.

¹⁸⁶ SHAW J., “EU citizenship and the edges of Europe”, *Working paper 2012/2019*, University of Edinburgh, 2012, pp. 4-12.

¹⁸⁷ La encuesta fue realizada por TNS Opinion & Social en los 28 Estados miembros de la UE entre el 21 y el 23 de octubre de 2015. Unos 26.555 encuestados procedentes de diferentes grupos sociales y demográficos fueron entrevistados vía telefónica (línea fija y móvil) en su lengua materna en nombre de la Dirección General de Justicia.

Figura nº 3. ¿Estás familiarizado con la expresión de «ciudadano de la Unión»? (%-UE)

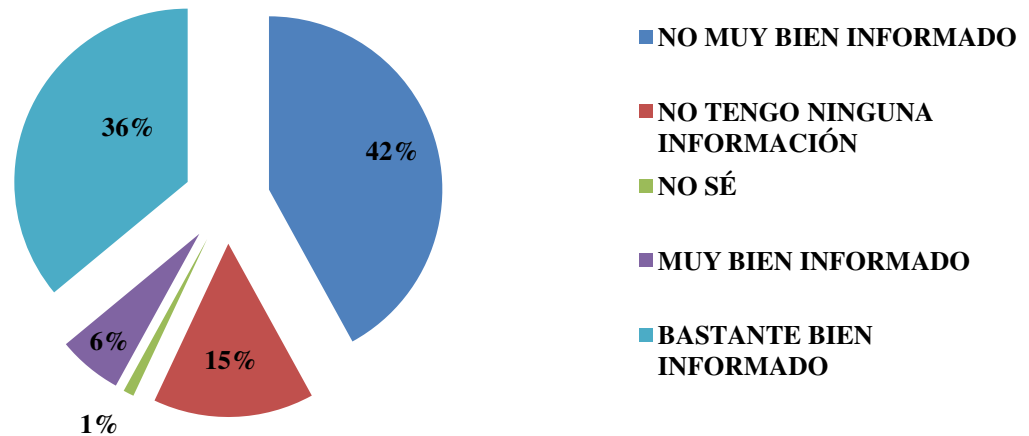


Fuente: Eurobárometro 430, *European Union citizenship*, Octubre 2015, p. 8, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf.

A primera vista se podría afirmar que las personas encuestadas están familiarizadas con la expresión «ciudadano de la Unión». Más de mitad de las personas entrevistadas conocen el término y su significado. En esta misma línea, el estudio demuestra que ocho de diez entrevistados saben que la ciudadanía es adicional a la nacionalidad y que no hay que adquirirla en un procedimiento diferente¹⁸⁸. No se puede afirmar lo mismo en cuanto a los derechos de ciudadanía. Dos de cada cinco ciudadanos de la Unión consideran estar informados sobre los derechos de ciudadanía, tal y como se observa en la siguiente figura. Sería más que interesante poder contrastar estas respuestas de los ciudadanos de la Unión con las respuestas de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE.

¹⁸⁸ Eurobárometro 430, *European Union citizenship*, Octubre 2015, p. 23, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf This survey has been requested by the European Commission, Directorate-General Justice and co-ordinated by Directorate-General for Communication, p. 13.

Figura nº 4. ¿Te sientes informado acerca de los derechos asociados a la ciudadanía europea? (%-UE)



Fuente: Eurobárometro 430, *European Union citizenship*, Octubre 2015, p.23, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf.

Por todo lo visto anteriormente, y en la opinión de J. GOIZUETA, la libre circulación se convierte en uno de los asuntos más espinosos y complejos de resolver para los Estados que integran la UE. Una complejidad que se justifica por la propia sensibilidad de la materia a regular¹⁸⁹. A este respecto, considero más que justificada la pregunta de ¿Qué tipo de UE queremos? ¿La UE exclusiva para los ciudadanos de la Unión o la UE abierta para admitir la presencia de los nacionales de terceros países establecidos en la UE otorgándoles determinados derechos?

3.3.2 La nacionalidad como la condición de la ciudadanía

Con arreglo al Derecho de la UE, será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro¹⁹⁰. Por lo tanto, ser nacional¹⁹¹ de un

¹⁸⁹ GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El derecho comunitario y la libertad de circulación y residencia de las personas en España: implicaciones del estatus de ciudadanía de la Unión”, *Working Paper nº 189*, Institut de Ciències Polítiques y Socials, 2001, p. 8.

¹⁹⁰ Artículo 20.1 del TFUE. Vid. la sentencia del TJUE, asunto C-46/12, *L.N. y Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte*, de 21 de febrero de 2013. Los estudiantes procedentes

Estado miembro es una condición *sine qua non* para ser ciudadano de la Unión. A este respecto, es importante recordar que los ciudadanos de la Unión no pueden sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad¹⁹².

Originalmente, la nacionalidad de los Estados miembros era el vínculo entre los individuos y la UE. A día de hoy, esta realidad jurídica sigue igual, debido a que son los Estados miembros los primeros en determinar quiénes son los ciudadanos de la Unión. En la actualidad, solamente los Estados miembros tienen la competencia exclusiva en decidir, conceder o denegar la nacionalidad según lo previsto en su regulación nacional¹⁹³. Por ello, la ciudadanía no se adquiere independientemente de la nacionalidad, aunque el Parlamento Europeo propuso en su día tal posibilidad. En esta misma línea, es interesante destacar que la renuncia a la ciudadanía no está contemplada en la legislación europea y la única posibilidad de dejar de ser ciudadano de la Unión es a través de la «pérdida» de la nacionalidad de algún Estado miembro de la UE¹⁹⁴.

En tal orden de ideas, los nacionales de los Estados miembros tienen «en teoría» un doble vínculo político. Por una parte, con su propio Estado, y por otra, a la vez, con la UE. Formalmente, un doble sentimiento de pertenencia, de lealtad y de

de los Estados miembros que cursen sus estudios en otro Estado miembro de la Unión y que tengan la condición de «trabajador», en el sentido del artículo 45 del TFUE, en cuanto ostentan la nacionalidad de un Estado miembro, gozan de dicho estatuto. En este asunto, el TJUE declara que no puede denegarse a un ciudadano de la Unión que curse estudios en un Estado miembro de acogida y que simultáneamente desarrolle en él una actividad por cuenta ajena real y efectiva apta para conferirle la condición de «trabajador» a efectos del artículo 45 del TFUE teniendo la posibilidad de aprovechar las ayudas de manutención por estudios que se conceden a los nacionales de ese Estado miembro. La circunstancia de que el interesado entrara en el territorio del Estado miembro de acogida con la intención principal de cursar en él sus estudios, no resulta pertinente para determinar si está revestido de la condición de «trabajador» a efectos del artículo 45 del TFUE y, por lo tanto, si tiene derecho a las referidas ayudas en las mismas condiciones que un nacional del Estado miembro de acogida de conformidad con el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

¹⁹¹ El estudio y análisis de la reglamentación de la nacionalidad contenida en las legislaciones de los Estados miembros, y la subordinación de la ciudadanía a la nacionalidad hacen que las condiciones de adquisición, pérdida y recuperación de la segunda configuren el régimen jurídico de la primera, JUÁREZ PÉREZ, P., “Nacionalidad...”, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹² El artículo 18 TFUE establece que en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

¹⁹³ GARCÍA ANDRADE, P., “La ciudadanía europea y la sucesión de Estados: a vueltas con las implicaciones de una separación territorial en el seno de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 49, Madrid, 2014, pp. 997-1025.

¹⁹⁴ CLOSA, C., “La ciudadanía europea...”, *op. cit.*, p. 78.

responsabilidad, es decir, una doble identidad¹⁹⁵. Según C. WITHOL DE WENDEN, la ciudadanía se emparejó con la nacionalidad en una especie de unión de asociados-rivales. ¿Basta un derecho sin Estado para crear la ciudadanía? A este respecto, la práctica de la Comisión Europea de Bruselas constituye el embrión de un nuevo «Estado administrativo». Sin embargo, no todas las instituciones europeas están controladas por el sufragio universal. Además, la noción del «pueblo europeo» es vaga, variable según los países y peligrosa, ya que excluye a quienes residen en Europa desde hace mucho tiempo, pero cuyo origen no es europeo. En esta misma línea, cabe también preguntarse: ¿cómo se pueden definir eficazmente los derechos de los ciudadanos europeos, si cada país continúa estableciendo la definición de quién es europeo?¹⁹⁶ Desde mi punto de vista, intentar establecer o mejorar cualquier derecho de la ciudadanía de la Unión significa armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materia de nacionalidad. A día de hoy, la UE atribuye a sus ciudadanos una serie de derechos no teniendo la potestad de decidir quiénes son los destinatarios de tales derechos. D. KOCHENOV entiende que, confiriendo la nacionalidad a una persona, un Estado miembro hace también de esta persona un ciudadano de la Unión. La pregunta que le surge entonces es la siguiente: ¿Cómo pueden 28 diferentes procedimientos de atribución de nacionalidad otorgar una única y común condición de ciudadano de la Unión? Este autor advierte que una vez que el nacional del tercer país haya obtenido una de las nacionalidades de un Estado miembro, es irrelevante cuál, para ser beneficiario de la ciudadanía de la Unión. Por ello, el legislador europeo apoya de manera indirecta a los nacionales de terceros países en busca de diferentes vías legales para establecer el territorio europeo como su destino personal y/o laboral, una vez pasado el período de su estancia legal en virtud de la política de inmigración. ¿Por qué iba alguien a esperar dieciocho años para adquirir la nacionalidad en Finlandia si es posible hacer lo mismo en Bélgica, en tres años, y adquirir los mismos derechos de ciudadanía europea, incluido el derecho a trasladarse a Finlandia con su nuevo pasaporte belga, español, etc.?¹⁹⁷ Si adquiriendo la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, uno adquiere a su vez los derechos asociados a la ciudadanía de la Unión, no

¹⁹⁵ MANGAS MARTÍN, A., “Estatuto de ciudadanía...”, *op. cit.*, p. 158.

¹⁹⁶ En consecuencia, los esquimales de Groenlandia son europeos, mientras que los jóvenes beurs (joven nacido en Francia de padres emigrantes de origen magrebí) no lo son siempre (si han nacido en extranjero); los turcos pocas veces son considerados europeos y los súbditos de la Commonwealth están en una situación intermedia. *Vid.* más en: WITHOL DE WENDEN, C., *La ciudadanía europea*, Bellaterra, Barcelona, 1999, pp. 8-25.

¹⁹⁷ KOCHENOV, D., “European citizenship and the difficult relationship between status and rights”, *The Columbia Journal of European Law*, nº 2, 2009, p. 183.

es nada extraño que para algunos nacionales de terceros países contar con los beneficios de los derechos de ciudadanía esté por encima de cualquier renuncia a su nacionalidad de origen. Además, parece ser que las propuestas para la armonización del derecho de ciudadanía de la Unión darían lugar a la pérdida efectiva de los Estados miembros de la capacidad de regular el acceso a sus nacionalidades, algo impensable a día de hoy¹⁹⁸.

Al tener presente el examen de la nacionalidad y su relación con la ciudadanía de la Unión, es interesante apuntar que en algunos Estados miembros de la UE, la nacionalidad está, podría decirse, «en venta». Por ejemplo, Malta estaría poniendo en venta pasaportes europeos por 650.000€, expidiendo el permiso de la residencia en el territorio de Malta al comprar una propiedad inmobiliaria por esa cantidad. Quien quiera adquirir la residencia permanente en Inglaterra, puede hacerlo invirtiendo al menos 750.000 libras (932.000€) en bonos del Estado o empresas. En Portugal hace falta comprar un inmueble por valor superior a 500.000€ y en España, la compra de un inmueble que valga más de 160.000€ es sinónimo de residencia legal en su territorio, condición imprescindible para adquirir la nacionalidad en el futuro. Aparte de la «barra libre» para elegir la residencia en el supuesto de las personas adineradas, hay aquí un cierto negocio¹⁹⁹. Es muy difícil explicar, este fenómeno de «compra de residencia», a un nacional de un tercer país que quiere establecerse legalmente en algún Estado respetando las normas de la política de inmigración europea. La compra del permiso de residencia puede llevar a la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro y al final, como «plus», a la adquisición de la ciudadanía europea. Algunos Estados miembros (Portugal, Grecia, Chipre, Bulgaria, Hungría, España) están facilitando la concesión del permiso de residencia, de la nacionalidad, y por ende de la ciudadanía de la Unión a cambio de cuantiosas inversiones en propiedades inmobiliarias o compra de deuda soberana por los nacionales con un alto poder adquisitivo e inversor. Aunque la aplicación de estas normas no parece que vaya a provocar un aumento significativo inmediato en el número de beneficiarios del derecho de la libre circulación, esta previsión jurídica incorpora un elemento selectivo y discriminatorio, un atajo para acceder primero a la residencia, a la nacionalidad y a continuación, como colofón, a la ciudadanía de la Unión²⁰⁰.

¹⁹⁸ KOCHENOV, D., “Rounding up...”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁹ Véase, TULBURE, C., “Migrantes en Europa: Derrumbando fronteras”, en FERRERO, Á. y BUSTER, G., *El último europeo, imperialismo, xenofobia y derecha radical en la UE*, La Oveja Roja, 2014, p. 137.

²⁰⁰ Véase al respecto, GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., *Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents?*.

Unido a lo mencionado anteriormente, hay que señalar que la necesaria regulación y aplicación de las previsiones jurídicas en materia de la libre circulación tiene importantes implicaciones en la nacionalidad de los ciudadanos en la UE. Por ejemplo, tal es el caso del Reino Unido e Irlanda, donde un niño nacido de un padre residente de larga duración de cualquier nacionalidad puede adquirir la nacionalidad del país de nacimiento²⁰¹. Además, no se puede descartar la práctica de algunos Estados miembros de la UE en atraer a los nacionales de terceros países procedentes de países con economías emergentes como China o Rusia. Las prácticas estatales de la venta de la nacionalidad suponen una desnaturalización de la ciudadanía, y la mercantilización de una institución jurídica cuya vocación confesa es convertirse en el estatuto fundamental de todos los nacionales de los Estados miembros²⁰². Por todo lo visto anteriormente, a uno no le extraña ya, tanto, el surgimiento de un fenómeno de la selección de unos determinados «perfiles» de los nacionales de terceros países, tanto en relación a la adquisición de la nacionalidad, como también en relación a la política migratoria europea, tal y como se verá a continuación.

3.3.3 La Directiva 2004/38/CE

La libertad de circular en la UE constituye un derecho subjetivo que se reconoce por el mero hecho de ser ciudadano de la Unión, al margen de que éste pretenda ejercer algún tipo de actividad económica²⁰³. Las condiciones de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares vienen establecidas en la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (en adelante la Directiva 2004/38/CE)²⁰⁴. Esta Directiva tiene por objeto regular el mínimo

The Reconceptualisation of European Union Citizenship, Brill Nijhoff, Leiden, 2013. SHAHAR, A. y BAUBOCK, R., "Should citizenship be for sale?", *EUI Working Paper RSCAS 2014/01*, 2014, pp. 1-15.

²⁰¹ KOCHENOV, D., "Rounding up the Circle...", *op. cit.*, p. 26.

²⁰² Afirmación repetida en la jurisprudencia del TJUE, entre otras véase, por ejemplo, la sentencia del TJUE, asunto C-148/02, *García Avello*, de 2 de octubre de 2003; o la sentencia del TJCE, asunto C-135/08, *Rottmann*, de 3 de marzo de 2010.

²⁰³ GOIZUETA VÉRTIZ, J., "La libertad de desplazamiento del ciudadano europeo y de los nacionales de terceros países asimilados", disponible en: https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/ins_derecho_publico_comparado/seminarios_cursos/seminarios_conferencias_cientificos/Ponencia%20D%F1a%20Juana%20Goizueta_0.pdf, pp. 8-10.

²⁰⁴ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el

marco jurídico para las condiciones de ejercicio de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad. Además, dicha Directiva prevé también las limitaciones de la libre circulación por razones de orden público, seguridad pública o salud pública para sus titulares²⁰⁵. Ahora bien, aunque el presente trabajo no tiene por objetivo principal analizar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, es muy importante destacar que la Directiva no se aplica solamente y en exclusiva a los ciudadanos de la Unión. Su ámbito se extiende también a los nacionales de terceros países que sean miembros de familia del ciudadano de la Unión, con independencia de su nacionalidad. Por consiguiente, es muy interesante subrayar que esta Directiva 2004/38/CE regula también la movilidad de una categoría de los nacionales de terceros países, los miembros de familia de los ciudadanos de la Unión. Como se observará a continuación, es sobre todo en materia de la movilidad de los nacionales de terceros países en donde los Estados miembros de la UE han estado muy celosos en relación a la cesión de su soberanía estatal.

La Directiva 2004/38/CE ha sido incorporada en la legislación nacional de cada Estado miembro de la UE²⁰⁶. Pasados casi más de 13 años desde la proclamación de la misma, la Comisión Europea²⁰⁷ publica continuamente diferentes informes y directrices sobre su correcta aplicación, debido al desconocimiento del alcance real de sus previsiones, tanto por parte de sus propios destinatarios últimos, como por parte de los Estados miembros²⁰⁸. La decepcionante transposición global de la Directiva ha sido, es y parece que seguirá siendo el objeto de muchas críticas. No hay un solo Estado miembro que haya incorporado la Directiva 2004/38/CE correctamente en su totalidad

territorio de los Estados miembros por el que se modifica el Reglamento (CEE) n ° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. (DO L 158, en vigor desde 30 de abril de 2006).

²⁰⁵ Artículo 1 de la Directiva 2004/38/CE.

²⁰⁶ Aparte de lo establecido en la Directiva 2004/38/CE, la interpretación correcta de la Directiva está afectada también por otros instrumentos jurídicos de derecho primario o derivado, sobre todo en materia de libre circulación de los trabajadores, coordinación de la Seguridad Social y reconocimiento de las cualificaciones. *Vid.* GUILD, E., PEERS, S., y TOMKIN, J., *The EU Citizenship Directive*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 368.

²⁰⁷ Por ejemplo, la Comisión emitió directrices en julio de 2009 sobre cómo los países de la UE podrían mejorar la transposición de la Directiva a sus legislaciones nacionales, véase en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0313:FIN:EN:PDF>.

²⁰⁸ Según los datos del informe de la Comisión publicado en Diciembre 2008 sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE por parte de los Estados miembros.

a su legislación nacional²⁰⁹. Es sobre todo en materia que regula la circulación y residencia de los nacionales de terceros países en el territorio europeo donde la Comisión ha detectado varios incumplimientos de los Estados miembros de la UE. Se ha observado que precisamente la transposición de algunos artículos de la Directiva 2004/38/CE hace que las disposiciones del Derecho de la UE sean más restrictivas, especialmente para algunos grupos de personas, como son, entre otros, los nacionales de terceros países familiares de los ciudadanos de la Unión²¹⁰. Así, la distinta transposición de la Directiva 2004/38/CE no ha dado lugar a vacíos legales solamente en el ejercicio de este derecho para los ciudadanos de la Unión, sino que también para sus los familiares, ya sean nacionales de algún Estado miembro de la UE o nacionales de terceros países.

3.3.4 Los miembros de familia del ciudadano de la Unión

La principal novedad tras la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, se debía a la ampliación del ámbito personal a los miembros de familia, ya sean nacionales de algún Estado miembro o nacionales de terceros países. Mediante la transposición de esta

²⁰⁹ La Comisión Europea ha publicado en octubre de 2010 una guía simplificada para el ciudadano sobre sus derechos de libertad de movimiento en la UE. Más del 90% de las cuestiones pendientes en la aplicación nacional se han resuelto ahora mediante conversaciones bilaterales con los Estados miembros de la UE, pero todavía permanecen algunos obstáculos. Durante 2011, la Comisión inició un procedimiento de infracción contra Austria, Bélgica, Chipre, la República Checa, Alemania, Italia, Malta, Lituania, España, Suecia, Polonia y el Reino Unido, véase en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-981_es.htm. El segundo paso en este proceso fue dado en el caso de la República Checa y Lituania, en enero de 2012 (IP/12/75), disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-75_en.htm?locale=en. Contra el Reino Unido en abril de 2012, (IP/12/417) disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-417_en.htm?locale=en. Tres nuevos dictámenes motivados han sido enviados a Austria, Alemania y Suecia, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-646_en.htm?locale=en. En este último caso, la Comisión Europea ha dado a Austria, Alemania y Suecia, dos meses para cumplir con las normas de la UE sobre libre circulación de ciudadanos de la UE y sus familiares en toda la UE. La solicitud de la Comisión adopta la forma de un dictamen motivado. En ausencia de una respuesta satisfactoria en el plazo de dos meses, la Comisión puede decidir llevar a estos países ante el TJUE. Como resultado, hasta el momento cinco Estados miembros han modificado su legislación o se han comprometido a hacerlo. De manera similar, en agosto de 2012, los acontecimientos en Francia relativos al desmantelamiento de los asentamientos gitanos y al traslado de los ciudadanos gitanos a sus países de origen, la Comisión se puso en contacto con las autoridades francesas y se mantuvieron conversaciones que permitieron aclarar los hechos y el marco jurídico al respecto. Como consecuencia de la acción de la Comisión se modificó la legislación maltesa, que ahora respeta las normas de la UE relativas al derecho de los ciudadanos de la UE a la libre circulación y la no discriminación.

²¹⁰ SHAW, J., "EU citizenship and the edges of Europe", *Working Paper*, 2012/19, pp. 4-12.

Directiva es por primera vez que los Estados miembros están obligados a introducir en su legislación nacional, el estatuto jurídico del nacional de tercer país, miembro de familia de ciudadano de la Unión. Por ello, los Estados miembros han perdido «casi toda su soberanía» en la regulación de la admisión de los nacionales de terceros países por motivos de reagrupación familiar con el ciudadano de la Unión ejerciendo la libre circulación²¹¹. En relación al ejercicio de la libre circulación por los miembros de familia del ciudadano de la Unión cabe advertir que la movilidad física de tales familiares se refiere a un derecho de carácter derivado e indirecto. Como consecuencia de ello, los miembros de familia tienen una serie de derechos y privilegios en el ámbito de la UE que emanan de su vínculo con el ciudadano de la Unión, titular del derecho originario²¹².

En tal orden de ideas, cabe destacar que la Directiva 2004/38/CE se aplica solamente al ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia que le acompañen o se reúnan con él²¹³. Por lo tanto, un nacional de tercer país, residente en el Estado miembro de la UE, si desea reunirse en la UE con su cónyuge, también nacional de un tercer país, ninguno de ellos puede beneficiarse de los derechos conforme a la Directiva 2004/38/CE. Sin embargo, los ciudadanos de la UE que vuelven a su Estado miembro de origen después de residir en otro Estado miembro²¹⁴, y en determinadas circunstancias también los ciudadanos de la UE que han ejercido su derecho de libre circulación en otro Estado miembro sin residir en él²¹⁵ se benefician de las normas sobre libre circulación previstas en la Directiva 2004/38/CE²¹⁶.

²¹¹ GARCÍA ANDRADE, P., “Privileged Third-Country Nationals and Their Right of Free Movement and Residence to and in the EU: Questions of Status and Competence”, en GUILD, E., GORTÁZAR ROTAECHE, C.J., KOSTAKOPOULOU, D., (Eds.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2013, pp. 111-131.

²¹² Sobre esta cuestión, con un amplio desarrollo jurisprudencial, *vid.* ALEXANDER, W., “Free movement of Non-EC nationals. A review of the case-law of the Court of Justice”, *EJIL*, 1992, p. 53 y ss.

²¹³ Artículo 3.1 de la Directiva 2004/38/CE.

²¹⁴ Sentencia del TJCE, asunto C-370/90, *Singh*, de 7 de julio de 1992 y sentencia del TJCE, asunto C-291/05, *Eind*, de 11 de diciembre de 2007.

²¹⁵ Sentencia del TJCE, asunto C-60/00, *Carpenter*, de 11 de julio de 2002.

²¹⁶ *Vid.* más en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, COM (2009) 313 final, pp. 3-4.

Además, el artículo 45 del TFUE confiere a un miembro de familia de un ciudadano de la Unión, nacional de un tercer país, un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que es nacional dicho ciudadano, cuando éste reside en ese último Estado pero se traslada regularmente a otro Estado miembro como trabajador²¹⁷. Los nacionales de los Estados miembros de la UE en calidad de trabajadores pueden moverse libremente a otro Estado miembro con la finalidad de buscar trabajo en este estado y así residir en él, al ser titulares del pleno ejercicio de la libre circulación. No obstante, esta posibilidad no se da en los supuestos de movilidad jurídica de los nacionales de terceros países en calidad de trabajadores²¹⁸. Todas estas situaciones jurídicas previamente mencionadas, deben ser tenidas en cuenta por las autoridades nacionales cuando se enfrentan a los supuestos de movilidad de los ciudadanos de la Unión y de sus miembros de familia.

En esta misma línea, debe recordarse que la Directiva 2004/38/CE no reconoce derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro a todos los nacionales de terceros países, sino únicamente a aquellos que son «miembros de la familia» de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación. Según la regulación de la Directiva 2004/38/CE es «miembro de familia»: el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la

²¹⁷ A este respecto, *vid.* la sentencia del TJUE, asunto C-457/12, *S. contra Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contra G.*, de 12 de marzo de 2014. En el presente asunto, Sra. S. que tiene nacionalidad ucraniana, desea residir con su yerno, de nacionalidad neerlandesa, alegando que cuida de su nieto. Su yerno reside en los Países Bajos, si bien se traslada a Bélgica, al menos una vez a la semana, como trabajador asalariado para un empresario neerlandés. La Sra. G., de nacionalidad peruana, contrajo matrimonio en 2009 con un nacional neerlandés. Éste reside en los Países Bajos pero trabaja por cuenta ajena para una empresa belga. En el marco de este trabajo, realiza diariamente viajes de ida y vuelta entre los Países Bajos y Bélgica. En este contexto, el Raad van State pregunta si el Derecho de la Unión confiere un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, cuando el ciudadano reside en el Estado miembro de su nacionalidad pero se traslada regularmente a otro Estado miembro en el marco de sus actividades profesionales. El TJUE explica a continuación que el efecto útil del derecho de libre circulación de los trabajadores puede requerir que le sea concedido un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia del trabajador, ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este último es nacional. Según el TJUE, el hecho de que el nacional del tercer Estado en cuestión cuide del hijo del ciudadano de la Unión puede constituir un elemento pertinente para examinar si la denegación del derecho de residencia en favor de este nacional del tercer Estado puede disuadir al ciudadano de la Unión de ejercer efectivamente los derechos que le confiere el artículo 45 TFUE. No obstante, el hecho de que pudiera parecer deseable que asumiera tal cuidado el nacional de un tercer Estado, ascendiente directo del cónyuge del ciudadano de la Unión, no basta por sí solo para reconocer dicho carácter disuasorio.

²¹⁸ FAUVARQUE-CASSON, B. *et alii*, *La Citoyenneté européenne*, Société de Législation Comparée, Coll. Trans Europe Experts, Paris, 2011. CARLIER, J.Y., “La condition des personnes dans l’Union européenne”, *Recueil de jurisprudence*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

legislación de un Estado miembro (si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida); los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja familia²¹⁹. Respecto a todos los antes mencionados potenciales titulares de la libre circulación, el informe de aplicación de la mencionada Directiva reveló muchas deficiencias, sobre todo en la transposición de los requisitos relativos a la libre circulación de estos miembros de familia²²⁰. La condición de miembro de familia «dependiente» es el resultado de una situación de hecho caracterizada por el dato de que el sostén material (la dependencia emocional no se tiene en cuenta²²¹) de ese miembro de familia lo proporciona el ciudadano de la UE, su cónyuge o su pareja. La condición de miembros de familia dependientes no presupone un derecho a la dependencia. No obstante, en estos supuestos no es necesario examinar si los miembros de familia en cuestión podrían teóricamente mantenerse a sí mismos, por ejemplo desempeñando un empleo remunerado²²². El TJUE subraya²²³ que, para que un descendiente directo,

²¹⁹ Los artículos 2 y 3 de la Directiva 2004/38/CE establecen que cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

²²⁰ El 10 de diciembre de 2008, la Comisión adoptó su informe [COM (2008) 840 final] sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, que presentaba una amplia descripción de cómo está transpuesta la Directiva al Derecho nacional y de cómo se aplica en la vida diaria. El informe concluyó que la transposición global de la misma era bastante decepcionante, particularmente por lo que se refiere al Capítulo VI (*que establece el derecho de los Estados miembros a restringir el derecho de los ciudadanos de la UE y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública*) y al artículo 35 (*que autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas para prevenir el abuso y el fraude, tal como los matrimonios de conveniencia*). El informe también identificó problemas frecuentes relativos al derecho de entrada y de residencia de miembros de familia de ciudadanos de la UE procedentes de terceros países, y a los requisitos de presentar, junto con las solicitudes de residencia, documentos adicionales no previstos en la Directiva 2004/38/CE.

²²¹ Véanse las Conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto C-200/02, *Zhu y Chen*, presentadas el 18 de mayo de 2004.

²²² *Vid.* entre otros, la sentencia del TJCE, asunto C-1/05, *Yunying Jia contra Migrationsverket*, de 9 de enero 2007.

²²³ Sentencia del TJUE, asunto C-423/12, *Flora May Reyes contra Migrationsverket*, de 16 de enero de 2014.

mayor de 21, años de un ciudadano de la Unión pueda considerarse «a cargo»²²⁴ de éste, debe probarse que existe una situación de dependencia real. Se prevé que para determinar la existencia de tal dependencia, el Estado miembro de acogida debe apreciar si, a la vista de sus circunstancias económicas y sociales, dicho descendiente no cubre sus necesidades básicas por él mismo. El TJUE estima que el Derecho de la Unión no permite a un Estado miembro exigir que un descendiente directo mayor de 21 años haya intentado conseguir un empleo, una ayuda de subsistencia de las autoridades de su país de origen o alguna otra forma de subsistencia, sin lograrlo, antes de considerar que ese descendiente está a cargo y, por tanto, incluido en la definición de «miembro de familia» de un ciudadano de la Unión. El hecho de que un miembro de familia, al tener en cuenta las circunstancias personales como la edad, la formación y la salud, tenga buenas perspectivas de encontrar un empleo y tenga, además, la intención de trabajar en el Estado miembro de acogida, no incide en la interpretación del requisito de estar «a cargo»²²⁵. Aparte de la necesaria interpretación del término «a cargo», en este asunto se vuelve a poner de relieve la importante relación entre los asuntos de reagrupación familiar y el acceso al mercado laboral de todos los nacionales de terceros países que se encuentran en la UE.

En tal orden de ideas, cabe destacar un interesante asunto conocido como *Metock* (aunque en esta sentencia el TJUE dicta el fallo a tres asuntos acumulados, *Asunto Ikogho*, *Asunto Chinedu*, *Asunto Igboanusi*). En el presente caso se cuestionan las previsiones de la Directiva 2004/38/CE en relación a la denegación de la concesión de una autorización de residencia a un nacional de un tercer país casado con una ciudadana de la Unión legalmente establecida en Irlanda²²⁶. En este asunto se planteaba, entre otras

²²⁴ La expresión de «estar a cargo» fue desarrollada por la doctrina; entre otros : JAUMOTTE, J., “Droit des étrangers: Les derniers développements en droit Européen – La Jurisprudence récente de la CJUE et de la COUR EUR. D.H”, en BODART, S. (Coord.), *Droit des étrangers*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 14.

²²⁵ En el asunto C-423/12, *Flora May Reyes contra Migrationsverket*, de 16 de enero de 2014, se cuestiona si el hecho de que un ciudadano de la Unión proceda regularmente, durante un período considerable, al pago a un descendiente de una cantidad de dinero necesaria para que éste cubra sus necesidades básicas en el Estado de origen, demuestra que existe una situación de dependencia real de ese descendiente con relación a dicho ciudadano. Aparte, se cuestiona si puede exigirse al descendiente que, además, demuestre haber intentado conseguir un empleo, una ayuda de subsistencia de las autoridades de su país de origen o alguna otra forma de subsistencia sin lograrlo. La interpretación de la previsión «a cargo» vuelve a estar presente en la sentencia del TJUE en el asunto C-83/11, *Rahmann*, de 5 de septiembre de 2012.

²²⁶ La sentencia del TJCE, asunto C-127/08, *Metock*, de 25 de julio de 2008. El Sr. Metock, de nacionalidad camerunesa, llegó a Irlanda el 23 de junio de 2006 y solicitó asilo político. Dicha solicitud fue denegada definitivamente el 28 de febrero de 2007. La Sra. Ngo Ikeng, anteriormente de nacionalidad camerunesa, obtuvo la nacionalidad británica. Desde finales del año 2006, reside y trabaja en Irlanda. El Sr. Metock y la Sra. Ngo Ikeng se conocieron en Camerún en 1994 y desde entonces mantienen una

cuestiones, si la Directiva 2004/38/CE permite que un Estado miembro establezca un requisito según el cual, un cónyuge de un ciudadano de la Unión, nacional de un tercer país, debe haber residido legalmente en otro Estado miembro antes de su entrada en el Estado miembro de acogida, a fin de que puedan aplicársele las disposiciones de la mencionada Directiva. El TJUE estima que ésta se opone a la normativa de un Estado miembro que exige al nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en ese Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, una residencia legal previa en otro Estado miembro antes de su entrada en el Estado miembro de acogida. El TJUE añade que el cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, y que acompaña a un ciudadano de la Unión o se reúne con él, puede acogerse a las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE, independientemente del lugar o del momento en que hayan contraído matrimonio, o de las circunstancias en que ese nacional de un tercer país haya entrado en el Estado miembro de acogida. Además, la citada Directiva establece que los miembros de familia del ciudadano de la Unión, beneficiarios del derecho de residencia en un Estado miembro, tendrán derecho independientemente de su nacionalidad a trabajar por cuenta propia o ajena²²⁷. Una vez más, se constata la presencia del mercado laboral en una directiva que, en principio, no regula las condiciones de acceso a tal mercado.

El asunto *Metock* representa solamente uno de tantos ejemplos de la implementación dispar en muchos Estados miembros de la UE en relación a las normas de la reagrupación familiar entre el ciudadano de la Unión y el miembro de familia procedente de tercer país. Es cierto que los Estados miembros se vieron obligados a cambiar sus legislaciones nacionales debido a las exigencias de la UE. Las situaciones jurídicas relativas a la reagrupación familiar siguen configurándose, a día de hoy, como el objeto de numerosos asuntos a ser resueltos por el juez nacional y/o por el TJUE. El

relación. Tienen dos hijos nacidos, respectivamente, en 1998 y 2006. Contrajeron matrimonio en Irlanda el 12 de octubre de 2006. El 6 de noviembre de 2006, el Sr. Metock solicitó una tarjeta de residencia como cónyuge de un ciudadano de la Unión que trabaja y reside en Irlanda. Dicha solicitud fue desestimada. *Vid.* más sobre el caso *Metock*: ACOSTA, D., “Immigration in the European Union: Family Reunification after the Metock Case”, *UCD Law Review*, vol. 9, 2009, pp. 64–88; COSTELLO, C., “Metock: Free Movement and “Normal Family Life” in the Union”, *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 587–622; A. TRYFONIDOU, A., “Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a More Liberal Approach”, *European Law Journal*, vol. 15(5), 2009, pp. 634–653; PEERS, S., “Free Movement, Immigration Control and Constitutional Conflict”, *European Constitutional Law Review*, vol. 5, 2009, pp. 173–196; HANDOLL, J., “The Metock Case. Union Citizenship, Family Reunion and the Abuse of Rights”, en MINDERHOUD, P. y TRIMIKLINIOTIS, N. (Eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2009, pp. 173–187.

²²⁷ Artículo 23 de la Directiva 2004/38/CE.

TJUE se ha visto obligado en varios litigios a aclarar las normas relativas al derecho de residencia de los nacionales de un tercer país, miembros de familia de un ciudadano de la Unión. En estos asuntos se observa la preocupación por parte de los Estados miembros respecto de «los matrimonios de conveniencia» celebrados entre el ciudadano de la Unión ejerciendo la libre circulación y el nacional de tercer país. Es una situación en la que un ciudadano de la Unión ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con un nacional de un tercer país, supuesto al que se aplica la Directiva 2004/38/CE²²⁸.

En cuanto a la estancia legal de los nacionales de terceros países en calidad de miembros de familia en el territorio de un Estado miembro de la UE, la Directiva 2004/38/CE prevé la protección jurídica de los miembros de familia incluso en el caso de fallecimiento o divorcio del ciudadano de la Unión²²⁹. Sin embargo, en estos supuestos, el nacional de tercer país está sujeto al cumplimiento de varias condiciones, sobre todo de carácter económico y laboral en el Estado de acogida. El nacional del tercer país debe demostrar que dispone de recursos suficientes para no convertirse durante su período de residencia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos²³⁰. A este respecto, cabe destacar, entre otros, los litigios entre los *Sres. Singh*²³¹, *Njume*²³² y *Aly*²³³, respectivamente, y el *Minister for Justice and Equality*,

²²⁸ Sentencia de TJUE, asunto C-456/12, *O. y B.*, de 12 de marzo 2014. El Sr. O., de nacionalidad nigeriana, contrajo matrimonio en 2006 con una neerlandesa y vivió en España entre 2007 y abril de 2010. Durante ese período, la esposa del Sr. O. residió en España durante dos meses con su marido y pasó regularmente períodos de vacaciones con él en España. El Sr. B, de nacionalidad marroquí, vivió en los Países Bajos a partir de diciembre de 2002 con su pareja, de nacionalidad neerlandesa. En 2005 se instaló en Bélgica en un apartamento alquilado por su pareja. Ésta pasó todos los fines de semana con el Sr. O. en Bélgica. En abril de 2007 el Sr. B. regresó a Marruecos y en julio de 2007 contrajeron matrimonio.

²²⁹ Considerando 15 de la Directiva 2004/38/CE y la sentencia del TJUE, al asunto C-218/14, *Kuldip Singh, Denzel Njume, Khaled Aly STJUE y Minister for Justice and Equality*, de 16 de julio de 2015.

²³⁰ Los artículos 12 y 13 de la Directiva 2004/38/CE.

²³¹ El Sr. Singh tiene la nacionalidad india. Llegó a Irlanda el 6 de febrero de 2002, con un visado de estudiante y, posteriormente, residió legalmente en dicho Estado miembro. El 11 de noviembre de 2005, el Sr. Singh contrajo matrimonio con una mujer de nacionalidad letona que trabajaba y residía legalmente en Irlanda. La pareja tuvo un hijo, el 3 de diciembre de 2007, que también tiene la nacionalidad letona. Durante el año 2009, el Sr. Singh abrió y gestionó con un socio una pizzería en Irlanda, en el marco de un contrato de franquicia, de fecha de 29 de mayo de 2009, celebrado por un período inicial de 10 años. A continuación, el Sr. Singh cubrió las necesidades económicas de su familia y su esposa se quedó a cargo del hogar para ocuparse del hijo de la pareja. Debido a las desavenencias conyugales del matrimonio Singh, la esposa del Sr. Singh abandonó Irlanda en el mes de febrero de 2010 e inició un procedimiento de divorcio en Letonia en el mes de septiembre de 2010. El divorcio se declaró con efectos a 12 de mayo de 2011. El 14 de diciembre de 2011, a raíz de su divorcio, el Sr. Singh solicitó al Minister el

relativos a la denegación por este último de las solicitudes presentadas por los interesados para poder conservar su derecho de residencia en Irlanda tras sus respectivos divorcios con los ciudadanos de la Unión que habían ejercido la libre circulación. La principal pregunta en estos supuestos surge cuando un matrimonio entre un ciudadano de la Unión y un nacional de un tercer país termina en divorcio y después de que el ciudadano de la Unión abandone el Estado miembro de acogida en el que ejerció los derechos que le confiere el Derecho de la Unión: ¿conserva, entonces el nacional del tercer país un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida? Y, en caso de

mantenimiento de la autorización de residencia de la que era titular, así como la expedición de un permiso de residencia permanente en Irlanda, con arreglo a la Directiva 2004/38/CE y a las medidas nacionales de transposición de ésta, alegando que había estado casado con una ciudadana de la Unión, que era el padre de un ciudadano de la Unión y que cumplía los requisitos legales exigidos, puesto que su matrimonio había durado por lo menos tres años, de los cuales uno al menos en Irlanda. En esa época, el Sr. Singh era trabajador por cuenta propia o trabajador por cuenta ajena. Mediante decisión de 30 de abril de 2012, el Minister denegó estas solicitudes exponiendo en especial que la ciudadana de la Unión, la mujer del señor Singh había abandonado Irlanda y por lo tanto no se le aplicaba más lo previsto en las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE.

²³² El Sr. Njume, que ha declarado tener la nacionalidad camerunesa, presentó una solicitud de asilo en Alemania el 6 de enero de 2004. El Sr. Njume entró ilegalmente en Irlanda y presentó en este país una solicitud de asilo el 4 de septiembre de 2006. El 4 de enero de 2007, el Sr. Njume contrajo matrimonio con su pareja en la Oficina del Registro civil de Cork (Irlanda), una mujer de nacionalidad alemana, El Sr. Njume, que encontró un empleo posteriormente, sostiene que su esposa y él vivieron en Irlanda durante todo el período comprendido entre el final del año 2006 y el mes de enero de 2011, salvo durante tres estancias, de diez días cada una en el Reino Unido, destinadas a que su esposa pudiera buscar un empleo en este país. El Sr. Njume afirma que mantuvo a su esposa entre los años 2008 y 2011 con sus propios ingresos. Mediante escrito de 25 de febrero de 2011, se informó al Minister de que la esposa del Sr. Njume había abandonado Irlanda a comienzos del año 2011 y había regresado a Alemania. El 14 de junio de 2011, la esposa del Sr. Njume presentó una demanda de divorcio en el Reino Unido. A raíz de este divorcio, el Sr. Njume solicitó que se mantuviera su derecho de residencia en Irlanda con arreglo al artículo 10 del Reglamento irlandés de 2006, artículo por el que se incorpora al Derecho nacional el artículo 13.2 de la Directiva 2004/38/CE.

²³³ El Sr. Aly, de nacionalidad egipcia, entró en Irlanda el 14 de marzo de 2007, con un visado de turista que le autorizaba a residir en ese Estado miembro hasta el 14 de junio de 2007. El 12 de julio de 2007, el Sr. Aly contrajo matrimonio en Irlanda con una mujer de nacionalidad lituana. El interesado recibió una tarjeta de residencia el 21 de agosto de 2008, con efecto retroactivo a 3 de febrero de 2008, con arreglo al ya mencionado Reglamento de 2006. Esta tarjeta era válida durante cinco años, es decir, hasta el 2 de febrero de 2013. Los esposos Aly vivieron gracias a los ingresos del Sr. Aly mientras la esposa de éste buscaba empleo. En marzo de 2011, la interesada se estableció en el Reino Unido para ocupar allí un empleo de corta duración. Mediante escrito de 14 de agosto de 2012, el Sr. Aly comunicó al Irish Naturalisation and Immigration Service (Servicio de naturalización e inmigración irlandés; en lo sucesivo, «INIS») que, en los seis meses siguientes al traslado de su esposa a Londres (Reino Unido) para trabajar allí, la pareja se había separado. La esposa deseaba quedarse en Londres, mientras que el Sr. Aly no quería establecerse en esa ciudad. Mediante escrito de 15 de octubre de 2012, el Sr. Aly comunicó al INIS que se había iniciado un proceso de divorcio en Lituania y que en breve se dictaría una sentencia de divorcio. Alegó que, con arreglo al artículo 13 de la Directiva 2004/38/CE, tenía derecho a residir en Irlanda.

respuesta negativa: ¿tiene el nacional del tercer país un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida durante el período anterior al divorcio tras la partida del ciudadano de la Unión del Estado miembro de acogida? Además, en uno de los presentes asuntos se plantea si se cumple el requisito «de recursos suficientes» cuando el cónyuge del ciudadano de la Unión alega disponer de los mismos, contando, en parte, con los recursos de su cónyuge nacional de un determinado Estado miembro. En tal orden de ideas, en estos litigios consta que antes de que transcurrieran los períodos de convivencia matrimonial previstos en la Directiva 2004/38/CE, el cónyuge ciudadano de la Unión abandonó el territorio irlandés para establecerse en otro Estado miembro, mientras que el cónyuge nacional de un tercer país permaneció en Irlanda. En consecuencia, en circunstancias como las de los procedimientos principales, la partida del cónyuge ciudadano de la Unión ya ha supuesto la pérdida del derecho de residencia del cónyuge nacional de un tercer país que reside en el Estado miembro de acogida. Esto no implica que, con arreglo al Derecho nacional, se pueda otorgar una protección más amplia, permitiendo que un nacional de un tercer país, en circunstancias como las de los asuntos principales, pueda continuar residiendo en el Estado miembro de la UE. A este respecto, el TJUE entiende que las condiciones previstas en la Directiva 2004/38/CE deben interpretarse en el sentido de que un nacional de un tercer país, divorciado de un ciudadano de la Unión, cuyo matrimonio haya durado por lo menos tres años antes del inicio del procedimiento judicial de divorcio, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida, no podrá mantener su derecho de residencia en ese Estado miembro, sobre la base de dicha disposición, cuando el inicio del procedimiento judicial de divorcio haya sido posterior a la partida de ese Estado miembro del cónyuge, ciudadano de la Unión. En segundo lugar, y en relación a la obligación de disponer de recursos suficientes para establecerse en el territorio europeo, la Directiva 2004/38/CE debe interpretarse en el sentido de que el ciudadano de la Unión dispone de recursos suficientes para él y para los miembros de su familia, de modo que no se convierta en una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de su residencia, aún cuando esos recursos procedan en parte de los de su cónyuge²³⁴.

Debido al gran número de asuntos ante el TJUE en relación a los matrimonios de conveniencia, la Comisión Europea creó el «Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación (en lo sucesivo,

²³⁴ Sentencia del TJUE, al asunto C-218/14, *Kuldip Singh, Denzel Njume, Khaled Aly y Minister for Justice and Equality*, de 16 de julio de 2015.

Manual)»²³⁵. No obstante, el Manual no es jurídicamente vinculante ni exhaustivo y se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente de la UE y de la interpretación preceptiva del TJUE²³⁶. No cabe la menor duda acerca de la preocupación de los Estados miembros en los temas relativos a la reagrupación familiar entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países, miembros de familia de un ciudadano, ya que los supuestos de reagrupación familiar pueden dar lugar a la potencial «regularización» de la estancia legal de los nacionales de terceros países, tal y como se verá en el presente trabajo.

En relación a los requisitos de forma previstos en el Manual, el derecho a la expedición de un visado de entrada para un miembro de familia procedente de un tercer país se deriva del vínculo familiar con el ciudadano de la UE. Además, los Estados miembros solamente podrán exigir la presentación de un pasaporte válido y de las pruebas del vínculo familiar (y, en su caso, también probar la dependencia, razones de salud graves o de la duración de la relación, etc.). En el Manual se prevé que los Estados miembros no podrán exigir documentos adicionales, tales como: la prueba de alojamiento, recursos suficientes, una carta de invitación o un billete de vuelta, medidas adoptadas en la práctica por algunos Estados miembros de la UE.

3.3.5 La percepción de la libre circulación por los ciudadanos de la Unión

La libre circulación en la UE representa al derecho más conocido por los ciudadanos europeos. No obstante, la mayoría de los ciudadanos de la Unión denuncian, preguntan y cuestionan el disfrute y ejercicio de la libre circulación en la práctica²³⁷. La

²³⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación*, COM (2014) 604 final.

²³⁶ COM (2014) 604 final, p. 3.

²³⁷ Según lo previsto en la consulta *EU citizenship consultation 2015, Common values, rights and democratic participation, Justice and Consumers*, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2015_public_consultation_booklet_en.pdf. Casi todos los encuestados (98%) han disfrutado del derecho de libre circulación como mínimo una vez en su vida. Para la mayoría de los encuestados, la razón de moverse a otro Estado miembro ha sido: el viaje o irse de vacaciones (94%), el trabajo (66%) y la visita de los familiares o de los amigos (58%). Más de la mitad de los encuestados han vivido en otro Estado miembro por más de 3 meses (60%). Algo más de un tercio de los encuestados se han enfrentado a algunas dificultades al moverse a otro Estado miembro (36%). Estas dificultades se deben sobre todo a procedimientos administrativos largos y confusos (69%), y/o a la falta

mayoría de los ciudadanos de la Unión creen que la libre circulación en la UE está directamente vinculada con muchos beneficios económicos para los Estados miembros de la UE²³⁸. Con el Tratado de Maastricht, desaparece la concepción estrictamente económica de la libre circulación en sus inicios, justificada por la necesidad de hacer un uso racional de los factores de producción en los Estados miembros, identificándose tales factores con el capital y la mano de obra. Sin embargo, la ciudadanía de la Unión se configura como una cualidad del individuo, derivada de su condición de nacional de un Estado miembro, que lleva aparejado un conjunto de derechos, que afectando elementos competenciales no se yuxtaponen a los estatales, ni los absorben, sino que los transforman²³⁹. En este sentido, la novedad del Tratado de Maastricht radica en que tales derechos asociados a la ciudadanía europea no se vinculan al ámbito competencial del Tratado, sino al hecho de ser ciudadano. Sin embargo, el elemento básico de la ciudadanía, de la que deriva la capacidad de participación plena, es vivir bajo el imperio de la ley, bajo un sistema donde las leyes y las obligaciones son conocidas²⁴⁰. En la opinión de C. WITHOL DE WENDEN, el paso de la condición de trabajador a la de ciudadano supone conocer las instituciones europeas, y poder ejercer en ellas la ciudadanía, conociendo al mismo tiempo sus limitaciones y manteniéndose alerta en cuanto a los desvíos de la gobernanza. La Europa de los ciudadanos, que ha franqueado un obstáculo cualitativo en Maastricht no puede construirse por decreto, ni por medio de un tratado. En la opinión de la autora, la identidad es la que define el territorio, y no al

de información suficiente sobre sus derechos como ciudadanos de la Unión (51%). La mayoría de los encuestados (82%) ha indicado que preferirían tener toda la información práctica online en el país donde quieren residir, (por ejemplo, registrarse como residente, información sobre la participación política, el reconocimiento de los títulos y de las cualificaciones, etc.). Casi 3 de cada 4 encuestados (73%) han indicado que el e-servicio para las formalidades administrativas (por ejemplo uso de los formularios administrativos online) les ayudaría antes de moverse a otro Estado miembro. La mayor parte de los encuestados tenían una opinión positiva hacia la libre circulación. Para la mayoría, la posibilidad de moverse a otro Estado miembro conlleva la diversidad cultural (81%), fomenta el común entendimiento (77%), ayuda a crear la identidad europea (70%) y trae el crecimiento económico (61%). Solamente el 16% expresó que la libre circulación conlleva problemas, especialmente los problemas prácticos. Los encuestados entienden que lo más idóneo sería que las administraciones de los Estados cooperen en las formalidades prácticas. Como medidas que facilitarían a los ciudadanos de la Unión tomar la decisión de moverse a otro Estado miembro, estarían: la información online de asuntos prácticos (82%), los servicios online de las formalidades administrativas (73%), la cooperación entre las administraciones públicas (56%), y otros (5%).

²³⁸ Eurobarómetro 430, *European Union citizenship*, Octubre 2015, p. 8, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf, p. 38.

²³⁹ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *Gaceta Jurídica de la CE*, D-17, 1992, p. 73.

²⁴⁰ MEEHAN, E., *Citizenship and the European Community*, Sage, Londres, 1993, p. 123.

revés²⁴¹. A este respecto, y teniendo en cuenta la opinión de los ciudadanos de la Unión expresada a continuación, no creo que a día de hoy se haya construido, todavía, «una verdadera ciudadanía europea».

Para la mayoría de los ciudadanos de la Unión, el beneficio de la ciudadanía europea se traduce en la posibilidad de aceptar una oferta laboral en otro Estado miembro. Son, sobre todo, los motivos laborales (66%) las principales razones para que la gran parte de los ciudadanos de la Unión decida establecerse en el territorio de otro Estado miembro, seguidos por los motivos de estudio y el voluntariado (64%), y finalmente, por los motivos familiares (25%). Sería interesante tener en mente estos datos y contrastarlos, más adelante, con los motivos por los cuales se desplazan a la UE los nacionales de terceros países. El derecho a circular libremente en la UE es percibido por los ciudadanos como una de las ventajas individuales más visibles, el derecho más importante y apreciado de la UE²⁴². Al ser el derecho más conocido, los ciudadanos de la Unión conocen también de primera mano los obstáculos relativos al disfrute del mismo²⁴³. A pesar de varias comunicaciones²⁴⁴ y estudios²⁴⁵, cuyo análisis se basa en las potenciales respuestas a los problemas relativos al ejercicio y disfrute de la libre circulación, los ciudadanos de la Unión siguen esperando a las soluciones que faciliten su vida a la hora de viajar y vivir en la UE. En la siguiente figura se demuestran las principales dificultades de los ciudadanos de la Unión ejerciendo el derecho de libre circulación en la UE.

²⁴¹ WIHTOL DE WENDEN, C., “*La ciudadanía europea...*”, *op. cit.*, p. 17.

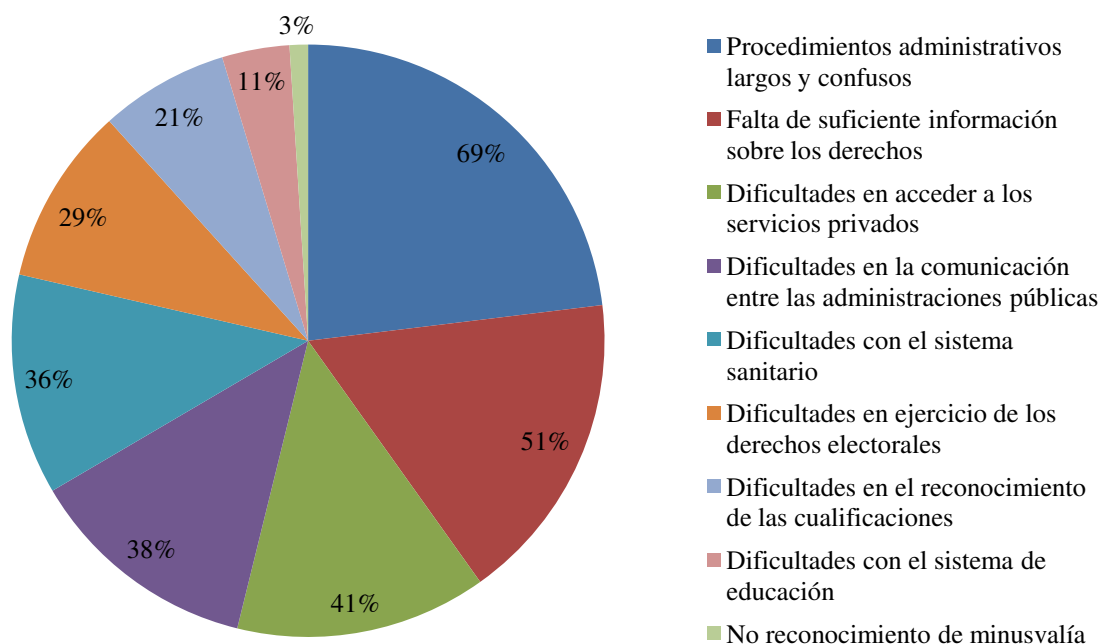
²⁴² Alrededor de 14 millones de ciudadanos de la UE han disfrutado de la libre circulación y ahora viven en otro país miembros de la UE. *Vid.* en “*Freedom to move and live in Europe. A Guide to your rights as an EU citizen*”, European Commission Directorate-General Justice, 2013, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/citizenship/docs/guide_free_movement_low.pdf, p. 5.

²⁴³ Los ciudadanos de la Unión realizan cada año miles de millones de viajes en el interior de la UE. Sin embargo, casi uno de cada cinco encuestados tuvo problemas relativos al disfrute de este derecho, sobre todo debido a los procedimientos administrativos largos y confusos.

²⁴⁴ Ver entre otras, por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Informe sobre la ciudadanía de la UE 2010, La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE*, COM (2010) 603 final.

²⁴⁵ Según el estudio del Comité de Regiones, uno de cada cuatro ciudadanos residentes en otro país de la UE señala problemas relativos al disfrute de tal derecho (27%), y casi uno de cada dos afirma, que el personal de las administraciones locales carece de información suficiente sobre sus derechos en la UE (47%). Varios operadores jurídicos opinan que el personal de las administraciones locales carece de las herramientas que comprendan plenamente las normas sobre libre circulación. *Vid.* Estudio de 2012 del Comité de las Regiones sobre «La promoción de la ciudadanía de la UE y los derechos de los ciudadanos por parte de los entes locales y regionales», disponible en: http://www.cor.europa.eu/en/news/forums/Documents/summary_cor_study_citizenship.pdf.

Figura nº 5: ¿Qué dificultades ha sufrido día a día en relación al ejercicio de los derechos de ciudadanía?



Fuente: EU citizenship consultation 2015, Common values, rights and democratic participation, Justice and Consumers, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2015_public_consultation_booklet_en.pdf, p. 32.

Algunos ciudadanos de la Unión, al ejercer la libre circulación en la UE, se enfrentaron también a los problemas relativos a la reagrupación familiar con los nacionales de terceros países. Por este motivo, puede que algunos de los obstáculos previstos en la tabla anterior se refieran también a los supuestos de reagrupación familiar entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países. A pesar de todas las preocupaciones de los ciudadanos de la Unión relativos al ejercicio de los derechos de ciudadanía, el reciente Eurobarómetro deja claro, «por lo menos en teoría», que la confianza de los ciudadanos de la Unión en la UE es superior a la confianza en los gobiernos nacionales²⁴⁶.

²⁴⁶ Eurobarómetro estándar de otoño de 2016, Bruselas, 22 de diciembre de 2016.

3.4 Los nacionales de terceros países en situación regular

Tras la expresión de «política de inmigración europea» se diferencian dos realidades jurídicas, la inmigración regular y la inmigración irregular. La diferencia entre los nacionales de terceros países establecidos en territorio europeo en situación regular e irregular, podría parecer extremadamente simple, aunque, por supuesto, no lo es²⁴⁷. La inmigración regular, por lo que respecta a los nacionales de terceros países está orientada cada vez más a atraer a un determinado perfil de los «no europeos», otorgándoles diferentes tipos de derechos. El Derecho de la UE ha apostado por el régimen sectorial en el campo de las políticas de inmigración regular, basado en la «categorización» y «selección de ciertos perfiles» de los nacionales de terceros países. Se tiende a entender que los nacionales de terceros países en situación regular tienen los mismos derechos que los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, el derecho de la libre circulación en la UE representa un buen ejemplo que niega por completo la previa afirmación. Como punto de partida, es cierto que los nacionales de terceros países en situación regular responden a un «determinado perfil» aceptado por el legislador europeo, mientras que los que se encuentran en situación irregular son considerados como personas «no muy deseadas» en el territorio de la UE. Ahora bien, aunque la UE trata de diferenciar de manera muy estricta a los nacionales de terceros países en situación regular e irregular, el mismo legislador europeo prevé varios instrumentos de «regularización de los nacionales de terceros países» una vez establecidos en el territorio europeo, tal y como se verá a continuación. Aunque el nacional del tercer país haya entrado a la UE cumpliendo todos los requisitos de admisión, la entrada legal no tiene por qué ir acompañada, necesariamente, por la estancia regular de este nacional en la UE. Por lo tanto, un nacional de un tercer país puede caer en situación irregular con independencia de las condiciones de entrada.

A pesar del amplio ámbito personal de la libre circulación de los nacionales de terceros países en situación regular, a la cual está dedicada la segunda parte de la presente tesis doctoral, no todos los nacionales procedentes de fuera de UE disfrutaban del

²⁴⁷ La diferencia entre la inmigración regular e irregular es difícil de determinar con precisión. Una de las posibles reside en que los migrantes regulares obtienen todos los documentos para entrar y moverse por el territorio de la UE antes de entrar al territorio europeo, mientras que los inmigrantes irregulares ni siquiera poseen los documentos necesarios para tal entrada. Véase, entre otros, BALL, R., *The Legitimacy of the European Union through Legal Rationality: Free Movement of Third Country Nationals*, Routledge, London, 2013, p. 125. SUTCLIFFE, B., “La migración y la ciudadanía: ¿por qué los pájaros y las hormigas cruzan las fronteras internacionales más fácilmente que los perros y los seres humanos?” en IBARRA, P., *et alii*, *Inmigración, Diferencia, Ciudadanía*, Hegoe, Vitoria, p. 24 y ss.

pleno contenido de la libre circulación en la UE. A este respecto, tanto el Derecho de la UE como la doctrina utilizan expresiones como «personas económicamente activas» y «personas económicamente inactivas»²⁴⁸, al diferenciar entre las distintas categorías de nacionales de terceros países en situación regular. Por lo general, «los nacionales de terceros países económicamente activos» son titulares de más derechos en comparación con los «económicamente inactivos». Tal y como se analizará a continuación, no existe una clara diferencia entre estas expresiones de personas «económicamente activas» o «económicamente inactivas», aunque las mismas son utilizadas por los operadores jurídicos. Además, los miembros de familia²⁴⁹ de los nacionales de terceros países se benefician, por extensión, de los derechos de movilidad otorgados a sus titulares. Cada día son más, los nacionales de terceros países que quieren establecer el territorio europeo como su destino laboral y/o personal utilizando alguna de las vías regulares de entrada. No obstante, el legislador europeo potencia la diferenciación de los nacionales de terceros países en relación al disfrute del contenido de la libre circulación. En concreto, las previsiones jurídicas relativas a la libre circulación, objeto del presente estudio se aplican solamente a los «buenos» nacionales de terceros países, es decir a los que están presentes en el territorio de la UE en situación regular. No obstante, ni siquiera los «buenos» disfrutan del pleno contenido de las previsiones jurídicas de la libre circulación en la UE.

²⁴⁸ Estas dos categorías de personas provienen de la regulación prevista en las primeras Directivas de la libre circulación en la UE. El Consejo aprobó tres Directivas en 1990 en las que extendió el derecho de libre circulación y residencia a amplias capas de población que no encajaban en el hecho económico que permitía la libre circulación de trabajadores y profesionales. Se trataba de los llamados «inactivos» laborales (rentistas, jubilados o pensionistas, estudiantes). Estas tres Directivas de 1990 fueron derogadas por la entrada en vigor, desde el 30 de abril de 2006, de la Directiva 2004/38/CE que regula este derecho con sus límites o excepciones para los ciudadanos de la Unión. La normativa de transposición en España es el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Dicha diferenciación según los intereses económicos prevista para los ciudadanos de la Unión se ha ampliado también a los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE.

²⁴⁹ La definición de los miembros de familia y de sus derechos varía según el estatuto legal del titular de libre circulación en la UE.

3.5 Los nacionales de terceros países en situación irregular

Hoy, los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países en situación regular conviven también con los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio europeo. Aunque el objetivo principal de la presente tesis no es el análisis de la inmigración irregular²⁵⁰, los nacionales de terceros países en dicha situación representan un número significativo de personas presentes en la UE. La presencia de los nacionales «irregulares» en el territorio de la UE influye en la percepción y en la vida de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE, el tema del presente análisis. En cuanto a la terminología, varios operadores jurídicos utilizan la palabra ilegal al referirse a la presencia de los nacionales de terceros países en situación irregular. No obstante, y de acuerdo con la Resolución 1509 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el uso del término «ilegal» tiene cierta preferencia cuando uno se refiere a los procedimientos, mientras que el término «irregular» es preferible cuando se hace referencia a las personas. En todo caso, expresiones como «inmigrante ilegal», «no-documentado», «inmigrante clandestino», «inmigrante en situación irregular» o simplemente «inmigrante»²⁵¹, son algunos ejemplos usados tanto por los medios de comunicación como por la ciudadanía para referirse a la entrada, estancia o circulación irregular de los nacionales de terceros países en el territorio europeo²⁵².

En esta misma línea, la «situación irregular» se refiere a la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada previstas en el Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en un determinado

²⁵⁰ Vid. más sobre la inmigración irregular, entre otros, en GUILD, E., “Who is an Irregular Migrant?”, en BOGUSZ, B., CHOLEWINSKI, R., CYGAN, A. y SZYSZCZAK, E. (Eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, p. 8. PROVERA, M., “The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union”, *CEPS*, nº 80, 2015. LE VOY, M. y VERBRUGGEN, A., “Ten Ways to Protect Undocumented Migrant Workers”, *PICUM*, 2005. BALDWIN-EDWARDS, M. y KRALER, A., *Regularisations in Europe*, Pallas Publications, Amsterdam, 2009. DE BRUYCKER, P., *Regularisations of Illegal Immigrants in the European Union*, Bruylant, Brussels, 2000.

²⁵¹ CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 2.

²⁵² La inmigración irregular o inmigración ilegal se debe a un proceso en el cual una persona se traslada a otro estado con el objetivo de cambiar el país de su residencia habitual incumpliendo la normativa de la inmigración. Vid. “*Migration, Key terms in 23 languages*”, Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, 2013, p. 14, disponible en: <file:///C:/Users/793543/Downloads/QC3013223ENC.pdf>, p. 22.

Estado miembro de la UE²⁵³. Aunque no siempre es el caso, la inmigración irregular viene acompañada por la entrada ilegal o entrada no autorizada al territorio de la UE, lo cual empeora aún más la percepción y la vida de los nacionales de terceros países «regulares». La actual preocupación por la inmigración irregular queda reflejada en varios instrumentos jurídicos adoptados recientemente por el legislador europeo, entre otros, en el Reglamento 2016/1953, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular²⁵⁴. Es sobre todo en la gestión de los flujos migratorios irregulares, donde se ha hecho una crítica constante debido al poco interés del Derecho de la UE en esta materia relacionada con el déficit de seguridad en el ELSJ.

En tal orden de ideas, el retorno de aquellos nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones para entrar, permanecer o residir en los Estados miembros forma una parte esencial de los esfuerzos generales para garantizar la credibilidad, el funcionamiento adecuado y eficaz de la política de migración de la Unión, como también para reducir y prevenir la migración irregular²⁵⁵.

Tabla nº 2: Los nacionales de terceros países presentes de forma irregular en la UE (2008-2015)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
UE-28	579,825	563,990	505,130	468,850	433,325	429,060	669,575	2,152,330
España	92,730	90,500	70,315	68,825	52,485	46,195	47,885	42,605
Francia	111,690	76,355	56,220	57,975	49,760	48,965	96,375	109,720

Fuente: “Asylum and managed migration” and “Demography and migration”, Eurostat, Datos extraídos a 18 de julio de 2016, <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

²⁵³ El artículo 3.2 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Por otras formas de inmigración irregular se entienden la estancia ilegal o la residencia no autorizada.

²⁵⁴ Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo, de 30 de noviembre de 1994 (DOUE L 311/13, 17.11.2016). El presente Reglamento establece un documento de viaje europeo uniforme para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, estableciendo la regulación de su formato, características de seguridad y especificaciones técnicas, según lo establecido en el artículo 1 del Reglamento 2016/1953. Este Reglamento es aplicable a partir del 8 de abril de 2017.

²⁵⁵ Considerando 1 del Reglamento 2016/1953.

Los datos de la tabla demuestran el constante aumento de los nacionales de terceros países en situación irregular en la UE. Cabe señalar que el incremento, muy significativo, entre el año 2014 y 2015 se debió a la «crisis migratoria». Por ello, no es nada extraño que tanto la UE como las autoridades nacionales estén dispuestos a legislar sobre todo en este campo en la actualidad. Con la finalidad de combatir la entrada, estancia y la circulación en la UE de los nacionales de terceros países en situación irregular, el legislador europeo ha adoptado varias medidas²⁵⁶. A este respecto, y según lo previsto en la Directiva destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular²⁵⁷, los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar, permanecer en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate²⁵⁸.

La inmigración irregular debilita los efectos del desarrollo legislativo de la política de admisión, entrada y estancia regular, como también perjudica, a la vez, a las políticas que tienen por objetivo la integración de los nacionales de terceros países en situación regular. A mi juicio, la UE debería contar con unas medidas y con una política activa para prevenir y combatir los flujos migratorios irregulares, pero, por otro lado, no debería privar de los derechos reconocidos a los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. Además, tanto el legislador europeo como las legislaciones nacionales establecen varios instrumentos jurídicos para «regularizar» al nacional de tercer país en situación irregular, atendiendo al criterio de sus vínculos familiares o a la duración de su estancia en un determinado Estado miembro. Sin embargo, muchas veces ni siquiera la regularización de sus estatutos jurídicos hace que

²⁵⁶ Entre otras, la Directiva 2009/52/CE para establecer normas mínimas sobre sanciones a los empleadores a los inmigrantes irregulares; la Directiva 2008/115/CE de retorno de inmigrantes; la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; o la Directiva 2001/40/CE sobre el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. Con la finalidad de luchar contra la trata de seres humanos, sobre todo la trata de las personas en situación irregular la UE ha adoptado varios instrumentos jurídicos para prevenir que los nacionales de terceros países en situación irregular sean objeto de trata de seres humanos. A este respecto se adoptó entre otros, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE L 101/I, 15.4.2011) que tiene por el objetivo definir las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos.

²⁵⁷ La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DOCE L 328/17, 5.12. 2002).

²⁵⁸ Artículo 1.1 de la Directiva 2002/90/CE.

los nacionales de terceros países se sientan plenamente integrados en la sociedad europea.

IV. EL ÁMBITO MATERIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN CON ARREGLO AL DERECHO DE LA UE

Por lo general, tanto en el Derecho de la UE como en el Derecho Internacional²⁵⁹, el concepto de «circulación» se refiere a un concepto jurídico complejo, compuesto por múltiples aspectos que no quedan, en modo alguno, agotados por su identificación con la libertad de viaje o desplazamiento²⁶⁰.

El Derecho de la UE emplea frecuentemente el concepto de «libre circulación» de forma amplia para referirse a un conjunto de derechos estrechamente vinculados. Hay que subrayar que el pleno disfrute del ámbito material de la libre circulación depende sobre todo del ámbito personal. Por lo tanto, no todos los titulares de libre circulación pueden disfrutar de su pleno ámbito material. Es más, el ámbito material varía según su titular. A este respecto, el concepto de la libre circulación no se refiere solamente al hecho de viajar a otro Estado miembro de la UE, o a moverse por el territorio sin fronteras interiores, sino que su ámbito es más amplio. El término «circulación» en el Derecho de la UE está referido al derecho de entrar, de desplazarse libremente, de residir en el territorio de un Estado miembro de la UE²⁶¹, así como también al derecho de salir de un Estado miembro de la UE. Todos estos derechos que forman la libre

²⁵⁹ El Protocolo nº 4 al CEDH, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, modificado por el Protocolo nº 11 Estrasburgo, 16.IX.1963, prevé en el artículo 2.1 la libertad de circulación, estableciendo que toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia. Ha de señalarse que la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 2 del Protocolo nº 4 al CEDH subsume en ocasiones las condiciones relativas al lugar de residencia en el concepto de libertad de circulación. Véanse, por ejemplo, las sentencias *Luordo c. Italia* de 17 de julio de 2003, nº 32190/96; *Villa c. Italia* de 20 de abril de 2010, nº 19675/06, y *Tatishvili c. Rusia* de 22 de febrero de 2007, nº 1509/02.

²⁶⁰ A tal respecto, véase, entre otros: SPAVENTA, E., *Free Movement of Persons in the European Union: Barriers to Movement in Their Constitutional Context*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007; BEYANI, C., *Human Rights Standards and the Movement of People Within States*, Oxford University Press, Oxford, 2000; y GOODWIN-GILL, G., *International law and the Movement of Persons Between States*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

²⁶¹ Véase, entre otros, por ejemplo; OLESTI RAYO, A., “La libre circulación de personas: desplazamiento y residencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., (Ed.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo VI: Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 325-387.

circulación son indisociables²⁶². La libertad de circulación de las personas físicas, entendida en términos genéricos, integra un conjunto de derechos relativos a la movilidad o la permanencia respecto a un determinado territorio, tradicionalmente vinculado al espacio de la soberanía estatal. Cabe señalar también, que las directivas en esta materia desglosan el contenido del derecho en dos libertades distintas: la de desplazamiento o circulación y la de residencia²⁶³.

Como ya se ha dicho, el legislador europeo regula bajo la expresión de libre circulación cuatro derechos distintos que a la vez están muy relacionados. El ejercicio de un derecho puede variar o no en virtud del previo ejercicio de otro derecho asociado a este último. A este respecto, el derecho de residencia es independiente del mero hecho de circular por el territorio de la UE²⁶⁴. Esta situación jurídica lleva a tener en cuenta, en cada caso concreto, además del ámbito personal, el ámbito material. Por lo tanto, es muy importante determinar correctamente cada derecho de la libre circulación debido a su relación con otros derechos. Tal y como ha señalado la Abogada General Sharpston, sería muy artificial no distinguir las diferentes consecuencias jurídicas asociadas a la entrada, a la residencia y/o a la movilidad en el territorio europeo.

El concepto de «libre circulación» es frecuentemente utilizado como rúbrica que enmarca a los distintos derechos²⁶⁵. Aunque el ámbito material de la libre circulación engloba también el derecho a residir en la UE, varias previsiones jurídicas mencionan solamente la expresión de la «libre circulación», mientras que otras normas incluyen en su título también la palabra «residencia», usando así la expresión de «libre circulación y residencia». En esta línea, el artículo 202 del TFUE muestra un buen ejemplo de la «libre circulación» como concepto que comprende tanto la entrada, el desplazamiento y la residencia en el territorio de la UE²⁶⁶. Varias de las disposiciones en la legislación

²⁶² Conclusiones del Abogado General Mayras en el asunto 36/75, *Rutili*, presentadas el 14 de octubre de 1975.

²⁶³ AYALA CADIÑANOS, I., “Artículo 45: Libertad de circulación y residencia. Geometría variable de un derecho en permanente construcción”, en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 794.

²⁶⁴ En este sentido, la Abogada General Sharpston en las Conclusiones dictadas al caso *Ruíz Zambrano* (mencionado más arriba) señala que «sería artificial no reconocer abiertamente que el de residencia es independiente del derecho de libre circulación».

²⁶⁵ Así se puede observar en: el artículo 3.2 del TUE; la rúbrica del Título IV de la Parte III del TFUE; el artículo 26.2 del TFUE; el artículo 45.1 del TFUE; y en los artículos 46 y 48 del TFUE.

²⁶⁶ Este artículo, enmarcado en el capítulo destinado a la asociación con los países y territorios de Ultramar, hace referencia a los actos que regirán la «libertad de circulación de los trabajadores de los países y territorios en los Estados miembros», sin que se ponga en duda que dichas normas

europea interpretan que el concepto de libre circulación engloba de forma interconectada e indivisible los diferentes elementos relacionados con la movilidad humana²⁶⁷. Se entiende que la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países entendida solamente desde su perspectiva más estricta, es decir, limitándose su alcance al «derecho a viajar», supondría limitar el alcance del mercado interior para los nacionales no europeos²⁶⁸.

Es de advertir que, obviamente, el TJUE tiene un rol muy importante a la hora de determinar e interpretar el contenido del ámbito material de la libre circulación de las personas en la UE. No se puede poner en duda la importante labor del TJUE a la hora de interpretar el Derecho (y de resolver los procedimientos que le competen) relativo a la libre circulación de las personas. La delimitación del ámbito material de la libre circulación de los nacionales de terceros países es más que necesaria para explicitar la lógica que gobierna la diferenciación del disfrute de este derecho por los ciudadanos de la Unión y por los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE.

4.1 La entrada al territorio de la UE

La entrada al territorio europeo representa el primer aspecto de la libre circulación. Es necesario insistir en que las condiciones de entrada varían según los titulares, esto es, dependen del estatuto jurídico del titular de la libre circulación. En la actualidad, la entrada de los nacionales de terceros países a la UE es, como es sabido, una política clave para el Derecho de la UE²⁶⁹. Se entiende que no existe margen de discrecionalidad para las autoridades competentes para decidir cuántas personas pueden acceder al territorio nacional, ni existe cupo de personas en relación a la tramitación y

comprenderían también previsiones relativas al derecho de residencia. En cuanto a la libre circulación de los trabajadores, nacionales de los Estados miembros de la UE, el legislador europeo establece que la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo; de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo; como también en derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo.

²⁶⁷ Véase HIGGINS, R., “The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country”, *International Affairs*, vol. 49, nº 31973, pp. 341-357.

²⁶⁸ HEDEMANN-ROBINSON, M., “Third-Country Nationals, European Union Citizenship and Free Movement of Persons: a Time for Bridges rather than Divisions”, *Yearbook of European Law*, vol. 16, 1996, pp. 321-362.

²⁶⁹ PÉREZ VERA, E., “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité et condition des étrangers”, *R. des C.*, vol. 261, 1996, p. 397.

resolución de las solicitudes de residencia que éstos cursen²⁷⁰. Sin embargo, esta afirmación es cierta solamente en los supuestos de la entrada de los ciudadanos de la Unión al territorio de la UE, y no en los supuestos de los nacionales de terceros países, donde sí se permite un cierto margen de apreciación. Por ello, las condiciones de entrada son diferentes para ambos, los ciudadanos de la Unión²⁷¹ y los nacionales de terceros países. Las condiciones de entrada del ciudadano de la UE, ya sea por motivos de trabajo, turismo, estudio etc., están reguladas en la Directiva 2004/38/CE²⁷².

En cuanto a los nacionales de terceros países, para entrar a cualquier Estado miembro de la UE, deberán cumplir, además de los requisitos generales de entrada legal previstos en el Código de fronteras Schengen, las condiciones específicas relativas a su estatuto legal y a los motivos por los cuales se desplazan a la UE.

Las condiciones de entrada previstas en el Código de fronteras Schengen responden a la regulación de una política que tiene por objetivo adoptar medidas relativas a las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período de tiempo²⁷³. En cuanto a las condiciones generales de entrada legal de los nacionales de terceros países se distingue: entre si la duración de la estancia es inferior o superior a 90 días en el período 180 días²⁷⁴; si es entrada en el espacio Schengen o no; y si es entrada con necesaria obtención del visado o no. Sin entrar en más detalles sobre las condiciones y limitaciones de la entrada de los nacionales de terceros países al territorio de la UE, cabe afirmar lo siguiente: los nacionales de terceros países gozan de «verdadera libre circulación» en el territorio de la UE, una libertad equiparable a la de los ciudadanos de la Unión, solamente durante la estancia inferior a 3 meses dentro del espacio Schengen, y si es el caso, aportando el visado uniforme. Ahora bien, para estas estancias, las condiciones generales de entrada para los nacionales de terceros países son: estar en

²⁷⁰ No hay que descartar la posibilidad de limitar territorialmente el ejercicio de la libertad de residencia, siempre que tales restricciones resulten, igualmente, aplicables a los propios nacionales. Véase la sentencia del TJCE, en el asunto 100/01, *Oteiza Olazábal*, de 26 de noviembre de 2002.

²⁷¹ Para entrar en calidad de ciudadano de la Unión en cualquier Estado miembro basta con la presentación del documento de identidad (o, en su caso, del pasaporte válido), para demostrar la nacionalidad de un Estado miembro.

²⁷² Considerando 9 y artículo 5 de la Directiva 2004/38/CE.

²⁷³ Artículo 77.1 y 77.2 (c) del TFUE.

²⁷⁴ En el caso *Bot*, el TJUE destaca que el término de «primera entrada» no se refiere solamente a la primera entrada a espacio Schengen sino también para cualquier otra primera entrada después de la expiración del nuevo período de 6 meses. *Vid.* la sentencia del TJCE, asunto C- 241/05, *Nicolae Bot v Préfet du Val-de-Marne*, de 3 de octubre de 2006.

posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera; estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo; estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista; disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen; no estar inscrito como no admisible en el SIS²⁷⁵; y no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública²⁷⁶. Para determinar todas las condiciones necesarias relativas a cada nacional de tercer país es necesario conocer su estatuto jurídico concreto. Por lo tanto, el Código de fronteras Schengen prevé solamente las condiciones generales de entrada al territorio de la UE²⁷⁷.

El Código de fronteras Schengen en vigor vuelve a reiterar que la movilidad de las personas en dicho espacio está sujeta a varias condiciones²⁷⁸, muchas veces no transpuestas de manera adecuada en las legislaciones nacionales²⁷⁹. Además, el propio Código de fronteras Schengen prevé también las condiciones de denegación de la entrada. Se negará la entrada al territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada antes mencionadas, mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación. La resolución será adoptada por la autoridad habilitada en virtud del derecho interno y surtirá efecto inmediatamente²⁸⁰. No obstante, y en relación a las

²⁷⁵ Reglamento (CE) n° 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DO L 381/4, 28.12.2006). Véase más sobre el SIS, entre otros, en: BROUWER, E., *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden-Boston, 2008, p. 566.

²⁷⁶ Artículo 6.1 del Código de fronteras Schengen. Las condiciones de entrada se detallan en el ANEXO I del Código de fronteras Schengen de 2016.

²⁷⁷ Se añade que se considera fecha de entrada el primer día de estancia en el territorio de los Estados miembros. La fecha de salida es el último día de estancia en el territorio de los Estados miembros. No se tendrán en cuenta para el cálculo de la duración de la estancia en el territorio de los Estados miembros los períodos de estancia autorizados por medio de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia.

²⁷⁸ De conformidad con el artículo 67.2 del TFUE y artículo 77.1 (b) del TFUE.

²⁷⁹ Véanse, Considerandos 8, 10, 11, 12 y 13, respectivamente, del Código de fronteras Schengen.

²⁸⁰ Artículo 14 del Código de fronteras Schengen al regular la denegación de entrada, prevé que la resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de la denegación se entregará mediante un impreso normalizado, como el que figura en el anexo V, parte B, cumplimentado por la autoridad habilitada por el Derecho interno para denegar la entrada. El impreso normalizado se entregará al nacional del tercer país de que se trate, quien acusará recibo de la resolución de denegación de entrada por medio de dicho impreso. Las personas a las que se deniegue la entrada tendrán derecho a recurrir dicha resolución. Los recursos se regirán por el Derecho interno. Los Estados miembros realizarán estadísticas

condiciones generales de entrada para los nacionales de terceros países en el espacio Schengen, los Estados miembros no pueden imponer a los nacionales de terceros países condiciones adicionales a las previstas en el Código de fronteras Schengen para autorizar su entrada en el territorio de la Unión²⁸¹. A pesar de que las previsiones jurídicas son bastante claras y precisas por los menos en «teoría», en práctica son muchos los casos de los nacionales de terceros países que se enfrentan a muchos problemas de interpretación de dichas normas ya sea antes de entrar o en la misma frontera de un determinado Estado miembro de la UE.

4.2 La residencia en un Estado miembro de la UE

Un elevado nivel de movilidad dentro de la UE influye en muchas realidades jurídicas, donde la residencia representa solamente una de ellas. El análisis jurídico de la libre circulación sin tener en cuenta las peculiaridades que presentan algunas formas legales de la residencia en los Estados miembros, se quedaría incompleto. La residencia en un Estado miembro de la UE representa sin duda alguna un aspecto muy importante. La gran parte de las personas al moverse a la UE está interesada sobre todo en residir en un determinado Estado miembro de la UE por un período superior a 3 meses.

Debido a la gran complejidad del régimen de residencia «europea», en relación a las condiciones, a la terminología y a las implicaciones jurídicas, es preciso analizar algunas de las cuestiones jurídicas que plantea el carácter indeterminado de la «residencia» en la normativa europea. Antes de analizar el término «residencia» a efectos de la legislación europea, conviene destacar que, este derecho no se ejerce independientemente de la situación económica y de la cobertura sanitaria y social. En este sentido, debe recordarse que hay dos categorías de personas que quedan al margen de poder disfrutar del derecho a residir en la UE: las personas que carezcan de recursos económicos suficientes²⁸², y las personas excluidas por razones de orden público,

sobre el número de personas a las que se denegó la entrada, los motivos de la denegación, la nacionalidad de las personas cuya entrada fue denegada y el tipo de frontera (terrestre, aérea, marítima) y, presentará todos estos datos cada año a la Comisión (Eurostat) de conformidad con el Reglamento (CE) n° 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo.

²⁸¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 21 de mayo de 2014, asunto C-575/12, *Air Baltic Corporation AS contra Valsts robežsardze*.

²⁸² Sobre esta noción, véase la sentencia del TJCE al asunto C- 408/03, *Comisión c. Bélgica*, de 23 de marzo de 2006.

seguridad o salud pública²⁸³. A pesar de que el derecho de establecer la residencia en otro Estado miembro de la UE ya no está subordinado, en teoría, a la realización de actividades económicas²⁸⁴, en la práctica, las categorías de personas «periféricas»²⁸⁵ están sujetas a limitaciones temporales o de otro tipo que no se aplicaban ni se aplican a la población económicamente activa en relación a residir en un determinado Estado miembro de la UE.

En esta misma línea, es muy importante subrayar el significado del término «residencia» tanto en la legislación europea como en la de los Estados miembros. Varias directivas, al mencionar los términos «residencia» y «residencia permanente», abren un amplio abanico de posibles interpretaciones del término en las legislaciones nacionales, por ejemplo en los supuestos para determinar la residencia temporal, habitual, etc. Estas cuestiones que pueden parecer algo baladíes, dan lugar en la práctica diaria a varios conflictos jurídicos en la práctica diaria. Como la residencia en otro Estado miembro conlleva asociados muchos derechos adicionales, la correcta fijación de la residencia de la persona que ejerce la libre circulación es fundamental, sobre todo, en relación, entre otros, al derecho a trabajar por cuenta propia o ajena, al derecho a percibir prestaciones sociales²⁸⁶, etc.

A los efectos del Derecho de la UE, se entiende por residencia la estancia superior a tres meses en un territorio de un Estado miembro. Sin embargo, la libertad de residencia en su significado estricto se refiere a la «residencia libre» solamente durante los primeros 3 meses de estancia en cualquier Estado miembro de la UE²⁸⁷.

En tal orden de ideas, el primer requisito relativo a la residencia se refiere a la duración de estancia de la persona en el Estado miembro de la UE. Por lo general, hablamos de tres posibles tipos de estancia. La estancia hasta tres meses, la que va de tres meses hasta 5 años y la estancia superior a cinco años. Cada tipo de estancia tiene

²⁸³ GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La libre circulación...”, *op. cit.*, p. 85.

²⁸⁴ PIETER VAN DER MEI, A., *Free movement of Persons within the European Community, Cross – Border Access to Public Benefits*, Oxford – Portland Oregon, Oxford, 200, pp. 43-45.

²⁸⁵ La expresión se refiere a los miembros de familia, los solicitantes de empleo, los jubilados, los estudiantes; *vid.* O’LEARY, S., “Free Movement of persons...”, *op. cit.*, p. 526.

²⁸⁶ Sentencia del TJUE, asunto C-333/13, *Dano*, de 11 de noviembre de 2014. Sobre la sentencia *Dano*, véase LIROLA DELGADO, I., “La sentencia *Dano*: ¿el punto final «malabarismos» del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente?”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 36, 2015; THYM, D., “When Union citizens turn into illegal migrants: the *Dano* case”, *European Law Review*, nº 2, 2015, pp. 249-262.

²⁸⁷ *Vid.* el asunto C-370/90, *Singh*, mencionado más arriba.

aparejadas diferentes consecuencias jurídicas. Además, los modelos de solicitud de residencia utilizan expresiones como; «la residencia permanente», «la estancia», «la residencia habitual», el «domicilio»²⁸⁸ o simplemente, la residencia²⁸⁹, sin especificar a qué tipo de residencia se refieren. Hay que apuntar también que la residencia temporal y la residencia permanente prevista en las legislaciones nacionales no siempre es equiparable con la definición prevista en varias directivas. En muchos instrumentos jurídicos, el Derecho de la UE asocia determinados derechos a la residencia sin ofrecer el contenido de tal término. El carácter indeterminado del término residencia representa un buen ejemplo de la necesidad de interpretar, por parte de los Estados miembros, el alcance de las normas europeas, al no prever el Derecho de la UE un concepto determinado y claro de las mismas. A este respecto, aparte de la residencia «europea» en general, la persona que quiere ejercer la libre circulación en la Unión, debe tener en cuenta las diferentes formas de la misma en cada Estado miembro.

La regulación jurídica de la residencia de los nacionales de terceros países en la UE está prevista en el artículo 79 del TFUE. Sin entrar en más detalle, el segundo apartado del mismo establece que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas entre otros, en el ámbito de la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la *libertad de circulación y de residencia* en los demás Estados miembros²⁹⁰. En este sentido, hay que destacar que el derecho de la UE solamente prevé la regulación de la residencia legal para los nacionales de terceros países que se encuentran en situación regular en la UE. Al igual que se observa en las condiciones de entrada, la residencia de los nacionales de

²⁸⁸ En la sentencia del TJUE al asunto T-431/10, *Nencini/Parlamento Europeo*, de 4 de junio de 2013, el demandante alega, el carácter erróneo de la interpretación del concepto de «domicilio» que no puede hacerse coincidir con el concepto de «residencia» habitual.

²⁸⁹ En España, por ejemplo, la residencia puede ser de carácter temporal o de larga duración. El artículo 40.1 del Código Civil español establece que, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil. Hay que tener en cuenta que tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 operada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, y tal y como dispone la Disposición Adicional primera, “Todas las referencias a los términos residencia permanente o residente permanente contenidas en el Ordenamiento Jurídico se entenderán referidas a la residencia o residente de larga duración”, BOE, nº 299, de 12 de diciembre de 2009.

²⁹⁰ El apartado cuarto del artículo 79 del TFUE vuelve a reiterar que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

terceros países en la UE está sujeta a varias condiciones previstas sobre todo en Derecho europeo derivado, atendiendo a cada caso concreto en particular. En la práctica, se puede afirmar que el régimen jurídico de la residencia en la UE depende de las respuestas a las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es el estatuto jurídico de su titular?
- ¿Cuál es la duración estimada de la estancia?
- ¿Cuál es la finalidad de residir en otro Estado miembro de la UE?

4.2.1 Los permisos de residencia según la Directiva 2004/38/CE

El legislador europeo con la intención de distinguir entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países ejerciendo la libre circulación, establece diferentes tipos de documentos de residencia para cada titular. Antes de entrar a analizar este punto conviene tener en cuenta un par de consideraciones. En primer lugar, que la libre circulación de los nacionales de terceros países, miembros de familia de ciudadanos de la Unión está regulada en la Directiva 2004/38/CE. Y en segundo lugar, que la residencia de los ciudadanos de la Unión no está sujeta a ninguna formalidad hasta los 3 meses de estancia, y hasta los 6 meses para los ciudadanos de la Unión en calidad de solicitantes de empleo²⁹¹. Por lo tanto, la residencia, según la Directiva 2004/38/CE, comprende el período de tiempo superior a 3 meses e inferior a 5 años. Las condiciones de residencia para los ciudadanos de la Unión, según la mencionada Directiva, quedan resumidas en la tabla que se muestra a continuación.

²⁹¹ En virtud de lo establecido en la Directiva 2004/38/CE, los solicitantes de empleo tienen derecho a residir sin condiciones adicionales durante seis meses e incluso más, si siguen buscando empleo en el país de acogida y tienen «verdaderas posibilidades» de obtenerlo, (por ejemplo, si tiene pendiente alguna prueba o entrevista). Una vez agotado dicho período, el ciudadano que busca empleo no puede ser expulsado si demuestra que continúa buscando empleo de manera activa y/o si dispone de oportunidades y perspectivas reales de encontrarlo. La expresión de las oportunidades y de las perspectivas reales, sin duda, es una expresión muy amplia que ha dado lugar a más de un par de preguntas; entre otras: ¿Bajo qué circunstancias particulares se podría exigir la prueba de la búsqueda de empleo? ¿Es necesario que el solicitante haya buscado empleo sólo dentro de su ámbito de especialización, o se le exige que haya buscado cualquier empleo, con independencia de las condiciones? En todo caso, tales comprobaciones parecen formar parte más bien del estudio detenido de las circunstancias personales del solicitante. *Vid.* más, entre otros, en Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 6 de noviembre de 2013, asunto C-423/12, *Flora May Reyes contra Migrationsverket*.

Tabla nº 3: Las condiciones para ejercer el derecho de residencia en la Directiva 2004/38/CE

ESTATUTO LEGAL	RESIDENCIA DE 3 MESES HASTA 5 AÑOS	RESIDENCIA PERMANENTE
Trabajadores/ sus familiares (DNI o pasaporte válido)	-Justificación de la actividad económica en el Estado de acogida (un contrato de trabajo, desarrollo de una actividad profesional autónoma, marcha de un negocio, etc; no necesidad de presentar nóminas)	Residencia legal continuada (5 años ²⁹²) Pérdida: ausencia por un período superior 2 años consecutivos, excepto: - Ausencia temporal de no más de 6 meses a 1 año - Servicio militar obligatorio - Ausencia máxima de 12 meses por motivos de embarazo, parto, enfermedad grave, estudios o una formación profesional.
Desempleados, jubilados y rentistas/ sus familiares (DNI o pasaporte válido)	-Pruebas de que disponen de recursos suficientes para que no representen una carga para la Asistencia Social del Estado de acogida -Pruebas de que disponen de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos posibles	
Estudiantes/ sus familiares (DNI o pasaporte válido)	-Declaración o documento equivalente de recursos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de Asistencia Social del Estado de acogida -Suscripción del seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos posibles -Prueba de estar matriculados en un centro de enseñanza reconocido con la principal finalidad de seguir un curso de estudios o de formación profesional	

Fuente: Elaboración propia, en base a la Directiva, y a: *Freedom to move and live in Europe, A Guide to your rights as an EU citizen*, 2010, pp.17-19.

²⁹² Un trabajador por cuenta ajena o propia puede adquirir, bajo ciertas condiciones, el derecho de residencia permanente antes de que finalice un período continuo de 5 años de residencia en los tres casos que se señalan a continuación cumpliendo unas condiciones. En primer lugar, al llegar a la edad que da derecho a una pensión de vejez jubilación. En este supuesto se exige la residencia de forma continua durante más de tres años. En segundo lugar, por la incapacidad permanente para trabajar, cuando haya residido de forma continua durante más de dos años.

De lo establecido en la Directiva 2004/38/CE se desprende que la residencia está sujeta a condiciones económicas. La Directiva, en concreto, pretende evitar que los ciudadanos económicamente inactivos de la Unión utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para financiar su medio de vida²⁹³. Esta realidad jurídica confirma que la UE en sus orígenes no se creó como una Unión de ciudadanos, sino que su creación respondió a los intereses económicos, donde el núcleo central era el ciudadano – trabajador²⁹⁴. Pues bien, podría decirse que puede observarse algo parecido actualmente en la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE, tal y como se verá a continuación.

En relación a la residencia permanente de los nacionales de terceros países en virtud de lo establecido en la Directiva 2004/38/CE, el TJUE recuerda en el asunto *Nnamdi Onuekwere*, en primer lugar, que un nacional de un tercer país, miembro de familia de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su derecho de libre circulación, únicamente puede computar a efectos de la adquisición de un derecho de residencia permanente los períodos que ha estado con ese ciudadano. Por consiguiente, los períodos durante los cuales no ha residido con ese ciudadano, en este supuesto concreto, debido a su encarcelamiento en el Estado miembro de acogida, no pueden computarse a tales efectos. En el presente asunto el TJUE añade que los períodos que preceden y siguen a los de estancia en prisión no pueden sumarse para alcanzar la duración mínima de cinco años requerida para la obtención de un derecho de residencia permanente²⁹⁵.

²⁹³ Conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto C-140/12, *Pensionsversicherungsanstalt contra Peter Brey*, 29 de mayo 2013.

²⁹⁴ Aunque es cierto que también los ciudadanos de la Unión que no tengan o hayan dejado de tener la condición de trabajador deben disponer de recursos suficientes.

²⁹⁵ Sentencia del TJUE, asunto C-378/12, *Nnamdi Onuekwere/Secretary of State for the Home Department Secretary of State for the Home Department*, de 16 de enero de 2014. En el presente asunto, mediante su matrimonio con una ciudadana irlandesa que había ejercido su derecho de libre circulación en el Reino Unido, el Sr. Onuekwere, nacional nigeriano, obtuvo un permiso de residencia de una validez de cinco años en dicho Estado miembro. Durante su estancia en el Reino Unido en calidad de miembro de familia de un ciudadano de la Unión, el Sr. Onuekwere fue condenado en varias ocasiones por los tribunales británicos por diversos delitos y encarcelado durante un período total de tres años y tres meses. El Sr. Onuekwere solicitó posteriormente una tarjeta de residencia permanente invocando, en particular, que, puesto que su esposa había adquirido el derecho de residencia permanente, dicho derecho debía igualmente concedérsele a él. Por otra parte, alega que la duración total de su residencia en el Reino Unido (incluidos los períodos de encarcelamiento) supera ampliamente el plazo de cinco años exigido para la concesión de ese derecho. Subraya, además, que aun cuando no se computasen los períodos de estancia en prisión a esos efectos, el tiempo total transcurrido sin contar tales períodos es superior a cinco años.

A pesar de varios intentos por parte de legislador europeo, a día de hoy no existe un documento armonizado al nivel de la UE que regule los diferentes tipos de residencia. Cada Estado miembro utiliza sus propios formatos para expedir los permisos de residencia, incluso a sabiendas que el ejercicio legal de la libre circulación de las personas está supeditada en muchos Estados miembros a la tenencia de estos documentos. Aparte del permiso de residencia para cada «categoría específica» de nacionales de terceros países, el legislador europeo también establece la regulación jurídica mínima de los permisos de residencia en virtud de la Directiva 2004/38/CE para los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos de reagrupación familiar con los ciudadanos de la Unión. Por lo tanto, en los supuestos de la reagrupación familiar entre el nacional de tercer país y el ciudadano de la Unión, las autoridades nacionales deben comprobar el instrumento jurídico a aplicar a la residencia de estos nacionales procedentes de fuera de la UE.

Los permisos de residencia según lo previsto en Directiva 2004/38/CE son:

1. Certificado de registro²⁹⁶ – para los ciudadanos de la Unión y sus miembros de familia que sean asimismo ciudadanos de la Unión. Los ciudadanos de la UE que residen en un país de la UE distinto del suyo durante más de tres meses pueden estar obligados a registrarse ante las autoridades locales de un determinado Estado miembro de la UE, en cuyo caso reciben un certificado de registro²⁹⁷.
2. Tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión²⁹⁸ – se expide a los miembros de familia de los ciudadanos de la Unión que no tengan nacionalidad de un Estado miembro. A este respecto es interesante subrayar que ningún Estado miembro puede condicionar el derecho de entrada en su territorio de un nacional de un tercer país a la obtención previa de un visado cuando esa

²⁹⁶ Artículo 8.2 de la Directiva 2004/38/CE.

²⁹⁷ Los permisos de residencia para los ciudadanos de la Unión se han suprimido por la Directiva y se han reemplazado por los certificados de registro. A este efecto, quedan aún muchos Estados miembros que utilizan la terminología inapropiada cuando se refieren a estos certificados, y utilizan términos como permiso de residencia etc.; *vid.* más en “*Freedom to move and live in Europe, A Guide to your rights as an EU citizen*”, European Commission Directorate-General Justice, 2013, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/citizenship/docs/guide_free_movement_low.pdf, p. 15.

²⁹⁸ Artículos 9.1 y 10.1 de la Directiva 2004/38/CE.

persona sea titular de una «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión»²⁹⁹.

3. El documento que certifique la residencia permanente - a petición de los interesados, los Estados miembros expedirán a los ciudadanos de la Unión con derecho de residencia permanente un documento que certifique dicha residencia permanente, tras verificar la duración de la misma³⁰⁰.
4. Tarjeta de residencia permanente³⁰¹ – se expide a los miembros de familia con derecho a residencia permanente que no sean nacionales de un Estado miembro.

En la práctica, los Estados miembros no distinguen de manera adecuada entre los diferentes modelos de permisos de residencia, utilizando, muchas veces la terminología incorrecta. Así, las legislaciones de algunos Estados miembros siguen hablando de

²⁹⁹ La problemática de la tenencia previa de un visado por parte de un nacional de tercer país, titular de tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión, dio lugar a la sentencia del TJUE, asunto C-202/13, *McCarthy y otros*, de 18 de diciembre de 2014. En este asunto, el TJUE cuestiona si un Estado miembro puede adoptar una medida de aplicación general encaminada a denegar, anular o retirar el derecho que exime de la obligación de obtener un visado de entrada a los miembros de la familia que no son nacionales de un Estado miembro y son titulares de tarjetas de residencia expedidas. El Sr. McCarthy está casado con la Sra. McCarthy Rodríguez, y Natasha Caley McCarthy Rodríguez es hija de ambos. Los tres residen desde 2010 en Marbella (España) y viajan con regularidad al Reino Unido, donde poseen una vivienda. El Sr. McCarthy tiene la doble nacionalidad británica e irlandesa, y la Sra. McCarthy Rodríguez, de nacionalidad colombiana, es titular de una tarjeta de residencia expedida en 2010 por las autoridades españolas. La legislación del Reino Unido obliga a la Sra. McCarthy Rodríguez a solicitar previamente la expedición de un permiso de familiar EEE para poder entrar en el Reino Unido. Este permiso de familiar tiene una vigencia de seis meses y puede renovarse, a condición de que el solicitante acuda en persona a una misión diplomática del Reino Unido en el extranjero y cumplimente un formulario que contiene preguntas sobre sus recursos económicos y su situación profesional. Así, cada vez que desea renovar dicho permiso de familiar, la Sra. McCarthy Rodríguez debe desplazarse desde Marbella hasta la misión diplomática del Reino Unido en Madrid ya que las autoridades británicas argumentaron que, de no hacerlo así, se podría tratar de un «problema sistémico» de abuso de derecho y de fraude por parte de nacionales de terceros países en falsificar dichas tarjetas. En particular, no existe un modelo uniforme para esas tarjetas. Sin embargo, en su opinión, las tarjetas de estancia expedidas por la República Federal de Alemania y por la República de Estonia cumplen unos criterios de seguridad apropiados, en particular los establecidos por la Organización de Aviación Civil Internacional, de modo que está previsto modificar la normativa nacional controvertida en el litigio principal en lo que respecta a las personas que dispongan de una tarjeta de residencia emitida por alguno de estos dos Estados miembros. El TJUE hace constar que no permite que un Estado miembro, persiguiendo un objetivo de prevención genérica, someta a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y sean titulares de una tarjeta de residencia válida, por las autoridades de otro Estado miembro, a la obligación de estar en posesión, en virtud del Derecho nacional, de un permiso de entrada para poder entrar en su territorio, como el permiso de familiar EEE (Espacio Económico Europeo).

³⁰⁰ Artículo 19.1 de la Directiva 2004/38/CE.

³⁰¹ Artículo 20.1 de la Directiva 2004/38/CE.

permisos de residencia, de visados de corta duración, de larga duración etc., generando así un «caos» para los propios titulares de tales permisos, como también para el buen funcionamiento de la administración en general. Además, para conceder un documento es necesario cumplir con todas las condiciones relativas al tipo concreto de residencia e incluso algunos Estados miembros añaden más requisitos, muchas veces incompatibles con el espíritu de la Directiva³⁰². La Directiva permite que para la concesión de los certificados y tarjetas de residencia, los Estados miembros puedan definir un conjunto de criterios orientativos para evaluar si la residencia en el Estado miembro de acogida es auténtica y efectiva³⁰³. Ahora bien, este tipo de documentos, los cuales muchas veces no requieren ni siquiera la foto de su titular y tienen la forma de un folio, no generan mucha confianza, entre otros, para los trabajadores de las oficinas de correos³⁰⁴. Los certificados de registro de los ciudadanos de la Unión no siempre se aceptan como documentos de identidad en la UE (especialmente por entidades privadas, tales como bancos, empresas, etc.). Las empresas privadas no se encuentran cómodas a la hora de aceptar documentos «extranjeros» como prueba de identidad. A todo ello hay que añadir que los Estados miembros utilizan diferente tamaño y formato en dichos permisos. Por todos estos motivos, no es de extrañar que en la consulta pública a la ciudadanía de la UE, los ciudadanos reclamaran soluciones que les simplificasen la vida y reforzasen su identificación con la UE, incluso mediante documentos europeos uniformes³⁰⁵. No

³⁰² Algunos Estados miembros requieren la presentación de una documentación muy específica, como un certificado de matrimonio traducido oficialmente para probar el parentesco, o la posesión de un seguro de salud, etc. Por ejemplo, la República Checa obliga a los ciudadanos de la UE y sus familiares a presentar un certificado de alojamiento con sus solicitudes de residencia en la UE.

³⁰³ Entre otros, por ejemplo, las circunstancias en las que el ciudadano de la UE en cuestión se trasladó al Estado miembro de acogida (calidad en la que el ciudadano de la UE reside en el Estado miembro de acogida, etc.), el grado de eficacia y autenticidad de la residencia en el Estado miembro de acogida (esfuerzos realizados para establecerse en el Estado miembro de acogida, la matriculación de los niños en un centro de enseñanza), las circunstancias en las que el ciudadano de la UE en cuestión retornó a su lugar de origen (retorno inmediatamente después de contraer matrimonio con un nacional de un tercer país en otro Estado miembro).

³⁰⁴ Para recoger una carta de correo certificado en la oficina de correos o para hacer el abono de autobús, un certificado de ciudadano de la Unión no es considerado como un documento válido, pero para solicitar una beca, presentarse a las oposiciones de un Estado miembro, un contrato etc., sí es considerado como documento válido.

³⁰⁵ La acción en cuestión solamente será aplicable a los Estados miembros que expiden documentos de identidad o certificados de registro, ya que en algunos países, como por ejemplo en el República Eslovaca y la República Checa, no existe un sistema de registro para los ciudadanos de la Unión sino que estos tienen la obligación de notificar su presencia a las autoridades policiales, sancionando su incumplimiento con multa. *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones, *Informe sobre la ciudadanía de la UE 2013 Ciudadanos de la UE: vuestros derechos, vuestro futuro*, COM (2013) 269 final, pp. 11-13.

obstante, hasta hoy no se ha adoptado la regulación armonizada de la UE para regular la estancia legal superior a 3 meses en el territorio de la UE. Es de advertir que esta regulación de la residencia superior a 3 meses sigue adoleciendo de una complejidad de la que deriva una considerable falta de claridad en cuanto a su alcance y contenido. Esta situación jurídica se debe a la existencia de una pluralidad de regímenes aplicables.

4.2.2 El permiso de residencia para los nacionales de terceros países

El nacional de tercer país que decide quedarse en el territorio de un Estado miembro de la UE por más de tres meses, tiene su estancia sujeta a la tenencia de autorización o del permiso de residencia. Por ello, la estancia, superior a 90 días, de los nacionales de terceros países en un territorio de la UE requiere además de la obligación del visado (para ciertas categorías de los nacionales de terceros países), la tenencia de un permiso de residencia. Aparte de los permisos de residencia previstos para los nacionales de terceros países miembros de familia de ciudadanos europeos (regidos por la Directiva 2004/38/CE), el Derecho de la UE prevé un modelo uniforme de permiso de residencia para los nacionales de terceros países³⁰⁶. La legislación europea prevé que es necesario garantizar un trato justo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros, con el fin de aproximar su estatuto jurídico al de los nacionales de la UE, legislación que se concreta en el Reglamento 1030/2002³⁰⁷. El permiso concedido en virtud de este Reglamento debería cumplir con el objetivo de equiparar la situación jurídica de los ciudadanos de la Unión con los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. El permiso uniforme en virtud del presente Reglamento no se aplica tampoco a los miembros de familia de los nacionales de Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio que son parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ni a los nacionales de terceros

³⁰⁶ Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOCE L 157/I, 15.6.2002), en adelante Reglamento 1030/2002. De conformidad con los Protocolos sobre la posición de Dinamarca y de Irlanda, estos no participan en la adopción del presente Reglamento. Sin embargo, el Reino Unido notificó, mediante carta fechada el 3 de julio de 2001, su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.

³⁰⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos*, COM (2008) 359 final, p. 5.

países exentos de la obligación de visado y autorizados a residir en un Estado miembro durante un periodo inferior a tres meses³⁰⁸.

Como se verá más adelante, son muchas las directivas que regulan las condiciones de entrada y de estancia de los nacionales de terceros países en la UE, regulando la expedición de los permisos de residencia en cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente Reglamento 1030/2002. A este respecto, y como la estancia superior a tres meses del nacional del tercer país depende del motivo por el que se desplaza, en los permisos de residencia se anota dicho motivo. Se precisa que resulta esencial que el modelo uniforme de permiso de residencia incluya toda la información necesaria y que se haga con arreglo a normas técnicas muy desarrolladas, en particular para evitar imitaciones y falsificaciones³⁰⁹. Por lo tanto, los permisos de residencia³¹⁰ expedidos por los Estados miembros a nacionales de terceros países se ajustan a un modelo uniforme y tienen espacio suficiente para toda la información necesaria a incluir. A este respecto, se prevé que el modelo uniforme podrá ser una etiqueta adhesiva o constituir un documento independiente. Además, los Estados miembros podrán añadir al modelo uniforme, en el espacio destinado a tal efecto, datos de importancia relativos al tipo de permiso y a la situación jurídica del interesado, en particular para indicar si dicho interesado está autorizado a trabajar o no³¹¹. Como se puede observar, la importancia de la admisión de los nacionales de terceros países en el territorio europeo por motivos laborales está reflejada incluso en relación al modelo uniforme del permiso de residencia. Además, el modelo de permiso uniforme requiere el uso de técnicas específicas relativas, entre otras, a nuevos elementos y requisitos de seguridad. Dichas especificaciones no se publicarán y se mantendrán secretas³¹². El anexo del Reglamento 1030/2002 establece los requisitos a cumplir para la expedición del permiso de residencia uniforme. Además de la información relativa a los datos personales de cada solicitante y descripción del permiso en general, el anexo establece las normas del color y procedimiento de impresión, del material, de las técnicas de

³⁰⁸ Artículo 5 del Reglamento 1030/2002.

³⁰⁹ Considerando 5 del Reglamento 1030/2002.

³¹⁰ A efectos del Reglamento 1030/2002, y según lo previsto en el artículo 2 (a) del mismo, «permiso de residencia» es cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permite a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio, con la excepción de visados, y permisos expedidos durante el examen de una solicitud de permiso de residencia o de asilo, permisos expedidos para una estancia no superior a seis meses.

³¹¹ Artículo 1.1 del Reglamento 1030/2002.

³¹² Artículo 3 del Reglamento 1030/2002.

impresión, de las técnicas de protección contra el copiado y de expedición. En el mismo anexo del Reglamento 1030/2002 se puede observar, asimismo, el ejemplo del permiso de residencia para nacionales de terceros países en forma de tarjeta, como también en forma de etiqueta adhesiva para facilitar la labor de las administraciones nacionales y unificar lo máximo posible el formato de los permisos en toda la UE. A pesar de muchos intentos de unificar los formatos de los permisos de residencia a nivel europeo, todos los permisos «europeos» se expiden en paralelo con los diversos formatos de permisos nacionales otorgados para los nacionales de terceros países.

En relación a los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal y que cooperen con las autoridades competentes, el Derecho de la UE concede permisos de residencia en virtud de la Directiva 2004/81/CE³¹³. Esta Directiva tiene por objeto definir las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada, a sus titulares en función de la duración de los procedimientos nacionales pertinentes³¹⁴. Las principales características del presente permiso son: la duración limitada del permiso y la cooperación en la lucha contra la trata de seres humanos. Este tipo de permisos se expide solamente a los nacionales de terceros países que sean o hayan sido víctimas de delitos relacionados con la trata de seres humanos, aún cuando hayan entrado ilegalmente en el territorio de los Estados miembros³¹⁵. Una de las críticas que recibe esta regulación descansa en que permite una cierta regularización de los nacionales de terceros países presentes en el territorio de la UE en situación irregular. El permiso de residencia tendrá una validez de seis meses como mínimo y se prevé su renovación cumplidas varias condiciones³¹⁶. Además, los Estados miembros definirán las normas por las que se autorizará a los titulares de este permiso de residencia a acceder al mercado laboral, a la formación profesional y a la educación. Se añade que el acceso al mercado laboral se limitará a la duración del permiso de residencia³¹⁷. Cuando expire el permiso de residencia expedido de conformidad con la

³¹³ Los permisos se expiden en virtud de lo previsto en la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, (en adelante Directiva 2004/81/CE) relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DOUE L 261/19, 6.8.2004).

³¹⁴ Artículo 1 de la Directiva 2004/81/CE.

³¹⁵ Artículo 3.1 de la Directiva 2004/81/CE.

³¹⁶ Artículo 8.3 de la Directiva 2004/81/CE.

³¹⁷ Artículo 11.1 de la Directiva 2004/81/CE.

presente Directiva, se aplicará la legislación de extranjería ordinaria³¹⁸. En la siguiente tabla se puede observar el número de permisos otorgados en los Estados miembros en base a esta Directiva 2004/81/CE hasta el año 2012.

Tabla nº 4: El permiso de residencia en base a la Directiva 2004/81/CE en los Estados miembros (2010-2012)

ESTADO MIEMBRO	2010	2011	2012
Bélgica	110	73	110
España	52.3	40.6	40.8
Croacia	1	1	2
Chipre	52	40	37
República Checa	13	1	15
Estonia	NO DATOS	0	0
Francia ³¹⁹	139	184	196
Alemania	36	19	23
Grecia	88	75	74
Hungría	0	0	0
Irlanda	52	42	17
Italia	NO DATOS	NO DATOS	1,038
Letonia	0	0	0
Lituania	0	0	0
Luxemburgo	0	0	0
Malta	0	0	0
Países Bajos	372	417	400
Finlandia	0	2	22
Polonia	0	5	17
Eslovaquia	0	0	0
Eslovenia	1	2	2

³¹⁸ Artículo 13.2 de la Directiva 2004/81/CE.

³¹⁹ Estos números se refieren tanto a la expedición como a la renovación de los permisos de residencia a las víctimas.

España ³²⁰	NO DATOS	22	96

Fuente: Eurostat (2015) Trafficking in Human Beings.

Como se puede ver en la tabla, son muchos los Estados miembros que aún no han expedido ningún permiso de residencia en virtud de la mencionada Directiva. Estos datos ponen en cuestión la eficacia de este instrumento jurídico.

4.3 La movilidad dentro de la Unión

La desaparición de las fronteras interiores entre los Estados miembros de la UE, con la consiguiente movilidad dentro del espacio Schengen sin controles, representa sin duda alguna, uno de los mayores logros asociados a la libre circulación en la legislación europea. Por lo que respecta a la libertad de desplazamiento, ésta puede hacerse valer bien en todo territorio de la Unión, o bien dentro del territorio de cada uno de los Estados miembros. Todos los días muchas «personas móviles» cruzan las fronteras para ir a trabajar o solamente hacer compras en otro Estado miembro de la UE sin tener que presentar ningún documento de identidad. Por lo tanto, en las fronteras terrestres, aéreas o marítimas entre los Estados firmantes del Acuerdo Schengen no existen controles sistemáticos, con independencia de la nacionalidad de las personas. Así, la libertad de desplazamiento supone la libre movilidad por el territorio de espacio Schengen sin los controles al cruzar las fronteras interiores³²¹. Resulta claro que no existe una supresión de fronteras en su sentido estricto, sino simplemente la supresión de los controles en las fronteras interiores³²².

Cruzar la frontera de manera automática forma parte diaria de muchas personas en la UE. Además, varios estudios apuntan a que la movilidad dentro de la Unión de todos los actores económicos, incluidos los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE, ayuda a aumentar la competitividad del mercado europeo y

³²⁰ Los datos proporcionados por las autoridades nacionales.

³²¹ GOIZUETA VÉRTIZ, J., “Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., GARCÍA VÁZQUEZ, S. y GOIZUETA VÉRTIZ, J., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Materiales de Innovación docente Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 432.

³²² MUÑOZ AUNIÓN, A., “Política migratoria...”, *op. cit.*, pp. 100-101.

enriquece a la sociedad europea³²³. No obstante, y tal como se verá a continuación, los nacionales de terceros países en la UE disponen de un «(in)existente derecho a ser móviles»³²⁴ dentro de la UE en comparación con los ciudadanos de la Unión.

Debe constatar que el derecho a desplazarse por un determinado espacio territorial tiene un fuerte componente instrumental, en el sentido de que se trata de una facultad orientada en buena medida hacia la libre elección del lugar de residencia³²⁵. Sin embargo, el Derecho de la UE añade a la libre elección de residencia, a través de la movilidad dentro de la Unión, un factor más, el de no tener la obligación de residir para poder vivir y/o trabajar en otro Estado miembro de la UE. No obstante, no todas las personas presentes en la UE disfrutan de la movilidad interior en la UE. La libre circulación en su vertiente de la movilidad interior en el territorio europeo, reitera, para los nacionales de terceros países, la concepción «premoderna» de la ciudadanía, en la que ésta opera como motivo de exclusión y diferenciación social³²⁶.

Hace un par de años, las limitaciones persistentes a la libre circulación en su vertiente de desplazamiento dentro de la UE residían principalmente en los temores de algunos de los Estados miembros fundadores ante un fuerte movimiento de trabajadores que emigraban de países con bajos ingresos a los Estados miembros. Hoy en día, la situación ha cambiado de manera muy significativa. En los recientes años se han ido añadiendo categorías de personas que residen legalmente en territorio de la UE, debido a las nuevas exigencias y necesidades, principalmente demandadas por los sectores empresariales³²⁷. No obstante, la regulación de la movilidad dentro de la UE de estos

³²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, COM(2011) 743 final, p. 5.

³²⁴ Vid. más en SOBOTOVICOVA, S., “El contenido del (in)existente “derecho” a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y LABAYLE, H. (Dirs.), *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, European Inkings (EUi), nº 8, IVAP, Oñati, 2016, pp. 419-449.

³²⁵ Conclusiones del Abogado General, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, *Alo y Oso*, presentadas el 6 de octubre de 2015.

³²⁶ DE JULIOS CAMPUZANO, A., “La paradoja de la ciudadanía: Inmigración y derechos en un mundo globalizado”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 7, 2003, p. 4.

³²⁷ En un principio, la necesidad de reglamentar la situación de los nacionales de terceros países aparece ligada en la Comunidad a la crisis económica de los años setenta y a la falta de mano de obra. Mediante estos instrumentos jurídicos, se intenta garantizar una serie de derechos y prerrogativas básicas a favor de estos extranjeros que se encuentran legalmente trabajando en el territorio de los Estados miembros. Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Los nacionales de terceros...”, *op. cit.*, p. 34.

«nuevos europeos» no ha tenido lugar de manera uniforme, como se observará más adelante.

En esta misma línea, la movilidad dentro de la Unión ya no responde solamente a los fines asociados a la idea del libre mercado, sino que su ámbito es cada vez más amplio. Una de las razones que justifican la ampliación de las previsiones de la movilidad dentro de la Unión a los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE consiste en que los nacionales de terceros países que han decidido moverse de sus países de origen tienden a tener más capacidad de moverse en el territorio de la UE, sobre todo en relación a buscar mejores oportunidades laborales³²⁸.

4.4 La salida de la UE

Cualquier análisis de la libre circulación de personas en el territorio europeo se quedaría incompleto de no mencionar el derecho de salir de un Estado miembro de la UE. Por ello, la decisión, ya sea voluntaria o no, de abandonar un determinado Estado miembro también forma parte del ámbito material de la libre circulación. Es sobre todo en los casos de la salida no voluntaria o expulsión donde se observan ciertos problemas jurídicos complejos, como se verá a continuación. Es importante destacar que, por lo general, las condiciones relativas a la salida del territorio de un determinado Estado miembro varían en función del estatuto jurídico y de la duración de la estancia de cada titular de la libre circulación.

4.4.1 La salida voluntaria

La decisión voluntaria de abandonar libremente un Estado puede tomarse en base a diferentes situaciones personales, laborales o familiares. Cada persona es libre de irse de cualquier país, incluido el suyo³²⁹. En consecuencia, nadie pone en duda la decisión

³²⁸ “Third-Country Nationals in the European Union”, in OECD and EU, *Indicators of Immigrant Integration 2015: Settling In*, OECD Publishing, Paris. disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264234024-17-en>, p. 6.

³²⁹ Artículo 2.2 del Protocolo nº 4 al CEDH. El ejercicio de este derecho no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. Sin embargo, este derecho puede ser objeto de ciertas restricciones que, previstas por la ley,

voluntaria de marcharse de un determinado país, situación jurídica legítima y prevista en varios tratados internacionales. El artículo 13 del CEDH reconoce y protege dicha decisión al proclamar que «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado» y, que «toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país». Aparte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recoge que este derecho «no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el PIDCP Pacto»³³⁰.

4.4.2 La salida no voluntaria – expulsión

La expulsión del territorio de un Estado miembro de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países constituye la máxima limitación del derecho de libre circulación. La libre circulación no es un derecho ilimitado. Conviene señalar que, tal y como se deduce de una ya consolidada jurisprudencia, tanto del TJUE como de los jueces nacionales, las excepciones a este derecho deben ser interpretadas de manera muy estricta³³¹. La limitación de este derecho se prevé tanto en el contexto de la aplicación del derecho primario y derivado de la UE³³², no pudiendo los Estados miembros decidir unilateralmente el alcance de las mismas³³³. Cualquier limitación del ejercicio del derecho fundamental debe cumplir con las garantías previstas para su aplicación. Se precisa que las limitaciones y condiciones del derecho a la libre circulación deben formalizarse por los Estados miembros de conformidad con los principios generales del Derecho de la UE, sobre todo, respetando los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad³³⁴, y no pueden convertirse en regla

estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática. *Vid.* sentencia del TEDH, caso *Labita vs. Italia*, nº 26772/95, 6 de abril de 2000.

³³⁰ Artículo 12.3 del PIDCP.

³³¹ Véase, la sentencia del TJCE al asunto 139/85, *Kempf*, de 3 de julio de 1986.

³³² *Vid.* entre otros, la sentencia del TJCE: asunto C-33/07, *Jipa*, de 10 de julio de 2008.

³³³ GOIZUETA VÉRTIZ, J., “*Artículo 45. Libertad...*”, *op. cit.*, p. 433.

³³⁴ Por ejemplo, la expulsión es una injerencia muy considerable en la vida de una persona y debe ser proporcional a la gravedad de la infracción del orden público o de la seguridad pública y basada

general. Además, en estos supuestos, hay que examinar comportamientos individuales y personales, no pudiendo ocasionarse en modo alguno una discriminación por razón de nacionalidad.

Antes de que las autoridades nacionales adopten la decisión de expulsar de su territorio a un ciudadano de la Unión o a un nacional de tercer país, deben seguir un procedimiento muy riguroso sujeto a varias condiciones. A primera vista, uno puede pensar que los ciudadanos de la Unión cuentan, por su estatuto jurídico privilegiado, con algunos beneficios a la hora de ser expulsados frente a los nacionales de terceros países. Sin embargo, la orden de expulsión conlleva los mismos efectos para ambos. Por lo tanto, el incumplimiento de las condiciones de entrada y de residencia en el territorio de la UE puede terminar en la expulsión tanto para el ciudadano de la Unión como para el nacional de tercer país. Ahora bien, cualquier persona que resida legalmente en el territorio de un Estado, no podrá ser expulsada sino en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele exponer las razones que se opongan a su expulsión.

La primera característica común en la materia de la expulsión debida al incumplimiento de las condiciones de entrada y/o de residencia en algún Estado miembro es que no existe regla general para aplicar unos criterios comunes, sino que hay que tener en cuenta cada caso concreto. Por lo tanto, dos personas que cometieron los mismos hechos, cuyo resultado final puede, en principio, conllevar la expulsión de un territorio, pueden no ser necesariamente expulsadas de un territorio al tener presentes sus características específicas y sobre todo su situación familiar.

A semejanza del Derecho Internacional, el Derecho de la UE no define los conceptos que dan lugar a la orden de expulsión, muy próximos entre sí, pero diferentes y no intercambiables, cuya determinación se operará en cada caso por vía de la jurisprudencia³³⁵.

Los ciudadanos de la Unión tienen, por su estatuto jurídico especial, unos «privilegios» en relación a las condiciones de expulsión³³⁶. En cuanto a la libre

exclusivamente en el comportamiento personal del individuo en cuestión, que debe representar una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a unos intereses fundamentales de la sociedad. Vid. más en O'LEARY, S., "*Free movement...*", *op.cit.*, p. 545.

³³⁵ RISTEA, O. E., "Free movement of EU citizens: limitations on grounds of public policy, public security and public health", *Challenges of the Knowledge Society Law*, vol.1, 2011, pp. 725-736.

³³⁶ En relación a la expulsión de los ciudadanos de la Unión, los instrumentos jurídicos contemplan condiciones mucho más restrictivas de expulsión para este colectivo de personas en concreto aumentando el nivel de la «amenaza grave» a uno de «amenaza imperiosa a la seguridad pública». El artículo 28 de la

circulación de los ciudadanos de la Unión, se prevé que la conducta personal de un individuo debe representar una amenaza auténtica, real y suficientemente grave que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad del Estado miembro de acogida. Todos estos criterios son cumulativos. El TJUE se ha pronunciado en varias sentencias³³⁷, en materia de la expulsión de los ciudadanos de la Unión. En dichas sentencias se precisan, entre otras, las situaciones en las que se puede limitar la residencia a una parte del territorio nacional mediante medidas de policía administrativa sin llegar a dictarse la orden de expulsión. En relación a la decisión de expulsión de un nacional de terceros país, el legislador europeo adoptó la Directiva 2001/40/CE³³⁸ que permite el reconocimiento de una decisión de expulsión³³⁹ adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro. En el año 2015, en la UE, 533.395 fue el número de nacionales de terceros países con orden de expulsión, de los cuales 33.495 en España y 79.950 en Francia³⁴⁰. No obstante, cabe señalar que cada Estado miembro establece su propio procedimiento desde el momento de adopción de una decisión de expulsión o de una orden de expulsión hasta la «verdadera» expulsión.

Directiva 2004/38/CE establece que, antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la UE o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública. No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, (excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública), cuando éste haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores; o, sea menor de edad; salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño.

³³⁷ Entre otras, la sentencia del TJCE al asunto C-348/96, *Donatella Calfa*, de 1 de febrero de 2001; la sentencia del TJCE: asunto 100/01, *Oteiza Olazábal*, de 26 de noviembre de 2002; la sentencia del TJUE al asunto C-300/11, *ZZ y Secretary of State for the Home Department*, de 4 de junio de 2013.

³³⁸ Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOCE L 149/34, 2.6.2001).

³³⁹ Decisión de expulsión es toda decisión por la que se ordene la expulsión adoptada por una autoridad administrativa competente de un Estado miembro autor. Artículo 2 de la Directiva 2001/40/CE.

³⁴⁰ “Asylum and managed migration” and “Demography and migration”, *Eurostat*, datos extraídos a 14 de julio de 2016, disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

4.4.2.1 Motivos de orden público, seguridad pública y salud pública

Los motivos que limitan el derecho de libre circulación en la UE previstos en el Derecho de la Unión son: el *orden público*, la *seguridad pública* y la *salud pública*. Ante una *amenaza* para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, las autoridades nacionales pueden adoptar una serie de medidas, la última de las cuales es la decisión de la expulsión. Cualquier denegación de estancia en un territorio de la UE por estos motivos debe basarse en el comportamiento individual de la persona de que se trate, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, fundándose en pruebas o en motivos serios y objetivos. Aunque todas las personas que hayan ejercido el derecho de libre circulación puedan ser expulsadas por estos motivos, la decisión final que avale tal expulsión dependerá de cada estatuto jurídico en concreto³⁴¹. Todas las directivas en materia de movilidad establecen estos motivos como los requisitos que limitan la libre circulación. Como en cada supuesto de expulsión hay que tener en cuenta las condiciones concretas e individuales de cada persona en cuestión. La legislación europea no prevé unas reglas y una definición comunes de tales limitaciones. En principio, corresponde a cada Estado miembro definir el contenido de tales motivos, lo que genera varios problemas tanto jurídicos como prácticos, para valorar el nexo entre el individuo en cuestión y el motivo que deniega la libre circulación en un determinado Estado miembro de la UE. A pesar de que se prohíben las expulsiones automáticas³⁴², varios Estados miembros fueron denunciados el incumplimiento de esta prohibición en el seno de la UE. En los supuestos de expulsión, los Estados miembros son libres para determinar las condiciones de orden público, seguridad pública y de salud pública de conformidad con sus legislaciones nacionales. Por lo tanto, puede ocurrir perfectamente que un Estado miembro considere el incumplimiento de dichas condiciones alegando motivos distintos a los utilizados por otro Estado miembro. A este respecto, el límite «mínimo» impuesto por el Derecho de la UE descansa en impedir adoptar las medidas restrictivas por razones preventivas generales³⁴³.

Las órdenes de expulsión deben siempre responder a la situación individual de cada persona, analizar los requisitos específicos de la Directiva de aplicación y atender a las necesidades de derecho interno. Por lo general, se tiende a pensar que al ser la expulsión, la última medida a tomar para limitar la libre circulación y al estar sujeta a

³⁴¹ Artículo 1.1 y 1.2 del Protocolo n° 7 al CEDH.

³⁴² *Vid.* la sentencia del TJCE al asunto C-408/03, *Comisión contra Bélgica*, de 23 de marzo de 2006.

³⁴³ La sentencia del TJCE al asunto 67/74, *Bonsignore*, de 26 de febrero de 1975.

tantas condiciones, son pocos los supuestos de expulsión. Sin embargo, la realidad muestra todo lo contrario. Son muchas las sentencias, tanto del TJUE como de los tribunales nacionales, que avalan las órdenes de expulsión, ya sea para los ciudadanos de la Unión o para los nacionales de terceros países. A este respecto cabe insistir en que la definición y el alcance de estos conceptos quedan sujetos a la amplia discreción de los Estados miembros³⁴⁴. Por lo tanto, los Estados miembros guardan la voluntad de salvaguardar su soberanía frente a la «comunitarización», aludiendo a la cláusula interna de orden público³⁴⁵.

En relación al derecho a residir, el Estado miembro de acogida puede tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, incluso cuando ambos hayan adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, por motivos graves de orden público o seguridad pública³⁴⁶. La doctrina reprocha al legislador europeo la falta de definición y de concreción del vacío legal de estas limitaciones³⁴⁷. En concreto, la falta de la definición jurídica común del «orden público europeo» deja un amplio margen de apreciación para las autoridades nacionales. Es verdad que no es sencillo definir el contenido del orden público, ya que depende, en última instancia, de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate, de las funciones que desempeñen las partes, de las normas de procedimientos aplicables, así como del tipo de órgano jurisdiccional ante el que se plantee adoptar o no la orden de expulsión³⁴⁸. En efecto, si la definición del orden público nacional se refiere a la responsabilidad de los Estados miembros, no existe, entonces, ninguna definición y protección común del

³⁴⁴ LECLERC, S., "Les limitations aux libertés de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique: Les apports de la Directive 2004/38/CE", en LECLERC, S. (Ed.), *La libre circulation des personnes dans l'Union*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 67-89.

³⁴⁵ Acerca de esta cuestión, véase en particular a NERAUDAU-D'UNIENVILLE, E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe: la notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 791.

³⁴⁶ Sentencia del TJUE, asunto C-378/12, *Nnamdi Onuekwere/Secretary of State for the Home Department Secretary of State for the Home Department*, de 16 de enero de 2014.

³⁴⁷ Esta es una de las razones por las que los asuntos relativos a la ciudadanía de la Unión representan una de las áreas en las que los Abogados Generales han pedido más abiertamente un cambio esencial en la jurisprudencia del TJUE. *Vid.* a tal respecto, BURROWS, N. y GREAVES, R., *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

³⁴⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, asunto C-161/15, *Abdelhafid Bensada Benallal contra État belge*, presentadas el 13 de enero de 2016.

«orden público en el espacio Schengen»³⁴⁹. No obstante, el TJUE ha declarado que el concepto de «orden público» requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una *amenaza* real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad³⁵⁰.

En cuanto a la seguridad pública, se interpreta que ésta se refiere tanto a la seguridad interna como externa³⁵¹, en el sentido de proteger la integridad del territorio de un Estado miembro y de sus instituciones. De la jurisprudencia del TJUE se desprende que pueden involucrar o afectar a esta seguridad pública: el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, la amenaza a intereses militares³⁵². Las similitudes entre el orden público y la seguridad pública explican su solapamiento, y el hecho de que las autoridades nacionales tiendan a invocar ambos conceptos de manera conjunta.

A diferencia de los dos primeros motivos, el tercero, la salud pública, responde a un contenido y unos perfiles más definidos, al identificarse con el riesgo sanitario de enfermedades epidémicas.

Llegados aquí, es necesario volver a reiterar que las restricciones de la libre circulación amparadas en estos tres conceptos deben estar fundadas exclusivamente en conductas personales e individuales, por lo que no serán admisibles medidas colectivas ni razones de prevención general, salvo en acontecimientos deportivos, cumbres internacionales, etc.³⁵³. No debe olvidarse tampoco que los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, las cuales pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden

³⁴⁹ NÉRAUDAU, V.E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 791.

³⁵⁰ Véase, entre otras, la sentencia del TJUE al asunto C-554/13, *Z. Zh. y O.*, de 11 de junio de 2015.

³⁵¹ Asimismo, el TJUE ha declarado que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada (sentencia de TJUE, asunto C-145/09, *Tsakouridis*, de 23 de noviembre de 2013), la explotación sexual infantil (sentencia del TJUE, asunto C-348/09 *I*, de 22 de mayo de 2012), y el terrorismo (la sentencia del TJCE, asunto C-100/01, *Oteiza Olazabal*, de 26 de noviembre de 2002), son situaciones que quedan también comprendidas dentro del concepto de «seguridad pública».

³⁵² Véase, en ese sentido, entre otras, la sentencia de TJUE al asunto C-145/09, *Tsakouridis*, de 23 de noviembre de 2013.

³⁵³ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 49, 2014, p. 772.

público y de seguridad pública³⁵⁴. A este respecto, lo fundamental es que el alcance de los requisitos no se determine unilateralmente en cada Estado miembro sin la supervisión de las instituciones de la Unión.

4.4.2.2 Los motivos económicos

Aparte de los tres motivos «clásicos» de expulsión mencionados anteriormente, se observa, cada vez más sobre todo en la jurisprudencia del TJUE, la decisión de expulsión fundamentada en los motivos de carácter económico. Estos motivos representan otra posible limitación del ejercicio de la libre circulación en la UE, prevista en varias directivas³⁵⁵. En concreto, el incumplimiento de la regla de contar con los medios de subsistencia y la obligación de contar con recursos suficientes³⁵⁶, aunque no siempre llevan aparejada una orden de expulsión, puede dar lugar a tal expulsión del territorio de un Estado miembro de la UE. Convertirse en una carga para el sistema de asistencia social en el estado de acogida puede poner en peligro el derecho a residir de cada titular de la libre circulación. Si el país de acogida de la UE concluye, tras el análisis muy detallado de todos los factores, que una persona se ha convertido en una carga excesiva para su sistema de asistencia social, puede llevarse a cabo la expulsión³⁵⁷. Igualmente, como en los motivos previstos anteriormente, en estos supuestos es necesario justificar aún más el incumplimiento de las condiciones en cada

³⁵⁴ Véase sentencia del TJUE: asunto C-348/09 I, de 22 de mayo de 2012.

³⁵⁵ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Límites a la libre circulación...”, *op. cit.*, p. 787.

³⁵⁶ ¿Qué se entiende por recursos suficientes? La regla general es que los Estados miembros no pueden fijar una cantidad fija de lo que consideren “recursos suficientes”, pero deben tener en cuenta la situación personal de la persona de que se trate. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder asistencia social a sus nacionales o, cuando no pueda aplicarse tal criterio, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida., *vid* en este sentido, TOUZENIS K., “Free Movement of Persons in the European Union and Economic Community of West African States”, en DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A., *A comparison of law and practice, UNESCO migration studies*, UNESCO 2012, (disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002171/217101e.pdf>), pp. 30-31. Véase también la sentencia del TJUE al asunto C-480/08, *Teixeira*, 23 de febrero de 2010; la sentencia del TJCE a los asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vatsouras y Koupatantze*, de 4 de junio de 2009.

³⁵⁷ En el caso de ser expulsado por este motivo, el país de la UE de acogida no puede imponer una prohibición de entrada y se puede volver en cualquier momento y disfrutar del derecho de residencia si cumple con otras condiciones. *Vid* más sobre este tema en, *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, COM (2009) 313 final.

caso concreto. Cada Estado miembro de acogida examina si tal situación obedece a dificultades temporales, teniendo en cuenta la duración de la residencia y las circunstancias personales. Los Estados miembros tienen la posibilidad de denegar las prestaciones sociales, y en su caso de expulsar a los ciudadanos de la Unión que no sean «económicamente activos» y ejercen la libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro³⁵⁸. Además, y sobre todo en relación al colectivo examinado en el presente trabajo, los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE, es primordial determinar el límite de la carga excesiva para la asistencia social de estas personas.

En situaciones de crisis económica y social, resulta muy tentador el recurso al orden público y a la seguridad pública como una vía alternativa o cumulativa para la adopción de medidas restrictivas de la libre circulación de aquellas personas que no son económicamente autosuficientes y se hallan en una situación de precariedad³⁵⁹. Cuestión distinta es, cómo explicar la proporcionalidad de tales medidas, puesto que existe una asimetría notoria entre el perjuicio irreparable que se causa al ciudadano expulsado en relación con el coste monetario que su presencia conlleva para las arcas públicas del Estado miembro de acogida³⁶⁰.

En esta misma línea, la legislación europea añade que en ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión por motivos económicos contra los trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan trabajo³⁶¹. Así, el trabajo vuelve a ser el

³⁵⁸ Vid. más sobre este aspecto en la sentencia del TJUE a los asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10, *Ziolkowski y Szeja contra Land Berlin*, de 21 de diciembre de 2011.

³⁵⁹ SHUIBHYE, N. y MACI, M., “Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law”, *Common Market Law Review*, vol. 504, 2013, pp. 965-1005.

³⁶⁰ LABAYLE, H., “Le chaînon manquant: quand la Cour de justice établit le lien entre citoyenneté de l’Union, sécurité publique et Espace de liberté”, *Réseau Universitaire Européen dédié à l’étude de Droit de l’Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ)*, 28 de mayo 2012.

³⁶¹ Sentencia del TJUE, asunto C-333/13, *Dano*, de 11 de noviembre de 2014. En este asunto, aparecen afectados la Sra. Dano, nacida en 1989, y su hijo Florin, nacido el 2 de julio de 2009 en Sarrebruck (Alemania), ambos de nacionalidad rumana. El 19 de julio de 2011, el Ayuntamiento de Leipzig expidió a la Sra. Dano un certificado de residencia permanente destinado a los ciudadanos de la Unión. La Sra. Dano y su hijo viven, desde su llegada a Leipzig, en el apartamento de una hermana de la Sra. Dano, que se encarga de mantenerlos. La Sra. Dano fue a la escuela durante tres años en Rumanía, pero no obtuvo ningún certificado de fin de estudios. Aunque nunca se ha discutido su capacidad para trabajar, nada induce a pensar que haya buscado trabajo. La Sra. Dano y su hijo presentaron una primera solicitud relativa a la concesión de prestaciones del seguro básico con arreglo al SGB II, que fue desestimada. La Sra. Dano y su hijo interpusieron, el 1 de julio de 2012, un recurso ante el Sozialgericht Leipzig (Tribunal de lo Social de Leipzig) en el que solicitaron de nuevo la concesión de las prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo. Las autoridades alemanas entienden que la Sra. Dano y su hijo no tienen derecho a las prestaciones del seguro básico según lo previsto en el Derecho alemán. A este respecto, se

protagonista muy importante a tener en cuenta antes de adoptar la decisión de la expulsión que no sea por motivos «graves», es decir, por orden público, seguridad o salud pública.

4.4.2.3 La exigencia de respeto de la vida familiar en las órdenes de expulsión

Cualquier limitación de la libre circulación que lleve aparejada la orden de expulsión no debe vulnerar los derechos y libertades fundamentales previstos tanto en el CEDH como en la Carta de DFUE. El TJUE ha señalado en varios de sus pronunciamientos que las autoridades o tribunales nacionales deben examinar en cada caso si la denegación del derecho de residencia vulneraría el derecho al respeto de la vida familiar a la luz del artículo 7 de la Carta de DFUE, en las situaciones cubiertas por el Derecho de la UE, y del artículo 8 del CEDH, cuando no sea de aplicación el Derecho de la UE. Por lo tanto, las investigaciones en los asuntos relativos a la expulsión deben realizarse de conformidad con los derechos fundamentales, en especial con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, como también con el derecho a contraer matrimonio. En cuanto a la protección de los derechos fundamentales regulados en la Carta de DFUE y su relación con la libre circulación, destacan entre otros: el derecho a contraer matrimonio³⁶², el derecho a la protección de datos personales³⁶³, y particularmente el derecho al respeto a la vida privada y familiar³⁶⁴. Como criterio imprescindible para interpretar todas las cuestiones relativas a la reagrupación familiar, este derecho representa uno de los principales límites para el poder público frente al ejercicio de la libre circulación. Por otro lado, como es sabido, el pleno ejercicio de la libre circulación no puede conllevar el incumplimiento de otros derechos fundamentales garantizados tanto por la Carta de DFUE como por el CEDH.

planteó la siguiente cuestión prejudicial: ¿Pueden los Estados miembros, en virtud del artículo 18 TFUE y/o del artículo 20 TFUE, apartado 2, párrafo primero, letra a), en relación con el artículo 20 TFUE, apartado 2, párrafo segundo, y con el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, excluir total o parcialmente a ciudadanos de la Unión necesitados de la percepción de prestaciones sociales de subsistencia no contributivas en el sentido del artículo 70 del Reglamento nº 883/2004, que sí se conceden a los propios nacionales en la misma situación, para evitar asumir una carga excesiva de dichas prestaciones?

³⁶² Artículo 12 del CEDH.

³⁶³ Artículo 8 de la Carta de DFUE.

³⁶⁴ *Vid.* artículo 8 del CEDH y artículos 7 y 9 de la Carta de DFUE.

La obligación de garantizar el respeto de la vida privada y familiar se observa sobre todo en relación a la continua ampliación del ámbito personal de la libre circulación, incluidos también los supuestos no «estrictamente móviles». Esta situación se debe a la concesión de la residencia a un nacional de un tercer país, por ser un progenitor que asume la manutención de un menor ciudadano de la Unión, sin que éste ejerza previamente su derecho a la libre circulación, tal y como se dio en el asunto *Ruiz Zambrano*³⁶⁵. En este asunto concreto, el TJUE concluye que no puede denegarse la residencia ni el permiso de trabajo a un inmigrante irregular en un Estado miembro cuyos hijos menores de edad a su cargo sean nacionales de ese país. El TJUE explicó que la negativa a conceder tal derecho al padre privaría a los hijos del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos como ciudadanos de la Unión, ya que les obligaría a abandonar el territorio de la UE. El TJUE declarará que, aunque el menor nunca ha ejercido previamente su derecho a la libre circulación dentro de la UE, el factor que debe tomarse en consideración es la relación de dependencia (legal, económica o afectiva) entre el menor y el ascendiente³⁶⁶.

En esta línea del derecho de residencia del nacional de un tercer país derivado de su conexión con un ciudadano de la Unión cabe mencionar también el reciente asunto *H.C. Chávez-Vílchez y otros*³⁶⁷. En este asunto la cuestión concreta era si: ¿puede un nacional de tercer país, en su condición de progenitor de un hijo menor de edad que posee la ciudadanía europea, invocar un derecho de residencia derivado en la Unión, a pesar de que otro progenitor, ciudadano de la Unión reside en un determinado Estado miembro? Ante esta pregunta prejudicial planteada por el Tribunal Central de Apelación de los Países Bajos, el TJUE responderá que el artículo 20 del TFUE se opone a las medidas nacionales, incluidas las decisiones que deniegan el derecho de residencia a los miembros de familia de un ciudadano de la Unión, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos

³⁶⁵ La sentencia del TJUE, asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo de 2011.

³⁶⁶ Tal afirmación se puede observar también en otras decisiones del TJUE, por ejemplo, en la sentencia del TJUE a los asuntos acumulados C-356/11 y C- 357/11, *O. y S.*, de 6 de diciembre de 2012.

³⁶⁷ Sentencia del TJUE, asunto C-133/15, *H.C. Chávez-Vílchez y otros*, de 10 de mayo de 2017. La Sra. Chávez Vílchez, de nacionalidad venezolana, entró en los Países Bajos con un visado de turismo. De su relación con un nacional neerlandés nació en 2009 una niña que tiene la nacionalidad neerlandesa. Los progenitores y la menor vivieron en Alemania hasta junio de 2011, cuando la Sra. Chávez Vílchez y su hija se vieron obligadas a abandonar el domicilio familiar. La Sra. Chávez Vílchez asume desde entonces la guarda y custodia de su hija. Por otra parte, ha declarado que el padre de la menor no contribuía ni a su manutención ni a su educación. Sin embargo, al carecer la Sra. Chávez Vílchez de permiso de residencia, su solicitud de prestación de asistencia social y de prestaciones familiares fue denegada por las autoridades neerlandesas.

conferidos por su estatuto. De forma más concreta, el Tribunal entenderá que la eventual obligación del nacional de tercer país de abandonar el territorio de la Unión podría privar a sus hijos menores del disfrute efectivo del contenido esencial de esos derechos, al obligar a los propios menores a abandonar el territorio de la Unión. El TJUE añade que para apreciar ese riesgo es preciso determinar cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre éste y el progenitor procedente de tercer país, teniendo en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar y el interés superior del niño. Por lo que atañe a la carga de la prueba, el progenitor que es nacional de tercer país debe aportar los datos que permitan apreciar si una decisión que le deniegue un derecho de residencia privaría a su hijo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión. En el presente asunto se observa que la protección de la vida familiar conjuntamente con la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión prima sobre la potencial expulsión, en este caso concreto de la madre del menor ciudadano de la Unión.

Otro asunto significativo en esta línea es el asunto *Marín contra Administración del Estado*³⁶⁸, donde se cuestiona si es compatible con el Derecho de la UE una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar un permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la UE menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor. El Abogado General, entiende en sus conclusiones que, en el presente asunto, la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer país, progenitor de un hijo menor de edad, ciudadano de la Unión, que está a su cargo y reside con él en el Estado miembro de acogida, es contraria al Derecho de la UE incluso cuando el progenitor tiene antecedentes penales³⁶⁹.

³⁶⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, en el asunto C-165/14, *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, presentadas el 4 de febrero de 2016. El Sr. Rendón Marín, nacional colombiano, es padre de dos hijos menores de edad nacidos en Málaga, el hijo, de nacionalidad española y la hija, de nacionalidad polaca. Los hijos han vivido siempre en España. De los documentos obrantes en autos de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que, mediante resolución judicial de 13 de mayo de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga, el Sr. Rendón Marín obtuvo los derechos exclusivos de guarda y custodia de sus hijos. El domicilio de la madre, nacional polaca, se desconoce. Según la resolución de remisión, los dos hijos se hallan adecuadamente escolarizados y atendidos. El Sr. Rendón Marín tiene antecedentes penales en España y debido a ello se denegó la solicitud de la residencia temporal del Sr. Rendón Marín.

³⁶⁹ A este respecto, entre otras: la sentencia del TJCE, asunto 200/02, *Zhu y Chen*, de 19 de octubre de 2004, y la mencionada sentencia del TJCE, asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo de 2011. El

Estos casos vienen a señalar que, en los supuestos de expulsión en relación al ejercicio de la libre circulación y la protección de la vida familiar, debe evaluarse cuidadosamente la situación personal y familiar del individuo. Con tal finalidad, entre otros, deberían tenerse en cuenta: el impacto de la expulsión en la situación económica, personal y familiar del individuo, la gravedad de las dificultades a que el cónyuge o pareja y cualquiera de sus hijos se enfrentarían en el país de origen de la persona en cuestión, la importancia de los vínculos - o falta de vínculos - con su país de origen y con el Estado miembro de acogida, duración de la residencia en el Estado miembro de acogida y la edad y el estado de salud, etc.³⁷⁰. En varias decisiones, el TJUE cuestiona y pondera los diferentes supuestos de los requisitos exigidos para determinar la residencia en un Estado miembro con el respeto de otros derechos fundamentales³⁷¹.

En cuanto a la protección prevista en el CEDH, queda confirmado que el artículo 8 del CEDH («derecho al respeto a la vida privada y familiar»)³⁷² no establece el derecho de permanecer en un determinado país o derecho a obtener el permiso de residencia en este país. Sin embargo, el contenido de ese artículo puede servir como límite jurídico en las previsiones de libre circulación. En relación al CEDH, son varios los pronunciamientos del TEDH que han confirmado hasta hoy la relación del concepto de la «vida privada» con muchos otros derechos del CEDH, entre ellos también con la protección contra la expulsión de una persona de un territorio³⁷³. Por lo tanto, la protección de la vida familiar puede limitar la expedición de la orden de expulsión de un determinado territorio de un Estado miembro. En las primeras tres décadas de su

TJUE declara que el Derecho de la Unión se opone a la normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la custodia exclusiva, debido a que tiene antecedentes penales, cuando dicha denegación tiene como consecuencia que esos hijos deben abandonar el territorio de la UE.

³⁷⁰ *Vid.* COM (2009) 313 final, p. 14.

³⁷¹ Véanse entre otras, por ejemplo: sentencia del TJCE, asunto C-192/05, *K. Tas-Hagen y R. A. Tas contra Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, de 26 de octubre de 2006; sentencia del TJCE, asunto C-406/04, *Gérald De Cuyper contra Office national de l'emploi*, de 18 de julio de 2006.

³⁷² Artículo 8 del CEDH establece que: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³⁷³ THYM, D., “Residence as...”, *op. cit.*, p. 107. Para ver más sobre la aplicación del artículo 8 en los casos relativos a la inmigración, entre otros BOELES, P. y DEN HEIJER, M., “*European Migration...*”, *op. cit.*, pp. 144-170.

existencia, el TEDH sostuvo la idea de que el CEDH no regulaba la entrada y la estancia de los «extranjeros»³⁷⁴. No obstante, el primer fallo del TEDH relativo a la expulsión de un extranjero que había residido legalmente en Países Bajos en relación a la violación del artículo 8 del CEDH puso de manifiesto que la expulsión iba a distorsionar la continuidad de la vida con su hija (asunto *Berrehab contra Países Bajos*³⁷⁵). Desde entonces, el TEDH asumirá un papel muy importante para garantizar las previsiones del CEDH contra la expulsión de los nacionales de terceros países ejerciendo la libre circulación³⁷⁶. De los fallos del TEDH se desprende que la protección de la vida familiar relacionada con la expulsión de cualquier persona de un territorio de un Estado miembro representa la columna vertebral de la unidad familiar³⁷⁷. Por lo tanto, en los supuestos de expulsión, aparte de los motivos previstos para el titular de la libre circulación, es importante tener en cuenta también todos los miembros de familia que conviven con él³⁷⁸. Es de destacar que el artículo 8 del CEDH no establece la protección absoluta contra la expulsión pero se convierte en un importante límite a tener en cuenta en los asuntos relativos a la misma³⁷⁹. Por ello, en estos supuestos, es de vital importancia determinar el significado de la expresión «vida familiar».

En tal orden de ideas, al insistir en que antes de ordenar la expulsión hay que verificar el grado de integración en el estado de acogida, el TJUE parece indicar que a estos efectos lo relevante no es la situación económica en que se encuentre el ciudadano europeo, sino su situación social y familiar. Con ello se alude a la necesidad de no vulnerar su vida privada y familiar, en cuya protección inciden de manera especial tanto

³⁷⁴ THYM D., “Residence as...”, *op. cit.*, p. 112.

³⁷⁵ Sentencia del TEDH, caso 10730/1984, *Berrehab contra Países Bajos*, de 21 de junio de 1988.

³⁷⁶ Vid. jurisprudencia consolidada desde la sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1991, nº 12313/86, *Moustaquim c. Bélgica*, la sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005, nº 38885/02, *N. c. Finlandia*, entre otros.

³⁷⁷ Vid. THYM, D; “Respect for Private and Family Life under Art. 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, *ICLQ*, 57, 2008, pp. 89-95. Para ver más sobre la aplicación del artículo 8 del CEDH en la materia de inmigración, véase, entre otros, BOELES, P. y DEN HEIJER, M., “*European Migration...*”, *op. cit.*, p. 152.

³⁷⁸ Sentencia del TEDH, caso 25404/94, *Boujlifa c. Francia*, de 21 de octubre 1997, véase también: VAN DIJK, P., “Protection of “Integrated” Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights”, *European Journal of Migration and Law* 293, 1999, pp.298-301 y VEDSTED-HANSEN, J., “Migration and the Right to Family and PrivateLife, en CHETAIL, V., (Ed.), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, Bruylant, Bruxelles, 2007 (vol. II), p. 698.

³⁷⁹ Véase, la sentencia del TEDH al caso 265/07, *Darren Omoregie y otros / Noruega*, de 31 de julio de 2008; sentencia del TEDH, caso 54131/10 *Baj Sultanov contra Austria*, de 12 de junio de 2012; sentencia del TEDH al caso 38005/07, *Kissiwa Koffi*, de 15 de noviembre 2012.

el artículo 7 de la Carta de DFUE como el artículo 8 del CEDH³⁸⁰. A este respecto, la obligatoria protección de los derechos fundamentales puede ser considerada como una especie de «límite infranqueable», un límite que viene reconocido en la Carta DFUE y en el CEDH, en los supuestos de expulsión en materia de la libre circulación en la UE.

V. EL ÁMBITO ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS

La libre circulación en la UE no es un derecho absoluto, sino que tiene sus limitaciones, las cuales afectan al ámbito personal y material del derecho, pero también al ámbito espacial.

En este sentido hay que señalar, en primer lugar, que determinados Estados miembros optaron por no adoptar o no participar en todas las previsiones legislativas en materia de libre circulación en la UE. Por lo tanto, no todos los titulares pueden ejercer el derecho de la libre circulación en todo el territorio de la UE en condiciones iguales. A este respecto, puede darse perfectamente aquella situación en la cual el titular de la libre circulación tenga que informarse, antes de ejercer el derecho, acerca de si en el Estado miembro al que se desplaza se aplican o no todas las previsiones jurídicas prevista en la legislación de la UE.

En segundo lugar, el Reino Unido e Irlanda³⁸¹ y Dinamarca³⁸² no participan en las Directivas relativas a libre circulación de los nacionales de terceros países, así que ninguno de estos Estados miembros de la UE está vinculado por ellas. A este respecto, los miembros de familia del ciudadano de la Unión representan a la única categoría de los nacionales de terceros países cuya regulación está garantizada también en estos Estados miembros. Considero que los Estados miembros de la UE, (en el caso del Reino Unido, un Estado miembro en fase de negociación de salida de la UE), al no adoptar la

³⁸⁰ Sentencia del TJUE: asunto C-145/09, *Tsakouridis*, de 23 de noviembre de 2013. Al respecto, por ejemplo, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, pp. 391-428.

³⁸¹ De conformidad con los artículo 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo.

³⁸² De conformidad con los artículo 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

regulación europea en materia de libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE, confirmaron una vez más su preocupación por el control de las personas en sus territorios nacionales, como también la falta de confianza frente a otros «compañeros» europeos.

En tercer lugar, otras limitaciones de la libre circulación en el ámbito espacial, son las relativas a la movilidad de las personas dentro del espacio Schengen. En cuanto al ámbito espacial de la libre circulación en el espacio Schengen, Dinamarca³⁸³, Reino Unido³⁸⁴ e Irlanda³⁸⁵ no participan tampoco en la adopción del Código de fronteras Schengen y no quedan vinculados por el mismo ni sujetos a su aplicación por un lado. Unido a ello hay que recordar que existen unos países no miembros de la Unión (Islandia, a Noruega, Suiza y Liechtenstein), que se asociaron al acervo de Schengen³⁸⁶. Y finalmente, tenemos a Bulgaria, Croacia, Chipre y Rumanía, Estados miembros que guardan un tipo de relación especial con el Código de fronteras Schengen³⁸⁷. Sin duda alguna, el espacio Schengen constituye un requisito indispensable para el pleno disfrute de la libre circulación en la UE, por lo cual los Estados miembros que no forman parte de dicho espacio no pueden garantizar el pleno disfrute de la libre circulación para todas las personas presentes en sus territorios.

³⁸³ De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al TFUE. Dinamarca, de conformidad con el artículo 4 de dicho Protocolo, decidirá, dentro de un período de seis meses a partir de que el Consejo haya tomado una medida sobre el presente Reglamento, si lo incorpora a su legislación nacional.

³⁸⁴ La Decisión 2000/365/CE del Consejo.

³⁸⁵ La Decisión 2002/192/CE del Consejo.

³⁸⁶ El acuerdo celebrado por el Consejo de la UE con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen.

³⁸⁷ El artículo 3.2 del Acta de adhesión de 2003, el artículo 4.2 del Acta de adhesión de 2005 y el artículo 4.2 del Acta de adhesión de 2011, respectivamente.

VI. RECAPITULACIÓN

El régimen jurídico de la libre circulación de las personas en la legislación europea como parte de derecho migratorio representa un buen ejemplo de complejidad jurídica en todos sus aspectos. Tal y como se observa en la presente parte, la libre circulación no es ni un derecho ni una libertad reconocida con carácter absoluto, sino de forma limitada, siendo varios los requisitos que, según los casos, limitan el pleno disfrute de la libre circulación en el espacio Schengen. La regulación prevista en el Código de fronteras Schengen se aplica a toda persona que cruce la frontera interior o exterior, con independencia de su nacionalidad. No obstante, dicho Código tiene también por objetivo limitar y/o prohibir el cruce de las personas procedentes de terceros países al incumplir las condiciones de entrada. A este respecto, es indisociable la relación entre la libertad y la seguridad para garantizar el pleno disfrute de la libre circulación en el espacio sin fronteras interiores.

En primer lugar, y atendiendo al ámbito personal, cabe destacar la amplia «*gama*» en la titularidad de las personas que pueden ejercer la libre circulación en la UE, siendo los nacionales de terceros países legalmente establecidos solamente una categoría de tales beneficiarios. A este respecto, se precisa que la creación de la ciudadanía de la Unión estableció un importante límite en el trato de las personas en relación a la movilidad en el territorio de la UE, distinguiendo entre los que son ciudadanos europeos y los que son nacionales de terceros países. Sin embargo, a los nacionales de terceros países en calidad de miembros de familia del ciudadano de la Unión se les aplican también las previsiones jurídicas previstas para la regulación de libre circulación de los ciudadanos de la Unión. Una situación que realza como fundamental la tarea de diferenciar entre los titulares de la libre circulación en el Derecho de la UE, tanto a efectos jurídicos como prácticos.

En segundo lugar, y en cuanto al ámbito material de la libre circulación, se precisa que la libre circulación se compone de derecho a entrar, a residir, a desplazarse por el territorio europeo y el derecho a salir de un determinado Estado miembro de la UE. Cada uno de estos derechos está sujeto a varias condiciones y límites, que varían según el titular. En relación a las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países en situación regular se observan ciertos requisitos añadidos a los previstos para los ciudadanos de la Unión. Aparte de la falta de claridad y definición de varios conceptos previstos en la legislación europea, se observan también ciertas deficiencias a este respecto, por ejemplo, en la expedición de los permisos de residencia.

En este contexto, es de destacar la importante labor del TJUE y del TEDH en relación a las órdenes de expulsión del territorio de un determinado Estado miembro de la UE, y la necesidad de garantizar otros derechos fundamentales en tales procesos de decisión, sobre todo los relativos a la protección de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, etc. Además, algunas de las decisiones del TJUE y del TEDH «regularizan» la estancia de los nacionales de terceros países en la UE, sobre todo en su calidad de miembros de familia de un ciudadano de la Unión. A este respecto, no son ya solamente las limitaciones de carácter estrictamente de orden público, seguridad pública o salud pública, las únicas limitaciones de la libre circulación en la UE con la potencial expulsión del territorio de un Estado miembro de la UE. Cada vez más, las razones económicas relativas a cada caso concreto también pueden dar lugar a la expulsión del territorio europeo. Es muy importante subrayar que en los supuestos de expulsión se atiende a cada caso concreto.

En tercer lugar, y en relación al ámbito espacial cabe destacar la diferencia en el ejercicio de la libre circulación dentro y fuera del espacio Schengen.

De lo previsto en esta primera parte, se puede resumir que el contenido y el pleno disfrute de la libre circulación en la UE varían ateniendo a todos los ámbitos previstos en la regulación de la libre circulación. Además, los derechos contenidos en la misma están relacionados entre sí, aunque pueden variar según el titular. Del análisis de la primera parte se desprende que la movilidad de las personas en la UE, ha sido, es y seguirá siendo un tema principal de los Estados miembros al equilibrar los intereses europeos con su propia soberanía estatal en materia de derecho de extranjería. Las previsiones jurídicas de la libre circulación de los nacionales de terceros países según el Derecho de la UE garantizan su ejercicio solamente en un período de 3 meses dentro del espacio Schengen, y, (si es el caso), con la obligatoria tenencia de un visado. Las normas analizadas en esta parte confirman aún más la «categorización» de las personas en relación a la libre circulación, dando lugar así, si se permite la expresión, a la creación de «varias Europas», sujetas a diferentes realidades jurídicas. Al tener presente el análisis ofrecido en esta parte, no es nada extraño que algunos nacionales de terceros países prefieran hacerse ciudadanos de la Unión, tal y como demuestran los elevados números de naturalización en la UE, una vez cumplidos todos los requisitos necesarios.

**SEGUNDA PARTE: EL ÁMBITO PERSONAL DE LA
LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE
TERCEROS PAÍSES EN SITUACIÓN REGULAR**

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Una vez hecho el cuadro general del ámbito personal, material y espacial de la libre circulación, con especial atención a las condiciones de entrada de las personas al territorio de la UE, en la segunda parte se procede a examinar la libre circulación desde la perspectiva de las «categorías de los nacionales de terceros países» que entran a los Estados miembros de la UE a través de las «vías regulares» previstas en la legislación europea. A este respecto, se ofrece un análisis de la regulación sobre la libre circulación de los nacionales de terceros países tanto en el derecho primario de la UE, con especial mención a la regulación prevista en la Carta de DFUE, como en el derecho derivado de la UE. El objetivo consiste en entender mejor los actuales retos a los cuales se enfrenta el legislador europeo en relación a la admisión, entrada y estancia de los nacionales de terceros países en la UE.

Los nacionales de terceros países se desplazan a la UE por diversos motivos. El Derecho de la UE y los operadores jurídicos tratan de identificar y clasificar la voluntad y la motivación de cada nacional de tercer país para establecerse en la UE. La regulación jurídica en vigor establece varios instrumentos que regulan las normas de admisión y de residencia, agrupando, en primer lugar, a los nacionales de terceros países en atención al criterio temporal de su estancia en la UE en tres grupos: los nacionales de terceros países que migran por motivos de ayuda humanitaria, los que lo hacen por motivos de reagrupación familiar, y aquellos que se mueven por motivos económicos. Todos estos nacionales de terceros países, conjuntamente con los residentes de larga duración (estancia superior a 5 años) forman parte de la llamada «inmigración legal». A este respecto, esta parte ofrece la respuesta a la siguiente pregunta. ¿Todos los nacionales de terceros países en situación regular disfrutan del pleno contenido de la libre circulación una vez legalmente establecidos en el territorio europeo?

Es preciso advertir que la pluralidad de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países como residentes «temporales» y/o residentes de larga duración, no responde a un compartimento estanco, sino que, por el contrario, esos estatutos jurídicos se interrelacionan y superponen entre ellos a lo largo de la estancia del nacional de tercer país, dando lugar a multitud de situaciones particulares.

II. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UE

2.1 El régimen jurídico hasta el Tratado de Maastricht

Para abordar algunas de las principales cuestiones relativas al ámbito personal de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE es imprescindible analizar muy brevemente el origen legislativo en esta materia. La regulación jurídica de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE, fue considerada como una materia apartada del interés del legislador europeo durante mucho tiempo. Como muchas otras materias, el comienzo de la regulación de libre circulación de los nacionales de terceros países se debió a la consecución de una serie de objetivos de carácter económico recogidos en los Tratados fundacionales. Cabe destacar que desde sus orígenes, no todos los nacionales de terceros países han podido ejercer el derecho a la libre circulación en territorio europeo. El ahora derecho, antes principio de libre circulación, cuya finalidad era estrictamente económica, se había reconocido ya en 1951 en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante CECA)³⁸⁸, y, desde 1957, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante TCE) de los Tratados de Roma³⁸⁹. Uno de los objetivos principales del TCE era promover la integración a través de los intercambios con fines de expansión económica. Por lo tanto, todos los avances legislativos respondían, en primer lugar, a las necesidades económicas y al desarrollo del mercado

³⁸⁸ El Tratado CECA, firmado el 18 de abril de 1951, entre Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux, con entrada en vigor el 23 de julio de 1952; no publicado en el Diario oficial. El Tratado CECA expiró el 23 de julio de 2002. El objeto del Tratado era garantizar la libertad de circulación del carbón y del acero, instaurando la libre circulación de los productos sin derechos de aduana ni impuestos. Antes de su derogación fue modificado en sucesivas ocasiones por los posteriores Tratados.

³⁸⁹ Los Tratados de Roma fueron firmados en Roma el 25 de marzo de 1957, por Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux, entrando en vigor el 1 de enero de 1958, sin ser publicados en el Diario oficial. Los Tratados de Roma, instauraron la Comunidad Económica Europea (TCE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). El artículo 2 del TCE establecía que «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros». Ese objetivo se debió de cumplir a través de las famosas «cuatro libertades», que eran, la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales. En concreto, el Título III se denominaba «La libre circulación de personas, servicios y capitales», Capítulo I: Trabajadores. En el TCE, la libre circulación pertenecía al grupo de los llamados «derechos especiales básicos». *Vid.* entre otros, JUÁREZ PÉREZ, P., «Nacionalidad...», *op .cit.*, p. 29.

interior. En consecuencia, la herramienta importante para conseguir el objetivo de crear mercado interior se basaba en la necesidad de regular la libre circulación de las personas económicamente activas. Con esta finalidad, este derecho se venía disfrutando como eje esencial de un proceso de integración basado en la libre circulación y residencia para:

- acceder a un empleo asalariado;
- acceder a un empleo por cuenta propia;
- prestar o recibir un servicio;
- ejercer establemente una profesión; o
- abrir un negocio (como comerciante, industrial, etc.)³⁹⁰.

De este modo, residir en un Estado miembro para llevar a cabo las actividades económicas mencionas arriba, había quedado, ya desde mediados de los años setenta, al margen de todo poder discrecional de los Estados miembros³⁹¹. Por ello, no cabe la menor duda de que los primeros destinatarios para disfrutar una de las «cuatro libertades», eran los trabajadores con el objeto de poner en funcionamiento el mercado interior. La idea del mercado interior implicaba un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada³⁹². A este respecto, la expresión de «circulación de las personas» en el artículo 48 del TCE, tenía como únicos destinatarios a los trabajadores³⁹³. Solamente los trabajadores económicamente activos, o también llamados «ciudadanos del mercado»

³⁹⁰ La concepción estrictamente económica de la libre circulación en sus inicios, fue justificada por la necesidad de hacer un uso racional de los factores de producción en los Estados miembros, identificándose tales factores con el capital y la mano de obra. JUÁREZ PÉREZ, P., “*Nacionalidad...*”, *op. cit.*, p. 42.

³⁹¹ MANGAS MARTÍN, A., “Estatuto de ciudadanía de la Unión”, en “*Instituciones y Derecho...*”, *op. cit.*, p. 158.

³⁹² *Artículo 8 A** (Artículo añadido por el artículo 13 de Acta Única Europea).

³⁹³ El artículo 48.1 del TCE establecía que la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio. El apartado tercero del mencionado artículo añadía que la libre circulación de los trabajadores no era absoluta, sino que estaba limitada por razones de orden público, seguridad y salud públicas. El contenido de este derecho para los trabajadores consistía en: responder a ofertas efectivas de trabajo; desplazarse libremente para este fin por el territorio de los Estados miembros; residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo; permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo. Por último, el apartado cuarto excluía del ámbito de aplicación de este derecho a los empleos en la administración pública.

podían disfrutar de las disposiciones de libre circulación³⁹⁴, situación jurídica prevista en la regulación europea actual en el artículo 45 del TFUE. A este respecto, existe un debate acerca del significado jurídico de la palabra «trabajadores», ya que el artículo 48 del TCE no dejaba claro si se refería solamente a los trabajadores que eran nacionales de los Estados miembros o a todos los trabajadores presentes en la UE, con independencia de su nacionalidad. Debido al carácter ambiguo del artículo 48 TCE al mencionar solamente «trabajadores», no se puede determinar con certeza si su aplicación se refería solamente a los nacionales de los Estados miembros o a todos los trabajadores, incluidos los procedentes de terceros países. Para una parte de la doctrina, el contenido original del artículo 48 del TCEE no se refería de manera restrictiva solamente a los nacionales de los Estados miembros³⁹⁵. Para otra parte de la doctrina, la polémica acerca de la extensión de la libre circulación de los trabajadores fue abordada únicamente desde una perspectiva limitada a su aspecto de libertad de desplazamiento, considerada necesaria para lograr la eliminación de los controles en las fronteras interiores y subordinada al objetivo de la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros³⁹⁶. En este contexto, más adelante, el objetivo de lograr la supresión de los controles a las personas en las fronteras interiores y el establecimiento del mercado interior determinó la necesidad de extender también a los nacionales de terceros países las previsiones sobre libre circulación³⁹⁷.

En cuanto a la libre circulación de personas prevista en el Título IV del TCE³⁹⁸, este título establecía que a fin de establecer progresivamente el ELSJ, el Consejo

³⁹⁴ En relación a la libre circulación de los trabajadores, el Consejo de las Comunidades Europeas adoptó el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO CE L 257/2, 16.10.1968).

³⁹⁵ FERNHOUT, R., “The United States of Europe have commenced, but for whom?”, *NQHR* 11, 1993, p. 264. MUÑOZ AUNIÓN, A., “*Política migratoria...*”, *op. cit.*, p. 58.

³⁹⁶ HEDEMANN-ROBINSON, M., “Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges rather than Divisions”, *Yearbook of European Law*, vol. 16, 1996, pp. 321-362.

³⁹⁷ DONNER, J.P.H., “*Abolition of...*”, *op. cit.*, p. 20.

³⁹⁸ El Título IV: *Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*, artículos 61 a 69 del TCE. Para un estudio en profundidad de las especificadas jurídicas del Título IV del TCE, véase, entre muchos otros, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002; PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016; PEERS, S., GUILD, E., ACOSTA ARCAZ, D., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V. (Eds), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2015.

adoptará medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas³⁹⁹. Por lo tanto, la base política de la inmigración se establecía en el TCE, en su Título IV, denominado «Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Ahora bien, tal y como consta en dicho Título, su ámbito de aplicabilidad para los nacionales de terceros países era muy restringido, reconociendo a los mismos en el territorio europeo principalmente como turistas.

Con la entrada en vigor del Acta Única Europea⁴⁰⁰, el alcance jurídico de las diferentes previsiones legales con la denominación de «libre circulación» seguía sin estar del todo claro. Ciertas disposiciones del Acta Única Europea evidenciaban el propósito de remover cualquier tipo de trabas que obstaculizaron el establecimiento del mercado interior. La Comisión, tal y como figura en el Libro Blanco sobre el mercado interior⁴⁰¹, entendió que las disposiciones del Acta Única Europea se referían a libre circulación de «todas» las personas y no solamente de los nacionales de los Estados miembros⁴⁰². La disparidad del ámbito personal de la libre circulación de personas estuvo presente también en las Declaraciones Anexas al Acta Única Europea⁴⁰³. Para algunos, la Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas⁴⁰⁴ implantó la primera regulación de la libre circulación para los nacionales de terceros países, ya que el artículo 48 del TCE se refería solamente a los

³⁹⁹ El artículo 62.3 del TCE establecía que el Consejo, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses.

⁴⁰⁰ Los artículos 13 a 19 del Acta Única Europea.

⁴⁰¹ El punto 55 del Libro Blanco se refería a los ciudadanos procedentes de terceros países, estableciendo que, en una primera fase (1988), la Comisión presentaría una propuesta de coordinación sobre estancia, ingreso y acceso al empleo de los nacionales de terceros países.

⁴⁰² Esta posición ha sido sostenida por el Parlamento Europeo en “*The resolution 19 november 1992 on the abolition of controls at internal borders and free movement of persons within European Community*”, OJ 1992, C337/211.

⁴⁰³ En el momento de firmar el texto de Acta Única Europea, tras La Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, convocada en Luxemburgo el 9 de septiembre de 1985 se adoptó, entre otras, *La Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas*. En la Declaración relativa a los artículos 13 a 19, los Estados miembros matizaron que «ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de inmigración de terceros países».

⁴⁰⁴ Declaración número 2 aneja a la Acta final de Acta Única Europea. En esta Declaración, los Estados miembros afirman su soberanía en esta materia frente a la lógica del mercado interior europeo. Véase a tal respecto, HOOOGEMBOOM, TH., “Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals” *European Journal of International law*, nº 1, 1992, pp. 49-50.

trabajadores procedentes de los Estados miembros de la actual UE. Además, el Acta Única Europea vuelve a confirmar el objeto de promover la libre circulación de personas, donde los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo, los Estados miembros cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades. Siguiendo con esta idea, los avances jurídicos de la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países tienen su base legal en el desarrollo legislativo de las políticas de visados, inmigración y asilo⁴⁰⁵. Aunque las exigencias del mercado interior europeo se referían a la necesidad de incluir entre los principales actores de dicho mercado también a los nacionales de terceros países⁴⁰⁶, finalmente el legislador europeo optó por seguir desarrollando el régimen jurídico de libre circulación de estas personas como parte de la política migratoria europea. Sin embargo, las cuestiones relativas al estatuto jurídico de las mismas en la UE seguían dando lugar a diferentes interpretaciones institucionales y doctrinales en relación al alcance y forma jurídica establecidos en el Acta Única Europea⁴⁰⁷. En especial, la Comisión, siguiendo los designios del programa de trabajo de 1991⁴⁰⁸, puso de relieve que la lógica del mercado interior debería conllevar la eliminación de ciertos obstáculos legales, que hacían depender el ejercicio de determinados derechos económicos de la condición de la nacionalidad.

Es con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht⁴⁰⁹ cuando se observa un avance legislativo muy importante en materia de la libre circulación y residencia en la

⁴⁰⁵ Estas políticas se convierten en un objetivo al nivel europeo desde los mediados de los años 1980.

⁴⁰⁶ CRAIG, P. y DE BÚRCA, G. (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, UK, 2011.

⁴⁰⁷ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las directivas de la UE en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010.

⁴⁰⁸ Desde el punto de vista de la justicia social, la Comisión planteó el examen de qué derechos serían, de entre los que disfrutaban los ciudadanos de los Estados miembros, aquellos que podrían concederse a los ciudadanos de terceros países. A este respecto, *vid.* Documento SN 4038/91, WG I 930.

⁴⁰⁹ El Tratado de la Unión Europea, conocido como el Tratado de Maastricht fue firmado el 7 de febrero de 1992. El Tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 (DO C 191, 29.7.1992), marcando una nueva etapa en la integración europea. El Tratado establece una Unión formada por tres pilares: el pilar comunitario o de las tres Comunidades (primer pilar), La política exterior y de seguridad común (PESC) (segundo pilar), y la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI), (tercer pilar). Por lo que respecta al presente trabajo, hay que decir que una de las grandes innovaciones aportadas por este Tratado es la creación de una ciudadanía europea que se añade a la ciudadanía nacional. El Tratado, en cuyo Preámbulo se afirma la voluntad de «crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países», introduce los derechos del ciudadano en el artículo 8 con carácter finalista. A este respecto, será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. El artículo 8 A

UE. Dicho Tratado, además de hacer referencia, por primera vez de manera específica, a la política de asilo e inmigración⁴¹⁰, establece que «...la acción de la Comunidad implicará entre otros, un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; y medidas relativas a la entrada y circulación de personas en el mercado interior»⁴¹¹. De lo anterior se desprende que el Tratado de Maastricht vuelve a mencionar la circulación de las personas, incidiendo en los posibles obstáculos a los cuales se enfrentan las mismas al ejercer la libre circulación en la UE. Es más, el Tratado de la Unión representa un avance jurídico en la regulación de la libre circulación de las personas en la UE sobre todo al crear la ciudadanía de la Unión y así establecer una clara diferenciación en el ámbito personal entre los titulares de este derecho. La fragmentación formal del ámbito de aplicación personal de la libre circulación ha producido una desfragmentación de los principios sustantivos que rigen la condición jurídica de las distintas categorías de personas, titulares de la libre circulación en la UE⁴¹². La batalla por la ampliación del ámbito subjetivo de la libre

(1) añade que todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

⁴¹⁰ El TUE establece que el asilo y la inmigración forman parte del tercer pilar (intergubernamental) con los asuntos de justicia e interior, tomándose las decisiones por unanimidad en el Consejo de Ministros, de conformidad con todos los Estados miembros.

⁴¹¹ Artículo 3 (c) y (d) del Tratado de Maastricht.

⁴¹² Mientras que el Tratado de Roma confería la libre circulación de personas y los derechos asociados a ella solamente a los trabajadores a tiempo completo, y a los trabajadores autónomos beneficiarios del derecho de establecimiento, más tarde dicha libertad de circulación es ampliada, como señalaremos a continuación, a otras personas. En primer lugar, a los «buscadores» de empleo, como puede verse en la sentencia del TJCE, asunto C-292/89, *Antonissen*, de 26 de febrero de 1991. En este asunto el TJCE declara que las disposiciones de Derecho comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores no son óbice para que la legislación de un Estado miembro establezca que todo nacional de otro Estado miembro que haya entrado en su territorio para buscar allí un empleo pueda ser obligado (sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso) a abandonar dicho territorio si transcurridos seis meses no ha encontrado empleo, a no ser que el interesado pruebe que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado. La siguiente categoría de ampliación es la de los trabajadores a tiempo parcial, como puede verse en la sentencia del TJCE, asunto C-53/81, *D.M. Levin*, de 23 de marzo de 1982. En este asunto el TJCE declara que las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores son aplicables también a los nacionales de un Estado miembro que ejercen en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena de la que obtienen ingresos inferiores al salario mínimo de subsistencia, con arreglo a lo que se considere como tal en la legislación de este último, tanto si completan los ingresos derivados de su actividad por cuenta ajena con otros ingresos hasta alcanzar dicho mínimo, como si se contentan con los medios de subsistencia inferiores a dicho mínimo, siempre que ejerzan una actividad por cuenta ajena real y efectiva. Los motivos que hayan podido impulsar a un trabajador de un Estado miembro a buscar trabajo en otro Estado miembro son irrelevantes en lo que se refiere a su derecho de entrada y residencia en el territorio de este último Estado,

circulación y la clasificación de diferentes categorías de personas fue también emprendida desde los comienzos legislativos por el actual TJUE, extendiendo dicho ámbito de forma progresiva por vía jurisprudencial⁴¹³. No obstante, tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, la identidad del *ciudadano* se construye en oposición con el *otro*, el nacional de tercer país, que es «excluido», o al menos «controlado», para que el ciudadano de la Unión se sienta seguro⁴¹⁴. Sin embargo, la situación jurídica del *otro* es cambiante, temporal y sujeta a diversas condiciones, en cumplimiento de las cuales el nacional de tercer país puede llegar a optar por convertirse en el ciudadano de la Unión.

siempre que ejerza o desee ejercer en dicho territorio una actividad real y efectiva. La tercera categoría son los estudiantes-trabajadores; véase al respecto la sentencia del TJCE, asunto C- 39/86, *Lair*, de 21 de junio 1988. En este asunto el TJCE declara que el nacional de otro Estado miembro que haya ejercido en el Estado de acogida actividades profesionales y que posteriormente emprenda allí estudios universitarios que culminen en una titulación profesional, ha de seguir siendo considerado como trabajador y puede, como tal, acogerse al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68, a condición, sin embargo, de que exista una relación entre la actividad profesional previa y los estudios. Otros titulares de las previsiones de libre circulación han sido: los trabajadores jubilados; los destinatarios de los servicios económicos, tales como los estudiantes; los pacientes; las personas de negocios y turistas; los pensionistas; los viajeros. Además, en la sentencia del TJCE, asunto C-378/97, *Wijzenbeek*, de 21 de septiembre de 1999, el TJUE declara que en el momento de aplicación del Derecho comunitario vigente cuando se produjeron los hechos del asunto principal, ni el artículo 7 A ni el artículo 8 A del TCE se oponían a que un Estado miembro obligara, so pena de sanción penal, a una persona, ciudadano de la Unión o no, a probar su nacionalidad al entrar en el territorio de dicho Estado miembro por una frontera interior de la Comunidad, siempre que las sanciones fueran comparables a las establecidas para infracciones nacionales similares y no fueran desproporcionadas, creando con ello un obstáculo a la libre circulación de personas, etc. Sobre este tema *vid.* más en PIETER VAN DER MEI, A., *Free movement of Persons within the European Community, Cross – Border Access to Public Benefits*, Oxford – Portland Oregon, 2003, pp. 14-15.

⁴¹³ Respecto a los turistas, véase, entre otras, la sentencia del TJCE, asunto C-286/82 *Luisi y Carbone*, de 31 de enero de 1984. Respecto a los estudiantes, véase la sentencia del TJCE, asunto 293/83 *Grevier*, de 13 de febrero de 1985. El derecho de libre circulación y residencia fue extendido por su lógica implícita a la familia del beneficiario económico como un derecho fundamental de ambos. Véase, entre otros, MANGAS MARTÍN, A., “Estatuto de ciudadanía de la Unión”, en *“Instituciones y Derecho...”*, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁴¹⁴ Situación jurídica que J. WEILER denominó como efecto potencial corrosivo sobre los valores, de una visión comunitaria del proceso de integración europeo. La nacionalidad como referente para las relaciones interpersonales, y el efecto alienador humano del *Nosotros* y *Ellos* vuelven a la escena. *Nosotros* se han convertido en europeos (en lugar, de alemán, francés o británico), y *Ellos* se configuran como aquellos procedentes de fuera de la Comunidad. *Vid.* WEILER, J.H., “Thou Shalt not Opress a Stranger: On the Judicial protection of the Human Rights of Non-EC nationals. A critique”, *EJIL*, 3, 1992, pp. 65-68.

2.2 El régimen jurídico desde el Tratado de Maastricht hasta el Tratado de Lisboa

Hace más de veinticinco años, el Tratado de Maastricht *reconoció el derecho a la libre circulación a todos los ciudadanos de la Unión*, ejerzan o no una actividad económica, siendo una de las libertades fundamentales que confiere el Derecho de la UE. En cuanto a la libre circulación de los nacionales de terceros países en el Tratado de Maastricht, el preámbulo preveía que *«la UE tiene por objetivo facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la defensa de sus pueblos, mediante la inclusión de disposiciones sobre justicia y asuntos de interior»*⁴¹⁵. Y en este sentido, el Tratado de Maastricht introduce en el Título VI, denominado «Las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de Justicia y de los asuntos de interior», la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países. Además, dicho Tratado ofrece la clara distinción entre los distintos titulares de la libre circulación, haciendo desaparecer todas las dudas relativas al ámbito personal de la libre circulación. Y añade que para la realización de los fines de la Unión, y más en concreto, para los del mercado, los Estados miembros considerarán también de interés común, entre otros ámbitos, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros países en lo relativo a las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros, de circulación por el mismo de los nacionales de terceros países⁴¹⁶; y las condiciones de estancia de los nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar⁴¹⁷. A este respecto, se puede afirmar que el legislador europeo establece el régimen jurídico que regula el acceso al territorio de los Estados miembros y circulación por los Estados miembros, como también de la estancia de estos nacionales de terceros países en el territorio europeo dentro de las previsiones de la política de inmigración europea. En

⁴¹⁵ Véase el Preámbulo del Tratado de Maastricht.

⁴¹⁶ Artículos K.1 y K.3 (a) del Tratado de Maastricht. El artículo K.3 añadía que en los ámbitos a que se refiere el artículo K.1, los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo, con objeto de coordinar su acción. A tal fin establecerán una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones. El apartado 2 del mencionado artículo establecía que el Consejo podrá, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión en las materias contempladas en el artículo K. 1: a) adoptar posiciones comunes y fomentar, en la forma y según los procedimientos oportunos, toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión; y b) adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate.

⁴¹⁷ Artículo K.1 y K.3 (b) del Tratado de Maastricht.

particular, es de destacar la mención expresa de la regulación del acceso al empleo y de la reagrupación familiar para los nacionales de terceros países. La Comisión, en varias comunicaciones establecía que la implantación de la libre circulación a todos sus destinatarios debe ser progresiva, empezando por los Estados miembros que estén ante la necesidad de dar la prioridad a los nacionales de terceros países residentes legales y permanentes en otro Estado miembro, cuando las vacantes no puedan ser ocupadas por los nacionales de su país o por los nacionales de terceros países legalmente residentes en el Estado miembro⁴¹⁸. Así, la decisión del legislador europeo de ampliar el ámbito personal de la libre circulación a los nacionales de terceros países venía directamente vinculada a las necesidades del mercado laboral europeo. Tal afirmación se puede confirmar en la actualidad, ya que muchos estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países están directamente relacionados con las necesidades de mercado europeo, como se estudia a continuación.

En tal orden de ideas, no es hasta el año 1999 cuando el legislador europeo establece la base jurídica y concede cierta competencia a la UE en materia de política de inmigración. Es también con el Tratado de Ámsterdam⁴¹⁹ cuando los Estados miembros establecen las previsiones jurídicas para la creación de la política de inmigración común europea asentando los cimientos del ELSJ en la UE. En concreto, el Tratado de Ámsterdam regula las condiciones de entrada y residencia, y las normas sobre procedimientos de expedición de visados de larga duración y permisos de residencia⁴²⁰. Además, el citado Tratado establece que el acuerdo Schengen forma parte del marco jurídico del Derecho de la UE, incorporando las materias de visados, inmigración y asilo al marco jurídico en un nuevo Título IV del TCE⁴²¹, todo ello a fin de facilitar la

⁴¹⁸ Véase, por ejemplo, entre otras, *European Social Policy - A Way Forward for the Union*, (COM 94), 333 final, de 27 de julio de 1994, pp. 29-30.

⁴¹⁹ Título IV del Tratado de Ámsterdam. Anteriormente, en el Tratado de Maastricht los Asuntos de Justicia e Interior estaban incluidos en el título VI y con el Tratado de Ámsterdam las materias JAI pasan a regularse en el título IV, manteniéndose en el título VI lo relativo a la Cooperación Policial y Judicial Penal.

⁴²⁰ Artículo 63.3 del TCEE. HAILBRONNER, K., “European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty”, *Common Market Law Review*, nº 35, 1998, pp. 1047-1067.

⁴²¹ Este Título establece, entre otras cosas, que, a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 7 A, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración, de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2 y 3 del artículo 73 J, en la letra a) del punto 1 y en la letra a) del punto 2 del artículo 73 K, así como medidas para prevenir y luchar contra la delincuencia de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea. Sobre el

libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de ELSJ. Estas palabras dan comienzo a una nueva etapa en el proceso europeo, en el cual los nacionales de terceros países se convierten en «nuevos protagonistas» en la Unión a efectos de la regulación de la libre circulación en la UE. Es decir que el Tratado de Ámsterdam ha establecido «las bases para comunitarizar» las políticas de libre circulación de personas, asilo e inmigración⁴²². En particular, este Tratado establecía que el Consejo adoptará, en el plazo de cinco años⁴²³ a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, medidas encaminadas a garantizar, la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países⁴²⁴, como también las medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período que no sea superior a tres meses⁴²⁵. Ahora bien, el Tratado de Ámsterdam no se limita solamente a determinar el marco jurídico para los nacionales de terceros países en calidad de «turistas», sino que va más allá. El Consejo, adoptará también, medidas sobre política de inmigración en el ámbito de 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 familiar⁴²⁶, medidas 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 miembros⁴²⁷. Sin embargo, cabe destacar que estas últimas previsiones no están sujetas al límite de cinco años establecido en el previo apartado. No obstante, las medidas previstas en el Tratado de Ámsterdam no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate las disposiciones nacionales que sean compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales.

tema, por ej., HAILBRONNER, K., “The Treaty of Amsterdam and Migration Law”, *European Journal of Migration and Law*, nº 1 (1), pp. 9-27.

⁴²² MUÑOZ AUNIÓN, A., “Política migratoria...”, *op. cit.*, p. 153.

⁴²³ El Artículo 73 O 1 añade que durante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo adoptará sus decisiones por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo.

⁴²⁴ Artículo 73 J 1 del Tratado de Ámsterdam.

⁴²⁵ Artículo 73 J 3 del Tratado de Ámsterdam.

⁴²⁶ Artículo 73 K 3 (a) del Tratado de Ámsterdam.

⁴²⁷ Artículo 73 K 4 del Tratado de Ámsterdam.

En esta línea, es posible concluir que el Derecho de la UE, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, «comunitariza» el marco legal del fenómeno migratorio, teniendo las decisiones adoptadas vinculación jurídica para los Estados miembros. En cuanto al Tratado de Niza⁴²⁸, cabe constatar que el mismo no introduce modificaciones relevantes en los aspectos relacionados con la inmigración, sino que mantiene y consolida el modelo diseñado en el Tratado de Ámsterdam⁴²⁹.

2.3 El régimen jurídico en el Tratado de Lisboa

A pesar de que el Tratado de Ámsterdam prevé la progresiva «comunitarización» de las políticas de inmigración y de asilo, es gracias al Tratado de Lisboa⁴³⁰ cuando «se supranacionaliza» el proceso legislativo en materia migratoria europea. El fenómeno de la inmigración viene motivado principalmente por la necesidad de materializar el objetivo del espacio sin fronteras interiores garantizando plenamente la libre circulación de personas. La libre circulación de personas en la UE guarda una relación específica con los objetivos de la política de inmigración. El Tratado de Lisboa advierte que la política de inmigración en el mercado sin fronteras interiores no puede ser abordada eficazmente de forma aislada por un solo país.

El Tratado por el que se preveía una «Constitución europea»⁴³¹, en cuanto a las disposiciones relativas a la migración se refiere, establecía que la Unión tendrá

⁴²⁸ El Tratado firmado el 26 de febrero de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

⁴²⁹ A partir del 1 de mayo de 2004, entró en vigor la adopción de medidas sobre las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a 3 meses, previsto en el artículo 67 del TCEE.

⁴³⁰ El Tratado de Lisboa aprobado en Lisboa en octubre de 2007 entró en vigor, una vez ratificado por todos y cada uno de los Estados miembros, el 1 de diciembre de 2009. Este tratado representa un “Tratado de Reforma” de los Tratados existentes: del “Tratado de la Unión Europea” o TUE, y del “Tratado de la Comunidad Europea” o TCE -Tratado al que se cambia de denominación y pasa a llamarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” o TFUE. El Tratado de Lisboa fue publicado en el *DO UE*, el 17 de diciembre de 2007, 2007/C 306/01. Las versiones consolidadas (tras la reforma de Lisboa) de los Tratados constitutivos (TUE y TFUE y Euratom) fueron publicadas en el *DO UE*, el 9 de mayo de 2008, 2008/C 115/01. Para consultar la última edición oficial de dichas versiones así como de la Carta de DFUE, véase el *DO UE* de 7 de junio de 2016, 2016/C 202/1, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>. Vid. también a este respecto, JÁUREGUI, G. y UGARTEMENDIA, J.I., “Europa en el hecho de Procusto: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa”, *RVAP*, nº 79, 2007, pp. 105-127.

⁴³¹ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004.

competencias para legislar sobre las medidas relativas a la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración, sobre las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período, y sobre cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores⁴³². Este Tratado tenía como uno de sus objetivos el desarrollar la normativa que estableciera, entre otras, las medidas correspondientes a la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados⁴³³. Un último aspecto ahora destacable de la «fallida Constitución europea» es el relativo a la financiación de la política de inmigración. La «Constitución europea» señalaba que las políticas de inmigración de la Unión y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero⁴³⁴. A pesar de su «casi plena comunitarización», el desarrollo jurídico de la política migratoria legal en relación al aspecto financiero en la UE está evolucionando muy lentamente⁴³⁵.

Tras el fracaso del Tratado Constitucional, el próximo paso vino de la mano del Tratado de Lisboa, un tratado de reforma de los Tratados existentes, el cual regula la libre circulación en varias de sus disposiciones⁴³⁶. Entre las novedades introducidas por la reforma de Lisboa en relación a la libre circulación de los nacionales de terceros países destaca la preeminencia concedida al objetivo de configurar el ELSJ (artículo 3 del TUE)⁴³⁷, dentro del cual la política de inmigración sigue siendo una materia sujeta al

⁴³² Capítulo IV, sección 2, el artículo III-265. Al respecto, entre otros, DE BRUYCKER, P., *The emergence of an European Immigration Policy*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

⁴³³ Artículo III-267 b.

⁴³⁴ Artículo III-268.

⁴³⁵ PASCOUAU, Y., “La politique migration de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne”, Fondation Varenne, *LGDJ*, Paris, 2011.

⁴³⁶ La base múltiple de la regulación de la libre circulación se ha mantenido en el artículo 3.2 del vigente TUE y en los artículos 20.2 (a), 21.1 y 67 del TFUE (ex TCE). El artículo 21 del TFUE regula la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión. El Título V del TFUE, «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en los capítulos 1 y 2, los artículos de 76 a 80, regula también la libre circulación en la UE. Cabe destacar que este título establece bases legales para la libre circulación y residencia para los nacionales de los terceros países, al regular entre otros, los ámbitos de condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países a la UE.

⁴³⁷ Con objeto de contribuir a desarrollar la política común de la Unión en materia de asilo e inmigración y de reforzar el ELSJ a la luz de la aplicación de los principios de solidaridad y reparto de responsabilidades entre los Estados miembros y de cooperación con terceros países, se adoptó el Reglamento (UE) nº 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración, por el que se modifica la Decisión 2008/381/CE del

reparto de las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros⁴³⁸, siendo estos los últimos en determinar y concretar el contenido de la libre circulación en la práctica. Sin embargo, varios autores opinan que este reparto de competencias previsto en el Tratado de Lisboa «induce a dudas» a la hora de desarrollar una «auténtica» política común de inmigración⁴³⁹. En cualquier caso, y a pesar de varios cambios introducidos por el Tratado de Lisboa en esta materia⁴⁴⁰, las previsiones jurídicas de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE no han sufrido modificación alguna de calado. No obstante, parece que el legislador europeo intenta acercarse cada vez más hacia una auténtica política de inmigración común europea.

Al final que las previas reformas de los Tratados, el Tratado de Lisboa prevé en su articulado diferentes tipos de inmigración a la UE y, por lo tanto, varias previsiones de la libre circulación de los nacionales de terceros países. A este respecto, el Título V, «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», establece las normas relativas a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración⁴⁴¹. Según lo previsto en el Tratado de Lisboa, la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos, como también una lucha reforzada contra ambas⁴⁴². El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga

Consejo y por el que se derogan las Decisiones nº 573/2007/CE y nº 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2007/435/CE del Consejo.

⁴³⁸ Artículo 4.2 (j) del TFUE.

⁴³⁹ Entre otros, LIROLA DELGADO, I., “¿Por fin una política de inmigración de la Unión en el Tratado de Lisboa?”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.) *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, p. 546.

⁴⁴⁰ Destacan, entre otros, la generalización del procedimiento legislativo ordinario, la inclusión de una competencia expresa para concluir acuerdos de readmisión (artículo 79.3 del TFUE), una competencia complementaria en materia de integración (artículo 79.4 del TFUE) y la limitación expresa de la competencia de la UE para determinar el volumen de admisión de los nacionales de terceros países (artículo 79.5 del TFUE). Sobre estas cuestiones, véase, entre otros; CARRERA, S. y GUEYER, F., “El Tratado de Lisboa y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, 2008, pp. 133-162.

⁴⁴¹ Los artículos 77 al 80 del TFUE. Acerca de los avances legislativos en la materia de inmigración, asilo e integración, entre otros, PEERS, S. *et alii*, *EU Immigration and Asylum Law (text and commentary): Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, 2015; HAILBRONNER, K. (Ed.), *European Immigration and Asylum Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

⁴⁴² Artículo 79.1 del TFUE.

duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar y la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros⁴⁴³. Por ello, en la legislación europea actual, se puede observar la regulación de las previsiones de libre circulación en dos dimensiones. En primer lugar, para impedir cualquier movimiento de los flujos migratorios irregulares y luchar sobre todo contra el terrorismo. Y en segundo lugar, la política de inmigración europea debe prever los instrumentos jurídicos para garantizar la libre circulación de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. A este respecto, la principal aportación del Tratado de Lisboa en relación a la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE se refiere a las modificaciones introducidas en la letra (b) del artículo 79.2 del TFUE. El cambio reside en el hecho de emplear los conceptos de «libertad de circulación y residencia» con respecto a los nacionales de terceros países. Ahora bien, ha de ponerse de relieve que la nueva redacción, en especial, su referencia a la «libertad de circulación y residencia», supone un considerable avance en el terreno de los conceptos, al identificar, utilizando el mismo término, el régimen de circulación y residencia en el ámbito geográfico de la Unión, tanto para los ciudadanos de la UE, como para los nacionales de terceros países⁴⁴⁴. Entonces, el Tratado de Lisboa vuelve a confirmar que la Unión adoptará medidas en el ámbito de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la *libertad* de circulación y de residencia en los demás Estados miembros⁴⁴⁵.

El legislador europeo ha subrayado en varias ocasiones que el reconocimiento legislativo de la libre circulación de los nacionales de terceros países da lugar a la discriminación para los residentes procedentes de terceros países legalmente establecidos en el territorio europeo⁴⁴⁶. El TJUE interpreta que el derecho de no discriminación en relación a la libre circulación y residencia se garantiza únicamente a los nacionales de los Estados miembros. En otras palabras, no protege a los nacionales

⁴⁴³ Artículo 79.2 (a) del TFUE.

⁴⁴⁴ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de...*, op. cit., p. 65.

⁴⁴⁵ Artículo 79.2 (b) del TFUE.

⁴⁴⁶ Tal necesidad se plasma entre otros, por ejemplo, en el artículo 67.2 del TFUE al establecer que la Unión garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países.

de terceros países que residen en la UE⁴⁴⁷, poniendo otra vez de manifiesto la diferenciación entre los ciudadanos europeos y los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. Cabe considerar, en este sentido, que la falta de las garantías jurídicas frente a la discriminación de los nacionales de terceros países en relación al ejercicio de la libre circulación pone en evidencia que estos titulares presentes en el territorio de la UE siguen siendo los «ciudadanos de segunda categoría» frente a los ciudadanos de la Unión, «ciudadanos de primera categoría».

Tras la plena «europeización» de varias políticas previstas en el Tratado de Lisboa, E. GUILD entiende que la libertad de circular en el territorio de la UE debería prever el mismo contenido tanto para los nacionales de la Unión, como para los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. A este respecto, solamente haría falta clarificar, en ambos supuestos, los derechos y las obligaciones de los titulares que ejercen la libre circulación⁴⁴⁸. R. BALL opina también que los requisitos de la libre circulación deberían estar previstos en base de igualdad para ambos, los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Ver por ejemplo, entre otras, la sentencia del TJCE al asunto C-230/97, *Ibiyinka Awoyemi*, de 29 de octubre de 1998.

⁴⁴⁸ Véase, GUILD E., “The Border Abroad - Visas and Border Controls”, en GROENENDIJK, K., GUILD, E. y MINDERHOUD, P., *Search of Europe's Borders*, The Hague Kluwer, Haya, 2003, pp. 87-104.

⁴⁴⁹ BALL, R., *Free Movement of Third Country Nationals*, Routledge, London, 2014, p. 23.

2.4 El régimen jurídico en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

La Carta de DFUE simboliza otro instrumento jurídico de Derecho primario de la UE en materia de libre circulación de personas en el territorio europeo⁴⁵⁰. El lenguaje jurídico de la Carta de DFUE cambia en comparación con el previsto en los Tratados. Las categorías de las personas titulares de los derechos de ciudadanía según lo previsto en la Carta de DFUE son: los ciudadanos de la Unión y las personas residentes legalmente en el territorio de la UE. Por lo tanto, el ámbito personal de la Carta relativo a los derechos de ciudadanía en la UE es más amplio, ya que concede varios derechos también a los que no son considerados como ciudadanos de la Unión en sentido estricto. A este respecto, es interesante destacar que la Carta de DFUE utiliza como criterio de los derechos de ciudadanía la residencia y no la nacionalidad.

La Carta de DFUE no introduce grandes novedades en materia del presente estudio ya que la Carta de DFUE no puede alterar o distorsionar el régimen establecido por los tratados⁴⁵¹. Tal y como subraya A. MANGAS MARTÍN, el alcance del derecho a libre circulación de personas no sufre cambio alguno tras el carácter jurídico vinculante de la Carta de DFUE debido a que el disfrute de este derecho se regirá por lo dispuesto en los tratados⁴⁵². A pesar de la regulación jurídica del contenido de la libre circulación en los tratados, la Carta de DFUE establece que el derecho a la libre circulación en la UE se incardina como el derecho por excelencia de los derechos inherentes a la ciudadanía. Es decir, que la libre circulación de las personas en la UE es

⁴⁵⁰ La Carta de DFUE aprobada en Niza como Declaración común el 7 de diciembre de 2000, y adoptada el 12 de diciembre de 2007 como vinculante tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Actualmente se puede decir que existe una doble forma de reconocimiento jurídicamente “vinculante” de los derechos fundamentales de la UE introducido en el Tratado de Lisboa. El reconocimiento y la protección de los DFUE como principios generales del Derecho comunitario (artículo 6.3 TUE), y los DFUE reconocidos en la Carta DFUE (artículo 6.1 TUE). Cabe mencionar que el Tratado de Lisboa establece en el artículo 6.2 del TUE y en el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al CEDH, todo un mandato de adhesión de la UE al CEDH, al declarar en dicho artículo que “*La Unión se adherirá al CEDH. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados*”. No obstante, y a día de hoy, tal adhesión no se ha llevado a cabo. Además, no hay que olvidar que la libre circulación y residencia en el territorio de un Estado miembro está también regulada en el artículo 2 del protocolo 4 del CEDH y en el artículo 12 del PIDCP.

⁴⁵¹ A este respecto, el artículo 52.2 de la Carta de DFUE, establece que los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

⁴⁵² MANGAS MARTÍN, A., “*Estatuto de ciudadanía...*”, *op. cit.*, p. 593.

un derecho fundamental, a pesar de las controversias jurídicas en torno a su alcance y a su diferente apreciación en distintos momentos históricos y regímenes políticos⁴⁵³.

La posibilidad de circular y residir en el territorio de la UE constituyó sin duda alguna el primer paso hacia la creación de los derechos de ciudadanía. A este respecto, el Capítulo V de la Carta de DFUE regula los derechos fundamentales de la ciudadanía, incluido el derecho a la libre circulación y residencia en la UE⁴⁵⁴. Ahora bien, según lo previsto en dicho título, al regular los derechos de ciudadanía previstos solamente para los ciudadanos de la Unión⁴⁵⁵, establece diferencias entre el ámbito personal de estos

⁴⁵³ NOWAK, M., “U.N. Covenant on Civil and Political Rights”, *CCPR Commentary*, 1993, p. 193.

⁴⁵⁴ Título V “Ciudadanía”, los artículos 39 a 46 de la Carta de DFUE. La ciudadanía flexible representa la opuesta a los ideales clásicos de la pertenencia nacional. Actualmente la ciudadanía de la Unión se caracteriza por ser ciudadanía más innovativa. Véase, JOPPKE, CH., *Citizenship and immigration*, Cambridge, Cambridge, 2010, pp. 160-161.

⁴⁵⁵ Jurídicamente hablando, el estatuto de ciudadanía de la Unión contempla los siguientes derechos de ciudadanía, según lo previsto en el Capítulo V de la Carta DFUE: el derecho a circular y residir libremente dentro de la UE (artículo 45.1); el derecho a votar y a presentarse en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales (artículos 39 y 40). Los derechos electorales de los ciudadanos de la Unión representan un auténtico avance en la participación democrática de los ciudadanos en la UE. Recientemente, antes de la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo, varios Estados miembros adoptaron medidas específicas para estimular la participación de los ciudadanos y aumentar el porcentaje de voto. A pesar de los avances, los ciudadanos de la Unión, generalmente, y cuando ejercen el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de la UE, en particular, se enfrentan a gran cantidad de obstáculos que condicionan el disfrute de este derecho. Por lo que se refiere a los derechos electorales de los ciudadanos de la UE, la Comisión respondió alrededor de cien preguntas individuales y a nueve peticiones del Parlamento Europeo. *Vid. Informe de la Comisión sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2011-2013*, COM (2013) 270 final, p. 6. Ninguna disposición del derecho vigente excluye la posibilidad de que los no ciudadanos de la Unión residentes puedan participar en las elecciones nacionales. Esta cuestión fue abordada por el TJCE en el asunto C-145/04, *España vs. Reino Unido*, de 12 de septiembre de 2006. En este asunto España alegó que el artículo 39, habida cuenta de que en él se utiliza la expresión “todo ciudadano de la Unión” y no la expresión “toda persona” a la hora de reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, estaba excluyendo el derecho a sufragio a los que no fuesen ciudadanos de la Unión. Sin embargo, en este asunto el TJCE entendió que las personas residentes en un territorio pueden participar en las elecciones al Parlamento Europeo, desestimando las alegaciones españolas que sostenían el vínculo manifiesto existente entre la ciudadanía de la Unión y este derecho. Además, el TJCE declaró en esta sentencia que el Derecho de la UE ya reconocía a personas que no tienen la condición de ciudadanos de la UE ciertos derechos de naturaleza política, como el de petición ante Parlamento Europeo o el de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo. VICIANO PASTOR, R., “Artículo 39”, en MORENEO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L., *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 1105-1106. Siguiendo con los derechos, el derecho a la protección consular para los ciudadanos de la UE no representados (artículo 46). Este derecho fue establecido en la doctrina jurídica europea muchos años antes de que realmente apareciera en el Tratado [Decisión 95/553, 1995 OJ (L314) 73 (EC)]. Dado que no todos los residentes de la UE que viajan al extranjero son ciudadanos europeos, es difícil entender por qué se interpreta el derecho a la protección consular de tal manera que excluye a las

derechos para el ciudadano europeo y los derechos de ciudadanía de los demás residentes legalmente establecidos en la UE⁴⁵⁶, incluidos los nacionales de terceros países. Por ello, la Carta de DFUE amplía el ámbito personal de algunos derechos de ciudadanía a todas las personas que residen en el territorio de la UE, es decir, los extiende también a los nacionales de terceros países. Si la lógica en Europa nos quiere llevar hacia el cambio de la nacionalidad a la residencia como criterio para atribuir los derechos de ciudadanía, uno puede pensar que los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE cuadran perfectamente dentro de esta lógica⁴⁵⁷. Pero, la realidad jurídica no refleja lo mismo. Parece que el mismo trato entre las dos categorías de los «ciudadanos», solamente se conseguiría si la ciudadanía de la UE se basara en la residencia y no en la nacionalidad⁴⁵⁸.

En cuanto al derecho de libre circulación de personas, el objeto del presente estudio, la Carta de DFUE reconoce el «derecho» a circular y residir libremente en el

personas que residen en la UE pero no tienen la nacionalidad de algún Estado miembro de la UE. *Vid.* KOCHENOV, D., “Rounding up...”, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁵⁶ Los derechos de ciudadanía que, según lo previsto en el Capítulo V de la Carta DFUE, son aplicables a cualquier persona física o persona jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro son los siguientes: el derecho a una buena administración (artículo 41), el derecho de petición al Parlamento Europeo (artículo 44). En cuanto a este derecho, los ciudadanos de la Unión tienen derecho a presentar una petición ante el Parlamento Europeo en relación con cualquier asunto de los ámbitos de actuación de la Unión que les afecte directamente. En 2012 la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo recibió 1 964 peticiones, frente a 2 091 en 2011 y 1 746 en 2010. Los asuntos más tratados en las peticiones presentadas en 2012 fueron los relativos a los derechos fundamentales y a la justicia, el medio ambiente y el mercado interior. *Vid.* COM (2013) 270 final, p. 8. El derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (artículo 42) o el derecho a presentar denuncias ante el Defensor del Pueblo Europeo (artículo 43). En el año 2013 se presentaron al Defensor del Pueblo Europeo unas 2 500 reclamaciones. El asunto más tratado en las solicitudes de investigación fue la falta de transparencia en la administración de la UE. En 2012, el 21,5% de los asuntos estuvo relacionado con la transparencia, frente al 33% en 2010, y el 25% en 2011. En un 20% del total de las investigaciones archivadas en 2012 (80 asuntos), el Defensor del Pueblo consiguió garantizar un resultado positivo. *Vid.* COM (2013) 270 final, p. 8. Además de los derechos antes mencionados, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la ciudadanía europea se extendió, según el artículo 15 del TFUE, al derecho a acceder a los documentos de las instituciones, organismos, oficinas y agencias europeas, a reserva de la fijación de determinadas condiciones.

⁴⁵⁷ BESSON, S. y UTZINGER, A., “Introduction: Future Challenges of European citizenship – facing a wide open Pandora’s box”, *European Law Journal*, nº 13 (5), 2007, p. 573. En opinión de estos autores, sigue siendo muy difícil explicar y justificar la diferencia entre los dos tipos de los «ciudadanos» móviles en la UE, uno con el pasaporte y otro sin el pasaporte pero con permiso de residencia legal.

⁴⁵⁸ La UE atribuye a las personas que viven en el territorio de la misma una serie de derechos no teniendo la potestad en decidir quiénes son los destinatarios de estos derechos.

territorio de los Estados miembros a los ciudadanos de la Unión⁴⁵⁹, mientras para los nacionales de terceros países solo reconoce la posibilidad de que se pueda conceder la «libertad» de circulación y residencia⁴⁶⁰. Ahora bien, el derecho fundamental de libre circulación fue extendido por su lógica implícita a los nacionales de terceros países legalmente establecidos en el territorio de los Estados miembros⁴⁶¹. Aunque el artículo 45 de la Carta de DFUE menciona expresamente el *derecho* para los ciudadanos de la Unión y la *libertad* para los nacionales de terceros países, de acuerdo con lo previsto en las Explicaciones sobre la Carta de DFUE⁴⁶² esta «libertad» tiene el mismo significado jurídico que el «derecho». La única diferencia entre ambas previsiones estriba en la aplicación de las condiciones y los límites del artículo 20 del TFUE para los ciudadanos de la Unión, y de los artículos 77 a 79 del TFUE para los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. No obstante, el ejercicio de la libre circulación de una de las categorías de los nacionales de terceros países, la de los miembros de familia de los ciudadanos de la Unión, no está sujeto a lo previsto en el artículo 45.2 de la Carta de DFUE, sino que a estos miembros de familia se les aplica el artículo 45.1 de la Carta de DFUE.

En tal orden de ideas, el solapamiento de la regulación nacional de los Estados miembros, con el Derecho de la UE, y la protección de la libre circulación en la Carta de DFUE, hace que el disfrute de este derecho sea tan condicionado. Es de destacar que la protección de la libre circulación como derecho fundamental reconocido en la Carta de DFUE se aplica únicamente en relación a las acciones de las instituciones de la UE o cuando los Estados miembros aplican el Derecho de la UE⁴⁶³. Por lo demás, hay que

⁴⁵⁹ El artículo 45.1 de la Carta de DFUE establece que: “Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

⁴⁶⁰ El artículo 45.2 de la Carta de DFUE establece que: “De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”.

⁴⁶¹ MANGAS MARTÍN, A., “*Estatuto de ciudadanía...*”, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁴⁶² Explicación relativa al artículo 45 – Libertad de circulación y de residencia en las *Explicaciones (*) sobre la Carta de DFUE*, 2007/C 303/02 (DOUE C 303/17, 14.12.2007).

⁴⁶³ La protección de los derechos fundamentales en la UE está garantizada por un sistema de tres niveles: el sistema nacional, basado en las constituciones de los Estados miembros; las obligaciones jurídicas internacionales, como el CEDH; y el sistema de la UE, basado en la Carta de DFUE. Cuando la legislación nacional de que se trate no constituye una medida de aplicación del Derecho de la UE ni presenta otros elementos de conexión con éste, no queda acreditada la aplicabilidad de la Carta de DFUE, la competencia ni del TJUE en tales supuestos. Véase, sentencia del TJUE, asunto C-370/12, *Pringle/Irlanda*, de 27 de noviembre de 2012 y también COM (2013) 271 final, p. 7.

recordar que ni la Carta de DFUE ni los Tratados atribuyen nuevas competencias a la UE en el ámbito de los derechos fundamentales⁴⁶⁴.

Por todo lo previsto anteriormente, la inclusión del derecho de libre circulación en la Carta de DFUE entraña un valor añadido para la protección de este derecho, tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental. Por ello, los requisitos previstos para el derecho a la libre circulación deben ser interpretados de conformidad con los otros derechos fundamentales⁴⁶⁵. De esta forma, puede afirmarse que el bien jurídico protegido no es el ejercicio de libre circulación y residencia en sí, sino la persona que lo ejerce⁴⁶⁶. Además, en primer lugar, la Carta de DFUE contribuye también a elevar el nivel de garantía del derecho de libre circulación al señalar que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por la Carta de DFUE deberá estar establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los derechos y de las libertades⁴⁶⁷. Y en segundo lugar, las disposiciones de la Carta de DFUE se proyectan también de forma decisiva sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones de derecho derivado existente, así como sobre sus futuras modificaciones⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ El artículo 51.2 de la Carta de DFUE establece que la presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la UE más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

⁴⁶⁵ Véase entre otros, la sentencia del TJCE al asunto C-60/00, *Carpenter*, de 11 de julio de 2002. En este asunto, el TJUE interpreta que las disposiciones europeas relativas a la libre circulación y residencia deben analizarse a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar.

⁴⁶⁶ UGARTEMENDIA, J.I. y SARMIENTO, D., “La protección de los derechos fundamentales del ciudadano europeo en tránsito. ¿Cuestión interna o comunitaria?”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008, p. 17. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y SARMIENTO, D., “Los derechos fundamentales que acompañan al ciudadano europeo en el ejercicio de las libertades de circulación”, en ALBERDI BIDAGUREN, J. y GOIZUETA VÉRTIZ, J. (Coords.), *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 136.

⁴⁶⁷ Artículo 52.2 de la Carta de DFUE.

⁴⁶⁸ LIROLA DELGADO, I., “Los derechos de la libre...”, *op. cit.*, pp. 159-187.

2.5 La evolución de la política europea de inmigración legal relacionada con la libre circulación a través del «soft law»

2.5.1 Del programa de Tampere hasta el programa de Estocolmo

Durante los últimos años, la UE ha adoptado un enfoque sectorial en materia de la inmigración legal. Esta situación ha conducido a un marco jurídico común por el que se regula la admisión, la estancia y la movilidad de ciertas categorías de nacionales de terceros países en la UE. El desarrollo legislativo de la política de inmigración legal está muy relacionado con la creación del ELSJ en la UE. Desde el Tratado de Ámsterdam, la UE dispone del fundamento jurídico necesario para adoptar medidas relativas en determinados ámbitos de la política de inmigración. A pesar de las previsiones jurídicas en materia de inmigración en el Derecho primario de la UE, los avances legislativos de «selección de perfiles» entre los nacionales de terceros países se produjeron sobre todo a través del llamado «soft law»⁴⁶⁹ europeo.

A este respecto, el programa de Tampere en 1999⁴⁷⁰, es considerado como la primera pieza fundamental de la política de inmigración europea. Al Tratado de Ámsterdam le correspondía garantizar el desafío de que la libertad pudiera disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos. Es a partir de este momento cuando la libertad de circulación no debía considerarse como dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión, sino que tenía que atraer a muchas personas de todo el mundo⁴⁷¹. Por lo tanto, el programa de Tampere ya establecía que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debía aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. Además, en dicho programa se añadía que, a una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano

⁴⁶⁹ Sobre el “soft law” en Derecho de la UE, véanse, entre otros: ALONSO GARCÍA, R., “El soft law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 154, 2001, pp. 63-94. LORENZO SÁNCHEZ, S.A., “Vías y límites para la unificación del Derecho privado europeo: “soft law” versus “hard law” o Comisión contra Parlamento”, en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Thomson/Civitas, Madrid, 2008, pp. 377-405. BELLIDO, A.M., “Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista electrónica de estudios Internacionales*, nº 8, 2004, p. 8.

⁴⁷⁰ El primer programa multianual relativo a la política inmigratoria fue adoptado en las Conclusiones del Consejo de Tampere, 15-16 Octubre, 1999, *SN 200/99*, Bruselas. A partir de este momento, la política inmigratoria de la UE se empieza desarrollar en los programas multianuales. Estos programas son adoptados por el Consejo Europeo, el cual define las prioridades políticas y formula los objetivos concretos para el desarrollo de las bases legales establecidas en los tratados.

⁴⁷¹ Las Conclusiones 2 y 3 del Consejo de Tampere.

posible al de los ciudadanos de la Unión⁴⁷². Tanto la Comisión⁴⁷³, como el Parlamento Europeo⁴⁷⁴ destacaron en la evaluación del programa de Tampere la negativa posición de los Estados miembros en transferir las competencias en el campo de la inmigración legal europea. Otra negativa en este campo es también observable en la decisión del Consejo de aplicar el principio de la codecisión⁴⁷⁵ a todos los asuntos relativos a la inmigración cubiertos por el de entonces Título IV del TCE⁴⁷⁶, excepto en el campo de la «inmigración legal⁴⁷⁷». Así, se puede afirmar que desde sus orígenes, la inmigración legal no ha tenido el mismo desarrollo legislativo que las materias relativas a la inmigración irregular. No obstante, durante la vigencia del programa Tampere se adoptaron cuatro Directivas en materia de inmigración legal⁴⁷⁸.

⁴⁷² En cuanto a los derechos de los nacionales de terceros países, el programa de Tampere menciona el derecho a residir, y a recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia respecto de los ciudadanos del Estado de residencia. También, el Consejo Europeo hace suyo el objetivo de ofrecer a los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente durante un período prolongado la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen.

⁴⁷³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, COM (2004) 401 final.

⁴⁷⁴ La recomendación adoptada por el Parlamento Europeo el 14 de octubre de 2004, P6_TA(2004) 0022, de 14 de octubre de 2004, “*Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre el futuro del espacio de libertad, seguridad y justicia y sobre las condiciones para reforzar la legitimidad y la eficacia del mismo*”.

⁴⁷⁵ Según lo previsto en el artículo 254 del TCE.

⁴⁷⁶ Decisión del Consejo estableciendo la manera de establecer las condiciones y los límites según el procedimiento en el artículo 251 del TCEE, *vid.* OJ L, 396/45, 22 diciembre 2004; Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del TCEE se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado (DO L 396, 31.12.2004).

⁴⁷⁷ *Vid.* entre otros, PEERS, S., “Transforming decision-making on EC immigration and asylum law”, *European Law review*, n° 30 (2), 2005, pp. 285-296.

⁴⁷⁸ La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO UE, L 251/12, 3.10.2003); la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO UE, L 16/44, 23.1.2004); la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO UE, L 375/12, 23.12.2004) y la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DO UE, L 289/15, 3.11.2005). Estas dos últimas directivas se adoptaron ya casi enlazando con los objetivos del siguiente programa multianual.

El planteamiento para la gestión de la inmigración legal a escala de la Unión constituyó también el principal objetivo del Programa de La Haya⁴⁷⁹. Además, este programa ponía de manifiesto que un espacio de libre circulación exige una política común de inmigración, que conste de unos procedimientos y criterios de admisión comunes y que ofrezca un estatuto legal seguro y un conjunto de derechos garantizados que contribuyan a la integración de quienes sean admitidos. En cualquier caso, la decisión sobre cuántos inmigrantes procedentes de terceros países son admitidos en cada Estado miembro seguía competencia de cada Estado miembro.

Aparte del Programa de la Haya, cabe destacar también el debate sobre la inmigración económica en el Libro Verde⁴⁸⁰. En cuanto al objetivo de la inmigración legal establecida en el Libro Verde, la Comisión presentó a este respecto *Plan de política en materia de inmigración legal*⁴⁸¹. La Comisión destacó en dicho plan la situación económica y social en la evolución de la UE, el contexto internacional y el crecimiento probable de la inmigración en el futuro, siendo necesario alcanzar un acuerdo sobre normas comunes de la UE que regulen toda la gama de los temas de inmigración. Dicho Plan de la Comisión sostenía que una política de inmigración eficaz no puede limitarse a los instrumentos para la admisión de nacionales de terceros países⁴⁸².

⁴⁷⁹ El programa de Tampere fue remplazado en noviembre 2004 por el segundo programa multianual, el programa de La Haya. El Consejo Europeo celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004 refrendó el Programa plurianual de *La Haya* de consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Este programa establecía “Diez prioridades para los próximos cinco años” para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, COM (2005) 184 final, Bruselas, p. 4.

⁴⁸⁰ Libro Verde, de 11 de enero de 2005, *sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas* [COM (2004) 811 - no publicado en el Diario Oficial]. El objetivo principal de este Libro Verde consistía en relanzar el debate entre las instituciones de la Unión, los Estados miembros y las organizaciones sociales sobre los procedimientos de admisión de inmigrantes por motivos económicos de nacionales de terceros países. En este Libro Verde la Comisión propuso una serie de ideas para instaurar un marco comunitario común en materia de inmigración económica. Entre otras, preveía dotar a la Unión con criterios comunes para la admisión de nacionales de terceros países, simplificar los procedimientos de entrada, y clarificar los derechos y el estatuto jurídico de los distintos tipos de emigrantes, haciendo hincapié también en garantizar una buena gestión de la inmigración.

⁴⁸¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, *Plan de política en materia de migración legal* Bruselas, COM (2005) 669 final.

⁴⁸² COM (2005) 669 final, p. 4.

En esta misma línea, el programa de Estocolmo o también llamado programa de «Acceso a Europa»⁴⁸³ menciona la necesidad de desarrollar una política de inmigración exhaustiva y flexible, centrada en la solidaridad y la responsabilidad, teniendo en cuenta las necesidades de los mercados laborales de los países de la UE. Igual que los programas anteriores, el programa de Estocolmo subrayó que la inmigración común europea iba determinada por las actividades económicas. Por lo tanto, la Comisión volvió a plantear la cuestión relativa a la inmigración en el documento «Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos»⁴⁸⁴. En esta comunicación, la Comisión vuelve a destacar que la materia de la inmigración no afecta únicamente a situación nacional de un Estado miembro sino que tiene repercusiones en otros Estados miembros y en la UE en su conjunto⁴⁸⁵. A este respecto, es interesante destacar que la Comisión advirtió que los Estados miembros y la UE deben mejorar la comunicación interna y externa sobre las políticas de inmigración de la UE y los objetivos y estrategias de la misma, para que la Unión se exprese con una sola voz⁴⁸⁶. Pasados casi diez años desde esta última Comunicación, considero que se sigue esperando a esa única voz europea en materia de inmigración legal. Además, en la actualidad, debido a varias preocupaciones por los Estados miembros en garantizar la seguridad frente a la libertad, será más que difícil contar con cualquier avance legislativo en esta materia.

2.5.2 Agenda Europea de Migración

«...tras cada llegada a nuestras fronteras hay un individuo, un hombre de negocios en viaje de trabajo, un estudiante que viene a estudiar, una víctima de la trata de seres humanos, un padre o una madre que intentan llevar a sus hijos a un lugar seguro. Al presentar una exhaustiva Agenda Europea de Migración, tenemos que

⁴⁸³ El tercer programa para el período 2010-2014. Las conclusiones del Consejo Europeo, Estocolmo, 10-11 diciembre 2009, *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DO C 115, 4.5.2010).

⁴⁸⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones, *Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos*, COM (2008) 359 final.

⁴⁸⁵ COM (2008) 359 final, pp. 2-5.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 9.

*pensar en todas las dimensiones de la migración. No se trata de encontrar soluciones rápidas, sino de crear una Unión Europea más segura, próspera y atractiva»*⁴⁸⁷. Recientemente el legislador europeo ha declarado que, ahora más que nunca, es necesario establecer una verdadera política europea de inmigración legal. Una vez más, por medio de la Comunicación, el legislador europeo vuelve a reiterar los retos de la inmigración a nivel europeo. La Agenda fue presentada por el presidente Juncker como muestra de la importancia que la Comisión concede tanto al documento como a la política de migración de la UE⁴⁸⁸. Es cierto que la actividad de la UE, sobre todo en la materia de inmigración irregular, ha aumentado considerablemente, pero la Agenda Europea de Migración va más allá. A este respecto, dicha Agenda pretende llevar a cabo una política para que Europa se convierta en un destino atractivo para los estudiantes, investigadores y trabajadores que desean expresar su talento y su espíritu emprendedor en la UE⁴⁸⁹. Pasados más de 15 años desde la declaración del Consejo de Tampere, la cuestión de la creación de la política de inmigración legal para determinadas categorías de nacionales de terceros países en la UE sigue siendo una de las «hot» prioridades en la actualidad.

En este orden de ideas, la necesidad de actuar en el campo de la inmigración legal representa uno de los cuatros pilares para gestionar mejor la migración según lo previsto en la Agenda Europea de Migración, anunciando una nueva política en materia de inmigración legal. De las palabras del Comisario Avramopoulos se desprende que Europa debe atraer a más talento y más mano de obra para cubrir las futuras necesidades del mercado laboral⁴⁹⁰. Por lo tanto, el legislador europeo subraya que el espíritu de la futura política de inmigración debe responder, entre otros, a los fines económicos.

⁴⁸⁷ Dimitris Avramopoulos, Comisario de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía, *La Comisión avanza en la Agenda Europea de Migración*, Bruselas, 04 marzo 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4545_es.htm. Véase también *Gestionar mejor la migración en todos sus aspectos: una Agenda Europea de Migración*, Bruselas, 13 mayo 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4956_en.htm.

⁴⁸⁸ RIPOLL CARULLA, S., “La Agenda Europea de Migración”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y LABAYLE, H. (Dirs.), *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, European Inklings (EUi), n° 8, IVAP, Oñati, 2016, p. 268.

⁴⁸⁹ COM (2015) 240 final, p. 2. Es de destacar que las medidas adoptadas en la Agenda Europea de Migración no son vinculantes para todos. Dinamarca no estará obligada por las normas y las leyes adoptadas de conformidad con la Agenda Europea de Migración.

⁴⁹⁰ En particular, la Agenda Europea de Migración se centra en la modernización y actualización del sistema de tarjeta azul UE; en la revisión de las prioridades de políticas de integración; y en aprovechar al máximo los beneficios de la política de inmigración para ambos, las personas y los países de origen. Véase, COM (2015) 240 final, p. 16 y ss.

Además, en dicha Agenda se reitera que la UE debe contar con la visión de integrar la migración en todas sus políticas, tanto interiores como exteriores⁴⁹¹. Se estima que en el futuro no muy lejano, la inmigración constituirá un factor muy importante para asegurar la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales y para garantizar un crecimiento sostenible de la economía europea⁴⁹².

En esta misma línea, no es nada extraño que las primeras previsiones de las futuras novedades en materia de inmigración legal se centren sobre todo en el desarrollo de la inmigración laboral. La política de inmigración laboral europea, actualmente muy fragmentada al nivel de la UE, no es considerada como muy atractiva con miras al futuro. La mención de los trabajadores en la Agenda Europea de Migración puede constituir un paso importante para desarrollar un enfoque coherente e integrado que permita aprovechar las ventajas y afrontar los retos que supone la inmigración legal en los próximos años. A este respecto, es interesante destacar que, según la Agenda Europea de Migración, un nuevo modelo de inmigración legal va a requerir más cesión de competencias de los Estados miembros a la UE. Con esta finalidad, otra iniciativa de la Comisión es la referida a la posible creación entre la Comisión y los Estados miembros de un «sistema de manifestaciones de interés». Este sistema utilizaría criterios verificables para hacer automáticamente una selección inicial de potenciales migrantes, invitando a los empleadores a clasificar por orden de prioridad a los solicitantes que figuran en la lista de candidatos, y la migración solamente se produciría después de que el migrante tenga una oferta de trabajo. Ello permitiría crear una «base a escala de la UE» de migrantes cualificados, accesible tanto para los empleadores como para las autoridades de los Estados miembros, pero la selección y el procedimiento de admisión seguirían realizándose a escala nacional, basándose en las necesidades reales del mercado laboral de los Estados miembros⁴⁹³. La cuestión es: ¿Se puede construir una verdadera política migratoria laboral haciendo la selección de unos determinados perfiles de los trabajadores? Parece ser que una de las tareas más difíciles para conseguir cualquier avance en esta materia descansa en estudiar la forma de conciliar las competencias soberanas en el volumen de admisión de los nacionales de terceros

⁴⁹¹ Preguntas y respuestas sobre la Agenda Europea de Migración, Comisión Europea, Bruselas, 13 mayo 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4957_es.htm.

⁴⁹² Con esta finalidad, la Comisión procederá igualmente a una evaluación y valoración (*fitness check*) del acervo existente en materia de migración legal con vistas a detectar las lagunas e incoherencias, como también a prever las posibles vías de simplificar y racionalizar el actual marco de la UE, con el fin de contribuir a una mejor gestión de los flujos migratorios.

⁴⁹³ COM (2015) 240 final, pp. 20-21.

países por parte de los Estados miembros con las necesidades colectivas de la economía europea.

Además, cabe mencionar que la situación política actual y la sensibilidad de los temas de inmigración, llevaron a que el Código de inmigración de la UE, propuesto por la Comisión en 2013 para consolidar los instrumentos legales de la UE existentes al respecto, no ha sido incluido en la nueva agenda política. La Agenda es también la aceptación expresa por las instituciones europeas del fracaso parcial de su política migratoria⁴⁹⁴. Para que las propuestas previstas en la Agenda Europea de Migración no se queden solamente como «iniciativas teóricas escritas en papel», considero que es más que necesaria la actuación positiva de los Estados miembros.

2.5.3 La Estrategia Europa 2020

Tal y como se analizará más adelante, varias propuestas legislativas adoptadas recientemente en materia de la política migratoria europea mencionan en su articulado la Estrategia Europa 2020⁴⁹⁵. La Estrategia Europa 2020 vuelve a reiterar la necesidad de atraer la mano de obra procedente de terceros países para cubrir varias vacantes, y así, combatir el declive demográfico en la UE⁴⁹⁶. Si las previsiones jurídicas deben adaptarse a la realidad económica europea, es más que urgente adoptar las medidas contra el «envejecimiento europeo», para la innovación de los mercados, etc..

Con esta finalidad, la Comisión Europea propone en la Estrategia Europa 2020 cinco objetivos cuantificables a conseguir antes del 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza⁴⁹⁷. Por lo tanto, el empleo y la innovación forman parte imprescindible de este

⁴⁹⁴ RIPOLL CARULLA, S., “La Agenda Europea...”, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁹⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *EUROPA 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, COM (2010) 2020 final.

⁴⁹⁶ TRIANDAFYLLIDOU, A. y MARCHETTI, S., “Europe 2020: Addressing Low Skill Labour Migration at times of Fragile Recovery”, *RSCAS Policy Paper*, 2014, pp. 1-7.

⁴⁹⁷ COM (2010) 2020 final, p. 3. Se propone crear la «Unión por la innovación», con el fin de mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo.

otro instrumento de «*soft law*»⁴⁹⁸, haciendo hincapié en facilitar el acceso al mercado laboral sobre todo para los jóvenes⁴⁹⁹. A pesar de varias mejoras, el nivel de «empleabilidad» en Europa (media del 69% para las personas de 20-64 años), es perceptiblemente más bajo que en otras partes del mundo. Sólo trabaja el 63% de las mujeres, en comparación con un 76% de los hombres. Por otro lado, sólo el 46% de los trabajadores en la UE en edad de 55-64 años tienen un empleo, en comparación con más del 62% en EEUU y en Japón. Es más, el «europeo» trabaja un 10% de horas menos que su equivalente estadounidense o japonés, aún cuando se acelera el envejecimiento de la población. La combinación de una menor población activa y una mayor proporción de personas en edad de jubilación se traducirá en más tensiones en los sistemas de bienestar europeos⁵⁰⁰. Para combatir esta «futura crisis de envejecimiento europeo», la UE pretende incrementar los programas de la UE relativos a la movilidad, universidad e investigación (como Erasmus, Erasmus Mundus, Tempus y Marie Curie)⁵⁰¹. No hay que perder de vista que el principal mensaje de la Estrategia Europa 2020 estriba en que Europa necesita utilizar plenamente su potencial laboral con el fin de hacer frente a los retos de una población envejecida y al incremento de la competencia mundial⁵⁰².

III. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UE

3.1 La voluntad en la decisión de migrar

El Derecho de la UE establece la regulación jurídica para diferentes formas de inmigración legal. La inmigración legal engloba a los desplazamientos de las personas de terceros países a la UE por varios motivos, tal y como se verá más adelante. Aunque los Tratados no mencionan expresiones como «inmigración voluntaria» o «inmigración forzosa», la voluntad representa un factor muy importante en la decisión de cada persona antes de moverse a otro país. Por ello, dichas expresiones se han consolidado en

⁴⁹⁸ CARRERA, S., *et alii*, “Labour Immigration Policy in the EU: A renewed agenda for Europe 2020”, *CEPS policy brief*, nº 240, April 2011, p. 2.

⁴⁹⁹ COM (2010) 2020 final, p. 6.

⁵⁰⁰ COM (2010) 2020 final, pp. 8-9.

⁵⁰¹ COM (2010) 2020 final, p. 16.

⁵⁰² COM (2010) 2020 final, p. 21.

el ámbito jurídico de la inmigración. A este respecto, es importante destacar que las dos formas de inmigración, tanto la voluntaria como forzosa, pertenecen a la inmigración legal o regular. Se entiende que la inmigración la forzosa es la relativa a la movilidad de las personas debido a la mala situación en su país de origen, buscando la protección y una «vida mejor» en otro país. Se estima que los nacionales de terceros países ejerciendo la movilidad «forzosa», migran por la necesidad de salvar sus propias vidas. A primera vista, la inmigración forzosa podría evocar la imagen de una inmigración irregular, lo cual no es necesariamente así. En cuanto a la inmigración voluntaria, la principal característica de esta forma de movilidad descansa en la voluntad de la persona en mejorar su vida, buscando sobre todo nuevas oportunidades económicas, laborales, de estudio, etc. Se presume que los principales objetivos enmarcados dentro de la inmigración voluntaria están representados por las actividades económicas, las actividades relacionadas con el conocimiento, o los supuestos de reagrupación familiar. No obstante, no siempre es fácil determinar la «verdadera voluntad» en cada caso concreto de manera tan clara como muestra la definición anterior⁵⁰³.

La distinción entre la inmigración voluntaria y no voluntaria se debe sobre todo a varios factores envueltos en la decisión de migrar. Se entiende que la «inmigración voluntaria» connota la ausencia de «coacción psíquica», a cambio de otras formas de inmigración⁵⁰⁴. La persona refugiada que pide ayuda y protección por huir de su país para escapar de la guerra, de la persecución, o de algún tipo de amenaza en su país de origen, siendo peligroso volver a ese país, entra plenamente dentro de la definición de esta forma de inmigración. En cambio, la persona que decide de manera voluntaria desplazarse a otro país teniendo la posibilidad de volver, si así lo decidiera, encaja en el concepto de la inmigración voluntaria. Sin embargo, la línea divisoria entre «forzoso» y «voluntario» tampoco es muy clara en estos supuestos, ya que las motivaciones de las personas de moverse suelen ser muy diversas. ¿Se conoce la motivación de los menores, muchos de ellos no acompañados para arriesgar su vida? Es más, hay problemas ecológicos que obligan a grupos de personas a desplazarse de manera temporal o permanente, por causa de desastres naturales, de la degradación del medio ambiente o la desertización que no les permite vivir en seguridad y prever sus necesidades primarias, ¿son estas personas migrantes? ¿son personas refugiadas? La distinción semántica entre «personas refugiadas» y «migrantes» es un arma política evidente que genera un discurso basado en dos polos bien diferenciados. Por un lado, el desplazado que se acepta, *la persona refugiada*. Por otro lado, el que es rechazado, el *in-migrante*, el

⁵⁰³ BOELES, P. y DEN HEIJER, M., “*European Migration...*”, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰⁴ *Vid.* por ejemplo, SEGAL, A., *An Atlas of International Migration*, Hans Zell, Londres, 1993. p. 14.

que *in-vade*, si no pertenece a una determinada categoría de personas con «buenos perfiles»⁵⁰⁵.

Dentro de la política de inmigración en la UE, el legislador europeo establece varios instrumentos jurídicos tanto en el ámbito de la inmigración forzosa, como de la inmigración voluntaria. Por lo tanto, la política de inmigración europea ofrece un elenco de normas que regulan tanto los instrumentos de ayuda humanitaria, como también aquellos instrumentos que tienen por objetivo atraer el talento procedente de terceros países a la UE. Varios operadores jurídicos coinciden en que la mayoría de la inmigración procedente de terceros países en la actualidad es en gran parte inmigración voluntaria basada en la búsqueda de una vida mejor, tras el oculto término de «inmigración económica». No obstante, el amplio concepto de «inmigración económica» se refiere también a las personas que entraron en primer lugar a la UE por otros motivos que no eran estrictamente económicos, por ejemplo, los estudios o la investigación, y, a lo largo de su estancia legal en la UE, cambian su estatuto jurídico por el de personas económicamente activas. Por lo tanto, y con independencia del motivo de entrada a la UE, lo más común es que todas las personas presentes en el territorio europeo se conviertan un día en personas económicamente activas. Sin embargo, en la actualidad, la expresión de «inmigrantes económicos» está muy de moda al referirse a la actual crisis migratoria en Europa. Pero, la inmigración económica constituye solamente una parte de la inmigración voluntaria. Además, el Derecho de la UE prevé varias normas para facilitar la distinción entre los inmigrantes económicos y otros nacionales de terceros países. Uno de los «argumentos» para justificar la diferenciación entre las personas en la actual crisis migratoria, coincide con la percepción de que las personas buscando ayuda humanitaria son «falsos solicitantes», porque en realidad son inmigrantes económicos. La estructura de este argumento presupone que los inmigrantes económicos son algo «peor» para nuestras sociedades que los «verdaderos» solicitantes de ayuda humanitaria. Esta presunción genera en Europa una visión que los inmigrantes económicos no son necesarios para la economía europea, no cuentan con las habilidades suficientes y tienden a debilitar las condiciones laborales en el país de destino⁵⁰⁶. A cambio, las propuestas actuales del legislador europeo muestran todo lo contrario como potencial respuesta.

En esta misma línea, varios autores coinciden en que el debate actual se debería centrar sobre si la UE dispone de medios suficientes y de recursos necesarios para

⁵⁰⁵ ONGHENA, Y., “¿Migrantes o refugiados?”, *CIDOB*, nº 355, 2015.

⁵⁰⁶ GUILD, E., “*Security and...*”, *op. cit.*, p. 132.

recibir decentemente a todas las personas que intentan entrar al territorio europeo para encontrar una vida mejor, o si la UE solamente quiere contar con unos cuantos seleccionados y privilegiados que responden a determinados intereses de los Estados miembros de la UE⁵⁰⁷.

En tal orden de ideas, a las existentes formas de inmigración mencionadas anteriormente, se añade todavía otra, denominada como «inmigración selectiva»⁵⁰⁸. Tal y como demuestran varios estudios y según las previsiones de Eurostat⁵⁰⁹, hasta el año 2025, el crecimiento de la población se deberá, principalmente, a la inmigración neta, ya que el número total de fallecimientos será superior al número total de nacimientos. Sin embargo, los asuntos de la inmigración y sobre todo los asuntos de la integración de los inmigrantes persisten al margen del debate en la ciudadanía y muchas veces constituyen un asunto político muy sensible. La llamada «crisis de los refugiados» o «crisis migratoria» actual representa un buen ejemplo para justificar la necesidad de precisión jurídica en los temas relativos a la inmigración y a la gestión de los flujos migratorios.

3.2 Las vías de entrada para los nacionales de terceros países en situación regular

Tal y como se ha visto anteriormente, el ámbito personal de la libre circulación en la UE no ampara solamente a los ciudadanos de la Unión, sino que también a los nacionales de terceros países. Una vez hecha la primera importante distinción entre los nacionales de terceros países en situación regular e irregular, y visto el régimen jurídico de la libre circulación de los nacionales de terceros países en el Derecho primario de la UE, procede analizar cuáles son las vías legales de entrada y de residencia para los nacionales de terceros países. Tanto la Comisión Europea como el Parlamento Europeo

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 132.

⁵⁰⁸ La inmigración selectiva representa una forma de inmigración en la cual el país receptor selecciona unilateralmente a los nacionales de terceros países para permitirles la entrada al país en atención a ciertos criterios, (por ejemplo, para cubrir determinadas vacantes en un área, etc.). “*Migration, Key terms in 23 languages*”, Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, 2013, disponible en: <file:///C:/Users/793543/Downloads/QC3013223ENC.pdf>, p. 34.

⁵⁰⁹ El conjunto de las previsiones de Eurostat en materia de población representan a una de las proyecciones posibles de la evolución de la población, basada en hipótesis de fertilidad, mortalidad y migración. La tendencia prevista no tiene en cuenta ninguna medida futura que pueda influir en la evolución demográfica, y comprende cuatro variantes: la variante básica, cuyos resultados son los que aquí se presentan, y las variantes de alta densidad de población, baja densidad de población y migración cero.

recomiendan en numerosas de sus decisiones a los Estados miembros mejorar el estatuto legal y social de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en sus territorios, abriendo más vías legales para garantizar el pleno contenido de libre circulación de estas personas.

A día de hoy, no todos los nacionales de terceros países en situación regular disfrutan del pleno contenido de los derechos en general, y de la libre circulación en particular, una vez legalmente establecidos en la UE. Las previsiones jurídicas han apostado por la continúa categorización de los nacionales de terceros países presentes en el territorio europeo. Por lo tanto, no se puede perder de vista, que la estancia legal en la UE está garantizada a varias categorías de los nacionales de terceros países, pero no todos tienen concedidos derechos iguales.

En esta misma línea, como la «frontera» entre el nacional de tercer país en situación regular y el nacional de tercer país en situación irregular, es tan «frágil», hay que advertir que, a pesar de que el Tratado de Lisboa pretende diferenciar claramente las categorías de los nacionales de terceros países, desde el punto de vista de la persona, el ser «legal o irregular» no implica demasiada diferencia en su vida en relación a la percepción social. A contrario, los cambios entre los estatutos jurídicos son obvios en cuanto al disfrute de los derechos. No obstante, ambas categorías de nacionales de terceros países sufren la constante sospecha de su ilegalidad durante su estancia en el territorio europeo⁵¹⁰.

El derecho de libre circulación representa un derecho «por excelencia» previsto solamente para los nacionales de terceros países en situación regular. El derecho primario de la UE confirma que no amplía las previsiones jurídicas de la libre circulación a todos los nacionales de terceros países⁵¹¹. Es a través de las previsiones del derecho derivado europeo, donde se concreta el ámbito personal de los nacionales de terceros países, titulares de la libre circulación. En teoría, el derecho de la UE prevé suficientes instrumentos jurídicos para todas las categorías de los nacionales de terceros países. Sin embargo, en la práctica es muy difícil una verdadera imagen que refleje la situación de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE, debido a que hay muy poca información por parte de los Estados miembros en esta materia. Al tener presente que los Estados miembros son los primeros en utilizar la diferente terminología en relación a la concesión de los permisos de estancia a los nacionales de

⁵¹⁰ Varios autores proponen a este respecto, la creación de un código común para ir distinguiendo las dos modalidades de la inmigración, pero no consiguen realmente despertar la misma idea en la Comisión.

⁵¹¹ HAMMAR, T., “Immigrant policy” en HAMMAR, T., (Ed.), *European Immigration policy: A comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 263.

terceros países, no es nada extraño que se dupliquen muchos datos, o al revés, que unos nacionales de terceros países se quedan al margen de las estadísticas. Esta situación se debe también, entre otros, a la (*in*)existente política de inmigración europea común armonizada a nivel europeo. Como se verá a continuación, el efectivo ejercicio de la libre circulación por los nacionales de terceros países se encuentra estrechamente vinculado a las competencias nacionales.

«...Europa tiene que mejorar las vías seguras y legales para quienes vienen a la UE, sea por motivos de protección, sea para trabajar»⁵¹². Siguiendo con esta idea, es más que necesario subrayar que, aunque la política de inmigración europea en su sentido estricto no engloba en sus normas la movilidad de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos humanitarios, las personas que buscan refugio, muchas veces entran a la UE a través de las vías legales. Por ello, estos nacionales de terceros países también forman parte de la inmigración legal. Además, y sobre todo en la actualidad, cuando los flujos migratorios de las personas que buscan la protección en la UE representan la «amenaza» para los ciudadanos de la Unión según lo previsto en varios informes y propuestas legislativas, es más que necesario poner de relieve la legalidad de estas personas presentes en la UE.

La requerida y necesaria actuación de la UE en mejorar las vías seguras y legales de entrada para los nacionales de terceros países refleja la percepción de «varias Europas o sociedades europeas», donde el nacional de tercer país en situación regular no disfruta de los mismos derechos que los ciudadanos de la Unión⁵¹³. Se entiende que la libertad de circular en el territorio de la UE se extiende a los nacionales de terceros países «legales» a través de varias vías. A este respecto, en el ámbito del Derecho derivado de la UE, la libre circulación de los nacionales de terceros países está sujeta, en primer lugar, al requisito de temporalidad. En segundo lugar, y en virtud de los motivos por los cuales las personas se desplazan a la UE, el legislador europeo distingue entre la inmigración por razones humanitarias, por razones de reagrupación familiar y la inmigración económica⁵¹⁴. A finales del año 2014, un total de 17.8 millones de los nacionales de terceros países poseía un permiso válido de estancia en los Estados

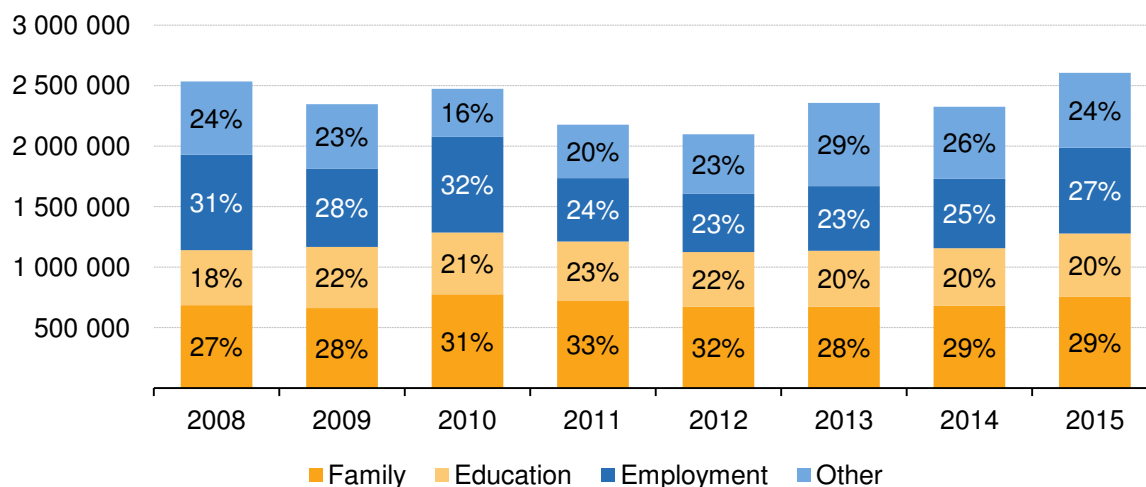
⁵¹² Dimitris Avramopoulos, comisario de Migración y Asuntos de Interior, *La Comisión presenta opciones de reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y de fomento de vías seguras y legales hacia Europa*, Bruselas, 6 de abril de 2016, Comisión Europea.

⁵¹³ KOCHENOV, D. y VAN DEN BRINK, M., “Pretending There Is No Union: Non-Derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU”, en THYM, D. y ZOETEWIJ TURHAN, M. (Eds.), *Degrees of Free Movement and Citizenship*, Martinus Nijhoff, Haya, 2015.

⁵¹⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: *Sobre una política comunitaria de migración*, COM (2000) 757 final, p. 13.

miembros de la UE. En atención al criterio de temporalidad, el 82% de los permisos válidos se otorgaron para la estancia superior a 12 meses, 15% para la estancia de 6 a 11 meses y el 3% para la estancia de 3 a 5 meses. Tal y como se demuestra en la siguiente figura, la mayor parte de los permisos de residencia se expidieron por motivos de reagrupación familiar (39% o 6.917.324), por otros motivos⁵¹⁵ (34% o 5.977.599) y por motivos laborales (16% o 2.923.932).

Figura nº 6: Los permisos de residencia expedidos en la UE en atención al motivo (2008-2015)



Fuente: Eurostat, datos hasta 31 de diciembre de 2015.

En concreto, tal y como se observa en la siguiente tabla, en el año 2015, en España y en Francia se expidieron los siguientes permisos válidos de residencia⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Entre estos motivos no se incluyen los permisos de residencia para los solicitantes de protección internacional. Sin embargo, sí se incluyen en tales datos los permisos expedidos por motivos humanitarios a los menores no acompañados (no en relación al derecho de asilo), a las víctimas de trata de seres humanos, y a otras categorías de residentes procedentes de terceros países.

⁵¹⁶ El número se refiere tanto a los permisos expedidos en virtud de las categorías de nacionales de terceros países según las normas armonizadas a nivel de la UE, como también a los permisos expedidos en base a la legislación nacional.

Tabla nº 5: Los permisos válidos expedidos en España y Francia

Motivo Estado miembro	Estudios	Reagrupación familiar	Otros	Estatuto de persona Refugiada	Protección Subsidiaria	Actividades remuneradas	Total ⁵¹⁷
FRANCIA	145,377	1,023,458	1,169,484	133,316	11,135	94,419	2,577,189
ESPAÑA	46,461	965,354	1,347,920	8,405	0	245,532	2,613,672

Fuente: Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches, European Migration Network Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015, Dirección General de Migración y de Asuntos de Interior, disponible en: http://emn.ie/files/p_201608161223422016_emn_synthesis_change_of_status.pdf, pp. 51- 55.

En esta misma línea, los nacionales de terceros países entran a la UE también por motivos de parentesco por el cual pueden beneficiarse al tener lazos de parentesco con un ciudadano europeo⁵¹⁸; supuesto jurídico analizado ya previamente. Los miembros de familia, nacionales de terceros países en los supuestos de reagrupación familiar con el nacional de tercer país legalmente establecido en la UE se benefician, por extensión de los derechos de la movilidad según lo establecido en la Directiva 2003/86/CE, fruto de la política migratoria europea⁵¹⁹. Además, el contenido de la libre circulación se extiende a los nacionales de terceros países por la residencia legal continuada, obteniendo estos nacionales de terceros países el estatuto del residente de larga duración en la UE.

3.3 La admisión de los nacionales de terceros países en el territorio de la UE

La primera relación entre el ámbito material de la libre circulación de los nacionales de terceros países con el ordenamiento jurídico de la UE viene reflejada en las condiciones de admisión de estas personas en el territorio europeo. La extensión del ámbito personal de la libre circulación a los nacionales de terceros países conllevó en sus comienzos la primera aproximación importante de la política de admisión de estas

⁵¹⁷ El total de los permisos válidos expedidos en toda la UE en 2015 era de 17.753.707 permisos válidos.

⁵¹⁸ *Vid.* por ejemplo, la sentencia del TJUE al asunto C- 34/09, *Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo de 2011.

⁵¹⁹ Véase, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación...*, *op. cit.*, p. 180.

personas procedentes de terceros países en la UE. Se presupone que la decisión de admitir a ciertas categorías de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro afecta inevitablemente a otros Estados miembros de la UE, sobre todo a los que forman parte del acervo Schengen.

A día de hoy, en el campo de la inmigración legal, el valor añadido de la intervención de la UE en relación a la admisión de los nacionales de terceros países es cuestionable, ya que la UE no cuenta con ningún instrumento que incluya de manera significativa las previsiones sobre la admisión de los migrantes a nivel europeo⁵²⁰. Por lo tanto, la admisión de los nacionales de terceros países varía según el estatuto jurídico de cada persona y las condiciones concretas de cada Estado miembro en particular. Además, la decisión de admitir a un nacional de tercer país constituye el pre-requisito necesario para que este nacional pueda disfrutar del derecho de libre circulación en la UE. La admisión de los nacionales de terceros países en el territorio de la UE es considerada como una de las «políticas serias», y una de las situaciones en las que aparecen de signos de intolerancia y discriminación en nuestra actual sociedad por parte de algunos Estados miembros de la UE. La preocupación por el control de las personas que entran al territorio europeo queda reflejada también en las condiciones de admisión de los nacionales de terceros países a la UE. La fragmentada regulación jurídica en este campo ilustra la bien conocida actitud de los Estados miembros de salvaguardar la exclusividad de sus prerrogativas para disponer de la soberanía en materia de admisión de los nacionales de terceros países en su territorio⁵²¹. Poco después de la firma del Tratado de Ámsterdam, la Comisión Europea presentó una ambiciosa propuesta de *Convenio relativo a las normas sobre la admisión de los nacionales de terceros países*⁵²². Sin embargo, dicho Convenio no se ha adoptado, y además, la política de admisión representa una política muy joven en la legislación europea, en fase de

⁵²⁰ GARCÍA ANDRADE, P. *et.alii*, *EU cooperation with third countries in the field of migration*, Document requested by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Brussels, 2015, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL_STU\(2015\)536469_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL_STU(2015)536469_EN.pdf), p. 10.

⁵²¹ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “¿Hay lugar para la acción exterior de la Unión Europea en materia de inmigración legal? Acuerdos Internacionales, asociaciones de movilidad e intereses estatales”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M. (Coords.), *La dimensión exterior el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, IUSTEL, Madrid, 2012 (1ª edición), pp. 173 – 193.

⁵²² Propuesta de acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros, COM (97) 0387 final (DO C 337, 07.11.1997), p. 9. Esta propuesta, además de recoger una regulación relativa a las condiciones de la primera entrada y del acceso a la residencia legal en los Estados miembros para los nacionales de terceros países, regulaba la cuestión de la reagrupación familiar, y establecía un estatuto de larga duración.

concreción al tener en cuenta los posibles futuros acontecimientos⁵²³. Sin embargo, dicha propuesta no se ha vuelto a mencionar nunca más. Es decir que a día de hoy, la UE ofrece un marco legislativo muy poco armonizado en la materia de las condiciones de admisión de los nacionales de terceros países a la UE.

Se observa que las limitaciones relativas a la admisión de los nacionales de terceros países en el territorio de la UE han estado presentes ya en los Tratados fundacionales. La admisión de estas personas, durante muchos años, estaba referida únicamente a un único colectivo, a los trabajadores. El actual artículo 79 del TFUE, establece la clasificación de los perfiles de los nacionales de terceros países en relación a las condiciones de admisión, manteniendo la distinción entre los que migran por motivos laborales y los que no. Es el artículo 79.5 del TFUE el que autoriza a los Estados miembros a establecer el volumen de admisión en su territorio de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE con la finalidad de buscar trabajo por cuenta propia o ajena. Por lo tanto, se observa claramente la «categorización de los perfiles» en materia de admisión entre los que entran por motivos laborales, y los que no. Además, no hay que perder de vista que la regulación y el control efectivo de las entradas legales de las personas, constituye el punto de arranque para combatir y luchar contra la inmigración irregular. Garantizar la seguridad de las personas en la UE está muy presente en la política de la inmigración en general, y, en las condiciones de admisión de los nacionales de terceros países a la UE en particular.

En tal orden de ideas, se estima que los criterios comunes de la admisión para todos los perfiles migratorios reducirían al mínimo la carga administrativa para los

⁵²³ Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el Consejo estaba facultado no sólo para adoptar posiciones y acciones comunes, sino que también para fomentar «toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión». Como una forma de cooperación, el Consejo recurrió usualmente a la práctica de emitir Resoluciones sobre aspectos respecto de los cuales la reticencia de los Estados miembros impedía incluso la adopción de acciones o posiciones comunes. Este instrumento fue utilizado por excelencia para el establecimiento de ciertos criterios comunes en materia de inmigración legal. Estas resoluciones versaban, en primer lugar, sobre la admisión de los nacionales de terceros países, refiriéndose a las limitaciones de admisión de nacionales de terceros países para trabajar por cuenta ajena en el territorio de los Estados miembros (Resolución del Consejo, de 20 de junio de 1994 (DO C 274, 19.9.1996, p. 3); para ejercer en ellos una actividad profesional por cuenta propia (Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 1994, DO C 274, 19.9.1996, p. 7); para realizar estudios, (Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994, DO C 274, 19.9.1996, p. 10); así como para la armonización de las políticas nacionales de reagrupación familiar (Resolución sobre armonización de las políticas nacionales de reagrupación familiar DO I L7/1, 10.1.1997, Documento SN 282/1/93 WGI 1497). En particular, el Consejo emitió una resolución relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros (Resolución del Consejo de 4.3.1996 relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los estados miembros, DO C 80, 18.3.1996, p. 2).

Estados miembros⁵²⁴. Sin embargo, a día de hoy, la UE regula las condiciones de entrada de cada categoría de los nacionales de terceros países en un instrumento jurídico de Derecho derivado europeo concreto. Lo lógico sería adoptar las medidas para codificar y racionalizar las condiciones fundamentales de admisión. Esta situación llevaría hacia un «único ámbito de admisión», con el objetivo de facilitar la residencia y la movilidad dentro de la Unión. A este respecto, la medida que debería adoptar la UE consistiría en elaborar los «perfiles de inmigración» admisibles en la UE, y reflejando un panorama completo de la situación de la inmigración en cada Estado miembro en un momento dado, en particular por lo que se refiere a su participación en el mercado laboral y al sumario de cualificaciones de los flujos migratorios (tanto actuales como potenciales)⁵²⁵. En el supuesto de la admisión de los nacionales de terceros países por motivos de la reagrupación familiar, los Estados miembros ya no cuentan con el control relativo a las condiciones de entrada y residencia de los familiares de los ciudadanos de la UE que son nacionales de terceros países, según lo previsto en la Directiva 2004/38/CE. A día de hoy, los supuestos de la reagrupación familiar entre el ciudadano de la Unión y el nacional del tercer país, representan a una única categoría de los nacionales de terceros países, para cuya admisión el Derecho de la UE ha establecido una regulación de las condiciones de admisión «cuasi-armonizada» en todos los Estados miembros de la UE. Aunque las directivas que regulan la migración legal no han ampliado del todo el poder del legislador europeo en los temas relativos a la admisión de los nacionales de terceros países, los instrumentos jurídicos europeos limitan el poder soberano de los Estados miembros de cierta manera. La regulación jurídica de la UE ampliada a varias «nuevas» categorías de los nacionales de terceros países ha generado un debate relativo a la ampliación o no de las competencias del legislador europeo en materia de la admisión de dichos nacionales a la UE. En varias comunicaciones, la Comisión Europea reconoció que «el espacio europeo sin fronteras» en el cual la libre circulación de personas está garantizada, lógicamente requiere la máxima armonización posible en relación a las condiciones de movilidad de los nacionales de terceros países, incluida la admisión de estos nacionales en el territorio europeo. Sin embargo, la Comisión Europea ha vuelto a reiterar que la implantación de la libre circulación debe ser progresiva, empezando por los Estados miembros que estén ante la necesidad de dar prioridad al pleno disfrute de los derechos de libre circulación, basándose en la situación del mercado nacional⁵²⁶. En la actualidad, y a pesar de varios intentos de armonizar lo

⁵²⁴ Libro Verde de 11 de enero de 2005, sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas [COM (2004) 811 – no publicada en el Diario Oficial].

⁵²⁵ COM (2008) 359 final, p. 6.

⁵²⁶ COM (1994), 333 final.

máximo posible las condiciones de entrada de todos los nacionales de terceros países presentes en la UE mediante el Derecho de la UE, el legislador europeo no cuenta con un cuerpo común de las condiciones únicas de admisión para las personas procedentes de terceros países. Existe la directiva en concreto, ya sea la Directiva de los residentes de larga duración, la Directiva de la reagrupación familiar, etc., que ha armonizado las condiciones de admisión de las categorías específicas de nacionales de terceros países en algunos ámbitos fundamentales, pero siguen siendo los Estados miembros los únicos competentes en determinar «el número y el perfil» de nacionales de terceros países que admiten en su territorio, como también para prever las limitaciones si así lo consideran necesario⁵²⁷. La potestad de los Estados miembros en decidir cuántos nacionales de terceros países aceptan a su territorio aleja bastante el atractivo de la UE en su conjunto para cualquier categoría de nacionales de terceros países.

En esta misma línea, todas las normas de admisión presentadas en las directivas que se analizan en el presente trabajo responden a una armonización de mínimos, en la cual, las referencias a las legislaciones nacionales, las derogaciones y las excepciones, así como las cláusulas de aplicación voluntaria, reflejan el mínimo papel de actuación de la UE en esta materia⁵²⁸. La división de las competencias entre la UE y los Estados miembros en materia de admisión de nacionales de terceros países también potencia la diferenciación entre varias categorías de estas personas, subrayando las diferencias en la admisión de los nacionales de terceros países económicamente activos o no. Como la actual UE se compone de 28 Estados miembros, existen 28 legislaciones diferentes de admisión de los nacionales de terceros países. No obstante, muchos Estados miembros tienen diferentes vínculos e intereses propios con varios terceros países, queriendo mantener estas relaciones sin ceder la soberanía en materia de admisión. Además, se entiende que, entre otras razones, la política de admisión y la política de integración son inseparables y deben reforzarse mutuamente⁵²⁹. En cambio, tal como demuestra la legislación actual, la adopción de directivas específicas, estableciendo la admisión de los nacionales de terceros países según sus «perfiles personales», ha tenido mayor

⁵²⁷ Véase, entre otros, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, COM (2011) 743 final, 2011, p. 13.

⁵²⁸ DE BRUYCKER, P., “Legislative Harmonization in European Immigration Policy”, en CHOLEWINSKI, R., PERRUCHOUD, R., MACDONALD, E., *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, La Haya, 2007, pp. 329-347.

⁵²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones: *Primer informe anual sobre inmigración e integración*, COM (2004) 508 final, 16 de julio de 2004.

aceptación en los Estados miembros⁵³⁰. Casi todas las directivas de la UE en vigor prevén la posibilidad de admitir en el territorio de la UE, aparte de los titulares de los permisos previstos en las directivas, también a sus miembros de familia. En estos supuestos, los miembros de familia tienen el derecho de permanecer en el territorio de la UE temporalmente en virtud de lo previsto en las normas de reagrupación familiar. Por lo tanto, los miembros de familia no son titulares directos de los derechos según las directivas, sino que adquieren un derecho derivado en calidad de miembros de familia. Los requisitos para los miembros de familia varían según el estatuto jurídico del titular del permiso, el tipo de miembro de familia⁵³¹, el tipo de autorización solicitada⁵³² y el tipo de la residencia.

3.4 Las categorías de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE en atención al motivo y a la duración de la estancia

3.4.1 La residencia temporal

La mayor parte de la legislación europea actual establece las previsiones jurídicas de movilidad para los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE de manera temporal. La estancia de cada nacional de tercer país por cualquier motivo que no sea de visita o de turismo, es la referida a la permanencia de este nacional en el territorio de un Estado miembro de la UE por un período superior a 90 días e inferior a 5 años. A cambio, tras la residencia ininterrumpida de 5 años, y cumplidas las condiciones, el nacional de tercer país puede obtener el permiso de residente de larga duración. Todos los nacionales de terceros países que quieren permanecer legalmente en el territorio europeo por más de 3 meses, deben contar con la autorización o permiso de residencia. Por lo tanto, la tenencia obligatoria de una autorización o de un permiso de residencia, especificando el motivo por el cual el nacional de tercer país se encuentra en la UE, es

⁵³⁰ OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, Universidad de Barcelona, Inmigración y Unión Europea, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/01AndreuOlestiRayo.htm>.

⁵³¹ Familiar de titular de autorización de residencia temporal renovada o en trámite de renovación, familiar de titular de autorización de residencia de larga duración o larga duración UE, familiar de titular de autorización de residencia temporal y trabajo para investigación, familiar de titular o en trámite de tarjeta azul UE, familiar del titular de autorización de estancia que modifica la residencia y trabajo, familiar de titular de residencia temporal por reagrupación familiar como familiar de investigador, etc.

⁵³² La autorización de residencia por reagrupación familiar inicial, 1ª renovación, 2ª renovación.

el primer requisito imprescindible a cumplir para justificar la estancia legal por cualquier motivo en la UE.

3.4.1.1 Los nacionales de terceros países que migran por motivos humanitarios

3.4.1.1.1 La admisión por motivos humanitarios

Antes de entrar al análisis de las condiciones de admisión de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos humanitarios, cabe subrayar que no existe una definición única acerca del alcance de la expresión «razones humanitarias» en el Derecho de la UE, dejándose un amplio margen apreciación a los Estados miembros a este respecto. Se entiende que la expresión «razones humanitarias» es muy amplia, y no puede limitarse a supuestos de asistencia médica o sanitaria del nacional de tercer país afectado o de un allegado suyo, reduciendo las razones humanitarias a un estado de salud precario o a la enfermedad. No cabe la menor duda que las razones humanitarias se refieren sobre todo a la necesidad de huir del conflicto armado y de la violencia indiscriminada, escapar de los actos de tortura y persecución alegados, especialmente a causa de pertenencia a una minoría⁵³³. Además, tales razones representan a los motivos legales por los cuales los nacionales de terceros países entran a la UE en busca de protección aunque el modo de entrar no sea siempre a través de las vías legales.

La admisión de los nacionales de terceros países por motivos humanitarios constituye la respuesta directa al pleno reconocimiento de las obligaciones internacionales por los Estados miembros en proporcionar la protección a la persona que busca refugio. Una política común en materia de asilo, incluido un Sistema Europeo Común de Asilo, también es un elemento constitutivo de establecer progresivamente un ELSJ abierto a quienes, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión. Sin entrar en más detalles, a día de hoy no existe una política uniforme de asilo en toda la UE, y la competencia europea en esta materia es muy limitada. El procedimiento de asilo es sobre todo un procedimiento estrictamente estatal. Sin embargo, el legislador europeo establece varios instrumentos jurídicos de

⁵³³ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 7 de febrero de 2017, asunto C-638/16 (PPU), *X y X contra État belge*.

ayuda humanitaria como también unas normas mínimas a cumplir por todos los Estados miembros de la UE concediendo alguna forma de la protección. Debido a varias regulaciones y programas de la UE relativos a la ayuda humanitaria, son varios los tipos de ayuda que se conceden a las personas, incluso antes de entrar al territorio europeo, por ejemplo, mediante el reasentamiento⁵³⁴, entre otros.

En esta misma línea, y aparte de las legislaciones de cada Estado miembro en materia de la ayuda humanitaria para atender a las solicitudes de las personas entrando a sus territorios mediante las llamadas «vías naturales»⁵³⁵, el legislador europeo establece varios instrumentos jurídicos que regulan la entrada y la permanencia de las personas que buscan refugio en el territorio europeo. El principal problema relacionado con actual sistema de asilo europeo se debe a la obligación de admisión de las solicitudes de asilo solamente en el primer país de entrada, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Dublín III⁵³⁶. Es más, en un reciente asunto, *X y X contra État belge*⁵³⁷, el TJUE señala que el régimen europeo común de asilo sólo se aplica a las solicitudes presentadas en el territorio de los Estados miembros o en las fronteras de éste, excluyéndose las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las

⁵³⁴ «Reasentamiento» significa la transferencia de personas desplazadas y manifiestamente necesitadas de protección internacional, a instancias del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de un tercer país a un Estado miembro, de acuerdo con este último, con el objetivo de protegerlas contra la devolución y de admitirlas y concederles el derecho de estancia y cualesquiera otros derechos similares a los concedidos a un beneficiario de protección internacional. El programa europeo de reasentamiento debería incluir a todos los Estados miembros (Recomendación de la Comisión de 8.6.2015 sobre un programa europeo de reasentamiento adoptado por el Acuerdo entre los Estados miembros el 20 de julio de 2015). El reasentamiento de las personas que necesitan protección internacional procedentes directamente de terceros países responde a las obligaciones humanitarias de la UE y ofrece una alternativa segura a los refugiados frente al peligroso viaje a Europa por sus propios medios. La nueva Propuesta de Reglamento COM (2016) 468 final, define el reasentamiento como la admisión de nacionales de terceros países y apátridas que necesiten protección internacional, desde un tercer país del cual o dentro del cual han sido desplazados, al territorio de los Estados miembros con el fin de concederles dicha protección.

⁵³⁵ Esta expresión se refiere a las solicitudes de ayuda humanitaria presentadas por las personas que vinieron a un determinado Estado miembro ya sea por vía terrestre o marítima, y que, cumpliendo los requisitos del procedimiento de asilo, solicitan estar incluidos en la primera fase, o fase de acogida del procedimiento de asilo en un determinado Estado miembro.

⁵³⁶ Preámbulo 2 del Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, (Reglamento Dublín III) por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (*DO L 180 de 29.6.2013*). A este respecto cabe mencionar también el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013.

⁵³⁷ Sentencia de TJUE, asunto C-638/16 (PPU), *X y X contra État belge*, de 7 de marzo de 2017.

representaciones de los Estados miembros. Además, el Derecho de la UE no ha adoptado ningún acto legislativo sobre las condiciones de entrada y residencia de más de tres meses de los nacionales de terceros países que entran a la UE por razones humanitarias. De ello se concluye que los Estados miembros conservan su competencia en esta materia⁵³⁸. A este respecto, el actual sistema de la ayuda humanitaria legal ya sea a nivel estatal o a nivel europeo, no permite que los solicitantes de protección internacional lleguen al país en el que podrían tener lazos, situación que facilitaría su integración y les proporcionaría una red de seguridad que reduciría su dependencia de las prestaciones y servicios sociales. Es sobre todo en relación a las prestaciones sociales para los solicitantes de protección internacional, donde se ha generado una de las mayores críticas relativas a la gestión de los flujos migratorios⁵³⁹. Tal y como se verá a continuación, la obligatoria permanencia en un determinado Estado miembro de la UE y la (*in*)existente circulación de los solicitantes y/o beneficiarios de la protección internacional anima a las personas a no acogerse a los programas y buscarse la vida por sus propios medios.

En este orden de ideas, en la actualidad existe un debate acerca de crear un Visado Humanitario Europeo que podría proporcionar a las personas refugiadas una vía de entrada segura, ya que se podría solicitar directamente desde su país de origen. La concesión de este Visado Humanitario garantizaría el control de los flujos migratorios por los Estados miembros, proporcionándoles un acceso legal y controlado de los solicitantes de protección internacional. En cuanto a los Estados miembros, este sistema permitiría seleccionar a los candidatos, al comprobar sus antecedentes de forma individual, y así controlar mejor los flujos irregulares. No obstante, a día de hoy, solamente se puede hablar de la propuesta de tal Visado Humanitario. Además, al leer el fallo del TJUE en el reciente asunto *X y X*, es más que probable que dicho Visado siga siendo solo una propuesta en un futuro cercano.

3.4.1.1.2 La libre circulación de los solicitantes de protección internacional

Una vez cumplidos todos los requisitos previstos en las normas de asilo aplicables a la situación personal del nacional del tercer país que busca refugio, y aceptada a

⁵³⁸ A este respecto, el artículo 25 del Código de visados prevé las condiciones del llamado «visado de validez territorial limitada». Dicho visado sólo se diferencia del «visado uniforme», definido en el artículo 2.3 de dicho Código, en lo relativo al alcance territorial de la autorización de entrada y estancia que concede, el cual se limita al territorio de uno o más Estados miembros.

⁵³⁹ BARDOLET DILMÉ, A., “Visado humanitario: una posible puerta de entrada a la Fortaleza Europa”, *Opinión CIDOB*, nº 249, 2014.

trámite su solicitud, dicho nacional se convierte en solicitante de alguna forma de protección prevista en un determinado Estado miembro de la UE. La palabra asilo se refiere a todo el procedimiento relativo a la concesión o no de la ayuda humanitaria por un país. Sin embargo, las expresiones de «solicitante de asilo» y de «solicitud de asilo», fueron sustituidas en el vocabulario jurídico europeo por el solicitante de protección internacional y la solicitud de protección internacional⁵⁴⁰. En cuanto a la regulación de los beneficiarios de la protección internacional, la normativa europea en vigor se rige por los criterios establecidos en la Convención de Ginebra⁵⁴¹. Antes de la concesión de la protección internacional a un nacional de tercer país según lo previsto en Derecho de la UE, en primer lugar el nacional de tercer país debe presentar la solicitud de protección internacional⁵⁴² con la cual se aspira a obtener el estatuto de refugiado⁵⁴³ o de beneficiario de protección subsidiaria⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Mientras que en el Reglamento de Dublín II (Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecían los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país) se utilizaba la expresión de «solicitud de asilo» al referirse a la solicitud presentada por un nacional de un tercer país en el sentido de la Convención de Ginebra, el actual Reglamento en vigor, reglamento Dublín III de 2013, utiliza ya otra terminología. Según los últimos datos publicados en *Eurostat*, 1.204.300 solicitudes de protección internacional se registraron en los Estados miembros de la UE, número algo más bajo en comparación con el año 2015 (1.257.000 solicitudes de protección internacional). Sin embargo, en el año 2016, el número de las solicitudes de protección internacional fue el doble en comparación con el año 2014 (562.700 solicitudes de protección internacional), *vid. Eurostat*, disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7921609/3-16032017-BP-EN.pdf/e5fa98bb-5d9d-4297-9168-d07c67d1c9e1>.

⁵⁴¹ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951 [Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 189, p. 150, n° 2545 (1954)], entró en vigor el 22 de abril de 1954. Fue completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, que a su vez entró en vigor el 4 de octubre de 1967 (en lo sucesivo, «Convención de Ginebra»).

⁵⁴² «Solicitud» o «solicitud de protección internacional» es la petición de protección formulada a un Estado miembro por un nacional de un tercer país o un apátrida que pueda presumirse aspira a obtener el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria y que no pida expresamente otra clase de protección que esté fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337/9, 20.12.2011, p. 9), en lo sucesivo Directiva 2011/95/UE). «Solicitante», es un nacional de un tercer país o un apátrida que ha formulado una solicitud de protección internacional sobre la cual todavía no se ha adoptado una resolución definitiva, según lo previsto en el artículo 2 (c) de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional tiene por objeto establecer procedimientos comunes para conceder y retirar la protección internacional conforme a la Directiva 2011/95/UE (DO L 180, 29.6.2013, p. 60), en lo sucesivo la Directiva 2013/32/UE.

Mientras el nacional del tercer país se encuentra en alguna fase del procedimiento de asilo, su movilidad en la UE está muy limitada y restringida al territorio de un determinado Estado miembro. Cabe destacar que a los solicitantes de protección internacional se les aplica la Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban las normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional⁵⁴⁵. En esta Directiva, el legislador europeo menciona la libertad de circulación y residencia para los solicitantes de protección internacional. Los solicitantes podrán en virtud de lo establecido en la misma, circular libremente por el territorio del Estado miembro de acogida o dentro de una zona que les haya asignado dicho Estado miembro. Es de destacar que la zona asignada para la movilidad del solicitante de protección internacional no afectará a la esfera inalienable de la vida privada y ofrecerá suficiente margen para garantizar el acceso a todos los beneficios concedidos⁵⁴⁶. Además, la Directiva 2013/33/UE establece asimismo que los Estados miembros podrán asignar residencia al solicitante por razones de interés público, de orden público o cuando así lo requirieran la tramitación rápida y

⁵⁴³ «Refugiado» es un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; artículo 2 (d) de la Directiva 2011/95/UE. Tan pronto como sea posible después de la concesión de la protección internacional, salvo en caso de que se opongan a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público, los Estados miembros expedirán a los beneficiarios del estatuto de refugiado un permiso de residencia válido como mínimo por tres años y renovable (artículo 24.1 de la Directiva 2011/95/UE).

⁵⁴⁴ Por persona «con derecho a protección subsidiaria» se entiende un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves y que, no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de ese país; artículo 2 (f) de la Directiva 2011/95/UE. La protección subsidiaria debe ser complementaria y adicional a la protección de refugiados consagrada en la Convención de Ginebra, según lo previsto en el Considerando 33 de la Directiva 2011/95/UE. En este sentido, véase la sentencia de TJUE C-285/12, *Diakité*, de 30 de enero de 2014; y la sentencia de TJUE al asunto C-604/12 *H.N.*, de 8 de mayo de 2014. Tan pronto como sea posible después de la concesión de la protección internacional, salvo en caso de que se opongan a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público, los Estados miembros expedirán a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria y a los miembros de su familia un permiso de residencia renovable que deberá ser válido como mínimo por un año y, en caso de renovación, por dos años como mínimo, salvo cuando se opongan a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público (artículo 24.2 de la Directiva 2011/95/UE).

⁵⁴⁵ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), (DO L 180, 29.6.2013), en lo sucesivo la Directiva 2013/33/UE.

⁵⁴⁶ Artículo 7.1 de la Directiva 2013/33/UE.

la supervisión eficaz de su solicitud de protección internacional⁵⁴⁷. Por lo tanto, el legislador europeo permite a los Estados miembros restringir la movilidad de los solicitantes de protección internacional dentro de su propio territorio incluso a una determinada zona en concreto.

En esta misma línea, es de destacar que no todos los solicitantes de protección internacional se convierten en beneficiarios de alguna forma de protección internacional. A pesar de que la citada solicitud sea también parte de inmigración legal, el solicitante de protección internacional con su solicitud denegada se convierte en nacional de tercer país en situación irregular.

3.4.1.1.3 La libre circulación de los beneficiarios de la protección internacional

Una vez concedida alguna forma de la protección internacional, el solicitante cambia su estatuto jurídico por el de beneficiario de la protección internacional. En cuanto a los beneficiarios de la protección internacional, los Estados miembros deben permitir su movilidad⁵⁴⁸, en las mismas condiciones que rigen para los nacionales de terceros países que residan legalmente su territorio. Sin embargo, ningún instrumento jurídico en vigor deja claro a qué categoría de los nacionales de terceros países

⁵⁴⁷ Artículo 7.2 de la Directiva 2013/33/UE. El artículo añade, en el párrafo tercero, que los Estados miembros podrán condicionar la prestación de las condiciones materiales de acogida a la efectiva residencia de los solicitantes en un determinado lugar, que será fijado por los Estados miembros. La correspondiente decisión, que podrá ser de carácter general, se adoptará de forma individual y de conformidad con el Derecho nacional. El párrafo cuatro añade que los Estados miembros preverán la posibilidad de conceder un permiso temporal a los solicitantes para abandonar el lugar de residencia mencionado en los apartados 2 y 3 o la zona asignada mencionada en el apartado 1. Las decisiones se adoptarán de forma individual, objetiva e imparcial y se motivarán si son negativas. El solicitante no necesitará permiso para presentarse a las citas con las autoridades o ante los tribunales si su comparecencia es necesaria. Finalmente, el último párrafo se refiere a la obligación de los Estados miembros requerir a los solicitantes que informen de su domicilio a las autoridades competentes y les notifiquen, con la mayor brevedad, cualquier cambio de domicilio.

⁵⁴⁸ El artículo 2 (f) del Dublín III establece que el beneficiario de protección internacional es el nacional de un tercer país o el apátrida al que se ha concedido protección internacional conforme al artículo 2 (a) de la Directiva 2011/95/UE. Los nacionales de terceros países o los apátridas a los que se autorice a permanecer en el territorio de un Estado miembro por motivos que no sean la necesidad de protección internacional, sino por compasión o por motivos humanitarios y sobre una base discrecional, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE, véase preámbulo 15 de la Directiva 2011/95/UE.

legalmente establecidos se refieren las previsiones de la libre circulación de los beneficiarios de protección internacional. Al tener en cuenta que el legislador europeo establece normas de movilidad para muchas categorías de nacionales de terceros países con residencia legal se estima lo siguiente: como la duración de los permisos de los beneficiarios de la protección internacional es limitada, y teniendo en cuenta que al terminar el motivo por el cual la persona refugiada huyó de su país de origen, volverá al mismo, no es muy adecuado hablar de las previsiones de libre circulación en «términos europeos». En relación a la libre circulación de los beneficiarios de la protección internacional, todo Estado contratante concederá a las personas refugiadas que se encuentren legalmente en el territorio de la UE, el derecho a escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él. A este respecto, la libertad de circulación no solamente engloba el derecho de viajar sino que también el derecho de escoger el lugar de residencia en el territorio del Estado miembro⁵⁴⁹. Por ello, la libre circulación de los beneficiarios de protección internacional se limita a la libertad de circular y residir solamente en el territorio del determinado Estado miembro, el que concedió tal protección⁵⁵⁰. Además, la Directiva 2011/95/UE no precisa nada más al respecto, y en el título denominado «*Libertad de circulación en el Estado miembro*», se confirma tal limitación. Si se estima que la libertad de circulación comprende a la libertad de entrar, residir, moverse dentro de la Unión y salir de un Estado miembro «libremente», los beneficiarios de la protección internacional están privados de la mayor parte del contenido de la libre circulación. De hecho, tal movilidad se limita a la entrada y residencia en un determinado Estado miembro, no pudiendo abandonar voluntariamente el Estado miembro que les concedió la protección internacional, ni

⁵⁴⁹ Artículo 26 de la Convención de Ginebra. Tal libertad viene reflejada también en otros instrumentos jurídicos internacionales. El artículo 12.1 del PIDCP establece lo siguiente: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”. Por otra parte, el artículo 2 del Protocolo adicional nº 4 al CEDH bajo la rúbrica «Libertad de circulación», dispone lo siguiente: “Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. Los derechos reconocidos en este artículo podrán igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática”.

⁵⁵⁰ El artículo 33 de la Directiva 2011/95/UE, titulado «Libertad de circulación en el Estado miembro».

ejercer la movilidad dentro de la Unión en las mismas condiciones que otros nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE.

En esta misma línea, se ha presentado recientemente ante TJUE la siguiente cuestión prejudicial: ¿Es posible establecer la residencia en un área geográfica limitada (municipio, distrito, región) del Estado miembro a un beneficiario de protección internacional, si, por lo demás, es libre de circular por todo el territorio del Estado miembro y de permanecer en él? Esta pregunta ante TJUE dio lugar a la sentencia en el asunto *Alo y Osso*⁵⁵¹. A tenor de lo establecido en la Directiva 2011/95/UE, no es posible determinar si los beneficiarios de protección internacional deben desplazarse libremente únicamente por el territorio del Estado miembro que les ha concedido la referida protección o si dicha libertad de circulación significa también que tales beneficiarios pueden escoger su lugar de residencia en dicho territorio⁵⁵². Como se ha visto anteriormente, los instrumentos jurídicos internacionales establecen que la libertad de circulación de los beneficiarios de la protección internacional engloba también la elección de la residencia en el Estado miembro. Además, la posibilidad de elegir la residencia debería formar parte también de la distinción del estatuto jurídico entre el solicitante y el beneficiario de la protección internacional. A este respecto, y ante tal duda en relación a lo previsto en la Directiva 2011/95/UE, el Abogado General Pedro Cruz Villalón considera que el concepto de «libertad de circulación» de la Directiva 2011/95/UE comprende tanto la libertad de desplazamiento, como la libertad de elección del lugar de residencia. El Abogado General llega a esta conclusión tras llevar a cabo una interpretación literal, sistemática, teleológica e histórica de dicho concepto. En la medida en que el contenido primordial de la libertad de residencia consiste en la libertad para decidir libremente el lugar donde vivir, es evidente que la condición de establecer la residencia en un área geográfica limitada por parte de un Estado miembro constituye una restricción de la libre circulación, independientemente de que el

⁵⁵¹ Sentencia del TJUE a los asuntos acumulados C-443/14, *Kreis Warendorf e Ibrahim Alo* y C-444/14, *Amira Osso y Region Hanover* (en lo sucesivo STJUE *Alo y Osso*), de 1 de marzo de 2016. El Sr. Alo y la Sra. Osso son nacionales sirios. Se desplazaron a Alemania donde presentaron, sin éxito, sendas solicitudes de asilo. Residieron a continuación en dicho Estado miembro al amparo de autorizaciones provisionales. Perciben prestaciones sociales desde el inicio del procedimiento de asilo. Tras la presentación de nuevas solicitudes de asilo, la Oficina Federal para la migración y los refugiados les concedió el estatuto de protección subsidiaria. Los permisos de residencia otorgados al Sr. Alo y a la Sra. Osso mediante sendas resoluciones del distrito de Warendorf, y de la región de Hannover, llevan aparejada la obligación de fijar su lugar de residencia, respectivamente, en la ciudad de Ahlen (Alemania) y en la región de Hannover, con excepción de la capital del Land de Baja Sajonia. En los dos litigios principales, el Sr. Alo y la Sra. Osso impugnan la obligación de residencia que se les ha impuesto.

⁵⁵² Sentencia del TJUE *Alo y Osso*, párrafo 24.

beneficiario de la protección internacional disponga de la libertad de circular por todo el territorio del Estado miembro y de permanecer en él⁵⁵³. Además, no hay ningún dato que indique que el legislador de la Unión optó por incluir en la mencionada Directiva 2011/95/UE únicamente el derecho de viajar libremente por el territorio del Estado y no el derecho de escoger lugar de residencia en tal territorio⁵⁵⁴. Así, el TJUE entiende que una obligación de residencia, impuesta a un beneficiario del estatuto de protección subsidiaria, supone una restricción a la libertad de circulación, aún cuando la referida medida no prohíba a ese beneficiario desplazarse libremente por el territorio del Estado miembro que le ha concedido dicha protección ni permanecer temporalmente en su territorio fuera del lugar designado por la obligación de residencia. Por ello, el fallo del TJUE confirma las diferencias relativas al disfrute de la libre circulación por los solicitantes y por los beneficiarios de la protección internacional. Dicho todo esto, los beneficiarios de la protección internacional tampoco disfrutaban del pleno contenido del derecho de libre circulación. No obstante, los beneficiarios de la protección internacional pueden elegir la residencia donde quieren vivir, mientras que los solicitantes de dicha protección, no. Por lo tanto, la movilidad y las previsiones de la libre circulación de los beneficiarios de la protección internacional se limitan estrictamente al ámbito nacional y hasta que el beneficiario de la protección internacional no cambie otra vez su estatuto jurídico, no puede optar por disfrutar de la libre circulación en todos los aspectos previstos en el Derecho de la UE.

En relación a la nueva reforma del Sistema Europeo Común de 13 de julio de 2016, y para evitar los movimientos secundarios, la movilidad de los solicitantes y de los beneficiarios de protección internacional, surgen unos cambios relativos a la permanencia obligatoria de estos nacionales en el territorio del Estado miembro⁵⁵⁵. El Capítulo VII de la propuesta de nuevo Reglamento engloba el contenido de los derechos de la libertad de circulación de los beneficiarios de protección internacional en el Estado miembro⁵⁵⁶, como también de la circulación en la Unión⁵⁵⁷. De los artículos de la

⁵⁵³ Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 6 de octubre de 2015 en el asunto ante el TJUE *Alo y Osso*, párrafo 25.

⁵⁵⁴ Sentencia del TJUE *Alo y Osso*, párrafo 35.

⁵⁵⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Bruselas. *Vid.* COM (2016) 466 final, p. 13.

⁵⁵⁶ El artículo 28, que regula la libertad de circulación en el Estado miembro, prevé que los beneficiarios de protección internacional gozarán de libertad de circulación dentro del territorio del Estado miembro

propuesta de nuevo Reglamento se desprende claramente la limitación de la circulación de los beneficiarios de la protección internacional para el territorio de un determinado Estado miembro y, dicha propuesta, no prevé la movilidad por todo el territorio europeo. Como regla general, un beneficiario de protección internacional está obligado a residir en el Estado miembro que le concedió la protección. Además, la nueva propuesta endurece las normas de movilidad otorgando varios desincentivos si el beneficiario se encuentra en otro Estado miembro en el que no tenga permiso para residir o permanecer. En este caso, se puede proceder a la readmisión del beneficiario de la protección internacional al encontrarse en otro Estado miembro distinto al que le concedió tal protección. Es más, el período de cinco años después del cual los beneficiarios de protección internacional tienen derecho a optar por el estatuto de residentes de larga duración, se reinicia cada vez que una persona se encuentra en un Estado miembro distinto al que concedió la protección internacional⁵⁵⁸. Se espera que estas medidas supongan un incentivo para los beneficiarios de protección internacional a la hora de cumplir con las normas y evitar los movimientos secundarios no autorizados. Hasta el momento en el que el nacional de tercer país tenga concedido otro estatuto jurídico, los derechos de movilidad dentro de la UE quedan restringidos a la

que les concedió dicha protección, incluido el derecho a elegir su lugar de residencia en dicho territorio, en las mismas condiciones y restricciones que las dispuestas para otros nacionales de terceros países que residan legalmente en sus territorios y que estén en una situación comparable. Dentro de los límites establecidos por las obligaciones internacionales, se podrán imponer condiciones de residencia a un beneficiario de protección internacional que reciba ciertas prestaciones en materia de seguridad social o asistencia social, únicamente cuando dichas condiciones sean necesarias para facilitar la integración de dicho beneficiario en el Estado miembro que ha concedido la protección.

⁵⁵⁷ El artículo 29, que regula la circulación en la Unión, prevé que los beneficiarios de protección internacional no tendrán derecho a residir en otros Estados miembros diferentes del que les concedió la protección. Esto se entenderá sin perjuicio de su derecho a solicitar y ser admitidos a residir en otros Estados miembros de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho interno y de la Unión y de su derecho a la libre circulación de acuerdo a las condiciones del artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Cuando un beneficiario se encuentre en un Estado miembro distinto al que concedió la protección internacional, sin derecho a residir o permanecer en él de acuerdo con el Derecho interno o de la Unión pertinente, será sometido al procedimiento de readmisión.

⁵⁵⁸ A esta finalidad y de acuerdo con lo dicho anteriormente, se propone en virtud del artículo 44 de la COM (2016) 466 final, modificar el artículo 4 de la Directiva 2003/109/CE, añadiendo el siguiente apartado: «Cuando un beneficiario de protección internacional se encuentre en un Estado miembro distinto al que concedió dicha protección, sin derecho a residir o permanecer en él de acuerdo con el Derecho interno o de la Unión pertinente, no se tendrá en cuenta el período de estancia legal anterior a dicha situación en el cálculo del periodo mencionado». Los coordinadores de la Comisión de Libertades Civiles del Parlamento Europeo subrayaron en lo relativo al derecho de libre circulación, que los beneficiarios deberían poder optar al estatuto de residente de larga duración en la UE (Directiva 2003/109/CE) antes del actual período de cinco años para que puedan disfrutar de dichos derechos, *vid.* COM (2016) 466 final, p. 11.

circulación no superior a 90 días dentro de cualquier período de 180 días en otro Estado miembro.

3.4.1.1.4 Los beneficiarios de la protección temporal

Los beneficiarios de la protección temporal representan otro colectivo de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. Actualmente en suspenso, el estatuto jurídico como los derechos de los beneficiarios de la protección temporal están regulados por la Directiva relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida⁵⁵⁹. En relación a la actual «crisis migratoria» se ha cuestionado la posibilidad de volver a aplicar las disposiciones relativas a la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen⁵⁶⁰, pero finalmente no se volvió a aplicar. En cuanto a las disposiciones de la libre circulación de los beneficiarios de la protección temporal, la Directiva no prevé ninguna previsión jurídica de la libertad de circulación, ya que se entiende que la protección temporal es concedida por un determinado Estado miembro y se limita solamente al territorio de este Estado miembro.

3.4.1.2 Los nacionales de terceros países que migran por motivos de reagrupación familiar

3.4.1.2.1 Los nacionales de terceros países, miembros de familia de un nacional de un tercer país

Una vez examinada la libre circulación de los nacionales de terceros países, miembros de familia de los ciudadanos de la Unión, procede subrayar, que estos

⁵⁵⁹ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 (DO L 212/12, 7.08.2001).

⁵⁶⁰ El artículo 1 de la Directiva 2001/55/CE establece que la protección temporal es un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección, según lo previsto en el artículo 2 (a) de la Directiva 2001/55/CE.

miembros de familia no son los únicos potenciales titulares de la reagrupación familiar en la legislación europea. Los instrumentos jurídicos de la UE regulan también los supuestos de la reagrupación familiar dentro de la política de inmigración europea, es decir, entre el nacional del tercer país con otro nacional de un tercer país. A pesar de que ningún texto del Derecho internacional reconoce el derecho a la reagrupación familiar⁵⁶¹, en virtud de varios datos, los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos de reagrupación familiar representan una categoría de personas procedentes de fuera de la UE muy numerosa. A este respecto, es sobre todo en relación a la pérdida de la soberanía estatal en materia de admisión de nacionales de terceros países en calidad de miembros de familia, donde se observan varias incoherencias en las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE. La doctrina se refiere a los miembros de familia que disfrutan de los derechos de movilidad derivados del titular al que acompañan como los beneficiarios indirectos de las previsiones jurídicas de la libre circulación. Tal y como se ha visto anteriormente, la expedición de los permisos de reagrupación familiar en la UE ha aumentado notablemente en los últimos años, ya que el derecho a la reagrupación familiar es particularmente importante para los nacionales de terceros países separados de sus orígenes, de cultura y de la sociedad.

El instrumento jurídico que regula el derecho de reagrupación familiar entre el nacional del tercer país con un miembro de familia procedente también de un país de fuera de la UE es la Directiva 2003/86/CE⁵⁶². Esta directiva fija las condiciones del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar para los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros⁵⁶³. Por lo tanto, a diferencia de la Directiva 2004/38/CE, en la presente directiva ambos, tanto el reagrupante como el reagrupado, son nacionales de terceros países, y uno de ellos reside legalmente en un Estado miembro de la UE⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ El reconocimiento de tal derecho se encuentra previsto en la legislación de los Estados miembros, quiénes le otorgan rango constitucional. LABAYLE, H., “Le droit des étrangers au regroupement familial”, *RFDA*, 2007, pp. 101-133; del mismo autor, “Le droit des étrangers à mener une vie familiale normale”, *RFDA*, 1993, pp. 511-540.

⁵⁶² Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. La Directiva entró en vigor el 3 de octubre de 2003 con plazo de transposición en los Estados miembros, de 3 de octubre de 2005, (*DO L 25*, 3.10.2003; en lo sucesivo la Directiva 2003/86/CE).

⁵⁶³ Artículo 1 de la Directiva 2003/86/CE.

⁵⁶⁴ Véanse sobre la reagrupación familiar, entre otros: GROENENDIJK, K., “Family Reunification as a Right under Community Law”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 8 (2), 2006, pp. 215–230. PEERS, S., “Family Reunion and Community Law”, en WALKER, N. (Ed.) *Europe’s Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 143–197. En cuanto al análisis de la implementación, véanse, entre otros, GROENENDIJK, K., *et alii*, *The Family Reunification Directive in*

Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia de los siguientes miembros de familia:

- el cónyuge del reagrupante;
- los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos;
- los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo;
- los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo⁵⁶⁵.

No obstante, los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia de los siguientes miembros de la familia de acuerdo con lo establecido en la Directiva:

- los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen;
- los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud;
- la pareja sin estar casada, nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada⁵⁶⁶.

Los Estados miembros deberán autorizar la entrada y la residencia, a los familiares definidos previamente, una vez cumplidos unos determinados requisitos. A este respecto, el reagrupante deberá probar que dispone, entre otros, de una vivienda, de un seguro de enfermedad y de 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.

En tal orden de ideas, los Estados miembros han transpuesto las previsiones de reagrupación familiar de diferente manera en sus legislaciones nacionales, dando lugar a

EU Member States. The First Year of Implementation, Nijmegen Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007. ACOSTA, D., “Immigration in the European Union: Family Reunification after the Metock Case”, *UCD Law Review*, vol. 9, 2009, pp. 64–88.

⁵⁶⁵ Artículo 4.1 de la Directiva 2003/86/CE. Dicho artículo añade que los hijos menores deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión, y no estar casados.

⁵⁶⁶ Artículos 4.2 y 4.3 de la Directiva 2003/86/CE.

muchas situaciones de conflicto en la práctica. Es muy importante tener presente que cada supuesto de reagrupación familiar se examina de manera individual, atendiendo a las razones específicas de cada persona en concreto⁵⁶⁷. Además, queda constatado que la reagrupación familiar ayuda a crear la estabilidad socio-cultural para los nacionales de terceros países en la UE⁵⁶⁸. Así, los supuestos de reagrupación familiar sirven, entre otras cosas, para promover la cohesión económica, sin duda alguna uno de los objetivos principales de la UE. Por ello, no es nada extraño que en el preámbulo, la Directiva 2003/86/CE vuelve a reiterar que la cohesión económica y social de la UE se consigue también a través de fomento de las relaciones familiares. Sin embargo, muchos Estados miembros al restringir la admisión de los nacionales de terceros países por motivo de reagrupación familiar actúan en términos contrarios a conseguir dicha cohesión. En la práctica, son varios los Estados miembros que interpretan la antes mencionada cohesión mediante la imposición de muchas condiciones y requisitos adicionales a los miembros de familia cuando intentan desplazarse a la UE por motivos de reagrupación familiar. Y todo ello, a pesar de que la protección del derecho fundamental a la vida privada está extendida también a los miembros de familia del nacional de tercer país legalmente establecido en varios textos internacionales⁵⁶⁹, como también en la propia Carta de DFUE. Como la aplicación de la Directiva 2003/86/CE está directamente relacionada con el derecho fundamental a la protección de la vida familiar, el TJUE ha declarado que la presente directiva no puede vulnerar los derechos fundamentales, en particular, los previstos en la Carta de DFUE⁵⁷⁰.

3.4.1.2.2 La libre circulación de los titulares de permiso de reagrupación familiar

A pesar de que la Directiva 2003/86/CE representa uno de los instrumentos jurídicos que garantizan la movilidad de los miembros de familia en la UE, es preciso advertir que la libre circulación de los miembros de familia es un derecho de carácter derivado e indirecto. Como consecuencia de ello, en el supuesto de la reagrupación

⁵⁶⁷ LABAYLE, H., “Le droit des étrangers...”, *op. cit.*, pp. 101-133.

⁵⁶⁸ Artículo 174 del TFUE.

⁵⁶⁹ Entre otros, cabe mencionar los ya previamente mencionados artículos 8 y 16 del CEDH.

⁵⁷⁰ Véase, en ese sentido, la sentencia del TJUE al asunto C-356/11, *O. y S. contra L.*, de 6 de diciembre de 2012.

familiar de un nacional de un tercer país con otro nacional también de un tercer país, estos miembros de familia tienen una serie de derechos y privilegios en el ámbito de la UE que emanan de su vínculo con un nacional de tercer país legalmente establecido en la UE, titular del derecho originario⁵⁷¹. Por lo tanto, los miembros de familia disfrutan de los derechos de movilidad en relación de dependencia con los derechos de movilidad del reagrupante.

En cuanto a las previsiones jurídicas de la libre circulación de los miembros de familia procedentes de terceros países, es muy interesante tener presentes los motivos señalados en el preámbulo tanto de la Directiva 2004/38/CE, como también de la Directiva 2003/86/CE. Mientras que la razón de la ampliación de la libertad de circulación y residencia en UE a los familiares procedentes de terceros países de los ciudadanos europeos en virtud de aquella directiva reside en el respeto a la vida familiar, la extensión de esta libertad de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2003/86/CE se fundamenta en la voluntad declarada de facilitar la integración de los nacionales de terceros países en situación regular⁵⁷². Por ello, la libertad extendida a los miembros de familia nacionales de terceros países tiene por objetivo general facilitar la integración de los nacionales de terceros países en los Estados miembros, permitiéndoles llevar una vida familiar en algún Estado miembro de la UE⁵⁷³.

En esta misma línea, los Estados miembros, aparte de la condición de la movilidad del titular, añaden otros requisitos para que los miembros de familia puedan disfrutar de la libre circulación. Las condiciones previstas en la Directiva 2003/86/CE son mínimas y son consideradas como normas estándar en relación a los procedimientos relativos a la reagrupación familiar, dejando discrecionalidad legislativa a los Estados miembros a la hora de concretar dichas condiciones.

En la práctica, los Estados miembros interpretan las previsiones de la Directiva 2003/86/CE de manera mucho más estricta a diferencia del espíritu previsto en el preámbulo de la misma, llegando a limitar los derechos de movilidad de los miembros de familia del nacional del tercer país legalmente establecido en la UE, incluso antes de

⁵⁷¹ LABAYLE, H. y PASCOU, Y., “Les conditions d’accès au regroupement familial en question: une étude comparative dans neuf Etats membres de l’UE”, *Fondation Roi Baudouin, Bruxelles*, 2011, p.126. IGLESIAS, S., “El valor de la Directiva 86/2003/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, *RDCE*, nº 26, 2007, pp. 125-153.

⁵⁷² Véase, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación...*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁷³ Véase la sentencia del TJCE al asunto C-540/032, *Parlamento/Consejo*, de 7 de junio de 2006.

que la reagrupación familiar haya tenido lugar⁵⁷⁴. Por lo tanto, no es nada extraño que sean varios los criterios adicionales añadidos por los Estados miembros en esta materia, supuestos que han dado lugar a varios pronunciamientos por parte del TJUE, como también de los jueces nacionales.

Nadie pone en duda, en primer lugar, que el legislador europeo condiciona la movilidad en los supuestos de la reagrupación familiar del residente en la UE con el cónyuge procedente del tercer país a la tenencia de 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. No obstante, el examen para comprobar la probabilidad de tenencia o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia⁵⁷⁵, corresponde a las autoridades nacionales competentes. Es de destacar que, en estos supuestos, se exige que se realice un examen individualizado de las solicitudes de reagrupación familiar⁵⁷⁶, y que las autoridades nacionales competentes, al aplicar la Directiva 2003/86/CE y al examinar las solicitudes de reagrupación familiar, deben proceder a una apreciación equilibrada y razonable de todos los intereses en juego⁵⁷⁷.

La correcta interpretación de los requisitos económicos en los supuestos de reagrupación familiar dio lugar a varios pronunciamientos del TJUE a este respecto. En concreto, en la petición de la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con la denegación al *Sr. Khachab* de su solicitud de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su cónyuge⁵⁷⁸,

⁵⁷⁴ A título de ejemplo, Suiza no impone ninguna condición, mientras que Holanda impone todas las condiciones que figuran en el artículo 7.1 de la presente Directiva. Véase a este respecto, en particular, LABAYLE, H. y PASCOU, Y., “Directive 2003/86/CE on the Right to Family Reunification-Synthesis Report”, 2007, p. 182, disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/legal-migration/pdf/general/odysseus_2003_86_family_reunification_synthesis_en.pdf.

⁵⁷⁵ A este respecto, véase la sentencia del TJCE al asunto C-578/08, *Chakroun*, de 4 de marzo de 2010.

⁵⁷⁶ *Vid.* la sentencia del TJUE al asunto C-153/14, *K y A*, de 9 de julio de 2015.

⁵⁷⁷ Véase, en ese sentido, la sentencia del TJUE al asunto C-356/11, *O. y S. contra L*, *cit.*

⁵⁷⁸ Sentencia del TJUE, asunto C-558/14, *Mimoun Khachab y Subdelegación del Gobierno en Álava*, de 21 de abril de 2016. En este asunto, el Sr. Khachab, nacional de un tercer país y residente en España, es titular de una autorización de residencia de larga duración en dicho Estado miembro. El 20 de febrero de 2012 solicitó a las autoridades españolas una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su cónyuge, la Sra. Aghadar. Mediante resolución de 26 de marzo de 2012, la Subdelegación del Gobierno denegó la solicitud del Sr. Khachab indicando que éste no había acreditado disponer de recursos económicos suficientes para atender a las necesidades de la familia, ni realizaba ninguna actividad laboral en el momento de la resolución, ni existía una perspectiva de contar con dichos

se observa el carácter «estrictamente económico» de las condiciones de reagrupación familiar. En el presente asunto, la pregunta ante el TJUE descansa en si, a efectos de obtener la reagrupación familiar, el reagrupante debe disponer de «recursos fijos y regulares suficientes» en la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación, o si puede tomarse en consideración el hecho de que dispondrá de tales recursos durante el año siguiente a dicha fecha, denegando el permiso en el momento de presentar la solicitud por carecer de recursos fijos y regulares suficientes a la fecha de presentación de la solicitud. El TJUE entiende que precisamente del empleo de los términos «fijos» y «regulares» se puede presumir que esos recursos económicos deben presentar cierta permanencia y continuidad. No obstante, en el presente asunto, el TJUE declara que las autoridades nacionales sólo podrán denegar la autorización de residencia a efectos de la reagrupación familiar si se determina «indubitadamente» que el reagrupante no podrá mantener los recursos suficientes durante el año siguiente a la fecha de presentación de su solicitud. Por tanto, esta disposición sólo exige al reagrupante, para poder obtener dicho permiso de residencia a efectos de la reagrupación familiar, que sea previsible que pueda mantener sus recursos, una debida valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los meses anteriores a realizar por la autoridad nacional.

En este orden de ideas, la interpretación de la expresión «*recurir al sistema de asistencia social*» dio lugar, entre otros, al pronunciamiento del TJUE en el asunto *Rhimou Chakroun y Minister van Buitenlandse Zaken*⁵⁷⁹. La cuestión era, en concreto,

medios durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación. El TJUE observa que todos los requisitos mencionados anteriormente son exigidos para la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar. No obstante, desde el 26 de noviembre de 2012 trabaja para una empresa de recogida de cítricos y dispone por tanto de un trabajo que le genera suficientes ingresos. El Sr. Khachab añade que es titular de una autorización de residencia de larga duración y que está casado con la Sra. Aghadar desde 2009. Además, afirma que dispone de un alojamiento adecuado y que tiene acreditados más de cinco años de cotización en España. Por último, considera que debe tomarse en consideración la actual coyuntura económica, en la que es extremadamente difícil disfrutar de una situación continuada y efectiva de estabilidad laboral en España.

⁵⁷⁹ La sentencia del TJCE al asunto C-578/08, *Chakroun*, de 4 de marzo de 2010. El Sr. Chakroun, nacional marroquí, nacido el 1 de julio de 1944, era residente en los Países Bajos desde el 21 de diciembre 1970, con un permiso de residencia permanente ordinario. Desde el 12 de julio de 2005 venía percibiendo una prestación con arreglo a la *Wet tot verzekering van werknemers tegen geldelijke gevolgen van werkloosheid* (Ley de protección de los trabajadores contra las consecuencias pecuniarias del desempleo). La Sra. Chakroun, también nacional marroquí, nació el 18 de julio 1948 y está casada con el Sr. Chakroun desde el 31 de julio de 1972. El 10 de marzo de 2006, la Sra. Chakroun solicitó en la Embajada de los Países Bajos en Rabat un permiso provisional de residencia para vivir con su esposo. Mediante resolución de 17 de julio de 2006, el ministerio denegó la solicitud porque el Sr. Chakroun no disponía de ingresos suficientes. En efecto, el subsidio de desempleo del Sr. Chakroun ascendía a

la siguiente: ¿debe interpretarse la expresión «recorrir al sistema de asistencia social» en el sentido de que tal expresión ofrece al Estado miembro un margen para adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar que dé lugar a que no se permita la reagrupación familiar de un reagrupante que haya acreditado contar con recursos fijos y regulares suficientes para poder hacer frente a los gastos de subsistencia generalmente necesarios, pero que, no obstante, habida cuenta de la cuantía de dichos recursos, podrá recurrir a una prestación asistencial especial para hacer frente a gastos de subsistencia excepcionales y determinados de forma individual? En el presente asunto, el TJUE declara que la expresión «recorrir al sistema de asistencia social» debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar que deniegue la reagrupación familiar al demostrar por el reagrupante procedente de tercer país que dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia.

Aparte de los requisitos estrictamente económicos, una de las principales preocupaciones de los Estados miembros en relación a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE descansa en la cuestión de los matrimonios de conveniencia escondidos tras los supuestos de reagrupación familiar. A este respecto cabe destacar el asunto *Noorzia y Bundesministerin für Inneres*⁵⁸⁰. En este asunto, el TJUE declara que para los nacionales de terceros países, la reagrupación familiar de los cónyuges puede estar sujeta al requisito de que los dos esposos hayan alcanzado la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud para poder ser considerados miembros de familia con derecho a la reagrupación familiar.

Siguiendo con los requisitos exigibles a los miembros de familia en virtud de la Directiva 2003/86/CE, la gran parte de la doctrina critica el carácter obligatorio de los exámenes de idiomas y de integración por parte de los miembros de familia, nacionales de terceros países, cuando se desplazan a un determinado Estado miembro por motivos de reagrupación familiar. El aprendizaje de la lengua del país como el examen de

1.322,73 euros netos al mes, incluida la paga de vacaciones, es decir, un importe inferior al estándar de ingresos aplicable para la constitución de una familia, a saber, 1.441,44 euros.

⁵⁸⁰ Sentencia del TJUE, asunto C-338/13, *Marjan Noorzia y Bundesministerin für Inneres*, de 17 de julio de 2014. En Austria, los cónyuges y las parejas registradas deben haber cumplido la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud para poder ser considerados miembros de familia con derecho a la reagrupación familiar. El *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo, Austria) solicita al Tribunal de Justicia que dilucide si la Directiva se opone a una norma de este tipo. En este asunto, la solicitud presentada por una nacional afgana para conseguir la reagrupación familiar con su esposo afgano residente en Austria había sido denegada porque este último aún no había cumplido la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud, aunque ya había cumplido esa edad cuando se denegó la solicitud.

integración, es un ejemplo de requisito añadido a los «estrictamente económicos», que exigen varios Estados miembros en los supuestos de reagrupación familiar en virtud de la Directiva 2003/86/CE. A este respecto, ¿puede interpretarse la expresión «medidas de integración» en el sentido de que las autoridades competentes de los Estados miembros pueden exigir que el miembro de la familia de un reagrupante acredite poseer conocimientos de la lengua oficial de ese Estado miembro en un nivel que corresponda al nivel A1 del Marco Europeo de Referencia para las Lenguas y conocimientos básicos de la sociedad de dicho Estado miembro, como requisito para autorizar la entrada y la residencia de ese miembro de la familia?⁵⁸¹.

Por todo lo previsto anteriormente, se observa que todos los requisitos añadidos por los Estados miembros aparte de los previstos en la Directiva 2003/86/CE, son muy estrictos y desproporcionados con el espíritu de la legislación europea⁵⁸².

⁵⁸¹ A este respecto una reciente sentencia del TJUE, asunto C-153/14, *K y A*, de 9 de julio de 2015, hace constar que los Estados miembros pueden requerir, como requisito para autorizar la entrada y la residencia de nacionales de terceros países con el fin de lograr su reagrupación familiar aplicando la Directiva 2003/86/CE, que esos nacionales superen un examen de integración cívica que, como el controvertido en los asuntos principales, incluya la evaluación de conocimientos elementales tanto de la lengua como de la sociedad del Estado miembro de que se trate y comporte el pago de distintas tasas, si es que los requisitos de la aplicación de dicha obligación no hacen que el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar resulte imposible o excesivamente difícil. En circunstancias como las de los asuntos principales, al no permitir que se tengan en cuenta circunstancias específicas que objetivamente obstan a que los interesados puedan superar dicho examen y al fijar el importe de las tasas del mismo a un nivel demasiado elevado, los requisitos de aplicación mencionados hacen que el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar resulte imposible o excesivamente difícil. Esta sentencia dicta fallos a dos casos diferentes. En el asunto *K*, se trata de una nacional azerbaiyana que solicitó el 22 de febrero de 2011, en la embajada del Reino de los Países Bajos en Ankara (Turquía), un visado de larga duración, por reagrupación familiar, para residir en los Países Bajos con su cónyuge, que ya era residente de dicho Estado miembro. A tal efecto, presentó un certificado médico, alegando que, por los problemas de salud justificados mediante dicho certificado, no estaba en condiciones de presentarse fuera del territorio del Reino de los Países Bajos al examen de integración cívica. Sin embargo, el Ministro denegó la solicitud de visado de larga duración de *K* manteniendo que los problemas de salud de ésta no la exoneraban de la obligación de superar el examen de integración cívica. En otro caso, *A* es una nacional nigeriana que solicitó el 18 de junio de 2008, en la representación del Reino de los Países Bajos en Abuja (Nigeria), un visado de larga duración, por reagrupación familiar, para residir en los Países Bajos con su cónyuge, que ya era residente de dicho Estado miembro. A tal efecto, presentó los documentos médicos que acreditaban que tiene problemas psíquicos que requieren medicación. El Ministro denegó la solicitud de visado de larga duración de *A*, basando su opinión en que los problemas psíquicos de la solicitante no la exoneraban del requisito de la integración cívica.

⁵⁸² Vid. más, sobre los exámenes de integración como requisitos previos en esta materia, en VAN OERS, R. *et alii*, “Mapping the Redefinition of Belonging in Europe”, en VAN OERS, R., ERSBØLL, E., y KOSTAKOPOULOU, D. (Eds.), *A Redefinition of Belonging? Language and Integration Tests in Europe*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, p. 307. PASCOUAY, Y., “Integration Measures in France: An Evolving Process between Integration and Migration Issues”, en el mismo libro mencionado, pp. 161–163.

3.4.1.3 Los nacionales de terceros países que migran por motivos económicos

Conviene comenzar recordando que el origen de la libre circulación en la UE descansa en la movilidad de los actores económicamente activos o los trabajadores dentro de la Unión. Tal y como se ha visto previamente, el trabajador, ciudadano de la Unión, ya no es el único trabajador que ejerce las actividades económicas en la UE. El amplio ámbito personal de la inmigración económica engloba a diferentes categorías de los nacionales de terceros países. Los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por algún motivo económico forman parte de la «categoría clave» de personas legalmente establecidas en el territorio europeo.

Cabe destacar, asimismo que, aunque el trabajo representa a uno de los principales motivos de desplazamiento a otro país, la movilidad por motivos económicos no responde «estricta y solamente» a las necesidades del mercado laboral europeo. Sin embargo, el empleo y/o las actividades económicas no son los únicos motivos a tener en cuenta para que los nacionales de terceros países establezcan algún Estado miembro de la UE como su destino laboral y/o personal. La principal motivación del nacional de tercer país en estudiar o investigar en algún Estado miembro de la UE, contando con la posibilidad de trabajar, una vez terminados los estudios, justifica la inclusión de estos nacionales de terceros países dentro del carácter ambiguo e impreciso del concepto de la inmigración económica. No obstante, a día de hoy, y a pesar de varios intentos por parte de legislador europeo, la admisión de los nacionales de terceros países por motivos económicos sigue siendo una competencia de los Estados miembros de la UE. En esta misma línea, es muy interesante destacar que el número de los nacionales de terceros países que migran a la UE por motivos laborales supera de manera muy considerable al número de los ciudadanos de la Unión en calidad de los trabajadores⁵⁸³.

En la actualidad, con la finalidad de convertir el mercado de la UE en más atractivo para los nacionales de terceros países, el legislador europeo ha adoptado varias

⁵⁸³ O'LEARY, S., "*Free movement of persons...*", *op. cit.*, p. 502. En este sentido, el autor considera que la eliminación de los obstáculos a la libre circulación en la UE no fue suficiente para compensar la falta de incentivos a la migración, la incertidumbre y la falta de información sobre el nivel de ingresos en el Estado miembro de acogida, los problemas de asimilación, las dificultades culturales, sociales y lingüísticas, y el coste, la educación y la (in)seguridad en el empleo. Así los miedos recurrentes sobre tal afluencia masiva de trabajadores tras la ampliación llevaron a la mayoría de Estados miembros a hacer uso de la posibilidad de imponer más restricciones que facilidades en el disfrute de la libre circulación y residencia. A pesar de los miedos, los inmigrantes procedentes de terceros países superó el número a los ciudadanos de la Unión.

directivas que regulan la admisión de los trabajadores procedentes de terceros países en diferentes sectores del mercado laboral. Son muchas las personas que critican dicha clasificación de nacionales de terceros países basada en las cualificaciones y perfiles laborales de las personas. Sin embargo, son cada vez más las directivas que regulan diferentes ámbitos y sectores de la economía europea. Como se verá a continuación, los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos laborales constituyen una «categoría estratégica» de personas en relación al futuro de la UE en general, y en relación al buen funcionamiento del mercado interior europeo, en particular.

La Europa en declive demográfico necesita buscar varias soluciones para seguir siendo un actor económico importante, y es sobre todo a través de la regulación de la movilidad de los actores económicos procedentes de terceros países, como la UE intenta responder frente a los retos europeos, ya sean demográficos o económicos. Europa compite con otras economías para atraer trabajadores con las competencias que necesita. La evolución de las competencias requeridas por la UE entre 2012 y 2025 debería traducirse en un fuerte aumento (23 %) de la proporción de puestos de trabajo que requieren mano de obra con estudios superiores⁵⁸⁴. Por todos estos motivos, y viendo la importancia de las previsiones jurídicas en materia de libre circulación de los trabajadores procedentes de terceros países, en este apartado se ofrece solamente la definición jurídica de los actores económicos según la regulación prevista en el Derecho de la UE. A continuación, en la tercera parte del presente trabajo se estudian los aspectos concretos y prácticos de la movilidad de los nacionales de terceros países que se desplazan por motivos económicos a la UE.

En este mismo orden de ideas, la primera categoría de nacionales de terceros países que migran por motivos laborales son los «trabajadores». El Derecho derivado de la UE prevé diversos instrumentos jurídicos para los nacionales de terceros países que desean entrar a la UE con fines de trabajar, instrumentos que veremos a continuación.

En primer lugar, tenemos a los trabajadores altamente cualificados o también llamados titulares de la «tarjeta azul UE»⁵⁸⁵. La Directiva 2009/50/CE tiene como

⁵⁸⁴ DESCY, P., “*Projected labour market imbalances in Europe: Policy challenges in meeting the Europe 2020 employment targets*”, en OCDE/Unión Europea, *Matching Economic Migration with Labour Market Needs*, OCDE, 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216501-12-en>). El autor subraya que ya se han observado carencias en sectores clave como las ciencias, la tecnología, la ingeniería y la asistencia sanitaria.

⁵⁸⁵ Directiva 2009/50/CE de 25 de mayo de 2009 (en adelante Directiva 2009/50/CE) relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente

objetivo principal atraer al mercado europeo a los «*brain drain*» procedentes de terceros países⁵⁸⁶. Los titulares de la «tarjeta azul UE» son los nacionales de terceros países que solicitan la admisión en el territorio de un Estado miembro para fines de empleo altamente cualificado⁵⁸⁷, otorgándoles la «tarjeta azul UE», la autorización para residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro, una vez cumplidas todas condiciones previstas para su concesión⁵⁸⁸. A pesar del mucho entusiasmo del legislador europeo en atraer el talento de los terceros países a través del presente instrumento jurídico, la Directiva 2009/50/CE no ha cumplido con altas expectativas del legislador europeo. No obstante, la UE, al estar en la actualidad muy preocupada por el futuro de su mercado laboral, ha adoptado recientemente una propuesta de nueva Directiva para regular la concesión de la tarjeta azul UE para los nacionales de terceros países altamente cualificados⁵⁸⁹ (en adelante «la propuesta»). La propuesta amplía una vez más el ámbito personal incluyendo también a los beneficiarios de protección internacional como potenciales beneficiarios de la tarjeta azul UE. Con el fin de fomentar la inclusión social de los beneficiarios de protección internacional y mejorar sus oportunidades en el mercado de trabajo en toda la Unión, aquellos solicitantes de protección internacional que estén altamente capacitados deben estar facultados para solicitar la tarjeta azul UE.

cualificado. La Directiva entró en vigor el 19 de junio de 2009 con plazo de transposición en los Estados miembros el 19 de junio de 2011 (DO L 155, 18.6.2009).

⁵⁸⁶ La Comisión quiere mejorar el régimen vigente de tarjeta azul UE, cuyo objetivo es dar facilidades para que trabajen en la UE personas con altas cualificaciones, pero que actualmente apenas se utiliza. Con la consulta pública se invitó a las partes interesadas (migrantes, empleadores, organismos públicos, sindicatos, ONG, agencias de empleo, etc.) a compartir sus opiniones sobre la tarjeta azul, las cuales terminaron en la propuesta de nueva Directiva de tarjeta azul UE, tal y como se verá más adelante. *Vid. La Comisión Europea avanza en la Agenda de Migración*, Bruselas, 27 mayo 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5039_es.htm.

⁵⁸⁷ A los efectos de la Directiva 2009/50/CE se entiende por empleo altamente cualificado el empleo de una persona que, en el Estado miembro de que se trate, está protegida como empleado en virtud del Derecho laboral nacional y/o de acuerdo con los usos nacionales, independientemente de su relación jurídica, a efectos del desempeño de un trabajo real y efectivo para otra persona o bajo la dirección de otra persona, recibe una remuneración, y tiene competencia adecuada y específica requerida, demostrada por una cualificación profesional superior. La cualificación profesional superior se refiere a la cualificación avalada por cualificaciones de enseñanza superior o, con carácter excepcional y si así lo establece el Derecho nacional, por un mínimo de cinco años de experiencia profesional de nivel comparable a las cualificaciones de enseñanza superior y que es pertinente en la profesión o el sector especificado en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo. *Vid.* artículo 2 (b) y (g) de la Directiva 2009/50/CE.

⁵⁸⁸ Artículos 3.1, 3.2 (c) y 3.5 de la Directiva 2009/50/CE.

⁵⁸⁹ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación*, COM (2016) 378 final, Estrasburgo, 7.6.2016, 2016/0176 (COD).

En la tercera parte de este trabajo se observará con más detalle la regulación jurídica de estos nuevos potenciales titulares de la tarjeta azul UE.

En esta misma línea, la propuesta prevé, entre otras, una definición de «empleo de alta capacitación», sustituyendo a la expresión de «empleo altamente cualificado» de la Directiva actual. Este nuevo concepto de empleo se refiere a una actividad laboral remunerada por cuenta ajena, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales de una persona que tenga la competencia necesaria, demostrada por una «cualificación profesional superior». Esta competencia necesaria puede acreditarse mediante «cualificaciones de enseñanza superior» (la finalización con éxito de la enseñanza superior postsecundaria o un programa de educación terciaria equivalente), o mediante «competencias profesionales superiores» (una competencia acreditada por un mínimo de tres años de experiencia profesional de un nivel comparable a las cualificaciones de enseñanza superior y pertinente para la profesión o las tareas que deban realizarse). La presente novedad introducida en la propuesta amplía una vez más el ámbito personal de los trabajadores altamente cualificados.

La segunda categoría de «trabajadores» es la representada por los trabajadores temporeros⁵⁹⁰. El permiso de trabajador temporero concede a sus titulares la entrada y la estancia para fines de empleo temporal en algún Estado miembro de la UE⁵⁹¹. A los efectos de la Directiva 2014/36/UE se entiende por «trabajador temporero» el nacional de un tercer país que conserve su residencia principal en un tercer país, pero permanezca temporalmente de manera legal en el territorio de un Estado miembro para realizar una actividad sujeta al ritmo estacional, al amparo de uno o más contratos de trabajo de duración determinada celebrados directamente entre ese nacional de un tercer país y el empresario establecido en dicho Estado miembro⁵⁹².

Como consecuencia de la globalización de los negocios, de la expansión del comercio y del crecimiento de grupos multinacionales, estos últimos años han cobrado impulso los movimientos de los directivos, de los especialistas, de los trabajadores en formación de sucursales y filiales de multinacionales destinados temporalmente en misiones de corta duración a otras unidades de la compañía. Por lo tanto, otra categoría estratégica de los trabajadores procedentes de los terceros países son las personas

⁵⁹⁰ Directiva 2014/36/UE de 26 de febrero de 2014 (en adelante Directiva 2014/36/UE) sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros. La Directiva entró en vigor el 29 de marzo de 2014 con plazo de transposición en los Estados miembros, el 30 de septiembre de 2016 (DO L 94/375, 28.3.2014).

⁵⁹¹ Artículo 1 de la Directiva 2014/36/UE.

⁵⁹² Artículo 3 (b) de la Directiva 2014/36/UE.

desplazadas en un marco intraempresarial, los directivos, los especialistas y los trabajadores en formación⁵⁹³. Por motivos empresariales y a efectos de la Directiva 2014/66/UE se entiende por «traslado intraempresarial» el desplazamiento temporal con fines de empleo o de formación de un nacional de un tercer país que, en el momento de la solicitud de un permiso de traslado intraempresarial, resida fuera del territorio del Estado miembro, desde una empresa establecida fuera del territorio de un Estado miembro y a la cual está vinculado por un contrato de trabajo, antes y durante el traslado, hacia una entidad perteneciente a la empresa o al mismo grupo de empresas establecidos en dicho Estado miembro y, en su caso, la movilidad entre entidades receptoras establecidas en uno o varios segundos Estados miembros⁵⁹⁴.

Otro instrumento jurídico que regula el desplazamiento de los nacionales de terceros países por motivos laborales es la Directiva 2011/98/UE⁵⁹⁵. Esta Directiva regula las condiciones de entrada y de estancia para los nacionales de terceros países que quieren residir y trabajar, o que al ser residentes quieren formar parte del mercado

⁵⁹³ Directiva 2014/66/UE de 15 de mayo de 2014 (en adelante Directiva 2014/66/UE) relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales. La Directiva entró en vigor el 28 de mayo de 2014, con plazo de transposición en los Estados miembros el 29 de noviembre de 2016 (DO L 157/I, 27.5.2014). A los efectos de la presente Directiva se entiende por «persona desplazada en un marco intraempresarial», cualquier nacional de un tercer país que resida fuera del territorio del Estado miembro, en el momento de la solicitud de permiso por traslado intraempresarial, y sea objeto de un traslado intraempresarial. «Directivo» es la persona que ostente un puesto directivo, cuya función principal consista en la gestión de la entidad receptora y esté sujeta principalmente a la supervisión u orientación del consejo de administración o de los accionistas, o su equivalente. Dicha función consistirá en dirigir la entidad receptora o un departamento o subdivisión de la misma; supervisar y controlar el trabajo de los demás supervisores, profesionales o gestores, estar facultado para recomendar la contratación o el despido u otras actuaciones relacionadas con el personal. El «especialista» es cualquier persona que trabaje dentro de un grupo de empresas y posea conocimientos especializados esenciales para los ámbitos de actividad, las técnicas o la gestión de la entidad receptora. Para valorar estos conocimientos, se tendrán en cuenta no solo los conocimientos propios de la entidad receptora, sino también el nivel de las competencias de la persona, especialmente la experiencia profesional adecuada para un tipo de trabajo o actividad que requiera conocimientos técnicos específicos incluidos su posible pertenencia a una profesión acreditada. Por último, el «trabajador en formación» es una persona que posea una titulación universitaria y sea desplazada a una entidad receptora a efectos del desarrollo de su carrera o a fin de obtener una formación en técnicas o métodos relacionados con la actividad de la empresa y reciba remuneración durante el desplazamiento.

⁵⁹⁴ Artículo 3 (b) de la Directiva 2014/66/UE.

⁵⁹⁵ Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011 (en adelante Directiva 2011/98/UE) por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. La Directiva entró en vigor el 24 de diciembre de 2009, con plazo de transposición en los Estados miembros: el 25 de diciembre de 2013 (DO L 343/I, 23.12.2011).

laboral en un Estado miembro de la UE. Por lo tanto, el permiso de residencia expedido en virtud de esta Directiva autoriza al nacional de tercer país a residir legalmente en un territorio de un Estado miembro con el fin de trabajar. A efectos de la presente regulación se entiende por el «trabajador de un tercer país» todo nacional de un tercer país que ha sido admitido en el territorio de un Estado miembro, que reside legalmente en él y que está autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en ese Estado miembro de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales⁵⁹⁶.

Aparte de la regulación específica en materia de inmigración por motivos laborales y, teniendo en cuenta la economía y el buen funcionamiento del mercado en toda la UE, los «cerebros» procedentes de terceros países se convierten en una categoría de personas clave para el futuro de la UE. En concreto, los estudiantes y los investigadores son cada vez más solicitados. Por ello, el legislador europeo además de buscar las vías legales para atraer el talento, prevé en varios instrumentos jurídicos las medidas para retener dicho talento en el territorio europeo. Estos colectivos desempeñan un importante papel en la configuración del activo clave de la Unión, a saber, el capital humano, garantizando un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, contribuyendo de ese modo a la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, tal y como se verá a continuación. Se estima que los nacionales de terceros países que migran por motivos de estudios y/o de la investigación a la UE, por lo general pertenecerían a la categoría de los nacionales de terceros países «económicamente inactivos», al no generar beneficios para la economía europea. Sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva Directiva 2016/801/UE, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*⁵⁹⁷, se puede cuestionar la (*in*)actividad económica de los nacionales de terceros países.

⁵⁹⁶ Artículos 2 (b) y (c) de la Directiva 2011/98/UE.

⁵⁹⁷ Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, (en adelante Directiva 2016/801) relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (DO L132/21, 21.5.2016). La Directiva refunde y modifica las Directiva 2005/71/CE de 12 de octubre de 2005 (en adelante Directiva 2005/71/CE), relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DO L 289, 3.11.2005), y la Directiva 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 (en adelante Directiva 2004/114/CE) relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO L 375, 23.12.2004). La Directiva 2016/801/UE se adoptó en base a la *Propuesta de Directiva relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, intercambio de alumnos, prácticas remuneradas y no remuneradas, servicios de voluntariado y*

En tal orden de ideas, aunque el objetivo de la Directiva 2016/801/UE no es regular la admisión y residencia de nacionales de terceros países a efectos de empleo, todas las categorías de los nacionales de terceros países a los que se aplica dicha Directiva, una vez establecidos en el territorio de la UE pueden acceder al mercado laboral de acuerdo con lo previsto en el Derecho y en la práctica nacionales⁵⁹⁸. Por lo tanto, aunque la presente Directiva 2016/801/UE no prevé como su objetivo principal la regulación jurídica de las relaciones laborales a sus titulares, tampoco queda descartada tal posibilidad. Para permitir a los estudiantes cubrir parte del coste de sus estudios y, siempre que sea posible, para adquirir experiencia práctica, debe serles concedido el acceso, durante el tiempo que duren sus estudios, al mercado laboral del Estado miembro en el que cursen estudios. Por ello, la Directiva prevé en su articulado permitir a los estudiantes trabajar una determinada cantidad mínima de horas. Es más, el acceso de los estudiantes al mercado laboral debe ser la norma general. No obstante, y en circunstancias excepcionales, los Estados miembros pueden tener en cuenta la situación de sus mercados de trabajo⁵⁹⁹. A este respecto, la nueva Directiva regula igualmente la búsqueda de empleo como también la posibilidad de crear una empresa por los estudiantes y por los investigadores. A mi juicio, la posibilidad de acceder al mercado laboral durante o una vez terminados los estudios para los estudiantes, y lo mismo para los investigadores es fundamental para motivar a estos nacionales con talento a establecer algún Estado miembro de la UE como su destino profesional y/o personal.

A efectos de la Directiva 2016/801/UE se entiende por «investigador», un nacional de un tercer país, titular de un doctorado o de una cualificación de educación superior adecuada que le permita acceder a programas de doctorado, seleccionado por un organismo de investigación y admitido en el territorio de un Estado miembro para llevar a cabo un proyecto de investigación para el que normalmente se requiere dicha cualificación. El «estudiante» es un nacional de un tercer país que ha sido aceptado por una institución de enseñanza superior y es admitido en el territorio de un Estado miembro para seguir, como actividad principal, un programa de estudios a tiempo completo que conduzca a la obtención de un título de educación superior reconocido en dicho Estado miembro (entre otros, diploma, certificado o doctorado en una institución de enseñanza superior), lo que puede incluir un curso preparatorio a dicha educación

colocación au pair, COM (2013) 151 final. A este respecto, véase también, *Commission welcomes agreement on new entrance and residency rules for third-country national students and researchers*, Brussels, 4 December 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6256_en.htm.

⁵⁹⁸ Considerando 37 de la Directiva 2016/801/UE.

⁵⁹⁹ Considerando 52 de la Directiva 2016/801/UE.

superior, con arreglo al Derecho nacional o a unas prácticas de formación obligatorias. El «alumno» es un nacional de un tercer país que es admitido en el territorio de un Estado miembro para cursar un programa de educación secundaria estatal o regional reconocido, equivalente al nivel 2 o 3 de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación, en el marco de un programa de intercambio de alumnos o proyecto educativo gestionado por un centro de enseñanza de conformidad con el Derecho nacional o la práctica administrativa nacional⁶⁰⁰. En comparación con la actual Directiva 2004/114/CE en vigor, en la nueva Directiva desaparece la expresión de «aprendiz no remunerado».

Siguiendo este orden de ideas, es importante destacar que el propio título de la nueva Directiva 2016/801/UE amplía el ámbito personal a dos nuevas categorías de nacionales de terceros países que claramente requieren ser llamados «económicamente activos» desde el primer momento de su entrada al territorio europeo, los *au-pair* y las personas en prácticas remuneradas y no remuneradas. Por ello, el objetivo de la nueva Directiva es mejorar el marco jurídico aplicable a las categorías de nacionales de terceros países cubiertos por las dos anteriores directivas (aún en vigor) por un lado, así como ampliar el ámbito de aplicación a dos nuevos estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países, personas en prácticas y los *au pairs*. La «persona en prácticas» es un nacional de un tercer país que posee un título de educación superior o que cursa estudios en un tercer país que conducen a la obtención de un título de educación superior y que es admitido en el territorio de un Estado miembro para participar en un programa de prácticas con el fin de mejorar sus conocimientos, su práctica y su experiencia en un entorno profesional. El «voluntario» es un nacional de un tercer país que es admitido en el territorio de un Estado miembro a fin de participar en un programa de voluntariado; y *au pair* se refiere a un nacional de un tercer país que es admitido en el territorio de un Estado miembro para ser acogido temporalmente por una familia a fin de mejorar sus competencias lingüísticas y su conocimiento del Estado miembro en cuestión, a cambio de tareas domésticas ligeras y el cuidado de niños⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Artículos 3.2, 3.3 y 3.4 de la Directiva 2016/801/UE. En comparación con la definición del investigador en la Directiva 2005/71/CE, la presente Directiva añade a la definición como investigador también al titular de un doctorado. En la definición de estudiante, la nueva Directiva añade la posibilidad de realizar unas prácticas de formación obligatoria.

⁶⁰¹ Artículos 3.5, 3.6 y 3.8 de la Directiva 2016/801/UE. La definición de la persona en prácticas engloba también a la actual definición del «aprendiz no remunerado» en la Directiva 2004/114/CE y amplía el ámbito también a los nacionales de terceros países en prácticas remuneradas. Por programa de voluntariado se entiende un programa de actividades solidarias prácticas, que se inscribe en el marco de un programa reconocido como tal por el Estado miembro afectado, que persiga objetivos de interés general para una causa sin ánimo de lucro, en el que las actividades no son remuneradas, excepto en

Como se verá a continuación, la Directiva 2016/801/UE prevé las condiciones más favorables relativas al acceso al mercado laboral para todas las categorías de los nacionales de terceros países, ámbito personal de la misma. Por lo tanto, el acceso al mercado laboral está presente en esta Directiva como uno de los objetivos clave para el futuro de la economía europea.

Por todo lo visto anteriormente, y teniendo en cuenta el amplio ámbito personal de la nueva Directiva 2016/801/UE, que va extendiéndose sobre todo a los perfiles «laborales» procedentes de terceros países, queda más que justificada la inclusión de la presente Directiva dentro de los instrumentos jurídicos que establecen medidas para relacionar el desplazamiento de las personas con el mercado laboral europeo. Además, son, sobre todo, las buenas previsiones del acceso al mercado laboral de los titulares de la Directiva 2016/801/UE las que pretenden acentuar la decisión de un nacional de tercer país para establecerse en un determinado territorio de un Estado miembro de la UE.

3.4.2 La residencia de larga duración

3.4.2.1 El estatuto jurídico del residente de larga duración

Una vez visto el régimen jurídico de la estancia temporal, es más que preciso tener presente muy brevemente también el estudio de la potencial residencia de larga duración prevista en el Derecho de la UE para los nacionales de terceros países. Ser residente de larga duración significa para muchos nacionales de terceros países contar con más derechos y con el estatuto jurídico «casi igual» al de los ciudadanos de la Unión. La primera condición para ser titular de la residencia de larga duración es la residencia temporal de nacional de tercer país en algún Estado miembro de la UE. Por ello, el residente de larga duración es el nacional del tercer país que ha residido legalmente en el territorio de un Estado miembro durante 5 años ininterrumpidamente⁶⁰². De hecho, la

forma de reembolso de gastos o dinero de bolsillo o ambos. En este supuesto la Directiva 2016/801/UE cambia la denominación de «régimen de servicios de voluntariado» por la de «programa de voluntariado», añadiendo que en dicho programa se persigue una causa sin ánimo de lucro, en el que las actividades no son remuneradas.

⁶⁰² Artículo 2 (b) y artículo 3.1 de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. La Directiva entró en vigor el 23 de enero de 2004 con plazo de transposición en los Estados miembros, el 23 de enero de 2006 (DO L 16, 23.1.2004).

mayoría de los nacionales de terceros países, una vez cumplidos todos los requisitos para ser residente de larga duración, optan por tal residencia, ya que normalmente cuentan con algún tipo de arraigo ya sea profesional o familiar en un determinado Estado miembro de la UE.

La Directiva 2003/109/CE regula las condiciones de concesión del estatuto de residente de larga duración, los derechos correspondientes a tal estatuto, como también las condiciones de residencia en los Estados miembros distintos del que les haya concedido tal estatuto⁶⁰³. Es muy importante tener presente el análisis jurídico de los residentes de larga duración debido a que este estatuto jurídico prevé «equiparar» el trato y la vida de muchos nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE con los ciudadanos de la Unión, según lo establecido en el considerando de la Directiva 2003/109/CE. La idea prevista en el programa de Tampere era otorgar a los residentes de larga duración el mismo trato que a los ciudadanos de la Unión⁶⁰⁴. Sin embargo, a día de hoy la asimilación de ambos estatutos jurídicos se plantea solamente en el ámbito teórico⁶⁰⁵. Se entiende que si un nacional de tercer país reside legalmente en un Estado miembro, y cuenta con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión⁶⁰⁶. No obstante, esta previsión jurídica deja mucho que desear en la práctica. A este respecto, son varios los autores que opinan que debido al gran número de nacionales de terceros países en la UE en calidad de residentes de larga duración, la política de inmigración europea debería otorgarles más

⁶⁰³ Artículo 1 de la Directiva 2003/109/CE. Varios autores han estudiado en profundidad y detalle el análisis de las disposiciones de la Directiva, como también muchos de sus aspectos. Véase, entre otros: GUEVREMONT, S., *Vers un Traitement Équitable des Étrangers Extracommunautaires en Séjour Régulier. Examen des Directives sur le Regroupement Familial et sur les Résidents de Longue Durée*, Wöhrmann Print Service, Zutphen, 2009; GROENENDIJK, K., “The Long-Term Residents Directive, Denizenship and Integration”, en BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H. (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing: Oxford, 2007, pp. 429–450; HANDOLL, J., “The Status of Third-Country Nationals Residing on a Long-term Basis”, en DE BRUYCKER, P. (Ed.), *The Emergence of a European Immigration Policy*, Bruylant: Brussels, 2003, pp. 269–362.

⁶⁰⁴ Considerando 16 de la Directiva 2003/109/CE.

⁶⁰⁵ Entre otros, veáanse, STAPLES, H., *The Legal Status of Third-country Nationals Resident in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague, 1999. GROENENDIJK, K., “Security of Residence and Access to Free Movement for Settled Third Country Nationals under Community law”, en GUILD, E. y HARLOW, C. (Eds.), *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2001, p. 234. CARRERA, S., “Integration’ as a Process of Inclusion for Migrants? The Case of Long-Term Residents in the EU”, Centre for European Policy Studies, *CEPS Working Document*, n° 219, 2005.

⁶⁰⁶ Considerando 2 de la Directiva 2003/109/CE.

derechos. De este modo, para algunos, la Directiva 2003/109/CE debería convertirse en una forma subsidiaria de la ciudadanía europea⁶⁰⁷. A continuación se demostrará si, al menos en relación al derecho de libre circulación, se garantiza al residente de larga duración el mismo trato que el previsto para los ciudadanos de la Unión en el ejercicio de la libre circulación.

Es de destacar que conjuntamente con la adquisición de la nacionalidad de algún Estado miembro de la UE, los nacionales de terceros países obtienen el estatuto jurídico de ciudadanos de la Unión. Los datos en la siguiente tabla demuestran que el interés de los nacionales de terceros países por el estatuto jurídico de residente de larga duración es muy alto.

Tabla nº 6: Los nacionales de terceros países con permiso de residencia de larga duración según la Directiva 2003/109/CE (2008-2015)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
UE	1,208,557	1,526,938	1,303, 769	1,855,372	2,601,685	2,766,201	2,878,147	2,855,790
(28 Estados miembros)⁶⁰⁸								
ESPAÑA	8,315	19,986	28,414	39,809	52,968	61,479	66,443	70,661
FRANCIA ⁶⁰⁹	191	1905	:	0	0	0	0	0

Fuente: Asylum and managed migration” and “Demography and migration”, Eurostat , Datos extraídos a 4 de enero de 2017 , <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

A pesar del elevado número de permisos de residencia de larga duración en la UE, es de destacar que, además de la concesión de los permisos en virtud de lo establecido en la Directiva 2003/109/CE, los Estados miembros conservan igualmente sus propias

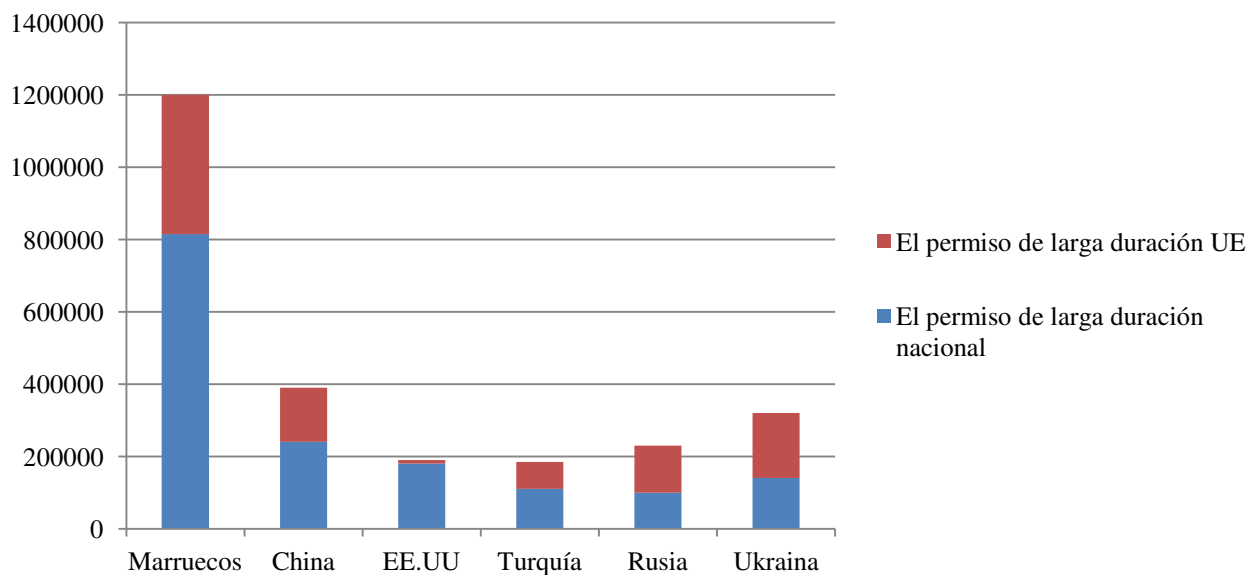
⁶⁰⁷ Vid. ACOSTA ARCARAZO, D., “The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship, An Analysis of Directive 2003/109”, en GUILD, E. y NAPLEY, K., *Immigration and asylum law and policy in Europe*, Radboud University Nijmegen, London, Leiden, Brussels, 2011.

⁶⁰⁸ En comparación con los datos de los permisos de larga duración según lo previsto en las legislaciones nacionales, en la UE-28 se expidieron en 2015, 4.859.285 permisos de larga duración expedidos de acuerdo con la legislación nacional, casi el doble de los expedidos en virtud de la legislación de la UE.

⁶⁰⁹ Los datos previstos para Francia son muy curiosos, ya que a cambio de los permisos de larga duración expedidos en virtud de la legislación europea, se expidieron en 2015, 40.040 permisos en virtud de la legislación nacional.

reglas nacionales a la hora de conceder a un nacional de tercer país el estatuto de residente de larga duración. En la siguiente figura se observa, aparte de las nacionalidades de los titulares de los permisos de larga duración, la comparación entre la concesión de tal estatuto en virtud de la regulación europea y en virtud de la regulación nacional.

Figura nº 7: Los titulares de un permiso de larga duración en 2013 (nacionalidades seleccionadas)



Fuente: Residence permit data collection (Eurostat), figures refer to all long-term resident permits valid on December 31st, 2013.

De los datos de la figura se desprende la existencia de un desequilibrio en la expedición de la tarjeta de residente de larga duración para determinadas nacionalidades. Estos datos revelan una cierta desconfianza por parte de los Estados miembros en el régimen jurídico de la residencia de larga duración previsto en la UE, dando preferencia a sus propios regímenes nacionales en relación a la concesión de dicha residencia de larga duración. Por lo general, los nacionales de terceros países se decantan más por el régimen que esté sujeto a menos trabas administrativas y que les ofrezca más garantías y derechos.

Tal y como se ha visto anteriormente, para ser residente de larga duración, el criterio principal es la duración legal e interrumpida en el territorio de un Estado miembro durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de tal

solicitud⁶¹⁰. Los miembros de familia de un residente de larga duración no pueden ser eximidos de ese requisito, según la decisión del TJUE en el asunto *Shamim Tahir y Ministero di Verona*⁶¹¹. En este asunto, el TJUE declara que nada en el tenor de la Directiva 2003/109/CE permite suponer que un miembro de familia de un residente de larga duración pueda quedar exento del requisito de la residencia legal e ininterrumpida de cinco años para poder acceder al estatuto de residente de larga duración previsto en la Directiva 2003/109/CE. Por lo tanto, las mismas previsiones se aplican también a los miembros de familia del residente de larga duración con independencia de su nacionalidad. Además, la adquisición del estatuto de residente de larga duración debe acreditarse por un permiso de residencia de larga duración permanente⁶¹².

Cabe destacar que el contenido de la Directiva 2003/109/CE no se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular, ni a los nacionales de terceros países que se encuentran en el territorio de algún Estado miembro de la UE temporalmente⁶¹³. Es más, de acuerdo con lo previsto en la reforma de la citada Directiva 2003/109/CE, el ámbito personal se extiende también a los nacionales de terceros países que hayan sido autorizados a residir en un Estado miembro en virtud de una forma de protección internacional⁶¹⁴. Cuando un Estado miembro expida un permiso de residencia de residente de larga duración UE a un nacional de un tercer país al que ha concedido

⁶¹⁰ Considerando 6 de la Directiva 2003/109/CE y artículo 4.1 de la Directiva 2003/109/CE.

⁶¹¹ Sentencia del TJUE al asunto C-469/13, *Shamim Tahir y Ministero di Verona*, de 17 de julio de 2014. El 28 de febrero de 2012, la Sra. Tahir, nacional paquistaní, presentó ante la Questura di Verona (Jefatura de Policía de Verona, Italia) una solicitud para que se le expidiera un permiso de residencia de residente de larga duración — UE, en su condición de cónyuge del Sr. Tahir, también nacional paquistaní, que ya era titular de ese permiso. La solicitud de la Sra. Tahir fue denegada porque ésta no era titular de un permiso de residencia en vigor de al menos cinco años de antigüedad, ya que la Sra. Tahir había llegado a Italia por primera vez el 15 de marzo de 2010, gracias a un visado de entrada por motivos de reagrupación familiar con su cónyuge.

⁶¹² Según lo previsto en los artículos 8.2 y 8.3 de la Directiva 2003/109/CE, el permiso tendrá una validez mínima de cinco años y la renovación será automática a su vencimiento, previa solicitud, en su caso. Dicho permiso se ajusta a las normas y al modelo uniforme del Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. En el epígrafe «Tipo de permiso», los Estados miembros anotarán «Residente de larga duración-UE».

⁶¹³ A este respecto, los nacionales de terceros países en situación irregular se convierten en los potenciales titulares del estatuto de larga duración, si regularizan su situación jurídica en la UE. PEERS, S., “Implementing Equality? The Directive on Long Term Resident Third Country Nationals”, *European Law Review*, vol. 29 (4), 2004, pp. 437–460.

⁶¹⁴ Artículo 3.2 (c) y (d) de la Directiva 2003/109/CE. PEERS, S., “*Extending EU long-term Resident Status to Refugees and Persons with Subsidiary Protection Status*”, Statewatch Analysis, 2010, disponible en: <http://www.statewatch.org/analyses/no-114-ltr.pdf>.

protección internacional, anotará en el epígrafe «Observaciones» de dicho permiso la nota de «protección internacional concedida por [nombre del Estado miembro] con fecha de [fecha]». Esta observación tiene mucha importancia para comprobar si el residente de larga duración sigue cumpliendo las condiciones de ser beneficiario de la protección internacional en el supuesto de renovación de tal permiso concedido o para que un segundo Estado miembro, si se da el caso, pueda conceder el permiso de larga duración.

Otra característica específica de la regulación de la Directiva 2003/109/CE se refiere a los supuestos de residencia con fines de estudio o de formación profesional. En estos supuestos se establece que únicamente podrán contabilizarse al 50% para calcular el período de la residencia para los nacionales de terceros países que se desplazaron por motivos de estudio o de formación profesional a la UE, y quieran obtener el estatuto de residente de larga duración⁶¹⁵. Por lo tanto, los nacionales de terceros países que entran en el territorio de la UE por estos motivos deben probar la doble duración de la residencia para optar por el estatuto de residente de larga duración. Esta situación genera cierta discriminación de estos nacionales de terceros países frente a los que se desplazan a la UE por motivos laborales⁶¹⁶. Sin embargo, tal afirmación requiere varias matizaciones ya que según lo previsto en la Directiva 2016/801/UE, tanto los estudiantes como los investigadores pueden acceder al mercado laboral, con lo cual se convierten en nacionales de terceros países económicamente activos en el territorio europeo.

En esta misma línea, tal y como prevé la mayoría de los instrumentos jurídicos del Derecho de la UE al regular las condiciones de estancia de los nacionales de terceros países en la UE, la obligación de disponer de los recursos fijos y regulares suficientes, es de aplicación también a los potenciales titulares del permiso de residente de larga duración. Con esta finalidad, los Estados miembros evalúan dichos recursos en función de su naturaleza, teniendo en cuenta la cuantía de los salarios y de las pensiones mínimas, entre otros, antes de presentar la solicitud del estatuto de residente de larga duración⁶¹⁷. Por lo tanto, el legislador europeo vuelve a poner en evidencia una vez más la importancia de los recursos económicos en la regulación de la estancia de los nacionales de terceros países en la UE, incluso siendo éstos residentes de larga duración. Es más, los Estados miembros podrán requerir a los nacionales de terceros

⁶¹⁵ Artículo 4.2 de la Directiva 2003/109/CE.

⁶¹⁶ ACOSTA ARCARAZO, D., “The Long-Term Residence...”, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹⁷ Artículo 5.1 de la Directiva 2003/109/CE.

países el cumplimiento de las medidas de integración⁶¹⁸ de conformidad con la legislación nacional. Es sobre todo aquí, en relación a las medidas de integración, donde los Estados miembros establecen varias condiciones «casi imposibles de cumplir» para la gran parte de los nacionales de terceros países. A este respecto, los Estados miembros han implementado las previsiones de la Directiva 2003/109/CE de los residentes de larga duración atendiendo a sus propios intereses frente al intento de armonizar las condiciones al nivel interno en todos los Estados miembros de la UE⁶¹⁹. La obligación de aprobar los tests concretos de integración en los Estados miembros pone en duda la integración de estos residentes en el territorio europeo.

En relación a las medidas de integración requeridas por algunos Estados miembros de la UE para expedir el permiso de residente de larga duración, cabe resaltar que, el TJUE se ha pronunciado, recientemente, sobre la obligación del examen de integración cívica, en concreto en el asunto *P* y *S*⁶²⁰, dando respuesta a la siguiente pregunta: ¿Tienen los Estados miembros la facultad, una vez que han concedido el estatuto de residente de larga duración, de imponer medidas de integración en forma de examen de integración sociocultural cuyo incumplimiento se sanciona mediante un sistema de multas? En este asunto, el TJUE entiende que la Directiva 2003/109/CE no se opone a una normativa nacional, que impone a los nacionales de terceros países que ya se encuentran en posesión del estatuto de residente de larga duración, la obligación de superar un examen de integración sociocultural o cívica, obligación cuyo incumplimiento se sanciona con una multa, siempre y cuando sus modalidades de aplicación no pongan en peligro la consecución de los objetivos perseguidos por la propia Directiva 2003/109/CE, extremo que incumbe verificar a las autoridades nacionales. El hecho de que el estatuto de residente de larga duración se haya obtenido

⁶¹⁸ Véase sobre las medidas de integración, entre otros, CARRERA, S., “‘Integration’ as a Process of Inclusion for Migrants? The Case of Long-Term Residents in the EU”, Centre for European Policy Studies, *CEPS Working Document*, n° 219, 2005.

⁶¹⁹ A tal respecto, véase, entre otros, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “La aplicación Directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros estados que acrediten ser titulares del estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados Miembros de la UE”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, vol. 19, 2008, pp. 81–98.

⁶²⁰ Sentencia del TJUE al asunto C-579/13, *P* y *S*, de 4 de junio de 2015. *P* y *S* son nacionales de terceros países que, desde el 14 de noviembre de 2008 y el 8 de junio de 2007, respectivamente, se encuentran en posesión de permisos de residencia válidos de residente de larga duración, por tiempo indefinido, con fundamento en la Directiva 2003/109/CE. La obligación de integración cívica sobre la que versa el litigio principal, consiste en superar un examen con el fin de acreditar la adquisición de habilidades verbales y escritas en lengua neerlandesa, así como un conocimiento suficiente de la sociedad holandesa.

antes de haberse impuesto la obligación de superar el examen de integración sociocultural o cívica, o en un momento posterior, carece de pertinencia a este respecto.

En tal orden de ideas, la obligación de los tests de integración subraya lo importante que es para los nacionales de terceros países «hacerse» ciudadanos de la Unión antes de optar por el estatuto de larga duración. Los ciudadanos de la Unión no deben cumplir con ninguna medida de integración al moverse a otro Estado miembro. De hecho, la obtención del permiso de larga duración debería constituir en sí mismo suficiente prueba de integración en un determinado Estado miembro⁶²¹. A cambio, el «casi mismo trato» entre los residentes de larga duración y los ciudadanos de la Unión se observa en el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia. No obstante, y en relación al acceso al mercado laboral, los Estados miembros pueden mantener ciertas restricciones a tal acceso para los residentes de larga duración⁶²².

3.4.2.2 La libre circulación de los residentes de larga duración

En relación a la libre circulación de los residentes de larga duración, la Directiva 2003/109/CE permite resaltar diversos aspectos. En primer lugar, cabe destacar que el estatuto de larga duración se otorga al nacional de tercer país que ya ha entrado en el territorio europeo, de manera que el aspecto de la entrada no está regulado en dicha Directiva. En segundo lugar, como la residencia continuada en un Estado miembro de la UE es otro requisito previo para la concesión del permiso de residente de larga duración, este aspecto de la libre circulación tampoco entra en el análisis de las previsiones de la Directiva 2003/109/CE. Por lo tanto, y a los efectos del contenido de libre circulación, aquí procede analizar la movilidad y libertad de residir en otros Estados miembros de la UE. Es el Título III de la mencionada Directiva, «Residencia en otro Estado miembro», el que regula el disfrute de la libre circulación en un territorio sin fronteras interiores. Se estima que la posibilidad de residir en otro Estado miembro permite construir mayores factores de movilidad, sobre todo en relación al mercado laboral de la UE⁶²³. Sin embargo, los residentes de larga duración deben cumplir varias condiciones previstas en esta Directiva 2003/109/CE cuando deciden residir en otro

⁶²¹ ACOSTA ARCARAZO, D., “The Long-Term Residence...”, *op. cit.*, p. 147.

⁶²² Tales limitaciones comprenden el potencial acceso al mercado laboral reservado a los ciudadanos de la UE o del Espacio Económico Europeo, acreditación de un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación, entre otros. *Vid.* el artículo 11 de la Directiva 2003/109/CE.

⁶²³ Preámbulo 18 de la Directiva 2003/109/CE.

Estado miembro por un período superior a tres meses⁶²⁴. En concreto, estos nacionales de terceros países adquirirán el derecho a residir, por un período superior a tres meses, en el territorio de otros Estados miembros distintos del que les haya concedido tal estatuto por motivos de ejercicio de una actividad económica como trabajador por cuenta ajena o cuenta propia, realización de estudios o formación profesional u otros fines⁶²⁵. Por lo tanto, la residencia de los titulares de permiso de larga duración está sujeta a unas determinadas actividades «económicas». En esta condición se ve la clara diferenciación de trato entre los ciudadanos de la Unión y los residentes de larga duración. No obstante, la Directiva 2003/109/CE establece la excepción de trato cuando los residentes de larga duración sean trabajadores por cuenta ajena enviados por un prestador de servicios en el marco de una prestación transfronteriza o cuando tales residentes sean prestadores de servicios transfronterizos⁶²⁶. En estas situaciones, disfrutan del mismo trato que los ciudadanos de la Unión. Otro aspecto a tener en cuenta que confirma la «diferenciación del trato» entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países, se observa en el período previsto para buscar el empleo. Los residentes de larga duración tienen derecho a permanecer en el territorio de otro Estado miembro por un período de tres meses dentro de la estancia «permitida» para buscar el empleo, en comparación con los seis meses garantizados para los ciudadanos de la Unión⁶²⁷.

Aparte de la condición de «ejercicio de las actividades económicas», cuanto antes y a más tardar transcurridos tres meses desde la entrada en el territorio del segundo Estado miembro, el residente de larga duración presentará una solicitud de permiso de residencia ante las autoridades competentes de dicho Estado miembro. Por lo tanto, para residir en otro Estado miembro, el nacional de tercer país debe contar con otro permiso de residencia además de cumplir con todas las condiciones previstas en la legislación⁶²⁸.

⁶²⁴ La residencia inferior a los tres meses en otro Estado miembro debe ajustarse a las previsiones generales del Código de fronteras Schengen.

⁶²⁵ Artículo 14 de la Directiva 2003/109/CE. Los Estados miembros podrán limitar el número total de personas que puedan optar al derecho de residencia, siempre que esas limitaciones para la admisión de los nacionales de terceros países ya estén establecidas en la legislación existente.

⁶²⁶ Artículo 14.5 de la Directiva 2003/190/CE.

⁶²⁷ A este efecto véase también la sentencia del TJCE al asunto C-292/89, *Antonissen*, de 26 de febrero de 1991 y el artículo 7.3 (c) de la Directiva 2004/38/CE.

⁶²⁸ Artículo 15 de la Directiva 2003/109/CE. Entre las condiciones previstas para la residencia en otro Estado miembro, las autoridades del segundo Estado miembro pueden pedir las mismas condiciones como las previstas para la concesión del estatuto de larga duración en primer Estado miembro. La única excepción aceptada en el segundo Estado miembro es la relativa a las medidas de integración. Esta condición no se aplicará cuando se haya exigido a los nacionales de terceros países de que se trate que

En realidad, se puede observar el posible incumplimiento de las previsiones de la Directiva 2003/109/CE por los Estados miembros que requieren, aparte del permiso de residencia, también el permiso de trabajo, ya que los residentes de larga duración tienen derecho a permanecer en el territorio de otro Estado miembro también para buscar el empleo, y no solamente cuando ya cuentan con la oferta laboral⁶²⁹.

En esta misma línea, y teniendo en cuenta todo lo visto anteriormente, los residentes de larga duración no disfrutaban del mismo contenido del derecho de libre

cumplan medidas de integración para concederles el estatuto de residente de larga duración en el primer Estado miembro. El apartado 2 del artículo 15 añade que los Estados miembros podrán requerir al interesado pruebas de que dispone de: a) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir a la asistencia social del Estado miembro de que se trate; y b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el segundo Estado miembro normalmente asegurados para los propios nacionales del Estado miembro de que se trate

⁶²⁹ Por ejemplo, en Francia, los residentes de larga duración procedentes de otro Estado miembro tienen que firmar el contrato de integración, incluso si cumplen las condiciones de integración impuestas en el primer Estado miembro que les otorgó el estatuto de larga duración. Este contrato prevé que el residente de larga duración atienda a los cursos de formación, lenguaje (en caso de que no tengan suficiente nivel de conocimiento de francés), y de la sesión de información de las condiciones para vivir en Francia. En Italia, si los residentes de larga duración de un Estado miembro quieren adquirir también la residencia de larga duración, después de haber resistido como mínimo 5 años, deben aprobar el examen de italiano según lo previsto en la reforma de 2009 introducida en el artículo 9 (2) del Derecho de extranjería de Italia. En España, cabe destacar que las previsiones jurídicas en la legislación española en esta materia dieron lugar a la Sentencia de TJUE por la no adaptación en el Derecho interno dentro del plazo señalado de la Directiva 2003/109/CE, asunto C-59/07, *Comisión vs. España*, de 15 de noviembre de 2007. La Comisión interpuso el recurso contra el incumplimiento de España alegando que las directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse y, por lo tanto, que los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento jurídico interno a las directivas dentro de los plazos que en ellas se señalan y comunicarlas inmediatamente a la Comisión. En el presente caso, pese a que, conforme al artículo 26, párrafo primero, de la Directiva 2003/109/CE, debían entrar en vigor las medidas de adaptación a más tardar el 23 de enero de 2006, las autoridades españolas no habían adoptado estas medidas en la fecha de la sentencia y, en cualquier caso, no las comunicaron a la Comisión. Se estima que la existencia de un estatuto de residente permanente supone la adaptación del Derecho español a la Directiva 2003/109/CE si los requisitos de adquisición de este estatuto y los derechos que conlleva son los mismos que los previstos en dicha Directiva en la legislación nacional. En particular, el Reino de España no ha dado explicación alguna acerca del modo en que se calcula el período de cinco años que permite acceder al estatuto de residente permanente. Tampoco ha indicado si se exige el cumplimiento de otros requisitos aparte de la residencia continuada durante cinco años. Por último, no se ha facilitado ninguna precisión sobre las modalidades procesales para la obtención del estatuto de residente permanente. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no puede verificar si los nacionales de terceros países residentes en España que reúnan los requisitos exigidos por la Directiva 2003/109/CE pueden adquirir el estatuto de residente permanente ni comprobar cuáles son los procedimientos previstos para esta adquisición. El TJCE decidió que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva 2003/109/CE.

circulación que los ciudadanos de la Unión, ya que los residentes de larga duración pueden ejercer la movilidad en otro Estado miembro solamente si tienen oferta laboral en este segundo Estado⁶³⁰. Por ello, solamente los residentes de larga duración, agentes de mercado laboral europeo en calidad de trabajadores, pueden contar con derecho de libre circulación. Sin embargo, la otra parte de la doctrina entiende que sería contrario al espíritu de la Directiva 2003/109/CE si la provisión de la movilidad de los residentes de larga duración se interpretase solamente como opción para los residentes en calidad de trabajadores⁶³¹. Además, tampoco existe un derecho ilimitado, incondicionado y automático a obtener el permiso de residencia y de trabajo en otro Estado miembro debido a las potenciales condiciones relativas a las cuotas de empleo para los nacionales de los Estados miembros y para los ciudadanos de la Unión. Por lo cual, la presente Directiva 2003/109/CE confirma la co-existencia de 25 mercados laborales nacionales⁶³², donde cada Estado miembro establece sus propias reglas de juego⁶³³.

En tal orden de ideas, los derechos de movilidad de los residentes de larga duración en la UE representan un factor crucial en la integración de los nacionales de terceros países en la UE. Sin embargo, la implementación de la Directiva 2003/109/CE por los Estados miembros hace muy difícil creer que los residentes de larga duración cuentan con la posibilidad de trabajar, estudiar o residir con otros fines en otro Estado miembro en las mismas condiciones a las previstas para los ciudadanos de la Unión.

En cuanto a la movilidad dentro de la Unión de los residentes de larga duración, la mencionada Directiva no establece en su regulación ninguna previsión expresa a tal respecto. No obstante, la movilidad de los residentes de larga duración no es automática y está sujeta a muchas condiciones de diferente índole⁶³⁴. Lo único que deja muy claro el articulado del citado texto normativo es que cualquier movimiento superior a tres meses del residente de larga duración debe estar avalado por otro permiso de residencia en un segundo Estado miembro, lo cual significa, en la práctica, volver a cumplir otra

⁶³⁰ BRINKMANN, G., “The Immigration and Asylum Agenda”, *European Law Journal*, vol. 10(2), 2004, pp. 182–199.

⁶³¹ GUILD, E., “The Legal elements of European Identity: EU citizenship and Migration Law”, *Kluwer Law International, European Law Library*, 2004, p. 231.

⁶³² Irlanda, Dinamarca y el Reino Unido no participan en la aplicación de la Directiva 2003/109/CE.

⁶³³ GUILD, E., “Labour Migration and the European Union” en CHETAIL, V. y BAULOZ, C., *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 368-385.

⁶³⁴ POESCHEL, F., “Raising the mobility of third country nationals in the EU. Effects from naturalisation and long-term resident”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, nº 187, OECD Publishing, Paris. 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/5jlwxbvfdkr3-en>, p. 30.

vez todas las condiciones previstas para la concesión de tal permiso en el segundo Estado miembro.

En esta misma línea, se puede afirmar que las previsiones de la libre circulación de los residentes de larga duración dejan mucho que desear en comparación con la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, haciendo más que interesante para los residentes de larga duración adquirir la nacionalidad de un Estado miembro y la consiguiente ciudadanía de la Unión. Es más, muy pocos Estados miembros apostaron por no limitar los derechos de movilidad de los residentes de larga duración en otro Estado miembro⁶³⁵. Un paso muy avanzado hubiera sido la eliminación de la posibilidad de requerir el permiso de trabajo para el nacional del tercer país con estatuto de residente de larga duración en relación a sus posibilidades de residir en otro Estado miembro, como también la eliminación de la obligación de cumplir con las medidas de integración. Tal y como K. GROENENDIJK y E. GUILD apuntan, «*antes de empezar a pedir nuevos trabajadores de fuera de la UE, en primer lugar, la UE debería ofrecer a los residentes de larga duración, nacionales de terceros países ya presentes en la UE la oportunidad de ocupar las vacantes en el mercado laboral europeo*»⁶³⁶. Según D. ACOSTA, «*si el estatuto del residente de larga duración se convirtiera en la forma subsidiaria de la ciudadanía de la UE, esta situación jurídica conllevaría el control directo de este estatuto jurídico por el legislador europeo, y así se evitaría cualquier limitación por parte de los Estados miembros*». Esta hipótesis se tendría que complementar con la implementación correcta de la Directiva 2003/109/CE por los Estados miembros, teniendo en cuenta también las decisiones del TJUE en cuanto a las previsiones más controvertidas⁶³⁷.

Todas estas particularidades presentes en la regulación jurídica de la residencia de larga duración llevaron a S. IGLESIAS hacer una importante distinción entre: por una parte, los derechos de libre circulación, «*los cuales están directamente previstos en los Tratados a los nacionales de los terceros países*»; y por otra parte, los derechos de movilidad, «*los cuales están garantizados en el derecho derivado de manera muy limitada*»⁶³⁸. A. KOCHAROV entiende que realmente no existe el reconocimiento

⁶³⁵ ACOSTA ARCARAZO, D., “The Long-Term Residence...”, *op. cit.*, p. 158.

⁶³⁶ GROENENDIJK, K. y GUILD, E., “Converging Criteria: Creating an Area of Security of Residence for Europe’s Third Country Nationals”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 2001, 3, pp. 37–59.

⁶³⁷ ACOSTA ARCARAZO, D., “The Long-Term Residence...”, *op. cit.*, p. 228.

⁶³⁸ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies and Challenges of the New Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice”, *European Law Journal*, vol. 15(6), 2009, pp. 791–805.

mutuo de los permisos de residencia de los residentes de larga duración, lo cual pone en duda la movilidad de dichos nacionales de terceros países y les vincula a la legislación nacional de un determinado Estado miembro⁶³⁹. Por otro lado, A. SKORDAS considera que la Directiva 2003/109/CE permite una aún mayor fragmentación del mercado laboral europeo en los segmentos nacionales al ofrecer solamente una movilidad muy limitada de los residentes de larga duración entre varios Estados miembros⁶⁴⁰. Estoy totalmente de acuerdo con todas las observaciones anteriores presentadas por los autores mencionados. Considero que una vez más, la legislación europea que regula la residencia de larga duración de los nacionales de terceros países en la UE confirma el carácter económico de la «potencial movilidad» de los residentes de larga duración entre varios Estados miembros de la UE.

En cuanto a la última vertiente de la libre circulación, la expulsión, en la Directiva 2003/109/CE se observa que los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública, pero no por razones de orden económico⁶⁴¹. A este respecto, varios autores coinciden en señalar que los residentes de larga duración deberían contar con las mismas o similares garantías que los ciudadanos de la Unión en relación a la expulsión, lo cual no ocurre en la práctica⁶⁴².

⁶³⁹ KOCHAROV, A., “What Intra-Community Mobility for Third Country Workers?”, *European Law Review*, vol. 33(6), 2008, pp. 912–26.

⁶⁴⁰ SKORDAS, A., “Immigration and the Market: The Long Term Residence Directive”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, 2006, pp. 201–229.

⁶⁴¹ Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. *Vid.* artículos 6, 12 y 17 de la Directiva 2003/109/CE.

⁶⁴² *Vid.* entre otros, GROENENDIJK, K., “Citizens and Third-Country Nationals: Differential Treatment or Discrimination?”, en CARLIER, J.Y., GUILD, E. y COULIE, B. (Eds.), *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Brussels, 2006, pp. 79–101.

3.5 Los nacionales de terceros países en situación especial en relación con el Derecho de la UE

3.5.1 La movilidad de los nacionales de terceros países en los acuerdos de cooperación

A pesar de que en el presente trabajo se estudia la vertiente denominada *ad intra*, de la regulación de la movilidad de los nacionales de terceros países, es decir la legislación europea, dejando de lado otras realizaciones llevadas a cabo por cauces intergubernamentales⁶⁴³, es más que preciso hacer ciertas matizaciones. Aparte de la propia regulación europea, la UE celebra acuerdos propios de cooperación con terceros países, entre otras, también en materia de migración y movilidad. La UE cuenta con una variedad de instrumentos jurídicos para posibilitar el diálogo y fomentar la cooperación con terceros países también en temas relativos a la gestión de los flujos migratorios. Además, la inmigración y la movilidad de los nacionales de terceros países en la UE representan, cada vez más, temas de diálogo político en el marco de los diferentes acuerdos que se celebran.

La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales⁶⁴⁴, y estos acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la UE y a los Estados miembros⁶⁴⁵. Además, el TJUE confirmó que los acuerdos y las decisiones adoptadas entre la UE y terceros países forman parte del ordenamiento jurídico europeo⁶⁴⁶. Por lo tanto, los Estados miembros tienen que implementar en su ordenamiento jurídico también las previsiones establecidas en los

⁶⁴³ Vid. sobre las vertientes «*ad intra*, *ad extra*», BLÁZQUEZ PEINADO M^a D., *La ciudadanía de la Unión más sobre el derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados Miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 87 y ss.

⁶⁴⁴ El artículo 216.1 del TFUE establece que la Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

⁶⁴⁵ Artículo 216.2 del TFUE.

⁶⁴⁶ Véase, por ejemplo la sentencia del TJCE al asunto 12/86, *Demirel v. Stadt*, de 30 de septiembre de 1987; sentencia del TJCE, asunto C-192/89, *S. Z. Sevince contra Staatssecretaris van Justitie*, de 20 de septiembre 1990.

acuerdos firmados por la UE⁶⁴⁷. A este respecto, el Derecho de la UE regula también la libre circulación de los nacionales de terceros países en dichos instrumentos jurídicos, resultado de las negociaciones y de la cooperación entre la UE y varios terceros países. Por ello, existe un tercer grupo de «no ciudadanos» presentes en la UE, con un estatuto privilegiado, que otorga a sus beneficiarios los derechos de libre circulación a través de un procedimiento convencional, merced a la conclusión de tratados internacionales.

Un buen ejemplo de la actuación de la UE en materia de movilidad de las personas es el que representan los acuerdos bilaterales entre la UE y el Espacio Económico Europeo, como también el acuerdo entre la UE con Suiza. La existencia de este tipo de diferentes acuerdos bilaterales con varios terceros países, afirma la relación especial de estos titulares con el Derecho de la UE. Son sobre todo, los trabajadores, los nacionales de terceros países «por excelencia», que son objeto de los acuerdos de la UE con terceros países. Es más, la movilidad laboral representa uno de los pilares fundamentales en materia de los acuerdos entre la UE y terceros países⁶⁴⁸. Aunque las previsiones jurídicas establecidas en los acuerdos confieren un disfrute limitado de los derechos de libre circulación, dichos acuerdos constituyen indudablemente un ampliado estatuto «intermedio» no europeo, no estatal para estos destinatarios⁶⁴⁹, como también para sus miembros de familia.

Las normas jurídicas que regulan la movilidad de los nacionales de terceros países dentro de los acuerdos de cooperación también forman parte del acervo legislativo previsto en el Derecho de la UE. Ahora bien, los acuerdos de cooperación prevén las normas de migración y movilidad específicas para determinada categoría de los nacionales de terceros países en un determinado Estado miembro. Por lo tanto, los nacionales de terceros países, fruto de estos acuerdos de cooperación, no cuentan con los derechos de movilidad según lo previsto en el Derecho de la UE dentro de la política de inmigración legal europea.

⁶⁴⁷ Sentencia del TJCE, asunto C-58/93, *Zoubir Yousfi contra Estado belga*, de 20 de abril de 1994; sentencia del TJCE, asunto C- 237/91, *Kazim Kus contra Landeshauptstadt Wiesbaden*, de 16 de diciembre de 1992.

⁶⁴⁸ Buen ejemplo de acuerdo bilateral de estas características representa el acuerdo UE - Turquía, firmado el 12 de septiembre de 1963. Un protocolo adicional a este acuerdo fue concluido el 23 de noviembre de 1970. En relación a este acuerdo de asociación, el TJCE ha dictado varias decisiones, entre otras: sentencia del TJCE, asunto C-373/02, *Sakir Öztürk contra Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, de 28 de abril de 2004; sentencia del TJCE, asunto C-340/97, *Ömer Nazli, Caglar Nazli y Melike Nazli contra Stadt Nürnberg*, de 10 de febrero de 2000.

⁶⁴⁹ BURROWS, N., *The right of Turkish Workers in the Member States*, *EL*, nº 19, 1994, p. 307.

3.5.2 La dimensión exterior de la política de inmigración europea

La complejidad jurídica de la inmigración en la UE se incardina tanto en su dimensión interna como también en su dimensión externa. Los Estados miembros están obligados a cumplir con lo previsto en los acuerdos firmados por la UE y terceros países. Es más, nadie pone en duda que los asuntos de migración y movilidad a nivel interno europeo deben centrarse también en los aspectos generales de las relaciones exteriores de la UE⁶⁵⁰. La UE se ha convertido en un actor muy importante en la escena internacional, y su actuación común en el exterior se amplía constantemente a nuevos ámbitos. Uno de estos ámbitos es el referido a la materia de movilidad y migración de los nacionales de terceros países. A este respecto, el principal documento de la dimensión exterior de la política de inmigración de la UE es *El Enfoque Global de la Migración y la Movilidad de la UE* (en adelante GAMM, por sus siglas en inglés). El GAMM representa, desde el año 2005, el marco general de la política de inmigración exterior y de asilo de la UE⁶⁵¹. Este documento define las modalidades de diálogo político y de cooperación operativa de la UE con terceros países en el ámbito de la migración y movilidad que reflejan los objetivos estratégicos de la UE ancladas en la política exterior general europea. Por ello, el GAMM es, sin duda, otro de los instrumentos jurídicos de «*soft law*» en materia de inmigración y movilidad europea que requiere una consideración especial, ya que prevé un marco de varios instrumentos para reforzar las asociaciones con terceros países en este ámbito⁶⁵². En concreto, las

⁶⁵⁰ COM (2014) 96 final, p. 10.

⁶⁵¹ Véase, «Enfoque Global de la Migración y la Movilidad» de 18 de noviembre de 2011, COM (2011) 743 final; “Report on the implementation of the Global Approach to Migration and Mobility 2012-2013”, COM (2014) 96. Las posteriores conclusiones del Consejo, de 29 de mayo de 2012, refrendaron el papel del GAMM como marco global y equilibrado de diálogo y cooperación con terceros países.

⁶⁵² El planteamiento global ha sido objeto de varias Comunicaciones específicas de la Comisión en los últimos años. En concreto, las medidas prioritarias para responder a los retos de la inmigración. Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court [COM (2005) 621]. El Planteamiento global sobre la migración un año después; *Hacia una política global europea en materia de migración* [COM (2006) 735]. Aplicación del Planteamiento global sobre la migración a las regiones orientales y sudorientales vecinas de la Unión Europea [COM (2007) 247]. Entre los principales programas que financian la acción exterior en los ámbitos de la inmigración y asilo, figuran los siguientes: el programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», instrumentos geográficos como los programas Meda y Tacis, que han sido sustituidos por el Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación. El instrumento geográfico para el África Subsahariana, el Caribe y el Pacífico, del Fondo Europeo de Desarrollo, así como del Instrumento de Cooperación al Desarrollo de Asia y América Latina. En la actualidad, sobre los cambios que la Comisión propondrá al Parlamento Europeo y al Consejo en la propuesta de presupuesto de 2016, *Vid.: Un nuevo paquete de 600 millones EUR de financiación de emergencia para aumentar el presupuesto del Fondo de Asilo, Migración e Integración y del Fondo de Seguridad Interior-Fronteras y para aumentar la financiación de Frontex, la OEAA y Europol, a fin de estar preparados para responder*

asociaciones en materia de movilidad⁶⁵³ pueden desempeñar un papel importante al hacer frente a la escasez de mano de obra cualificada en Europa y facilitar la movilidad relacionada con el comercio⁶⁵⁴. Los objetivos previstos en el GAMM se llevan a la práctica mediante diversos instrumentos políticos (diálogos regionales y bilaterales, planes de actuación, los acuerdos de facilitación de visado y de readmisión, etc.)⁶⁵⁵.

En relación a la inmigración legal y la integración, la importancia de atraer el talento y las personas cualificadas a los Estados miembros de la UE representa uno de los principales retos del GAMM⁶⁵⁶. Las previsiones del GAMM advierten que es más que necesario facilitar las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países a la UE y armonizar las normas a nivel interno, aprovechando las ventajas de la toma de las decisiones en esta materia tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Se vuelve a poner de relieve que la UE debe promover y facilitar la movilidad y las oportunidades de migración legal para los nacionales de terceros países, como también maximizar la repercusión en el desarrollo de la migración y la movilidad entre la UE y terceros países⁶⁵⁷. Si bien no es el objeto de este trabajo proceder al estudio pormenorizado de todos los acuerdos de la Unión en los cuales se incluyen las disposiciones que, con

a las necesidades inmediatas de gestión de la migración, recepción, retorno y control de fronteras, información disponible en: Bruselas, 23 de septiembre de 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5700_es.htm.

⁶⁵³ Las asociaciones de movilidad se definen como los acuerdos de asociación de diálogo y cooperación no legalmente vinculados entre los Estados miembros de la UE y terceros países, por medio de los cuales estos países se comprometen a la cooperación activa para tratar los temas de flujos migratorios, de la inmigración irregular y del intercambio de las posibilidades para la movilidad de corta duración, como también de la inmigración legal. *Vid.* Secretaría General del Consejo de la UE, 2013, p. 52, disponible en: <file:///C:/Users/793543/Downloads/QC3013223ENC.pdf>.

⁶⁵⁴ En el campo de la inmigración legal, varios de los proyectos han sido desarrollados por los Estados miembros, sobre todo para fomentar la migración circular, probablemente uno de los objetivos más importantes del GAMM después de la readmisión. Un proyecto alemán relativo a la migración circular para los profesionales de salud de Moldavia inscritos en el proyecto financiado por la UE «Better managing the mobility of health professionals in the Republic of Moldova», implementado por la Organización Mundial de la Salud, desde octubre 2011 hasta septiembre 2014 representa un buen ejemplo del GAMM en la práctica. El proyecto promueve la migración circular de los profesionales de salud de Moldavia, disminuyendo el efecto negativo del fenómeno del «*brain drain*», facilitando la reintegración de los profesionales al sistema sanitario nacional. En España, por ejemplo cabe citar el acuerdo de migración circular entre los trabajadores temporeros en el sector de la agricultura entre España y Marruecos.

⁶⁵⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Informe sobre la aplicación del Enfoque Global de la Migración y la Movilidad 2012-2013*, Bruselas, 21.2.2014, COM (2014) 96 final, p. 2.

⁶⁵⁶ COM (2015) 240, p. 8.

⁶⁵⁷ GARCÍA ANDRADE, P. *et alii*, «EU cooperation with third...», *op. cit.*, p. 9.

mayor o menor profundidad, afectan la actual política de inmigración legal europea en su dimensión exterior, ha de señalarse aquí la relevancia de dichos instrumentos. De cualquier manera, hay que señalar asimismo que los acuerdos de cooperación entre la UE y terceros países pueden dificultar la «imagen» de una regulación común europea de la inmigración legal.

En este orden de ideas, muchos Estados miembros cuentan con varios acuerdos propios con unos determinados terceros países. Es sobre todo en materia de migración laboral, donde los Estados miembros prevén un trato especial, privilegiado o un vínculo con algún tercer país en concreto. Este tipo de acuerdos especiales responde en particular a la voluntad de los Estados miembros, en la práctica, de fomentar las relaciones bilaterales de acción exterior en el campo de la migración, no queriendo los Estados miembros abandonar dicha competencia⁶⁵⁸.

En la siguiente tabla se observa la variedad de los numerosos tipos de instrumentos existentes en la UE con terceros países en materia del presente estudio. Estos instrumentos establecen las orientaciones y las prioridades del marco jurídico de la inmigración legal en dimensión exterior de la UE, con especial interés en la regulación de la inmigración laboral y de movilidad de los trabajadores.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 64.

Tabla nº 7: Los instrumentos de cooperación en materia de libre circulación con terceros países

	INSTRUMENTOS	PAÍSES
LOS DIÁLOGOS BILATERALES	Programas comunes de migración y movilidad (GAMM), Asociaciones para la movilidad (AM), Acuerdos de Asociación (AA), los Acuerdos de Asociación y Cooperación (AAC), los Acuerdos Marco, los Acuerdos de Cooperación (AC) y otros instrumentos similares celebrados por la UE.	- Prioritarios (Estados Unidos de América, Rusia) -Balcanes Occidentales (Albania, Bosnia y Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro y Serbia) -Turquía -Asociación Oriental (Moldavia y Ucrania, Georgia, Ucrania, Armenia y Azerbaiyán, Bielorrusia) - Sur del Mediterráneo (Túnez y Marruecos, Jordania, Libia, Egipto, Siria) - África subsahariana (Cabo Verde, Nigeria y Sudáfrica, Ghana) -África Occidental -África Oriental -Países asiáticos (UE-China, UE-India, Asia Sudoriental (por ejemplo, Vietnam e Indonesia)
DIÁLOGOS REGIONALES	Proceso de Praga	-UE y sus Estados miembros, los Estados Schengen no pertenecientes a la UE y 19 países socios del Este (Rusia, los países de la Asociación Oriental, los países de Asia Central, los países de los Balcanes Occidentales y Turquía)
	Grupo de expertos en migración y asilo de la Asociación Oriental	-La Asociación Oriental (AO), UE y Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia y Ucrania
	Proceso de Budapest/Asociación sobre migración de la Ruta de la Seda	-Más de 50 gobiernos – países de los Balcanes Occidentales, la AO, Asia Central, Afganistán, Irak, Rusia, Pakistán y Turquía – y 10 organizaciones internacionales
	Asociación sobre migración,	-África-UE

	movilidad y empleo África-UE	-La Unión africana
	Proceso de Rabat	-África Occidental -UE y sus estados miembros, Noruega, Islandia y Suiza y países africanos de la ruta norte, oeste y África central
	Diálogo estructurado y completo sobre migración UE-CELAC	-UE y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)
	Diálogo sobre migración ACP-UE	- La UE-ACP

Fuente: Elaboración propia en base a la información de la COM (2014) 96 final y GARCÍA ANDRADE, P. *et.alii*, “*EU cooperation with third...*”, *op. cit.*, pp. 25- 26.

El principal objetivo de todos los instrumentos antes mencionados es el referido a reforzar el diálogo y la cooperación entre los países de origen, de tránsito y de destino a lo largo de las rutas migratorias. El diálogo sobre la inmigración es complicado por el hecho de que varias regiones mantienen posturas muy diferentes en las políticas de migración de la UE⁶⁵⁹. Como bien apuntan varias comunicaciones de la Comisión Europea, algunos de los diálogos regionales acusan la falta de compromiso por parte de los Estados miembros, cuya participación en las reuniones no siempre es lo suficientemente concurrida y a menudo no es todo lo activa que cabría desear⁶⁶⁰.

En relación a los objetivos estratégicos del GAMB, la migración legal y la movilidad, aunque representan una de las cuatro políticas clave del GAMB, en términos políticos, todas las previsiones relativas a la migración legal se han visto subordinadas en particular a la inmigración irregular. Paradójicamente, en la actualidad, cuando la UE intenta invertir y crear una capacidad institucional para gestionar mejor la migración laboral en terceros países, la credibilidad de muchos de estos esfuerzos es cuestionada y debilitada debido a las limitadas oportunidades de migración legal ofertadas por los Estados miembros de la UE⁶⁶¹. Por lo tanto, varios operadores jurídicos coinciden en que la UE debería crear una base sólida de nuevas oportunidades de migración legal en ambas dimensiones, la exterior y la interior. Para conseguir estos objetivos es necesario armonizar las reglas actuales de la política migratoria europea fragmentada. A pesar de

⁶⁵⁹ GARCÍA ANDRADE, P. *et alii*, “*EU cooperation with third...*”, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁶⁰ COM (2014) 96 final, p. 15.

⁶⁶¹ GARCÍA ANDRADE, P. *et alii*, “*EU cooperation with third...*”, *op. cit.*, p. 11.

varios instrumentos jurídicos nacionales, la inmigración es fuertemente percibida, a pesar de su eminente componente internacional, como una de las políticas a ser desarrollada a nivel interno, y no al nivel externo⁶⁶².

Tal y como se ha demostrado anteriormente, la política común de migración ha estado, desde un primer momento, sesgada hacia una vertiente represiva⁶⁶³, en particular, hacia la lucha contra la inmigración irregular. A pesar de su indudable proyección internacional, el Derecho de la UE, no ha recogido tradicionalmente competencias exteriores expresas en el ámbito migratorio⁶⁶⁴. No obstante, los instrumentos jurídicos en materia migratoria procedentes de los acuerdos entre la UE y terceros países seguirán representando un campo muy importante para conseguir todos los objetivos previstos en la gestión europea de los flujos migratorios.

⁶⁶² Por ejemplo, véase entre otros, FERNÁNDEZ-SHAW, F., “La inclusión de la inmigración en el diálogo diplomático con terceros países”, en PINYOL, G. (Coord.), *La dimensión exterior de las políticas de inmigración en la Unión Europea, V Seminario Inmigración y Europa*, CIDOB, Barcelona, 2008.

⁶⁶³ Las críticas, en este sentido, son múltiples. *Vid.*, por ejemplo, VAN SELM, J., “Immigration and Asylum of Foreign Policy: The EU’s Approach to Migrants and Their Countries of Origin”, en LAVENEX, S. y UCARER, E.M. (Eds.), *Migration and the externalities of European integration*, Lexington Books, 2002, pp. 143-160.

⁶⁶⁴ La única disposición introducida fue la de artículo 186 del TCE en relación a los trabajadores de países y territorios de ultramar. A pesar de la novedad de esta limitación, existía ya desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, una pugna considerable en la interpretación de la base jurídica del artículo 63 TCE en relación con la posibilidad de regular la admisión con motivos económicos. GROENENDIJK, K., “*Security of Residence...*”, *op. cit.*, p. 235.

IV. RECAPITULACIÓN

En la presente parte se ha abordado el estudio detallado del ámbito personal de la libre circulación de los nacionales de terceros países en situación regular, regulación jurídica enmarcada dentro de la política de inmigración europea, un ámbito de competencia compartida entre la UE y los Estados miembros. A este respecto, se ha observado que la mayor parte de las normas jurídicas en materia de la libre circulación de los nacionales de terceros países se refieren sobre todo a la estancia temporal de estas personas procedentes de terceros países en el territorio europeo. Además, varios permisos expedidos a los titulares de los estatutos jurídicos previstos en la inmigración legal son de duración limitada, y no todos conceden la posibilidad de residir legalmente en el territorio de un Estado miembro durante 5 años ininterrumpidamente, condición indispensable para el estatuto del residente de larga duración.

En primer lugar, y en atención al contenido de la libre circulación de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos humanitarios, cabe afirmar que la UE prevé varias vías seguras y legales para «entrar» al territorio de la UE, como es, por ejemplo, el reasentamiento. A partir del momento en el cual la persona que busca el refugio entra a la orilla europea, y se le aplica el Reglamento Dublín III con las correspondientes directivas, esa persona procedente de un tercer país se encuentra en situación regular en la UE. Sin embargo, en cuanto a la libre circulación de los titulares de los permisos humanitarios, su «movilidad» está muy restringida por el territorio del Estado miembro que concede tal permiso, pudiendo, incluso, ser más limitada tratándose de los solicitantes de protección internacional.

En segundo lugar, en relación a los titulares de los permisos por motivos de reagrupación familiar con los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE, es de destacar que cualquier movilidad de los miembros de familia está sujeta a la movilidad del titular del permiso.

En tercer lugar, en cuanto a la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos, la presente parte de la tesis se limita solamente a definir todas las categorías de personas «económicamente activas» procedentes de terceros países, ya que la tercera parte estudia en detalle las normas de movilidad de estas personas.

Por lo que se refiere a la regulación de la libre circulación de los residentes de larga duración en la UE, se observa que ésta sigue estando muy condicionada por los requisitos económicos.

Se constata, asimismo, que los Estados miembros y la UE, siguen usando la vía convencional para celebrar varios acuerdos con terceros países de especial interés, ya sea como parte de la UE o mediante los acuerdos bilaterales en temas relativos a la migración. La mayoría de los acuerdos prevén las normas jurídicas de la movilidad, sobre todo de los trabajadores procedentes de terceros países.

En suma, se observa que, más allá de la categoría de los nacionales de terceros países que se desplazan por motivos económicos, objeto de estudio en la tercera parte, ningún otro titular de un permiso expedido en virtud de la normativa de inmigración legal europea disfruta del pleno contenido de la libre circulación. Es preciso añadir que las expresiones como nacionales de terceros países «económicamente activos» y «económicamente inactivos», no engloban en sentido estricto a todos los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE.

**TERCERA PARTE: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE
LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE
MIGRAN POR MOTIVOS ECONÓMICOS**

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Una vez vistos el régimen jurídico de la libre circulación en la UE en general y la movilidad de las categorías de los nacionales de terceros países que se encuentran en la UE en situación regular, en particular, esta parte se centra en el análisis de la libre circulación de una determinada categoría: los nacionales de terceros países que se desplazan al territorio europeo por motivos económicos. Se constata que el futuro de la política de inmigración legal en la UE se deberá a la política migratoria laboral. Unido a ello, se observa, asimismo, que son muchos, los instrumentos jurídicos vinculantes pero también los instrumentos de «soft law», que subrayan la importancia de atraer y retener el talento y la mano de obra procedente de terceros países.

La actual legislación de la UE establece una importante «categorización sectorial» en relación a la admisión y residencia de los nacionales de terceros países en calidad de «trabajadores» o «potenciales trabajadores». La reciente ampliación del ámbito personal del los trabajadores procedentes de terceros países en la legislación europea responde claramente a una finalidad concreta. Varios Estados miembros de la UE experimentan en determinados sectores económicos la escasez de mano de obra y del personal cualificado que no pueden remediar con los recursos de los mercados de trabajo nacionales. Pero, ¿a cambio de qué pretende el legislador europeo atraer a los futuros trabajadores procedentes de terceros países?

A día de hoy, los Estados miembros conservan sus poderes relativos al volumen de admisión de los trabajadores procedentes de terceros países. A este respecto, y a pesar de varias restricciones por parte de los Estados miembros, la UE pretende desarrollar, por los menos en «teoría», la idea de un único mercado laboral europeo donde todas las personas que trabajan en algún Estado miembro de la UE puedan moverse libremente por el territorio europeo. Además, es precisamente a través de las previsiones jurídicas de la movilidad en la UE, como el Derecho de la UE pretende hacer el mercado laboral europeo más atractivo, sobre todo para las personas altamente cualificadas.

La presente parte ofrecerá el análisis de las normas que regulan las condiciones de admisión, entrada y de residencia para los nacionales de terceros países que desarrollan las actividades económicas en un determinado Estado miembro de la UE en la actualidad. Es de advertir que, tal y como se verá, el régimen jurídico europeo actual para atraer a los trabajadores de terceros países está caracterizado, entre otros criterios, por la temporalidad y la categorización de los perfiles laborales.

II. LA ADMISIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE SE DESPLAZAN POR MOTIVOS LABORALES

2.1 La formulación de la política de inmigración laboral en la UE

«Europa necesita atraer talento del extranjero para apoyar su crecimiento económico»⁶⁶⁵.

En los recientes años, la inmigración laboral ha aumentado en más de 40% en la mayoría de los países de la UE⁶⁶⁶. En la actualidad, el trabajo sigue constituyendo para muchas personas el principal motivo para establecerse en otro país. En concreto, muchos nacionales de terceros países encuentran al mercado interior de la UE como el mejor destino para su vida laboral⁶⁶⁷. A este respecto, es muy importante analizar brevemente la formación de la inmigración laboral europea para entender mejor las actuales propuestas del legislador europeo en este ámbito. Se estima que la movilidad dentro de todos los trabajadores (ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países), junto con la inmigración laboral simbolizan dos pilares fundamentales para garantizar el crecimiento económico y el desarrollo de las políticas de cohesión social. Tal y como se ha visto anteriormente, el origen de las previsiones jurídicas de la libre circulación de los nacionales de terceros países se debe a la movilidad de los trabajadores en la UE. Por lo tanto, el derecho a moverse en la UE se asociaba desde sus orígenes a la obligación de trabajar. Hasta el año 2008, el único colectivo objeto de reglas dentro de la inmigración laboral europea eran los nacionales de terceros países que ya habían vivido regularmente durante 5 años en uno de los Estados miembros de la UE⁶⁶⁸. Además, en las sucesivas ampliaciones de los Estados miembros a la UE, la libre

⁶⁶⁵ Dimitris Avramopoulos, comisario de Migración y Asuntos de Interior, *La Comisión presenta opciones de reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y de fomento de vías seguras y legales hacia Europa*, Bruselas, 6 de abril de 2016, Comisión Europea.

⁶⁶⁶ WIESBROCK, A., *Legal migration to the European Union, Immigration and asylum law and policy in Europe*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden – Boston, 2010, p. 25.

⁶⁶⁷ El fenómeno conocido como la inmigración laboral representa un proceso en el cual la persona se desplaza y cambia su residencia habitual por otra por motivos del empleo. “*Migration, Key terms in 23 languages*”, Secretaría General del Consejo de la UE, 2013, disponible en: <file:///C:/Users/793543/Downloads/QC3013223ENC.pdf>, p. 16.

⁶⁶⁸ GUILD, E., “*Security and migration...*”, *op. cit.*, p. 147. Este colectivo se diferenciaba de los demás nacionales de terceros países. En cuanto a los regímenes de la Seguridad Social, la regulación europea fue extendida también a los nacionales de terceros países que residen legalmente en la UE.

circulación de trabajadores era considerada como objeto de muchas restricciones para los ciudadanos procedentes de los nuevos Estados miembros del «club» europeo⁶⁶⁹.

A pesar de muchos avances en materia de la política de inmigración laboral europea, el Tratado de Lisboa sigue reconociendo a los Estados miembros la competencia exclusiva de determinar el volumen de admisión en su territorio de nacionales de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia⁶⁷⁰. Esta previsión afirma la importancia para los Estados miembros de no ceder más soberanía en temas laborales. No obstante, la UE considera más que necesario regular la inmigración por motivos laborales a nivel europeo, creando un cuerpo común armonizado de la inmigración laboral. Para la UE ha llegado el momento de consolidar un mercado laboral más coherente, que tenga en cuenta las necesidades económicas a corto y largo plazo⁶⁷¹. La evaluación conjunta de la evolución económica y demográfica de la Unión puso un énfasis especial en la aproximación de las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y residencia de los nacionales procedentes de terceros países por motivos laborales, objetivo confirmado en la Estrategia de Lisboa⁶⁷². En el año 2000, se abre una nueva discusión acerca de los efectos positivos de la inmigración laboral ante los problemas de la economía europea. Posteriormente, en 2003, la Comisión Europea expuso la necesidad de adoptar «un nuevo planteamiento sobre la

⁶⁶⁹ De los países que entraron a la UE en el año 2004, en ocho países, La República Checa, Estonia, Hungría, Lituania, Letonia, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia, se establecieron las restricciones transicionales de 5 años en la libre circulación de los trabajadores, con la posibilidad de extender esta limitación en dos años posteriores. Para el 1 de Mayo de 2009 solamente Austria, Alemania y el Reino Unido seguían utilizando la previsión de las restricciones de la libre circulación de los trabajadores. La UE volvió a ampliarse el 1 de enero de 2007, al juntarse Bulgaria y Rumania al «club» europeo. En este caso, se estableció el período transicional para restringir la libre circulación de los trabajadores, primero, en un período de dos años, el cual fue extendido por otros tres años más, y finalmente, se extendió por dos años adicionales debido a serias alteraciones en el mercado laboral.

⁶⁷⁰ Artículo 79.5 del TFUE.

⁶⁷¹ COM (2014) 154 final, pp. 3- 4.

⁶⁷² COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre de 2000. La presente Comunicación destaca la importancia de la admisión legal de inmigrantes para conseguir los objetivos de Estrategia de Lisboa. La Estrategia de Lisboa menciona también la necesidad de integrar plenamente a los inmigrantes en el mercado laboral, así como la necesidad de favorecer la movilidad interna de trabajadores residentes ante el futuro envejecimiento demográfico. A estos efectos, un instrumento útil y un avance muy importante fue, entre otros, la creación de la red EURES, por la Decisión 2003/8/CE de la Comisión (*DO L 5*, 10.01.2003), p. 16. La red EURES ofrece a los demandantes de empleo y a los empresarios un servicio de información para facilitar la movilidad de la mano de obra y la transparencia. Esta red empezó a funcionar en 1993 y desde entonces ha evolucionado hasta gestionar una base de datos de 120.000 empleos vacantes.

inmigración como medio de garantizar altos niveles de empleo y productividad en las próximas décadas»⁶⁷³.

Actualmente, la legislación de la UE promueve, por lo menos en «teoría», la idea de un único mercado laboral europeo donde todas las personas que trabajan en algún Estado miembro de la UE puedan moverse libremente por el territorio europeo. Además, cuando uno se refiere a la movilidad laboral en la UE, es preciso distinguir entre la movilidad de las personas que ya se encuentran en el territorio de la UE, por un lado, y las personas que se desplazan a la UE por motivos laborales, por otro lado⁶⁷⁴. Varias estadísticas apuntan muy pocos avances legislativos en relación a la inclusión laboral de los nacionales de terceros países, residentes en la UE⁶⁷⁵. A pesar de que la mayor parte de la política migratoria laboral europea está caracterizada por la temporalidad, muchos nacionales de terceros países se quedan a trabajar en algún Estado miembro de la UE de manera permanente⁶⁷⁶. Por lo tanto, el Derecho de la UE debería dar respuesta también a estos nacionales de terceros países en calidad de trabajadores. Es más, a los efectos de la movilidad de los trabajadores en calidad de «titulares» de libre circulación, hay que tener en cuenta también a sus familiares. Ahora bien, como se observará a continuación, no todas las categorías de trabajadores procedentes de terceros países en la normativa europea pueden estar «legalmente» acompañados por sus miembros de familia.

En esta línea, los datos que se mostrarán a continuación demuestran que, es gracias a los avances en la regulación de la política migratoria laboral como los nacionales de terceros países disfrutan de más derechos de movilidad⁶⁷⁷. En la siguiente

⁶⁷³ Véase COM (2003) 5 final, p. 34.

⁶⁷⁴ Para más detalle, *vid.* GROENENDIJK, K; “Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration Law”, en JULIEN-LAFERRIERE, F., LABAYLE, H. y EDSTROM, O. (Eds), *The European Immigration and Asylum Policy: Critical Assessment Five Years After the Amsterdam Treaty*, Bruylant, Bruselas, 2000, pp. 141-174.

⁶⁷⁵ STUHLIK, A. y and POPTCHEVA, E.M., *Third-country migration and European labour markets Integrating foreigners*, European Parliament, European Parliamentary Research Service, July 2015, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/564389/EPRS_BRI\(2015\)564389_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/564389/EPRS_BRI(2015)564389_EN.pdf).

⁶⁷⁶ CHOLEWINSKI, R., “Labour migration, temporariness and rights” en CARRERA, S., GUILD, E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_wit_hcover.pdf, pp. 22-27.

⁶⁷⁷ BARSLUND, M. y BUSSE, M., “Making the Most of EU Labour Mobility”, *CEPS/Bertelsmann Stiftung*, Brussels, 2014.

tabla se observan los interesantes datos relativos a las tasas y condiciones de empleo de ambos trabajadores, los ciudadanos de la Unión y los nacionales procedentes de terceros países.

Tabla nº 8: La inmigración laboral en la UE de personas de 20 a 64 años

	Los nacionales de los Estados miembros (%)	Los nacionales de otros Estados (%)	Los nacionales de otros Estados (%)	
			Ciudadanos de otro Estado miembro de la UE	Nacionales de terceros países
EMPLEO				
La tasa de empleo	70.6	63.7	73.4	56.7
Empleos con contrato temporal (%)	12.9	18.7	15.9	21.4
Empleo parcial (%)	18.4	25.8	23.2	28.3
DESEMPLEO				
La tasa de desempleo (%)	8.7	14.8	10.2	18.9
La tasa de desempleo de larga duración ⁶⁷⁸ (%)	50.7	47.1	42.0	49.5

Fuente: Migrant integration in the EU labour market in 2015, *Eurostat*.

De los datos previstos en la tabla se desprende que los trabajadores procedentes de terceros países trabajan en condiciones más precarias frente a los ciudadanos de la Unión. Cabe destacar el dato relativo a la tasa de desempleo de larga duración tan alta entre los trabajadores procedentes de terceros países.

⁶⁷⁸ Estos porcentajes representan tanto a las personas desempleadas que han estado buscando trabajo durante un año o más tiempo, como también el porcentaje de todas las personas desempleadas.

2.2 Las proyecciones del declive demográfico y las necesidades del mercado laboral en la UE

«Para satisfacer las necesidades futuras de Europa en cuanto al mercado de trabajo y la demografía, la Comisión presentará un enfoque renovado de la migración legal»⁶⁷⁹.

Muchos estudios demográficos proyectan el declive de la población activa y de la edad en Europa. Es más, varios Estados miembros prevén la necesidad de una futura demanda de trabajadores procedentes de terceros países para muchos sectores⁶⁸⁰. No obstante, a día de hoy, varias vacantes en muchos sectores se cubren solamente a través del «copia y pega» de las disposiciones no vinculantes en diferentes programas y comunicaciones. Los futuros problemas demográficos y la necesidad de contar con más trabajadores son bastante comunes en todos los Estados miembros de la UE⁶⁸¹. A corto y medio plazo, la inmigración laboral puede incidir positivamente en los efectos de la evolución demográfica, y será de crucial importancia para satisfacer las necesidades tanto actuales como futuras del mercado laboral, asegurando así la sostenibilidad y el crecimiento económico en la UE⁶⁸². Por lo tanto, la gestión de la migración por motivos económicos tendrá un papel muy importante en el desarrollo de la futura política laboral europea. Asumiendo la recuperación económica en la UE, se espera que el empleo vaya a crecer unos 235 millones para el año 2020, con un total de unos 83 millones de vacantes a cubrir para el mismo período. Al tener en cuenta la dinámica del mercado, FARGUES opina que si entre los años 2010 y 2050 no hay inmigración, la mano de obra en la UE podría disminuir unos 87 millones de personas en la edad de trabajar (-27%). Por todos estos motivos, y junto con otras políticas, la migración contribuirá a contrarrestar el declive absoluto de personas en edad laboral⁶⁸³. Además, las

⁶⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, COM (2016) 197 final.

⁶⁸⁰ Vid. por ejemplo, entre otros, *Future skills supply and demand in Europe*, Forecast 2012, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012, European Centre for the Development of Vocational Training, file:///C:/Users/793543/Downloads/5526_en.pdf.

⁶⁸¹ GEDDES, A., “International Migration and State Sovereignty in an Integrating Europe”, *International Migration*, n° 39, 2001, pp. 22-42.

⁶⁸² IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación...*, op. cit., p. 335.

⁶⁸³ FARGUES, P., *Why pro-immigration policies must be part of an adaptation to predictable demographic changes in Europe?*, 2014, disponible en: <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/PapersLampedusa/FORUM-Farguesfinal.pdf>.

perspectivas de los mercados laborales europeos se describen con la palabra «necesidad». Algunos Estados miembros ya experimentan, en determinados sectores económicos, la escasez de mano de obra y la falta de las cualificaciones que no pueden remediar con los recursos de los mercados de trabajo nacionales. Este fenómeno afecta a toda la escala de cualificaciones. Las previsiones de Eurostat⁶⁸⁴ indican que en la UE hasta 2025, el crecimiento de la población se deberá, principalmente, a la migración neta, ya que el número total de fallecimientos será superior al número total de nacimientos a partir de 2010. Se observa que el efecto de la migración neta dejará de superar al decrecimiento natural a partir de 2025. Esta previsión tendrá graves consecuencias en el número de personas empleadas en la EU. Se prevé que el porcentaje de población en edad de trabajar respecto de la población total disminuirá drásticamente, del 67,2% en 2004 al 56,7 % en 2050, lo cual supone una disminución de 52 millones de personas. Algunos Estados miembros (Alemania, Hungría, Italia, Letonia) ya están experimentando una disminución de la población en edad laboral, mientras que en otros se producirá más tarde. Estas tendencias demográficas no afectarán a todos los Estados miembros al mismo tiempo ni en la misma medida, pero constituyen tendencias a las que hay que enfrentarse de manera coordinada y eficaz⁶⁸⁵. Las diferencias económicas entre los países, y los cambios demográficos experimentados, en un contexto comercial relativo a los problemas políticos e inestabilidad en los países de origen, han contribuido al aumento constante de la movilidad de la mano de obra⁶⁸⁶.

La evolución de las competencias requeridas para la UE entre 2012 y 2025 deberá traducirse en un fuerte aumento (del 23%) de la proporción de puestos de trabajo que requerirán mano de obra con estudios superiores⁶⁸⁷. Tal y como se ha apuntado anteriormente, ya se han observado ciertas carencias en sectores clave como las ciencias, la tecnología, la ingeniería y la asistencia sanitaria en varios Estados miembros de la UE. Europa tiene que consolidar su propia base de competencias y equipar a los

⁶⁸⁴ El conjunto de las previsiones de *Eurostat* en materia de población refleja una de las potenciales proyecciones de la evolución de la población, basada en hipótesis de fertilidad, mortalidad y migración. Dicha tendencia no tiene en cuenta ninguna medida futura que pueda influir en la evolución demográfica, y comprende cuatro variantes: la variante básica, cuyos resultados son los que aquí se presentan, y las variantes de alta densidad de población, baja densidad de población y migración cero.

⁶⁸⁵ COM (2005) 669 final, p. 4.

⁶⁸⁶ COM (2005) 669 final, p. 3.

⁶⁸⁷ DESCY, P., “*Projected labour market imbalances in Europe: Policy challenges in meeting the Europe 2020 employment targets*”, en OCDE/Unión Europea, *Matching Economic Migration with Labour Market Needs*, OCDE, 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216501-12-en>.

ciudadanos con las aptitudes necesarias con miras a su inclusión en el mercado de trabajo actual. Se estima que la demanda para cubrir las vacantes en los diversos sectores en la UE para el año 2020 será necesaria para cubrir, entre otros, los puestos de técnicos de producción y ensambladores de materiales (5.6 millones), puestos relativos a la fabricación (6 millones), trabajadores cualificados para agricultura y pesca (4.5 millones), trabajadores en servicios y en la venta en mercados (10 millones), obreros (4.7 millones), técnicos especializados (16.3 millones), puestos especializados (14.8 millones), legisladores, funcionarios y managers (10 millones)⁶⁸⁸. En particular, también los expertos con conocimiento y/o experiencia en temas relativos al metal, a la maquinaria, a la construcción, servicios de personal, etc. serán necesarios. A este respecto, el Derecho de la UE debería facilitar la admisión en la UE a una amplia gama de trabajadores, tanto cualificados como no cualificados, y garantizar una respuesta rápida y flexible. Por lo tanto, se desprende que la normativa jurídica de la migración legal laboral europea, basada en la selección de unos «determinados trabajadores», es claramente insuficiente frente a las futuras necesidades del mercado europeo⁶⁸⁹. Las directivas en materia de inmigración legal laboral, tal y como se verá a continuación, representan un buen ejemplo de falta de claridad y de coherencia entre los intereses estatales y los objetivos de la Unión⁶⁹⁰. A pesar de varios intentos, a día de hoy, los avances jurídicos en esta materia han sido muy difíciles. Además, en varios Estados miembros, por ejemplo, en Dinamarca, Países Bajos, Francia y Finlandia, cualquier tema relativo a la migración influye directamente en el debate político⁶⁹¹.

2.3 La inmigración laboral europea ante los retos actuales

«Tenemos que dotar mejor a nuestros sistemas para solventar las carencias del mercado laboral y la penuria de cualificaciones en el futuro»⁶⁹².

⁶⁸⁸ MENZ, G., “Framing the matter differently: the political dynamics of European Union labour migration policy making”, *Cambridge Review of International Affairs*, Cedefop, 2015.

⁶⁸⁹ MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A. *et.alii*, “Exploring new avenues ...”, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁹⁰ Sobre la adopción de las disipaciones ambiguas y contradictorias como técnica legislativa en materia de inmigración legal, véase entre otros, DE BRUYCKER, P., “Legislative Harmonization...”, *op. cit.*, p. 333.

⁶⁹¹ COLLETT, L., “Future prospects for a common EU immigration policy” en KARLSSON, J. O. y PELLING, L., *Moving Beyond Demographics*, Global Utmaning, 2011.

⁶⁹² Dimitris Avramopoulos, comisario de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía, *La Comisión Europea presenta hoy un plan de acción para apoyar a los Estados miembros en la integración de los*

Varios de los recientemente adoptados informes y estudios relacionan el futuro de la política de inmigración legal europea con la inmigración laboral⁶⁹³. Además, el Derecho de la UE confirma esta tendencia en los últimos instrumentos jurídicos adoptados por el legislador europeo. Es más, dichos estudios subrayan que cada vez serán más los que deseen venir a Europa, algunos temporalmente, como turistas, estudiantes o proveedores de servicios, otros con carácter más permanente para trabajar o reagruparse con sus familiares⁶⁹⁴. Además, y ante los cambios demográficos combinados con la escasez significativa de competencias en determinados sectores, la UE deberá reaccionar, entre otras vías, por medio de una política de inmigración y movilidad eficaz⁶⁹⁵. Por lo general, el concepto de inmigración legal es utilizado por varios operadores jurídicos para describir los movimientos voluntarios de las personas en búsqueda de mejores oportunidades profesionales. A este respecto, cada persona debería tener la oportunidad de poder decidir sobre su destino laboral, como también poder elegir un lugar idóneo para vivir.

En esta línea, se estima que la UE debería contar con criterios y normas comunes transparentes y más armonizados para la admisión de los nacionales de terceros países en la UE por fines económicos⁶⁹⁶. Relacionado con las propuestas de la Comisión Europea, el Consejo Europeo⁶⁹⁷ prevé que ante las tendencias demográficas mundiales y europeas, la Unión necesita contar con una política de inmigración bien gestionada⁶⁹⁸. A

nacionales de terceros países y a su contribución económica y social a la UE, Estrasburgo, 7 de junio de 2016.

⁶⁹³ Véase, entre otros, European Commission/OECD, *Matching economic migration with labour market needs in Europe*, Brussels, Paris, September 2014, disponible en: <file:///C:/Users/793543/Downloads/OECD-EC%20Migration%20Policy%20Brief%20Sept2014-EN.pdf>. *Determining labour shortages and the need for labour migration from third countries in the EU*, 2015, Información REM, Enfoques e instrumentos utilizados por los Estados miembros para localizar las necesidades del mercado de trabajo, Diciembre de 2013, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emninform/emn_inform_on_labour_market_tests_5dec2013_final.pdf.

⁶⁹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, Estrasburgo, COM (2014) 154 final, p. 2.

⁶⁹⁵ Vid. más sobre este tema en ROOS, CH., *The EU and Immigration Policies, Cracks in the Walls of Fortress Europe?*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013.

⁶⁹⁶ Tal necesidad se reflejaba ya en el debate hacia la mejor inmigración legal en el Libro Verde mencionado previamente en el presente trabajo.

⁶⁹⁷ Las Conclusiones de Consejo Europeo, Bruselas, 27 de junio de 2014.

⁶⁹⁸ Esta gestión debe estar guiada por los principios de solidaridad y distribución equitativa de la responsabilidad consagrados en el artículo 80 del TFUE.

nivel básico, la migración laboral surge como respuesta a los factores «push» y «pull»⁶⁹⁹. Para algunas personas, la decisión de abandonar su país del origen con miras a buscar el empleo en otro país se debe a la necesidad de supervivencia⁷⁰⁰. El Consejo Europeo añade que, para que la UE siga siendo un destino atractivo para las personas con talento y capacidad, Europa tiene que desarrollar varias estrategias para aprovechar al máximo las oportunidades de la inmigración legal mediante normas coherentes y eficientes⁷⁰¹. Si la eficiencia en esta materia se traduce a la práctica por medio de la adopción de nuevas directivas que fomentan la continua selección de las categorías específicas de los perfiles de los nacionales de terceros países, tal y como se verá a continuación, la verdadera política coherente en esta materia está aún por venir. Una de las prioridades dentro del marco de la «Agenda estratégica para la Unión en los tiempos de cambio», que estableció el Consejo fue que la Unión debe mejorar la gestión de la inmigración en todos sus aspectos, abordando las carencias de las competencias específicas y atrayendo talento, entre otros⁷⁰². La falta de política armonizada y de una estrategia europea común a largo plazo en atraer a los talentos procedentes de terceros países, pone en duda la capacidad de la UE en convertirse en una región atractiva para dicho talento⁷⁰³. A pesar de las altas expectativas del legislador europeo en relación a la gestión de los flujos migratorios, es más que necesario redefinir la política migratoria europea actual.

⁶⁹⁹ CHOLEWINSKI, R., *“Migrant Workers...”*, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁰⁰ A este respecto es muy interesante y útil una distinción entre los “trabajadores migrantes supervivientes” y los “migrantes móviles”. Los primeros son generalmente procedentes de Asia, África, y de América Latina así como del Caribe y son generalmente poco preparados – bajo habilidades con poca educación. Estos son “pushed” a la migración (normalmente sin autorización) por la pobreza estructurada que reflejan sus decisiones de marchar de su país con el fin de sobrevivir, y normalmente encuentran trabajo en el extranjero en los “trabajos marginales”. En cambio, los migrantes móviles son normalmente empleados oficialmente y requeridos por los países, en Europa, África Sur, y/o Sur de Asia, y por lo general cuentan con mejor educación y tienen cualificaciones más altas. Estos son “pulled” de su país de origen en búsqueda de mejores condiciones y oportunidades económicas y sociales, y normalmente ocupan puestos mucho mejores que los migrantes supervivientes. PAPADEMETRIOU, D.G. y MARTÍN P.L., “Labor migration and development: research and policy issues”, en PAPADEMETRIOU, D.G. y MARTÍN P.L. (Eds.), *The unsettled relationship: labor migration and economic developments*, Greenwood press, New York, 1991, pp. 5-6.

⁷⁰¹ *Vid.* las Conclusiones de Consejo Europeo, Bruselas, 27 de junio de 2014, nota 39, p. 2.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 19. Con tal finalidad, el Consejo adopta el Informe del Consejo, de 24 de junio de 2014, relativo a las recomendaciones específicas por cada país.

⁷⁰³ HULTIN, G., “The Global “War” for Talents: Labour Market Policies for Europe 2020 in Europe 2020: delivering well-being for future Europeans”, *Challenge Europe*, European Policy Centre, March 2010.

En tal orden de ideas, los cambios estructurales en la política migratoria deberían buscar la respuesta sobre todo al declive demográfico, a la sociedad europea envejecida y a la necesidad de cubrir las vacantes en muchos sectores⁷⁰⁴. Todos estos son los retos que deberían tener presentes los legisladores europeos en la elaboración de la futura respuesta a tales exigencias, incluido un esquema general de la política de admisión de los nacionales de terceros países en la UE⁷⁰⁵. Además, las últimas directivas adoptadas en esta materia tienen un componente económico significativo, aparte de los objetivos basados en las necesidades del mercado laboral europeo.

Otro reto muy importante en relación al desarrollo de la futura política migratoria legal, es el referido a los temas relacionados con la seguridad en la UE. Como opina A. GEDDES, «a nivel de la UE, la inmigración es prácticamente defendida desde la perspectiva de seguridad, y de los posibles casos de crimen y no como, por ejemplo, una de las formas de la política del desarrollo económico o de los derechos humanos»⁷⁰⁶. Es más, algunos Estados miembros siguen pensando que la política migratoria sigue siendo solamente una competencia estrictamente nacional, sin contar con las características transfronterizas de este fenómeno y de la necesidad europea en proporcionar una respuesta, entre otras, a la cuestión de garantizar la seguridad en la UE⁷⁰⁷. Los Estados miembros conservan la posibilidad de denegar los permisos de residencia con fines de empleo en general, o bien para determinadas profesiones, o sectores económicos, siempre y cuando el potencial trabajador no represente una amenaza para la seguridad interior en la UE.

En cuanto a la relación entre la política migratoria y el espacio Schengen, varios operadores jurídicos confirman que el espacio Schengen, el mayor espacio del mundo sin controles fronterizos, no es sostenible sin un acercamiento entre las políticas

⁷⁰⁴ MÜNZ, R. y RIETERER, A.F., *Overcrowded world: global population and international migration*, Haus Publishing, 2009.

⁷⁰⁵ “*Prospects for 2025: Skilled Workers for Germany*”, Bundesagentur für Arbeit/Federal Employment Agency, January 2011. MARTENS, H., “*Demographics, the European welfare state and migration*”, Think Global - Act European Project, 2013.

⁷⁰⁶ GEDDES, A., “Immigrant and Ethnic Minorities and the EU’s “Democratic Deficit””, *JCMS* n° 33, 1995, p. 207. A este respecto, también EVANS opina que el principal objetivo de la inmigración parece ser el asunto de los controles y la represión de los nacionales de terceros países, generando una mezcla entre todos los asuntos de la inmigración conjuntamente, poniendo más interés en los asuntos criminales dentro de esta política, antes que en vincular la migración con la política social de las libertades fundamentales dentro del mercado interior. *Vid.* EVANS, A., Third Country Nationals and the Treaty on European Union, 1994, *EJIL*, n° 5, 1994, p. 215.

⁷⁰⁷ PASCOUAU, Y., “Crise des réfugiés et contrôles aux frontières intérieures de l’espace Schengen: Quand les faits invitent à une relecture du droit”, *EUROPE*, n° 3, 2016, pp. 22-28.

nacionales de inmigración⁷⁰⁸. Todos los avances legislativos en materia de migración internacional voluntaria laboral representan un fenómeno global, para cuyo desarrollo es necesario garantizar el buen funcionamiento del espacio Schengen⁷⁰⁹. Sin embargo, no siempre los regímenes laborales están directamente relacionados con la necesidad de preservar un único espacio sin fronteras interiores⁷¹⁰. Como es conocido, en virtud de lo establecido en el Derecho de la UE, es responsabilidad de la Comisión Europea llevar a cabo el control de la implementación de los instrumentos jurídicos de la UE, como también imponer las multas y las sanciones cuando las autoridades nacionales no cumplen con los objetivos previstos en las directivas y/o en los reglamentos. No obstante, este tipo de acciones no está previsto en el ámbito de la política migratoria debido a varias razones⁷¹¹.

Tal y como se ha subrayado previamente, la inmigración laboral europea engloba solamente a unas determinadas categorías de trabajadores. Por lo tanto, la actual oferta europea para atraer a los trabajadores de terceros países no responde a las necesidades del mercado laboral europeo en su conjunto⁷¹². En relación a la Agenda Europea de Migración, el capítulo denominado «la nueva política de migración legal» no contiene realmente muchas novedades que puedan cambiar el régimen actual. Varios autores critican que la mencionada Agenda no ofrece una visión clara y comprensible de la futura política migratoria laboral, como tampoco su integración con una política de empleo. No obstante, la Agenda Europea de Migración puede presentar una oportunidad para abrir el necesario diálogo en esta materia. Existen diferentes razones por las cuales hay una necesidad emergente de establecer un cuerpo legislativo común en materia de migración laboral europea. Una política común migratoria laboral efectiva representaría el único instrumento que permitiría la selección de diferentes tipos de migrantes internacionales atendiendo a las exigencias reales del mercado. Como se verá a continuación, la actual política europea en materia de migración laboral intenta dar la respuesta solamente a unos determinados sectores. Sin embargo, el mercado laboral europeo no solamente requiere de trabajadores altamente cualificados, sino que es necesario ampliar su ámbito a los trabajadores «no tan cualificados»⁷¹³. Para varios

⁷⁰⁸ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “¿Schengen en...”, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁰⁹ CHOLEWINSKI, R., “*Migrant Workers...*”, *op. cit.*, p. 17.

⁷¹⁰ MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A. *et alii*, “*Exploring new avenues ...*”, *op. cit.*, p. 10.

⁷¹¹ PASCOUAU, Y., “Human Rights Violations in the Field of Migration: A Collective responsibility”, Policy Brief, EPC, 2012.

⁷¹² WIESBROCK, A., “*Legal migration...*”, *op. cit.*, p. 146.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 8.

autores, la posibilidad de presentar la oferta del paquete coordinado de las oportunidades de la migración laboral común a terceros países en la UE sería más que bienvenida⁷¹⁴. En la situación actual se podría afirmar que la forma de la política migratoria laboral basada de manera predominante en las necesidades económicas de unos determinados sectores del mercado laboral de la UE implica que los nacionales de terceros países se sientan «*deshumanizados y tratados como unidades económicas*»⁷¹⁵. De acuerdo con un estudio de la OECD de 2008, la mayor parte de las personas que se desplazan a la UE tienen una edad entre 24 y 64 años, edad idónea para trabajar. Este dato genera la idea de que la mayor parte de los inmigrantes entran a la UE en la edad óptima para trabajar, y vuelven a sus países de origen, en la edad no activa, refiriéndome «estrictamente» al lenguaje laboral. A este respecto, en la siguiente tabla se demuestran los datos relativos a la presencia de personas económicamente activas en la edad de 20 a 64 años en la UE, en general, y en España y Francia, en particular.

Tabla nº 9: Las personas económicamente activas de 20 a 64 años (empleados y desempleados)

	Los nacionales de los Estados miembros (%)	Los nacionales de otros países (%)	Los nacionales de otros países (%)	
			Ciudadanos de otro Estado miembro de la UE	Nacionales de terceros países
UE	77.3	74.8	81.6	69.8
España ⁷¹⁶	78.7	82.2	82.7	82.0
Francia	78.1	67.1	77.2	62.4

Fuente: Migrant integration in the EU labour market in 2015, *Eurostat*.

⁷¹⁴ Entre otros, GARCÍA ANDRADE, P. *et alii*, “EU cooperation with third...”, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁷¹⁵ GUILD, E. *et alii*, *Protecting Fundamental Rights in the EU's in the Common Policy on Immigration, Borders and Asylum: Transnational Logics, Challenges to Liberty and Ways Forward*, CEPS, 2009, p. 25.

⁷¹⁶ Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en el año 2016 España cuenta con 4,6 millones de extranjeros empadronados en alguno de sus municipios. La mayor concentración está en Cataluña, con más de un millón de empadronados; en Madrid hay casi 800.000. Las comunidades más numerosas son la marroquí y la rumana. Casi 1,7 millones de los extranjeros están afiliados a la Seguridad Social en alta laboral, y más de un millón de ellos trabajan con un contrato por cuenta ajena en el sector servicios. La mayoría de los nacionales de terceros países trabajan en España sobre todo en el sector servicios, en el sector agrario, en industria o en construcción.

De los datos se desprende lo importante que es tratar los flujos migratorios laborales en la UE debido al gran número de nacionales de otros países en edad «económicamente activa» presentes en la UE. En concreto, tal y como se observa en la tabla, en algunos Estados miembros, por ejemplo en España, los nacionales procedentes de otros países forman aún más población económicamente activa en comparación con los nacionales españoles. Es más, como los competentes en desarrollar las estadísticas y los datos acerca de la presencia de los trabajadores procedentes de otros países son los propios Estados, contar con los datos que fielmente reflejen la situación es casi imposible. Varias comunicaciones apuntan que sería esencial disponer de un panorama de los perfiles profesionales que poseen los nacionales de terceros países residentes en la UE para determinar cómo podría contribuir una ampliación del marco jurídico de la UE y de los sistemas nacionales de admisión de inmigrantes a mitigar la escasez de determinados datos⁷¹⁷. Se entiende que una política de admisión de los nacionales de terceros países flexible y regida por la demanda podría contribuir en gran medida a paliar las futuras necesidades de mano de obra. ¿Opinan lo mismo también los Estados miembros?

A modo de comparación, en Estados Unidos se ha asentado alrededor de 1 millón de inmigrantes altamente cualificados procedentes de los Estados miembros de la UE. Australia y Canadá se benefician también de los cerebros europeos. Si los ciudadanos de la Unión altamente cualificados encuentran mejores oportunidades laborales en Australia o Canadá, la UE debe buscar la manera de cubrir estos puestos con los nacionales altamente cualificados procedentes de terceros países. A este respecto, la Comisión va a destinar al menos 30 millones de euros para apoyar a terceros países a fortalecer su capacidad para gestionar efectivamente su migración laboral, centrándose en empoderar a los trabajadores migrantes y atajar la explotación. Esta última iniciativa se presenta como una potencial manera de fomentar la movilidad de los talentos, ya que algunos países desarrollados que compiten con la UE en atraer a migrantes cualificados han adoptado recientemente un sistema de preselección con una «reserva de candidatos preseleccionados», seguido de procedimientos de admisión real. Este sistema está articulado en función de la demanda (es decir, que exige una oferta de empleo o un contrato como requisito previo) y se centra en elementos de capital humano (es decir, las competencias y cualificaciones de la persona, la experiencia, etc.)⁷¹⁸. A

⁷¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, *Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo*, COM (2010) 682 final, p. 14.

⁷¹⁸ Varios países disponen de diferentes mecanismos similares a este, véase, por ejemplo, el sistema «Express Entry» canadiense, disponible en: <http://www.cic.gc.ca/english/Immigrate/skilled/index.asp>.

este respecto, en el futuro muy próximo, la Comisión Europea quiere estudiar la posibilidad de desarrollar, junto con los Estados miembros, un «sistema de manifestación de interés», donde los potenciales migrantes candidatos puedan entrar en contacto con empresarios interesados de toda la UE⁷¹⁹. Este sistema utilizaría criterios verificables para hacer automáticamente una selección inicial de potenciales migrantes, invitando a los empleadores a clasificar por orden de prioridad a los solicitantes que figuran en la lista de candidatos, y la migración solo se produciría después de que el migrante tenga una oferta de trabajo. Este sistema permitiría crear una «base a escala de la UE» de migrantes cualificados, accesible tanto para los empleadores como para las autoridades de los Estados miembros, pero la selección y el procedimiento de admisión seguirían realizándose a escala nacional, basándose en las necesidades reales del mercado laboral de los Estados miembros. Este sistema garantizaría la creación de un sistema de preselección que permita contar con una reserva de candidatos accesible a los Estados miembros y a los empresarios en la UE⁷²⁰.

No hay que perder de vista que los trabajadores procedentes de terceros países contribuyen, mediante su trabajo y los impuestos que pagan, a la economía de la Unión. Por lo tanto, todas las previsiones jurídicas del legislador europeo relativas al trabajo deberían igualmente incluir en su ámbito personal también a los nacionales de terceros países. E. GUILD entiende que la «*categorización de los nacionales de terceros países basada en el valor añadido de cada migrante en relación al mercado laboral de la UE*» subraya que el principal objetivo de esta regulación descansa en los objetivos del mercado. Además, a esta percepción hay que añadir la realidad de que los trabajadores altamente cualificados disfrutan de más derechos en comparación con otros trabajadores no tan altamente cualificados⁷²¹. El actual sistema de ofertas laborales por sectores pone de relieve la continua selección de determinados perfiles de nacionales de terceros

⁷¹⁹ Preguntas y respuestas sobre la Agenda Europea de Migración, Comisión Europea, Bruselas, 13 mayo 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4957_es.htm. Un sistema parecido al propuesto por la Comisión funciona en Canadá. A este respecto, GABRIEL, CH., “Labour migration in Canada: a matter of ‘supply’ and ‘demand’”, en CARRERA, S., GUILD, E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_witcover.pdf, pp. 69-76.

⁷²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, COM (2016) 197 final, pp. 20-21.

⁷²¹ GUILD, E., “Equivocal Claims? Ambivalent Controls? Labour Migration Regimes in the European Union”, en GUILD, E. y MANTU, S. (Eds.), *Constructing and Imagining Labour Migration – Perspectives of Control from Five Continents*, Farnham, Surrey: Ashgate Publishing, 2011, pp. 216-218.

países en base a la regulación prevista en las directivas, cuyo estudio se abordará más adelante⁷²².

Con la finalidad de fomentar la futura creación de una política de migración laboral en la UE, en varias instituciones de la UE se crearon diferentes grupos de expertos, como, por ejemplo, el *Grupo de Estudio Permanente sobre Inmigración e Integración* (IMI) en el Comité Económico y Social Europeo. Por su parte, en la Comisión se creó un *Grupo de expertos de la migración económica* (GEME), competente para apoyar el futuro desarrollo de la política en el ámbito de la migración económica. La principal tarea de este grupo de expertos descansa en desarrollar la futura política en materia de migración económica, estudiar las necesidades, las vacantes y las directivas de migración económica, incluida la nueva propuesta de la tarjeta azul UE⁷²³. Durante la primera reunión del GEME, el 25 de marzo de 2015, los expertos discutieron sobre cómo «gestionar mejor la migración laboral a nivel de la UE», y el principal tema de debate fue la revisión de la tarjeta azul UE. La segunda reunión del GEME, que se celebró el 7 de diciembre de 2015, se centró en las «opciones de actuación para una nueva tarjeta azul UE»⁷²⁴. Los grupos de expertos apuntan que realmente es necesario crear una política activa de migración internacional y no solamente generar de manera pasiva reacciones a las acciones *ad hoc* de los eventos cuyo ámbito no está garantizado en las actuales directivas «sectoriales».

2.4 El derecho a trabajar en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

En cuanto a la regulación del derecho a trabajar en la Carta de DFUE⁷²⁵, este instrumento jurídico vinculante establece en su articulado que *toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada*. Ahora bien, la Carta de DFUE también aclara que solamente *todo ciudadano de la Unión tiene*

⁷²² DE SOMER, M., “Trends and Gaps in the Academic Literature on EU Labour Migration Policies”, *NEUJOBS Working Paper*, nº 5, 2011, pp. 3-4.

⁷²³ *Vid.* El informe del grupo de los expertos <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=19267&no=2>.

⁷²⁴ Registro de grupos de expertos de la Comisión. La composición, los informes de reuniones y las contribuciones escritas de los participantes pueden consultarse en: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3253>.

⁷²⁵ Artículo 15 de la Carta de DFUE, denominado «Libertad profesional y derecho a trabajar».

la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro. Por lo tanto, el segundo apartado del artículo 15 de la Carta de DFUE subraya que todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de trabajar en cualquier Estado miembro. A cambio, el tercer apartado del mencionado artículo prevé que *los nacionales de terceros países que están autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.* De manera que el mismo artículo de la Carta de DFUE avala el trato diferente relativo al acceso al mercado laboral en los Estados miembros atendiendo al estatuto jurídico de cada persona en concreto. A los nacionales de terceros países se les requiere la autorización para poder trabajar en un determinado Estado miembro, mientras que los ciudadanos de la Unión tienen la libertad de buscar el empleo y de trabajar. En cuanto a las condiciones laborales, la Carta de DFUE confirma que los nacionales de terceros países tienen derecho a unas condiciones equivalentes, pero no iguales a aquellas de los ciudadanos de la Unión.

2.5 El concepto de trabajador migrante

Para tratar cualquier tema relativo a la inmigración laboral es más que necesario aclarar el concepto de «trabajador migrante», concepto jurídico nada fácil de determinar. Se entiende que la migración laboral se refiere al movimiento de personas desde un país a otro, o dentro de un mismo país, con fines laborales. No obstante, como cada Estado miembro establece sus propias reglas para regular la inmigración laboral a nivel estatal, cada Estado miembro prevé también la definición del trabajador migrante en su correspondiente legislación⁷²⁶.

Generalmente, se considera trabajador migrante la persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un estado en el que no es nacional⁷²⁷. Además, las directivas de la UE al establecer las condiciones de admisión y estancia para diferentes categorías de nacionales de terceros países prevén que el

⁷²⁶ GUILD, E., “Free Movement of Workers: From Third Country National to Citizen of the Union”, en MINDERHOUD, P. y TRIMIKLINIOTIS, N. (Eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Wolf Legal Publishers: Nijmegen, 2009, pp. 25–38.

⁷²⁷ La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. Es el Tratado más comprensible y completo en relación a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus derechos fundamentales, entrado en vigor en 2003. 13 años después de su adopción, la Convención ha sido ratificada solamente por 46 Estados, ninguno de los cuales es considerado como un país con números altos en inmigración.

estatuto legal del «trabajador» previsto en la regulación europea no está vinculado a la relación laboral con el empleador, sino que a determinados fines, situación que pone al trabajador en una posición más vulnerable⁷²⁸. A pesar de que varios instrumentos jurídicos de la UE regulan las categorías de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos laborales, la UE a día de hoy no prevé la definición única y armonizada de trabajador migrante. Son varias las directivas europeas que se limitan a definir al «trabajador de un tercer país», como todo nacional de un tercer país que ha sido admitido en el territorio de un Estado miembro, reside legalmente en él, y que está autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en ese Estado miembro en virtud del Derecho o las prácticas nacionales. Por lo tanto, se observa que el texto jurídico de las propias directivas se remite a las prácticas nacionales de cada Estado miembro para definir a los trabajadores migrantes. En cambio, el concepto de trabajador migrante está definido en los instrumentos internacionales⁷²⁹. No obstante, el legislador europeo optó por una distinta «clasificación» de los trabajadores respondiendo a diferentes motivos concretos. Por lo tanto, esta clasificación de los perfiles responde a las necesidades en unos determinados sectores del mercado laboral europeo y no a un concepto jurídico del trabajador migrante. Como consecuencia de esta clasificación, la actual UE cuenta con tantos regímenes de migración laboral como perfiles laborales de nacionales de terceros países en la UE.

En tal orden de ideas, todos los instrumentos jurídicos de la UE que regulan la admisión de los nacionales de terceros países por motivos laborales más o menos «armonizados», conviven con las políticas nacionales de los permisos de trabajo expedidos por los Estados miembros. Por ello, aparte de las categorías previstas en la legislación europea, los Estados miembros cuentan con su propia definición de la categoría de trabajadores migrantes. Es más, en esta materia, como en muchas otras, es muy importante añadir a cada tipo de permiso el tipo de trabajador admitido en virtud de la normativa europea o estatal.

⁷²⁸ HERZFELD OLSSON, P., “Introduction to the Directives”, en HERZFELD OLSSON, P. (Dir.), *National Effects of the Implementation of EU Directives on Labour Migration from Third Countries*, Wolters Kluwer, Alphen an den Rijn, 2016, p. 14.

⁷²⁹ Véase, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990.

2.6 El volumen de admisión de los trabajadores procedentes de terceros países

A lo largo de los últimos años, la UE ha desarrollado una amplia gama de instrumentos jurídicos acerca de la admisión de diferentes categorías de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos. A este respecto, una de las características específicas del régimen jurídico para los trabajadores procedentes de terceros países es la referida al volumen de admisión de estas personas al territorio europeo. Actualmente, y en virtud de lo establecido en el artículo 79.5 del TFUE, la admisión de los nacionales de terceros países por motivos laborales en el territorio de un determinado Estado miembro de la UE es competencia exclusiva de los Estados miembros. Esta importante limitación relativa a la admisión de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE para trabajar, ha sido objeto de debate en la Comisión Europea desde el año 2005⁷³⁰. La Comisión Europea intentó aproximar las legislaciones estatales en materia de volumen de admisión por medio de la propuesta de la Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros Estados por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia⁷³¹. No obstante, dicha propuesta no ha prosperado. Es más, aparte de la competencia estatal en relación al volumen de admisión de trabajadores procedentes de terceros países, los Estados miembros adoptaron en sus legislaciones nacionales también el principio de preferencia. Este principio prevé la preferencia para ocupar las vacantes existentes en el mercado laboral nacional por los ciudadanos de la Unión y por

⁷³⁰ Véase a tal respecto, el *Libro Verde relativo al planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica* [COM (2004) 811 final], el cual condujo a la adopción de la Comunicación [COM (2005) 669 final] a finales de 2005. Otra Comunicación de la Comisión Europea [COM (2008) 611 final] adoptada en octubre de 2008 hace hincapié en la importancia de reforzar el planteamiento global de la migración, aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias, como elemento de las políticas de exterior y de desarrollo.

⁷³¹ Se trataba de una propuesta general de Directiva para regular las condiciones de entrada y residencia de todos los nacionales de terceros países que pretendían ejercer actividades económicas por cuenta propia o por cuenta ajena en la UE. No obstante, esta propuesta no tuvo éxito, entre otras razones, porque cada Estado admite un tipo ideal de inmigrante que satisface unas características y que es el candidato idóneo. Ello no obsta a que las diferencias entre las condiciones de admisión y de residencia entre los Estados miembros alienten a la inmigración irregular, sobre todo de aquella que es sobrevenida, tras una entrada regular a la UE. La propuesta de la Directiva fue publicada en COM (2001) 386 final, de 11 de julio de 2001, y estuvo bloqueada durante varios años en el Consejo siendo retirada por la Comisión en el año 2006 (Propuestas de la Comisión retiradas tras el examen a la vista de su importancia general, su impacto sobre la competitividad y otros aspectos, en *DOUE C* 64, 17.03.2006).

los nacionales de terceros países que residen legalmente en la UE⁷³². Por lo tanto, además del volumen de admisión al territorio de la UE, dicha admisión de un nacional procedente de tercer país para un determinado puesto de trabajo está sujeta también, al principio de preferencia antes mencionado. En relación a la regulación de los trabajadores altamente cualificados, la mayoría de los Estados miembros (excepto República Checa, Alemania, España, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos y Portugal) optaron por aplicar la posibilidad de verificar que la vacante puede cubrirse con mano de obra nacional o procedente de la UE⁷³³. La única excepción en relación a la preferencia antes mencionada se prevé en las directivas que regulan las condiciones de entrada a los estudiantes, nacionales de terceros países donde al principio no se aplica la previsión del volumen de admisión, si el Estado miembro en cuestión considera que se mantiene o se mantendrá una relación laboral con el estudiante. Solamente los estudiantes que no tienen prevista la relación laboral quedan excluidos de la excepción. No obstante, a los estudiantes que además de entrar a determinado Estado miembro de la UE con la finalidad de estudiar, cuenten con una oferta laboral mientras estudian, sí se les aplica el régimen general previsto en el artículo 79.5 del TFUE.

En tal orden de cosas, la admisión de los nacionales de terceros países a la UE en calidad de trabajadores está sujeta al poder soberano de los Estados miembros de la UE. No se puede afirmar lo mismo en el supuesto de los ciudadanos de la Unión, ya que los Estados miembros han cedido poderes en relación a la admisión de estos nacionales. Sin embargo, el artículo 79.5 del TFUE vuelve a reiterar que en los casos de admisión de los nacionales de terceros países por motivos laborales, los Estados miembros no están dispuestos a ceder su soberanía nacional. Por ello, el TFUE deja a salvo el derecho de los Estados miembros a establecer el volumen de admisión para acceder a su territorio con la finalidad de trabajar⁷³⁴.

Todas las excepciones antes mencionadas representan un buen ejemplo de cómo la UE deberá estudiar la forma de conciliar estas limitaciones con las necesidades colectivas de la economía europea.

⁷³² FARGUES, P. y KALANTARYAN, S., Stereotype 2 “Migrants steal our jobs”, en FARGUES, P. (Ed.), *Is what we hear about migration really true?: Questioning eight stereotypes.*, MPC report, disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31731/MPC_2014_FARGUES.pdf?sequence=1.

⁷³³ COM (2014) 287 final, p. 8.

⁷³⁴ PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, op. cit., p. 239.

III. LAS CATEGORÍAS DE TRABAJADORES

3.1 Trabajadores altamente cualificados o (Titulares de la «tarjeta azul UE»)

3.1.1. Aspectos generales

«Quiero que Europa sea, al menos, tan atractiva para los profesionales altamente cualificados como Australia, Canadá y EE.UU»⁷³⁵.

Las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países altamente cualificados en la UE quedan enmarcadas en un primer instrumento jurídico de la inmigración laboral en UE. A pesar de que la UE en la actualidad está interesada en todo tipo de perfiles laborales, tanto en los altamente cualificados como en los que no cuentan con tanta experiencia profesional, los «brain drain», o en palabras del Derecho de la UE, los «blue cards», representan a la categoría de los nacionales de terceros países «por excelencia». Por lo tanto, no es nada extraño que los avances legislativos presentados por la UE propongan atender, en primer lugar, a esta categoría de los nacionales de terceros países. Se observa que la migración de «cerebros» a cualquier parte del mundo trae aparejadas mejoras económicas en los países receptores⁷³⁶. Además, los trabajadores altamente cualificados tienen más posibilidades de integrarse en la nueva sociedad de acogida. En lo que respecta al ordenamiento jurídico europeo, la UE pretende atraer a los «cerebros» procedentes de terceros países ya que estos trabajadores son una mano de obra imprescindible para el crecimiento y la competitividad de la economía europea⁷³⁷. Muchos jóvenes que deciden buscar mejores oportunidades laborales representan «lo mejor» en sus países de origen. Los estudios subrayan que, en el futuro, los cambios estructurales en las economías de la UE seguirán aumentando la demanda de cualificaciones superiores no inmediatamente disponibles en el mercado laboral, lo que dará lugar a nuevas carencias de la mano de obra en la UE. Además, se entiende que no deberían ser solamente los migrantes «jóvenes, sanos y dinámicos», una selección de personas que saben enfrentarse a cualquier riesgo y que

⁷³⁵ Orientaciones políticas, Jean-Claude Juncker, *Mis cinco puntos sobre la inmigración*, disponible en: <http://juncker.epp.eu/node/154>, punto 4.

⁷³⁶ CHOLEWINSKI, R., “*Migrant Workers in...*”, *op. cit.*, p. 29.

⁷³⁷ GUILD, E., “*Security and migration...*”, *op. cit.*, p. 134.

disponen de las necesarias características humanas, los únicos potenciales trabajadores altamente cualificados⁷³⁸.

Entrando en más detalles, el instrumento jurídico en vigor que regula la admisión, residencia y movilidad de los Trabajadores altamente cualificados o (Titulares de la «tarjeta azul UE») es la Directiva 2009/50/CE⁷³⁹. Se entiende que la Unión gestiona, a través de este instrumento jurídico, la migración legal atrayendo a cierto sector potencial de inmigrantes muy atractivos para el futuro de la UE⁷⁴⁰. No obstante, el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2009/50/CE puso de relieve en relación a «los avances conseguidos por la Directiva», que el sistema de la tarjeta azul UE vigente no responde suficientemente a los presentes y futuros desafíos⁷⁴¹. Dicho informe subrayó la falta de la transposición adecuada en varios Estados miembros de la UE, la concesión de derechos muy limitados, la no regulación de la movilidad dentro de la Unión, falta de información sobre el esquema de la tarjeta azul UE y poco nivel de coherencia, entre otras carencias y problemas. Para elaborar el informe, la Comisión Europea pidió a los Estados miembros los datos relativos a los sectores de ocupación por los nacionales de terceros países altamente cualificados, información no facilitada por todas autoridades nacionales. Por todos estos motivos, la Comisión Europea expresó su preocupación en relación a «diferentes transposiciones» y a la «serie muy limitada de derechos y de muchas barreras de la movilidad dentro de la Unión» de trabajadores altamente cualificados⁷⁴². Es más, si bien las encuestas sobre las intenciones de los potenciales migrantes con altos niveles de estudios indican un atractivo relativamente

⁷³⁸ PAPADEMETRIOU, D.G. y MARTÍN P.L., “Labor migration and...”, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁷³⁹ Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Esta Directiva era el primer instrumento legal adoptado como resultado de las propuestas del Plan de política en materia de migración legal de 2005, *Plan de política en materia de migración legal*, Comunicación de la Comisión, Bruselas, 21.12.2005, COM (2005) 669 final. La presente Directiva se adoptó sobre todo para atraer a los trabajadores altamente cualificados, aumentar la competitividad en la UE y cumplir con los objetivos de la Estrategia de Lisboa. De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda y de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, dichos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no están vinculados por ella ni sujetos a su aplicación.

⁷⁴⁰ MEHDI, R., “La politique européenne d’immigration au prisme du réel”, en MARTIN, J-C. (Dir.), *La gestion des frontières extérieures de l’Union européenne. Défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, Pedone, 2011, pp. 107-144.

⁷⁴¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2009/50/CE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado («Tarjeta azul UE»), COM (2014) 287 final.

fuerte de la UE, en comparación con otras economías desarrolladas, la UE no es suficientemente eficaz ni para materializar cifras más elevadas de trabajadores altamente capacitados, ni para retener al talento formado en la UE. Los datos muestran que de todos los migrantes procedentes de fuera de la UE que llegan a los países de la OCDE, el 48% de los migrantes con bajos niveles de estudios y el 31% de los migrantes con altos niveles de estudios eligen como su destino la UE⁷⁴³. Así, únicamente el 31% de los nacionales de terceros países altamente cualificados de los países de la OCDE escoge la UE como destino para desarrollar su talento. Como se verá a continuación, esto queda confirmado en la tabla relativa a la concesión de la tarjeta azul UE.

En esta línea, varios autores cuestionan si realmente el régimen actual de la tarjeta azul UE es «altamente atractivo» para los nacionales de terceros países⁷⁴⁴. La crítica acerca del régimen de la tarjeta azul UE se basa sobre todo en considerar si la misma es un instrumento especial de selección de unos determinados perfiles de nacionales de terceros países «highly skilled», «profitable» o «talented»⁷⁴⁵ con estudios universitarios, dejando a varias categorías de personas altamente cualificadas fuera de su ámbito de aplicación. Es más, los autores opinan que sería más que necesario revisar el actual régimen en relación a los puestos de trabajo que más que estudios requieren alta capacitación profesional⁷⁴⁶. A pesar de que la Directiva 2009/50/CE prevé las condiciones de admisión y de residencia para las personas altamente cualificadas, existen varias categorías de nacionales de terceros países a las cuales no se les aplica dicha Directiva (por ejemplo, los médicos, las enfermeras, los arquitectos, etc.), cuyas condiciones de admisión y de residencia dependen de la legislación nacional de cada Estado miembro en concreto⁷⁴⁷. También por estos motivos, el legislador europeo decidió adoptar un giro en la política de atracción de los talentos a la UE.

⁷⁴³ SENNE, J.-N. y DAVID, A., *General Context and Contribution of Labour Migration in Europe*, OCDE, 2016, pendiente de publicación.

⁷⁴⁴ Entre otros, véase, por ejemplo EISELE, K., “*Why come here...*”, *op. cit.*, p. 4. KALANTARYAN, S. y MARTÍN, I., “Reforming the EU blue card as a labour migration policy tool?”, *Migration Policy Centre; Policy Briefs*, 08, 2015, disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35744/MPC_PB_2015_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁷⁴⁵ CARRERA, S., “Building a Common Policy on Labour Immigration: Towards a Comprehensive and Global Approach in the EU”, *CEPS Working Document*, nº 256, Brussels, 2007, p. 2.

⁷⁴⁶ BOERI, T. *et alii*, *Brain Drain Brain Gain. The Global Competition to Attract High-Skilled Migrants*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁷⁴⁷ European Migration Network: *Intra-EU Mobility of third-country nationals*, 2013, disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/doc_centre/immigration/docs/studies/emn-synthesis_report_intra_eu_mobility_final_july_2013.pdf, p. 29.

En este orden de cosas, las últimas estadísticas y las previsiones acerca del futuro de la política migratoria en la UE condicionada por las necesidades del mercado laboral europeo, llevaron al legislador europeo a adoptar recientemente la propuesta relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación⁷⁴⁸ (en adelante, Propuesta). «*El sistema revisado de tarjeta azul UE hará más fácil y atractivo para los nacionales altamente cualificados de terceros países desplazarse a la UE y trabajar en ella, reforzando nuestro crecimiento económico*»⁷⁴⁹. Con este objetivo, la Comisión Europea presentó la nueva Propuesta al no ser la UE suficientemente atractiva y popular para los talentos procedentes de los terceros países. Por otro lado, dicha Propuesta tiene por objetivo reaccionar tanto para aumentar la competitividad de la UE como para hacer frente a los futuros cambios demográficos en la UE. *De la nueva Propuesta de la Directiva sobre la tarjeta azul UE, la UE espera obtener «aportaciones valiosas para convertir este instrumento en una verdadera tarjeta de visita de la Unión en la competencia mundial para atraer el talento, las cualificaciones, como también para mejorar la sostenibilidad*

⁷⁴⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación (Estrasburgo, 7.6.2016, COM (2016) 378 final, 2016/0176 (COD). La presente propuesta pretende establecer un régimen atractivo a escala de la UE para los trabajadores altamente capacitados, en consonancia con las políticas de la UE dirigidas a profundizar y reforzar el mercado único. A este respecto, véase también, *Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas*, COM (2015) 550 final. En su informe de 23 de marzo de 2016, el Parlamento Europeo recordó que la revisión de la Directiva sobre la tarjeta azul UE debe ser ambiciosa y estar bien orientada y que, en particular, debe estar destinada a eliminar las incoherencias existentes en relación, por ejemplo, con los sistemas nacionales paralelos; véase, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0066+0+DOC+XML+V0//ES>. Además, la presente propuesta es coherente con el *Plan de acción sobre la integración de nacionales de terceros países* COM (2016) 377 final. Por otro lado, la próxima *Nueva agenda de capacidades para Europa*, aborda la cuestión general del reconocimiento de las cualificaciones, y por lo tanto, también es pertinente para la admisión de trabajadores altamente capacitados al amparo de la tarjeta azul UE [COM (2016) 381 final]. La propuesta de nuevo régimen de tarjeta azul de la UE precedió la consulta pública de las partes interesadas (migrantes, empleadores, organismos públicos, sindicatos, ONG, agencias de empleo, etc.), compartiendo todas sus opiniones sobre la tarjeta azul de la UE, como también apuntando cómo mejorar el régimen actual. Vid. más en *Comisión Europea avanza en la Agenda de Migración*, Bruselas, 27 mayo 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5039_es.htm. En total se recibieron 610 respuestas al cuestionario enviado a los entrevistados y 15 respuestas escritas procedentes de una amplia gama de agentes que representaban a todas las partes pertinentes interesadas. Los resultados y las contribuciones están disponibles en línea. Vid. COM (2016) 378 final, p. 8.

⁷⁴⁹ Dimitris Avramopoulos, Comisario de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía, *La Comisión Europea presenta hoy un plan de acción para apoyar a los Estados miembros en la integración de los nacionales de terceros países y a su contribución económica y social a la UE*, Estrasburgo, 7 de junio de 2016.

presupuestaria»⁷⁵⁰. La Propuesta pone de relieve el importante cambio de la política de la UE en atraer a los nuevos talentos procedentes de terceros países a la UE y se centra claramente en los aspectos relativos al mercado laboral europeo⁷⁵¹. No es nada extraño que una de las primeras propuestas del paquete legislativo de la migración legal sea la referida a los trabajadores altamente cualificados, ya que dichos migrantes generan una contribución neta al mercado laboral⁷⁵², y tienden a mejorar la innovación del país receptor en general⁷⁵³. Antes de adoptar la Propuesta, el grupo de expertos de migración económica llegó a analizar en su informe la posible inclusión en el ámbito personal de los titulares de la tarjeta azul UE de los emprendedores, creando un permiso denominado «star-up visa»⁷⁵⁴, como también de los potenciales inversores ofreciéndoles la regulación jurídica prevista en la tarjeta azul UE. Sin embargo, finalmente no se incluyeron estas categorías específicas de perfiles de nacionales de terceros países en el ámbito personal de la Propuesta. El Parlamento Europeo expresó en el contexto de la Propuesta de la actual Directiva 2009/50/CE, su preocupación de aumentar cualquier medida que haga la UE más atractiva para los trabajadores altamente cualificados, como también para cumplir las necesidades del mercado laboral de la UE y promover la prosperidad de la UE. Con esta finalidad, el Parlamento Europeo remitió a la Comisión la necesidad de abrir más vías legales para garantizar a los trabajadores los derechos de movilidad en el territorio de la UE y permitir a tales trabajadores permanecer en la UE, por un período limitado, al finalizar el contrato con miras a buscar un trabajo⁷⁵⁵. Es muy importante destacar que a día de hoy, la Propuesta es un instrumento jurídico sin ningún efecto jurídico, aunque se espera su adopción temprana con todas las novedades y cambios incluidos en la misma. Además, mediante la presente Propuesta el legislador

⁷⁵⁰ El Comisario de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía, Dimitris Avramopoulos, *La Comisión Europea avanza en la Agenda de Migración*, Bruselas, 27 mayo 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5039_es.htm.

⁷⁵¹ Propuesta COM (2016) 378 final, p. 13.

⁷⁵² BOERI, T. *et alii*, *Brain Drain Brain Gain...*, *op. cit.*

⁷⁵³ VENTURINI, A., “Innovation and Human Capital: the role of Migration”, *MPC Policy Brief*, European University Institute, Florence, 2014.

⁷⁵⁴ Expert Group on Economic Migration, *Discussion paper n° 2*, Reviewing the Blue Card Directive, 17/03/2015, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=19267&no=2> p. 5.

⁷⁵⁵ European Parliament resolution of 26 September 2007 on *Policy priorities in the fight against illegal immigration of third-country nationals*, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2007/0637/COM_COM%282007%290637_EN.pdf.

européico ofrece una perspectiva acerca de las futuras actuaciones por parte del Derecho de la UE en esta materia. En primer lugar, cabe destacar que la misma cambia la expresión de «empleo altamente cualificado» por el «empleo de alta capacitación». Dicho cambio se debe a la inclusión de las «competencias profesionales superiores»⁷⁵⁶ y de la «actividad profesional»⁷⁵⁷ de los nacionales de terceros países con independencia de los estudios superiores. En segundo lugar, el concepto de trabajador altamente *capacitado* debe sustituir al concepto de trabajador altamente *cualificado*, subrayando que tanto las titulaciones de enseñanza formales como la experiencia profesional equivalente deben tenerse igualmente en cuenta como criterios de entrada y residencia de los nacionales de terceros países, titulares de la tarjeta azul UE⁷⁵⁸.

Otro objetivo principal de la Propuesta descansa en ampliar el ámbito personal para atraer y retener a todos los «cerebros» de terceros países. A este respecto, la Propuesta iguala la experiencia mínima del trabajador de 3 años del trabajador a la obtención de una cualificación superior. Se estima que las competencias y actitudes adquiridas a través del aprendizaje no formal e informal pueden desempeñar un importante papel para mejorar la capacidad de empleo y la movilidad dentro de la Unión⁷⁵⁹. Además, con el fin de fomentar la inclusión social de los beneficiarios de protección internacional y de mejorar sus oportunidades en el mercado de trabajo en toda la Unión, aquellos que estén altamente capacitados deben estar facultados para solicitar la tarjeta azul UE. Tal y como se ha mencionado anteriormente, en relación a los beneficiarios de la protección internacional, es interesante subrayar que la Propuesta prevé mantener de forma paralela para estos titulares tanto el estatuto de beneficiario de

⁷⁵⁶ Por tales se entienden las competencias avaladas por un mínimo de tres años de experiencia profesional de un nivel comparable a las cualificaciones de enseñanza superior y que sean pertinentes en la profesión o en el sector especificado en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo, artículo 2 (i) de la Propuesta.

⁷⁵⁷ La actividad profesional es una actividad temporal relacionada con los intereses profesionales del empleador, como la asistencia a reuniones de negocios internas y externas, la asistencia a conferencias y seminarios, la negociación de acuerdos comerciales, la realización de ventas o actividades de mercadotecnia, la realización de auditorías internas o de clientes, la exploración de oportunidades de negocio o la asistencia y la recepción de formación, véase el artículo 2.1 de la Propuesta COM (2016) 378 final.

⁷⁵⁸ Considerando 6 de la Propuesta COM (2016) 378 final.

⁷⁵⁹ Recomendación del Consejo, de 20 de diciembre de 2012. Como no todos los Estados miembros disponen de mecanismos y dispositivos de evaluación y validación de la experiencia profesional, se debe facilitar un período adicional de transposición de dos años tras la entrada en vigor de la presente Directiva, en relación con las disposiciones referentes al reconocimiento de la experiencia profesional, con el fin de permitir a los Estados miembros, cuando sea necesario, desarrollar tales mecanismos y dispositivos.

protección internacional, como también el de titular de la tarjeta azul UE. Sin embargo, por razones de claridad y coherencia jurídica, las disposiciones relativas a la igualdad de trato y a la reagrupación familiar no se deben aplicar a este grupo de titulares de la tarjeta azul UE en el Estado miembro que les haya concedido la protección internacional⁷⁶⁰. Esta novedad legislativa deja muy claro el mensaje del legislador europeo en ampliar el ámbito de aplicación de la tarjeta azul UE solamente a todos los nacionales de terceros países altamente cualificados. No obstante, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a los miembros de familia que acompañan a los titulares de la tarjeta azul UE. A este respecto es muy interesante destacar que en la regulación vigente de la tarjeta azul UE, los miembros de familia cuentan ya con un régimen jurídico especial. Según lo previsto en la Directiva 2009/50/CE, la reagrupación familiar no estará supeditada al requisito de que el titular de la tarjeta azul UE tenga unas perspectivas razonables de obtener el derecho de residencia permanente ni a que haya cumplido un período mínimo de residencia a cambio de lo establecido en la Directiva 2003/86/CE⁷⁶¹. No obstante, la amplia mayoría de los titulares de tarjeta azul UE son menores de 35 años y quizás, no han fundado aún una familia. Otro cambio relativo a los familiares del titular de tarjeta azul UE frente a los miembros de familia de otras categorías de nacionales de terceros países en situación regular, es que los Estados miembros no aplicarán ningún plazo límite con respecto al acceso al mercado laboral para estos miembros de familia⁷⁶². A este respecto, la Propuesta también establece el acceso a todos los nacionales de terceros países que sean miembros de familia de un ciudadano de la Unión al régimen de la tarjeta azul UE a fin de que puedan ejercer una actividad profesional de alta capacitación y realizar viajes profesionales a distintos Estados miembros, independientemente de que el ciudadano de la UE los acompañe o no.

En tal orden de ideas, la Propuesta tiene por objeto aumentar el atractivo del conjunto de la UE proporcionando un régimen único, transparente, flexible y simplificado para los trabajadores altamente capacitados en la UE. Si finalmente el legislador europeo adopta la Propuesta, la actual Directiva 2009/50/CE quedará derogada y sustituida por la misma. Esa es la razón por la que, en el presente trabajo, se analiza tanto el régimen actual como la regulación prevista en la Propuesta en relación a la movilidad de los nacionales de terceros países altamente cualificados en la UE. Tal y como ya se ha visto anteriormente, son muchas las vacantes en los sectores que

⁷⁶⁰ Considerando 8 de la Propuesta COM (2016) 378 final.

⁷⁶¹ Artículo 15.2 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁶² Artículo 15.6 de la Directiva 2009/50/CE.

requieren de personal altamente cualificado. Sin embargo, se observa que la mayor parte de las previsiones de la tarjeta azul UE en vigor restringen aún más los derechos de sus titulares, generando el efecto contrario al de relacionar la demanda laboral europea con el mercado internacional.

Según KALANTARYAN y MARTÍN⁷⁶³, para que la tarjeta azul UE se convierta en un auténtico instrumento europeo para atraer el talento, y, por consiguiente, cubra las vacantes en muchos sectores, necesita contar con varias reformas. En primer lugar, los autores apuntan que es más que necesario contar con una única tarjeta azul UE que dé acceso al mercado laboral en toda la UE por completo, sin tener que cumplir con las distintas condiciones previstas en cada Estado miembro. Se estima que el nuevo sistema de tarjeta azul UE generará un efecto económico positivo anual de entre 1 400 y 6 200 millones euros. Por lo tanto, este instrumento debería ser un único permiso de trabajo para toda la UE. Se constata que esta pequeña armonización de las condiciones de mercado para los titulares altamente cualificados no supondría ninguna distorsión en el derecho de los Estados miembros en determinar el volumen de admisión de los nacionales de terceros países en sus territorios. Es más, debería haber coexistencia entre los esquemas nacionales de la concesión de los permisos similares a la tarjeta azul UE. Mientras haya muchas diferencias entre el sistema europeo y estatal, el nacional del tercer país seguirá interesado por aquel sistema que más le beneficie. Se entiende que los derechos adjuntos a la concesión de la tarjeta azul UE deberían aumentar, sobre todo en relación a las previsiones jurídicas de la reagrupación familiar. Todas estas preocupaciones planteadas por varios autores se deben a que la tarjeta azul UE no se ha convertido a día de hoy en un instrumento suficientemente atractivo para los nacionales de terceros países que quieran desplazarse a la UE por motivos laborales, realidad que completamente confirmada en la siguiente tabla.

⁷⁶³ KALANTARYAN, S. y MARTÍN, I., “Reforming the EU blue card as a labour migration policy tool?”, *Migration Policy Centre; Policy Briefs*, 08, 2015, disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35744/MPC_PB_2015_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Tabla nº 10: Las tarjetas azules UE expedidas, renovadas y retiradas en los Estados miembros entre 2012-2015

(En color azul las tarjetas azules UE expedidas según la normativa europea, y en color verde los permisos nacionales⁷⁶⁴ concedidos a los trabajadores altamente cualificados)

TARJETA AZUL UE	EXPEDIDAS			RENOVADAS			RETIRADAS			2015	2015
	2012 ⁷⁶⁵	2013	2014	2012	2013	2014	2012	2013	2014	Los titulares de la tarjeta azul ⁷⁶⁶	Los miembros de familia de los titulares de tarjeta azul admitidos ⁷⁶⁷
BÉLGICA	0 8,643	5 8,638	19 8,353	:	0	7	:	0	0	19	26
BULGARIA	15 15	14 25	21 45	0	12	25	:	:	0	61	6
REPÚBLICA CHECA	62	72	:	1	20	:	0	0	:	181	102
ALEMANIA	2584 50,409	11580 42,180	12108 43,531	0	1	0	:	:	0	14,620	8,171
ESTONIA	16 835	12 863	15 1237	0	0	11	0	0	0	19	12
GRECIA	0	:	:	:	:	:	0	:	:	0	0

⁷⁶⁴ Reino Unido e Irlanda proporcionaron el número de los permisos nacionales expedidos. En Reino Unido se expidieron los siguientes permisos: 68.104 (2012); 79.982 (2013); 90.697 (2014). En el caso de Irlanda, el número de los permisos expedidos fue el siguiente: 4.007 (2012); 3.863 (2013); 5.495 (2014).

⁷⁶⁵ En relación a la procedencia de los trabajadores altamente cualificados en el año 2012 se mencionan los siguientes datos: Asia (1 886), Europa del Este (4 634), EE.UU (380), América del Sur (278), europeos del Sur (227), Norteafricanos (174), Centroamericanos (118), otras partes de África (78), Oceanía (38). En cuanto a los países de origen de los nacionales de terceros países altamente cualificados, en 2012 destacan India (699), China (324), Rusia (271), Estados Unidos (313) y Ucrania (149).

⁷⁶⁶ Los datos extraídos a 19 de octubre de 2016 desde <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

⁷⁶⁷ Los datos extraídos a 1 de septiembre de 2016 desde <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

ESPAÑA⁷⁶⁸	461	313	39	91	310	283	:	:	0	4	14
FRANCIA⁷⁶⁹	126	371	597	49	182	243	0	0	0	659	333

⁷⁶⁸ La normativa española de migración de los trabajadores altamente cualificados se encuentra regulada en dos normas diferentes. El sistema general de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículo 38ter de la última actualización, publicada el 12/12/2009), junto con el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, (los artículos 85 a 96 de la última actualización publicada el 24/04/2013, en vigor a partir del 24/04/2013), y la migración de interés económico especial regulada en la Ley 14/2013. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización regula los procedimientos para facilitar la entrada, residencia y permanencia en territorio español por razones de interés económico para los inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, movimientos intracorporativos, formación, investigación y desarrollo. En las autorizaciones de residencia reguladas en esta ley no se aplica la situación nacional de empleo, ya que hay un mandato legal de facilitar la llegada de la migración cualificada como elemento para contribuir y potenciar el progreso económico y social de España. Los criterios de admisión de los trabajadores altamente cualificados regulados en los artículos 85 a 96 del Real Decreto siguen de manera muy estricta a los previstos en la Directiva y se puede decir que es un auténtico «copia-pegar» de la Directiva 2009/50/CE. Antes de la entrada en vigor de esta reforma, no existía en virtud de la legislación española ninguna mención específica sobre los trabajadores altamente cualificados en Derecho de extranjería español. La implementación de la tarjeta azul UE en España tuvo lugar en el período de la recesión económica y de tasa de desempleo muy alta, lo cual queda reflejado en la legislación nacional. Atraer a los talentos no era prioridad política en estos tiempos para el legislador español en su agenda política. Por lo tanto, la trasposición de la Directiva en este Decreto fue restrictiva en varios aspectos. *Vid.* IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “The Transposition of the Blue Card Directive in Spain”, en STRIK, T. y GRÜTTERS, C. (Eds), *The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2013, pp. 68-69. En concreto, las dudas se plantearon en relación con el artículo 12 de Directiva 2009/50/CE que regula el derecho de igualdad de trato, subrayando que este derecho no aparece en el derecho transpuesto. A este respecto, FERNÁNDEZ, M. y GORTÁZAR, C., “Spanish National Report for the project “Integration of High Skilled Third Country Nationals in Europe: A New Proposal for Circular Talent Management”, *IEM*, Madrid, 2012, pp. 20-21. El nacional de tercer país que desea ser admitido como titular de la tarjeta azul UE en España debe producir un salario anual como mínimo de 34,185 euros (1.5 veces superior al salario medio de 22,790 en 2010). Además el solicitante debe cumplir con las siguientes condiciones: no estar en situación irregular; no contar con antecedentes penales como mínimo por el período de 5 años según lo previsto en el Código penal español, no estar inscrito como no admisible en la base de datos SIS y pagar la tasa de los trámites administrativos.

⁷⁶⁹ La Directiva 2009/50/CE fue transpuesta a la legislación francesa en la LOI n° 2011-672, du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (JORF n° 0139 du 17 juin 2011, page 10290 texte n° 1), como también en el Décret n° 2011-1049, du 6 septembre 2011, pris pour l'application de la loi n° 2011-672, du 16 juin 2011, relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité et relatif aux titres de séjour (JORF n° 0207, du 7 septembre 2011, page 15036 texte n° 9). Para ser titular de la tarjeta azul en Francia, el nacional de tercer país debe cumplir con los siguientes requisitos: educación superior al menos de 3 años en la universidad reconocida en el Estado en el cual se encuentra, o contar con la experiencia laboral de 5 años de un nivel comparable al de la educación superior; el contrato laboral de duración mínima de 1 año aprobado por el “Service de Main d’Oeuvre Etrangère”; y el salario mensual igual a 1.5 el salario medio como referencia, el cual es el estipulado anualmente en el Decreto. Para el 30 de noviembre de 2011, dicho salario aumentó a 52,725 salario anual bruto. El salario mensual requerido para los titulares de la tarjeta azul UE es aproximadamente el triple del salario mínimo (*SMIC = salaire minimum interprofessionnel de croissance*). Las autoridades francesas no hicieron uso de la posibilidad

CROACIA	:	10	7	:	0	3	:	0	4	32	10
	1,195	1,089	454								
ITALIA	6	87	165	:	0	0	:	0	0	237	4
CHIPRE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	1,804	1,296	1,461								
LITUANIA	:	26	92	:	18	58	:	1	7	128	0
	4,627	5,036	5,382								
LETONIA	17	10	32	0	18	29	0	7	8	87	38
	106	82	122								
LUXEMBURGO	183	236	262	0	70	219	0	0	1	336	0
	45	2	NO EXISTE YA								
HUNGRÍA	1	4	:	0	0	:	0	0	:	15	324
MALTA	0	4	2	0	0	4	0	0	0	0	6
PAÍSES BAJOS	1	3	0	0	0	0	0	0	0	20	0
AUSTRIA	124	108	:	5	9	:	:	:	:	140	188
	1,077	1,177	1,081								
POLONIA	2	16	46	0	0	0	0	0	0	369	192
	16,268	13,726	18,023							32,147	
PORTUGAL	2	4	3	:	1	0	:	:	0	:	0
RUMANÍA	46	71	190	0	0	41	0	6	9	140	128
ESLOVENIA	9	3	8	:	1	2	1	0	0	15	9

de bajar el salario a 1.2 la media del salario medio anual bruto para ciertas categorías de los profesionales; particularmente para muchos profesionales de la categoría intermedia, el requisito de salario sigue siendo muy alto, por ejemplo, para el personal de salud con la excepción de los médicos. Además, Francia decidió celebrar los acuerdos bilaterales estableciendo mejores condiciones de contratación con ciertos países, como por ejemplo Túnez y Senegal. A este respecto, véase, EISELE, K., “Why come here if I can go there? Assessing the ‘Attractiveness’ of the EU’s Blue Card Directive for ‘Highly Qualified’ Immigrants”, *CEPS*, n° 60, 2013, p. 19. El disfrute de la tarjeta azul UE en Francia ha sido muy limitado hasta hoy, sobre todo debido a la fuerte crisis económica en Francia. Sin embargo, la implementación de la tarjeta azul UE se vio como un punto de partida importante para atraer a los trabajadores altamente cualificados.

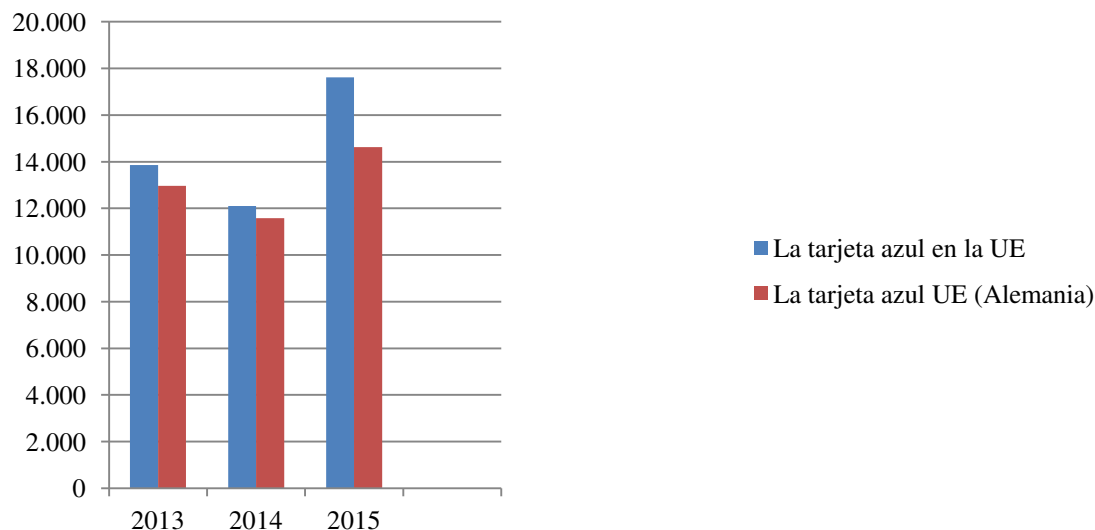
ESLOVAQUIA	7	8	6	0	0	0	0	0	0	7	9
FINLANDIA	2 747	5 991	: 1,153	0	0	:	0	0	:	15	21
SUECIA	0	2	0	0	0	0	0	0	0	2	0
TOTAL	3664	12964	13612	146	642	925	1	14	29	17,106	9,593

Fuente: Datos extraídos el 6 de octubre de 2015 en base a la información proporcionada por *Eurostat*, los tipos de las tarjetas azules, ocupación y ciudadanía, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558766/EPRS_BRI\(2015\)558766_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558766/EPRS_BRI(2015)558766_EN.pdf), y *Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches*, European Migration Network Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015, Dirección General de Migración y de Asuntos de Interior, disponible en: http://emn.ie/files/p_201608161223422016_emn_synthesis_change_of_status.pdf, p. 59.

Los últimos datos del Eurostat demuestran que hasta el año 2015 se concedieron muy pocas tarjetas azules UE en los Estados miembros⁷⁷⁰. El número de nacionales altamente cualificados de terceros países admitidos a la UE en régimen de tarjeta azul UE es, por el momento, insuficiente para hacer frente a las carencias de mano de obra en este ámbito. De los datos en la tabla se desprende que la mayoría de los Estados miembros mantienen su propio esquema para atraer a los trabajadores de terceros países compitiendo con el del permiso de la tarjeta azul UE. Tal y como se observa en los datos mencionados más arriba, los permisos nacionales expedidos a los trabajadores altamente cualificados representan en muchos países la forma más atractiva para los nacionales de terceros países en comparación con el régimen previsto en la tarjeta azul UE. Estos datos reflejan que es sobre todo en un determinado Estado miembro de la UE, en Alemania, donde se conceden más tarjetas azules UE.

⁷⁷⁰ Debido a los pocos datos obtenidos por los Estados miembros en relación a la expedición de las tarjetas azules UE, la Propuesta de la nueva tarjeta azul UE pretende crear estadísticas comunes desglosando el período de validez de los permisos, sexo y edad de los solicitantes, como también el sector económico. Se observa que debe permitirse el desglose de nacionales de terceros países a los que se les haya concedido una tarjeta azul de la UE y que gocen de protección internacional o del derecho a la libre circulación, así como de los titulares de la tarjeta azul UE que hayan adquirido el estatuto de residentes de larga duración.

Figura nº 8: El número de tarjetas azules UE concedidas en Alemania



Fuente: Eurostat, datos extraídos de la Dirección General de Migración y Asuntos Interiores, Comisión Europea, disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/20160406/factsheet_-_legal_migration_en.pdf.

En tal orden de ideas, la presente Directiva 2009/50/CE se entiende sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros de mantener o crear nuevos permisos de residencia con cualquier fin de empleo. Por lo tanto, varios Estados miembros siguen manteniendo sus propios regímenes de atracción de talento. Además, varios Estados miembros aplican las normas previstas en la Directiva de manera diferente en la práctica. Se entiende que los dos sistemas existentes paralelos para los trabajadores altamente cualificados pueden confundir a los potenciales candidatos y disminuyen «el atractivo» del sistema de la tarjeta azul UE. Sin embargo, los Estados miembros opinan que es fundamental mantener los permisos nacionales para los nacionales de terceros países que no cumplen con los requisitos previstos en la tarjeta azul UE⁷⁷¹. A este respecto, la nueva propuesta no permite a los Estados miembros disponer de regímenes nacionales paralelos dirigidos al mismo grupo de trabajadores altamente capacitados según la regulación europea. Con el fin de convertir la tarjeta azul UE en un régimen que realmente se aplique en el conjunto de la UE, según la Propuesta, los Estados miembros están obligados a conceder una tarjeta azul UE en lugar de un permiso

⁷⁷¹ CERNA, L., “The EU Blue Card: Preferences, policies, and negotiations between Member States”, *Migration Studies*, 2 (1), 2013, pp. 73–96.

nacional para un trabajo de alta capacitación a las personas incluidas en su ámbito de aplicación. Los Estados miembros solo podrán expedir permisos nacionales para los trabajadores de terceros países que no entren en el ámbito de aplicación de la Directiva, dentro de los límites establecidos en el resto de la legislación de la UE en materia de inmigración legal⁷⁷². Por lo tanto, la Propuesta establece un régimen único para toda la UE, que sustituye a los regímenes nacionales paralelos para crear empleo altamente cualificado, con el objetivo de ofrecer una mayor claridad a los solicitantes y a las empresas, convirtiendo el sistema en más visible y competitivo. Habrá que ver más adelante si, finalmente, los Estados miembros deciden convertir la tarjeta azul UE en un auténtico permiso europeo para los trabajadores altamente cualificados.

3.1.2 Las condiciones de entrada y residencia

La Directiva 2009/50/CE define las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado⁷⁷³. Este instrumento jurídico pretende combatir la escasez de mano de obra mediante la admisión de los nacionales de terceros países para estancias superiores a tres meses. Por lo tanto, estos nacionales, una vez concedida la tarjeta azul UE están autorizados a permanecer en el territorio de un Estado miembro durante el período superior a tres meses. Mientras que la actual legislación permite solamente ser admitidos como titulares de tarjeta azul UE a los nacionales de terceros países desde su país de origen de fuera de la UE, la Propuesta amplía el ámbito personal también a los nacionales de terceros países que ya hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro y cumplan con las condiciones previstas para ser titulares de la tarjeta azul UE. Cabe destacar que la mencionada Directiva establece unas condiciones de entrada y residencia mínimas armonizadas al nivel europeo cuya concreción depende de la legislación nacional de cada Estado miembro en concreto.

Para entrar y residir en un Estado miembro de la UE, el nacional de un tercer país que solicite una tarjeta azul UE deberá presentar un contrato de trabajo válido o una

⁷⁷² Considerando 5 de la Propuesta COM (2016) 378 final.

⁷⁷³ *Vid.* Considerando 11 de la Directiva 2009/50/CE.

oferta firme de empleo altamente cualificado, por un año como mínimo⁷⁷⁴; presentar un documento que acredite el cumplimiento de las condiciones para la profesión regulada, y la cualificación profesional pertinente para las profesiones no reguladas; presentar un documento de viaje válido; un visado si es necesario; y presentar la prueba de que posee, o de que ha solicitado, un seguro de enfermedad que le cubra frente a todos los riesgos que generalmente tienen cubiertos los nacionales del Estado miembro de que se trate⁷⁷⁵.

Además de las condiciones previamente mencionadas, el salario anual bruto resultante del salario mensual o anual especificado en el contrato de trabajo o la oferta firme de empleo no deberá ser inferior al correspondiente umbral salarial definido y publicado a estos efectos por los Estados miembros, que será como mínimo 1,5 veces el salario anual bruto medio en el Estado miembro de que se trate⁷⁷⁶. El mínimo de umbral salarial representa uno de los requisitos más criticados del actual régimen jurídico de la tarjeta azul UE, tanto por la doctrina como por los Estados miembros. No obstante, a día de hoy, la entrada de los titulares de la tarjeta azul UE depende del cumplimiento del umbral salarial⁷⁷⁷, un mínimo comparable con los niveles salariales de los Estados miembros, y en las cualificaciones profesionales. En la Propuesta, se prevé que dicho umbral salarial establecido por los Estados miembros debe ser como mínimo de 1,0 veces y como máximo de 1,4 veces el salario bruto anual medio del Estado miembro de que se trate. Es más, por lo que respecta a los nacionales de terceros países que hayan obtenido una cualificación de enseñanza superior no más de tres años antes de la presentación de la solicitud de una tarjeta azul de la UE, el umbral salarial será del 0,80% del umbral salarial establecido por el Estado miembro⁷⁷⁸.

A pesar de que el régimen jurídico europeo establezca las normas mínimas de entrada y de residencia para los nacionales de terceros países altamente cualificados, la decisión final acerca de la admisión y expedición de la tarjeta azul UE corresponde a las

⁷⁷⁴ La duración necesaria del contrato se abrevia de 12 a 6 meses en la Propuesta de nueva tarjeta azul UE en comparación con la Directiva 2009/50/CE, actualmente en vigor.

⁷⁷⁵ Artículo 5.1 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁷⁶ Artículo 5.3 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁷⁷ El umbral salarial determina un nivel mínimo, mientras que los Estados miembros pueden determinar un umbral salarial más elevado. Los Estados miembros deben fijar sus límites de acuerdo con la situación y la organización de sus respectivos mercados laborales y sus políticas de inmigración generales. Podrá hacerse una excepción al umbral salarial previsto en el régimen principal para profesiones concretas en que el Estado miembro de que se trate considera que existe una escasez particular de mano de obra disponible. *Vid.* considerando 10 de Directiva 2009/50/CE.

⁷⁷⁸ Artículo 5.5 de la Propuesta COM (2016) 378 final.

autoridades nacionales. En cuanto a la residencia, la Directiva 2009/50/CE prevé que la duración máxima de la residencia del titular de la tarjeta azul UE estará comprendida entre uno y cuatro años. Si el contrato de trabajo abarca un período inferior al fijado, la tarjeta azul UE se expedirá o renovará por el período de duración del contrato de trabajo más tres meses⁷⁷⁹. De la duración máxima de la validez de la tarjeta azul UE se desprende claramente la limitación temporal de estos profesionales en la UE. Además, al ser obligatorio residir en un Estado miembro como mínimo por un período de 5 años para poder optar por el estatuto de residente de larga duración según lo previsto en la Directiva 2003/109/CE, parece que los titulares de la tarjeta azul UE no están invitados a cambiar su estatuto jurídico por el de residente de larga duración. Sin embargo, la Directiva prevé que el titular de una tarjeta azul UE que haya hecho uso de la movilidad dentro de la UE estará autorizado a acumular períodos de residencia en diferentes Estados miembros a fin de cumplir el requisito de duración de la residencia, si acredita cinco años de residencia legal e ininterrumpida en el territorio europeo como titular de una tarjeta azul UE, y dos años de residencia legal e ininterrumpida, inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente como titular de una tarjeta azul UE en el territorio del Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud de permiso de residencia de residente de larga duración⁷⁸⁰. Por lo tanto, los titulares de la tarjeta azul UE no cuentan con ningún beneficio adicional para poder cambiar su estatuto jurídico por el de residente de larga duración. Es más, solamente se les expedirá un permiso de residencia de larga duración, anotando en el permiso de residencia «antiguo titular de tarjeta azul UE»⁷⁸¹ a los titulares de la tarjeta azul UE que cumplan las condiciones anteriormente previstas y ejerzan la movilidad. A este respecto, la Propuesta introduce nuevas medidas de facilitación de estas condiciones. A fin de garantizar un grado suficiente de integración en el país de acogida, el acceso para residente de larga duración se puede conseguir, en primer lugar, mediante un período de residencia ininterrumpida de tres años en un Estado miembro para titular de una tarjeta azul UE. Alternativamente, en aquellos casos en los que el titular de la tarjeta azul UE se haya trasladado a otro Estado miembro con arreglo a las disposiciones en materia de movilidad de la tarjeta azul UE, el estatuto puede obtenerse mediante cinco años de residencia ininterrumpida acumulada en diferentes Estados miembros. Para reforzar el vínculo con el país emisor del estatuto de residente de larga duración en la UE, se exige que el titular de la tarjeta azul UE haya residido en el Estado miembro de que se trate al

⁷⁷⁹ Artículo 7.2 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁸⁰ Artículo 16 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁸¹ Artículo 17 de la Directiva 2009/50/CE.

menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud del estatuto. De este modo, en la Propuesta se introducen nuevas disposiciones para garantizar que en esta transición de residencia no se pierdan derechos. Se estima que en relación al permiso de larga duración, la Propuesta mejora considerablemente las condiciones de los titulares de tarjeta azul UE para ser titulares del permiso de larga duración. Sin embargo, no me permitiría afirmar que dicha previsión presente una verdadera medida para hacer más atractiva la regulación jurídica de la tarjeta azul UE. A pesar de que varios operadores jurídicos revelaron la necesaria simplificación de las condiciones de entrada y de residencia para los «cerebros» procedentes de terceros países, la Propuesta no prevé realmente unas mejores condiciones a este respecto.

En cuanto a los derechos de los titulares de la tarjeta azul UE, cabe destacar el acceso al mercado de trabajo es el primer derecho otorgado por la Directiva 2009/50/CE, dado que los titulares de la tarjeta azul UE son trabajadores altamente capacitados que contribuyen a hacer frente a la escasez de mano de obra y de las competencias en sectores clave. Sin embargo, en circunstancias en las que el mercado laboral nacional sufra perturbaciones graves, tales como un elevado nivel de desempleo en una profesión o un sector determinados, que pueden limitarse a una región determinada o a otras partes del territorio, los Estados miembros deben tener en cuenta la situación de su mercado de trabajo antes de expedir una tarjeta azul UE⁷⁸². Durante los dos primeros años de empleo legal en un Estado miembro como titular de una tarjeta azul UE, el acceso al mercado de trabajo del interesado se limitará al ejercicio de las actividades de empleo remunerado que cumplan las condiciones de admisión. En virtud de lo establecido en la Propuesta, esta limitación desaparece, y los titulares de la tarjeta azul UE tendrán pleno acceso al empleo de alta capacitación en el Estado miembro. Un elemento más para afirmar la finalidad «económica» de la Propuesta viene establecido en la posibilidad de ejercer una actividad por cuenta propia en paralelo a la actividad de alta capacitación por los titulares de tarjeta azul UE. No obstante, los Estados miembros podrán mantener restricciones relativas al acceso al empleo, siempre y cuando las actividades correspondientes impliquen el ejercicio ocasional de la autoridad pública y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado, y estén reservadas a los nacionales de acuerdo con el Derecho nacional o Derecho de la UE vigente⁷⁸³. Los titulares de la tarjeta azul UE también tienen derecho a desempleo temporal. A este respecto, cabe subrayar que el desempleo no constituirá por sí mismo una causa de retirada de la tarjeta azul UE, a menos que el período de desempleo sea superior a tres

⁷⁸² Considerando 27 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁸³ Artículo 12 de la Directiva 2009/50/CE.

meses consecutivos o la situación de desempleo se produzca en más de una ocasión durante el período de validez de la tarjeta azul UE. Durante el período de desempleo, el titular de la tarjeta azul UE puede buscar y aceptar otro empleo cumpliendo con las condiciones de acceso al mercado de trabajo⁷⁸⁴. El respeto a la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro se refiere sobre todo a los derechos laborales⁷⁸⁵. Sin embargo, a pesar de varios cambios legislativos, a día de hoy, estos derechos no se pueden comparar con los derechos laborales de los ciudadanos de la Unión.

3.1.3 La movilidad dentro de la Unión

La movilidad dentro de la Unión de las personas económicamente activas está estrechamente vinculada con la idea de mercado interior único europeo. En todas las políticas laborales, la cuestión de la movilidad de los actores económicos permanece como un tema muy importante. No es por lo tanto nada extraño observar que precisamente la movilidad dentro de la Unión fue uno de los temas principales a regular en la nueva Propuesta legislativa de la tarjeta azul UE. La UE pretende atraer a los «talentos» sobre todo, ofreciéndoles, por lo menos en teoría, un mercado laboral europeo «móvil». El desmantelamiento físico de las barreras hacía posible la continúa regulación de las normas de movilidad dentro de la Unión para todas las personas. No obstante, los Estados miembros no están de acuerdo con muchos avances legislativos en relación a la movilidad, queriendo mantener y fortalecer el control sobre los nacionales de terceros países en sus territorios.

Hay que pensar que, si los nacionales de terceros países contaran con ciertas posibilidades de movilidad, su migración no estaría motivada solo por la búsqueda de los beneficios sociales o de una mejor posición jurídica, sino que podrían desplazarse respondiendo a la demanda laboral, lo cual contribuiría a mejorar la eficiencia del mercado interior. En el supuesto de la movilidad de los trabajadores altamente cualificados, la movilidad dentro de la Unión aumentaría la competitividad en muchos sectores que requieren de personal altamente cualificado. Además, la movilidad dentro de la Unión simboliza un valor muy añadido de la regulación europea, ya que los

⁷⁸⁴ Artículo 13 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁸⁵ Entre otros, son los referidos a las condiciones de empleo, regulación de la edad mínima para trabajar, las condiciones de trabajo, el horario de trabajo, las vacaciones, etc.

Estados miembros no contemplan en sus legislaciones nacionales esta posibilidad. Por todos estos motivos, es precisamente a través de la normativa relativa a la potencial movilidad dentro de la Unión como el mercado europeo pretende atraer a los trabajadores. Sin embargo, la regulación de la movilidad dentro de la Unión de los titulares de tarjeta azul UE está sujeta a muchas condiciones y desde luego no está percibida como la más atractiva⁷⁸⁶. En la actualidad, la movilidad profesional y geográfica de los trabajadores altamente cualificados de terceros países debería estar reconocida como un mecanismo esencial para mejorar la eficiencia del mercado laboral⁷⁸⁷. De este modo, la movilidad dentro de la Unión de los nacionales de terceros países altamente cualificados no debería ni siquiera cuestionarse, al ser estos nacionales considerados como un grupo de personas «excelentes». Pero, la realidad es diferente. A pesar de que la regulación de la tarjeta azul UE establece las normas de movilidad dentro de la Unión, dicho desplazamiento está sujeto a muchas condiciones. Por ello, la posibilidad de moverse a otro Estado miembro como titular de la tarjeta azul UE depende de una serie de condiciones, haciendo muy difícil el ejercicio de tal derecho en la práctica⁷⁸⁸.

En tal orden de ideas, cabe destacar que la Directiva 2009/50/CE prevé en artículos separados las condiciones de residencia en otro Estado miembro para los titulares de la tarjeta azul UE, por un lado, y para los miembros de la familia, por otro. En cuanto a los titulares de la tarjeta azul UE, para que puedan residir en segundo Estado miembro es necesaria la residencia legal en el primer Estado miembro como titular de una tarjeta azul UE durante 18 meses⁷⁸⁹. Por ello, según lo previsto en la legislación actual, la movilidad geográfica en la UE debe controlarse y ajustarse a la demanda durante el primer período de estancia legal del trabajador altamente

⁷⁸⁶ Expert Group on Economic Migration, *Discussion paper n° 2, Reviewing the Blue Card Directive*, 17/03/2015, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=19267&no=2>, p. 8.

⁷⁸⁷ Considerando 15 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁸⁸ WIESBROCK, A., *Legal Migration to the European Union*, Martinus Nijhoff Publisher, 2010.

⁷⁸⁹ Artículo 18 de la Directiva 2009/50/CE. El artículo establece que el segundo Estado miembro tramitará la solicitud e informará por escrito al solicitante y al primer Estado miembro de su decisión de: o bien expedir una tarjeta azul UE y permitir al solicitante residir en su territorio para fines de empleo altamente cualificado, o bien denegar la expedición de la tarjeta azul UE. En el supuesto de la expulsión del segundo Estado miembro, el primer Estado miembro readmitirá inmediatamente sin formalidades al titular de la tarjeta azul UE y los miembros de su familia. Esto se aplicará también si la tarjeta azul UE expedida por el primer Estado miembro ha expirado o ha sido retirada durante el estudio de la solicitud.

cualificado de un tercer país⁷⁹⁰. Tras 18 meses de residencia legal en el primer Estado miembro como titular de una tarjeta azul UE, el interesado y los miembros de su familia podrán trasladarse a otro Estado miembro para fines de empleo altamente cualificado⁷⁹¹. Por lo tanto, el trabajador altamente cualificado debe permanecer en el primer Estado miembro que le otorgó la tarjeta azul UE durante los primeros 18 meses, antes de poder moverse a otro Estado miembro. Esta permanencia «fija» de los trabajadores altamente cualificados parece indicar una cierta «prueba» de la experiencia profesional y de las cualificaciones del titular de la tarjeta azul UE en primer Estado miembro de la UE. Además, dicho titular que desee trasladarse a otro Estado miembro tras esos 18 meses de residencia legal en un primer Estado miembro, deberá solicitar otra tarjeta azul UE en el segundo Estado miembro. En la práctica, esto supone que el segundo Estado miembro vuelve a examinar si el titular de la tarjeta azul UE reúne las condiciones requeridas en dicho estado. Por ello, lo antes posible y en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio del segundo Estado miembro, el titular de la tarjeta azul UE, su empleador, o ambos, presentarán una solicitud de tarjeta azul UE a la autoridad competente de dicho Estado miembro con todos los documentos. El segundo Estado miembro podrá decidir en virtud de su Derecho nacional, si el solicitante puede o no trabajar en su territorio como titular de la tarjeta azul UE⁷⁹². Por supuesto, a este respecto, es más que importante tener en cuenta la situación del mercado laboral en el segundo Estado miembro. Al denegar la expedición de la tarjeta azul UE por el segundo Estado miembro, el primer Estado miembro readmitirá inmediatamente sin formalidades al titular de la tarjeta azul UE y a sus miembros de familia⁷⁹³.

En cuanto a los miembros de familia de los titulares de la tarjeta azul UE se observa que una vez cumplidas todas las condiciones y aceptados los titulares de tarjeta azul UE como también sus miembros de la familia en el segundo Estado miembro, en el plazo máximo de un mes desde su entrada en el territorio del segundo Estado miembro, los miembros de la familia o el titular de la tarjeta azul UE presentarán a las autoridades competentes de ese Estado miembro una solicitud de permiso de residencia como miembro de la familia⁷⁹⁴. Si la familia no estuviera todavía constituida en el primer

⁷⁹⁰ Considerando 20 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁹¹ Artículo 18.1 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁹² Artículo 18.2 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁹³ Artículo 18.5 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁹⁴ Artículo 19.2 de la Directiva 2009/50/CE. El apartado 3 del artículo 19 añade que el segundo Estado miembro podrá requerir a los miembros de la familia del titular de la tarjeta azul UE que adjunten a su solicitud de permiso de residencia: a) su permiso de residencia en el primer Estado miembro y un

Estado miembro, el segundo Estado miembro aplicará el procedimiento general para todos los miembros de familia previsto en la Directiva. El segundo Estado miembro podrá exigir al titular de la tarjeta azul UE que facilite pruebas de que dispone de un alojamiento; que dispone de recursos estables y regulares que son suficientes para su manutención y/o la de sus miembros de su familia sin recurrir a la asistencia social del Estado miembro de que se trate⁷⁹⁵.

Por todo lo visto anteriormente, en la actual regulación, la movilidad profesional de los trabajadores altamente cualificados de terceros países está condicionada por el empleo legal en un Estado miembro durante los primeros dos años. Estas limitaciones fomentan aún más la opinión de que lo único «europeo» en la regulación de la estancia de los nacionales de terceros países altamente cualificados en la UE, es la denominación de este permiso y nada más.

Al tener presentes las limitaciones de la actual regulación de la movilidad dentro de la Unión, era más que necesario plantear dichas deficiencias en la Propuesta. Además, varios operadores jurídicos ven cierta debilidad del sistema de la actual tarjeta azul UE en la capacidad muy limitada de facilitar la movilidad dentro la Unión. Por lo tanto, la Propuesta establece unos avances a este respecto subrayando la importancia de la movilidad dentro de la Unión de los trabajadores altamente cualificados al introducir, en el capítulo V, denominado la «movilidad entre Estados miembros», un nuevo artículo

documento de viaje válido, o copias certificadas de los mismos, así como un visado, si es preciso; b) la prueba de haber residido como miembros de la familia del titular de la tarjeta azul UE en el primer Estado miembro; c) la prueba de que disponen de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el segundo Estado miembro, o de que el titular de la tarjeta azul UE dispone para los miembros de su familia de dicho seguro. El segundo Estado miembro también podrá exigir al titular de la tarjeta azul UE que facilite pruebas de que: a) dispone de un alojamiento que en la misma región se considere normal para una familia comparable, y conforme con las normas generales sanitarias y de seguridad del Estado miembro de que se trate; b) dispone de recursos estables y regulares que son suficientes para su manutención y/o la de los miembros de su familia sin recurrir a la asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos atendiendo a su índole y regularidad y podrán tener en cuenta el nivel de las pensiones y salarios mínimos nacionales, así como el número de los miembros de la familia. La solicitud de permiso de residencia como miembro de familia se tiene que realizar en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio del segundo Estado miembro. El segundo Estado miembro podrá requerir a los miembros de la familia del titular de la tarjeta azul UE que adjunten a su solicitud de permiso de residencia: su permiso de residencia en el primer Estado miembro y un documento de viaje válido, la prueba de haber residido como miembros de la familia del titular de la tarjeta azul UE en el primer Estado miembro; la prueba de que disponen de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el segundo Estado miembro. A este respecto, véase el artículo 19.1, 19.2 y 19.3 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁹⁵ Artículo 19.4 de la Directiva 2009/50/CE.

que regula la actividad profesional en un segundo Estado miembro⁷⁹⁶. Este artículo permite a los titulares de la tarjeta azul UE entrar y permanecer en otros Estados miembros con el fin de llevar a cabo una actividad profesional. Si el Estado miembro que expide la tarjeta azul UE aplica íntegramente el acervo de Schengen, el titular de la tarjeta azul UE podrá circular dentro del espacio Schengen y llevar a cabo una actividad profesional durante 90 días en un período de 180 días. Si el Estado miembro que expide la tarjeta azul UE no aplica íntegramente el acervo de Schengen, los segundos Estados miembros permitirán la entrada y la estancia sobre la base de la tarjeta azul UE a los fines de la actividad profesional, sin exigir visado aparte de ninguna otra autorización, también durante 90 días en un período de 180 días. El principal objetivo de este artículo reside en garantizar las actividades profesionales en el interior de la UE por los titulares de la tarjeta azul UE, al ser consideradas las tareas habituales para este tipo de los trabajadores sin que presenten indicios de inseguridad jurídica ni una carga administrativa excesiva. Ahora bien, la persistente limitación de la actividad profesional en el segundo Estado miembro durante el período de 90 días como máximo, se vuelve a confirmar el escaso avance en esta materia, más bien repitiendo la regla general de la movilidad para cualquier nacional de tercer país que cuente con un permiso de residencia en un Estado miembro de la UE.

En esta línea, en comparación con la actual Directiva 2009/50/CE, se facilita la movilidad entre los Estados miembros, ya que el período de residencia exigido en el primer Estado miembro se reduce de 18 a 12 meses en la Propuesta⁷⁹⁷ y, en consonancia con el plan de movilidad de larga duración dejan de aplicarse algunas condiciones. En particular, no se permite examinar la situación del mercado laboral para los «titulares móviles de la tarjeta azul UE», si no es necesario analizar tal situación para las solicitudes de primera entrada. En cuanto a las cuotas y el acceso al mercado laboral, el segundo Estado miembro no puede volver a verificar las cualificaciones y aplicar la limitación de volumen de admisión por motivos laborales al nacional de tercer país altamente cualificado que ya haya entrado como titular de la tarjeta azul UE a un Estado miembro de la UE. Además, la Propuesta prevé simplificar y acelerar el procedimiento, pudiendo empezar a trabajar el titular de la tarjeta azul UE inmediatamente después de presentar la solicitud en el segundo Estado miembro. Los miembros de familia pueden reunirse con el titular de la tarjeta azul UE sin ninguna demora en el segundo Estado miembro.

⁷⁹⁶ Artículo 19 de la Propuesta COM (2016) 378 final.

⁷⁹⁷ Artículo 20.1 de la Propuesta COM (2016) 378 final.

3.1.4 La denegación del permiso

La Directiva 2009/50/CE establece también los motivos en virtud de los cuales los Estados miembros pueden retirar o denegar la renovación de la tarjeta azul UE. Tal situación se da cuando ésta ha sido obtenida fraudulentamente, o ha sido falsificada o manipulada; cuando se constate que el titular no cumplía o ya no cumple las condiciones de entrada y residencia establecidas para ser titular de tarjeta azul UE; o reside para fines distintos de aquellos para los que fue autorizado a residir. Además, las autoridades nacionales tienen la obligación de motivar la decisión de retirar o denegar la tarjeta azul UE en cada caso concreto. Aparte de estas condiciones, y de los requisitos generales de denegación de cualquier permiso, es decir del orden público, seguridad pública o salud pública, la Directiva 2009/50/CE regula otros supuestos en los cuales los Estados miembros deniegan o no renuevan la tarjeta azul, ya sea al titular de la misma o al miembro de su familia⁷⁹⁸. Uno de los motivos de denegación de la tarjeta azul UE se da cuando su titular no se tengan suficientes recursos para mantenerse y, en su caso, para mantener a los miembros de su familia sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate⁷⁹⁹. Cabe destacar que en la Propuesta desaparece esta condición. Además, algunos Estados miembros añaden más supuestos que pueden dar lugar a la denegación de tal permiso. A este respecto, por ejemplo, España transpuso en su regulación nacional la opción de retirar o no renovar la tarjeta azul UE si el titular de la misma no cuenta con recursos suficientes para mantenerse a sí mismo y a los miembros de su familia sin recurrir al régimen de asistencia social del Estado miembro, como también los supuestos en que el titular en concreto no comunica su dirección⁸⁰⁰.

3.2 Trabajadores que residen legalmente en un Estado miembro

3.2.1 Aspectos generales

El segundo instrumento jurídico adoptado por el legislador europeo en materia de inmigración laboral a nivel europeo fue la regulación jurídica del permiso para los

⁷⁹⁸ Los Estados miembros evaluarán estos recursos considerando su naturaleza y regularidad y podrán tener en cuenta el nivel de los salarios y pensiones nacionales mínimos, así como el número de los miembros de la familia de la persona de que se trate; etc., según lo previsto en el artículo 9.2 de la Directiva 2009/50/CE.

⁷⁹⁹ Artículo 9.3 (b) de la Directiva 2009/50/CE.

⁸⁰⁰ COM (2014) 287 final, p. 8.

trabajadores que quieren desplazarse por motivos laborales a algún Estado miembro, o que siendo residentes en la UE quieren formar parte del mercado laboral europeo. Así, los nacionales de terceros países que desean desplazarse, o que se encuentran ya en la UE por motivos laborales representan otra categoría de trabajadores procedentes de terceros países a efectos de la política de inmigración legal laboral de la UE⁸⁰¹.

La Comisión Europea viene llamando la atención, desde hace tiempo, sobre la necesidad de unificar en un único procedimiento los trámites relativos al permiso de trabajo y de residencia para los nacionales de terceros países que residen regularmente en un Estado miembro⁸⁰². Por lo tanto, la presente Directiva 2011/98/UE no se aplica solamente a los nacionales de terceros países que desean ser admitidos para residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro, sino que también a los trabajadores de terceros países que residen legalmente en la UE, con independencia de los fines de su admisión inicial en el territorio de un Estado miembro⁸⁰³. Así, esta Directiva 2011/98/UE se aplica también a los nacionales de terceros países que se desplazaron al Estado miembro por otro motivo que no sea de trabajo, pero cumplen con las condiciones para ser titulares de permiso de trabajo en la UE.

El ámbito personal de la mencionada Directiva no se aplica a las categorías «específicas» de los trabajadores procedentes de terceros países en virtud un instrumento jurídico concreto, por ejemplo, los titulares de tarjeta azul UE. Por lo tanto, la Directiva 2011/98/UE se aplica a los trabajadores procedentes de terceros países cuya admisión y residencia no está regulada a través de ningún instrumento europeo específico⁸⁰⁴. A este respecto, esta Directiva prevé la regulación de la admisión en el

⁸⁰¹ Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación. La Directiva se adoptó en base a la Comunicación COM (2007) 638 final, de 23 de octubre de 2007.

⁸⁰² Publicada en COM (2007) 638 final.

⁸⁰³ Artículo 3 (b) de la Directiva 2011/98/UE.

⁸⁰⁴ Artículo 3.3 de la Directiva 2011/98/UE.

mercado laboral europeo para todos los potenciales trabajadores procedentes de terceros países, y no solamente a unos perfiles concretos⁸⁰⁵.

Por lo general, la Directiva 2011/98/UE abre la posibilidad para todos los nacionales de terceros países ya residentes en la UE de cambiar su estatuto jurídico por el de trabajador al mismo tiempo que residen en el territorio europeo. La finalidad de esta Directiva descansa en establecer un título combinado de permiso de residencia y de trabajo en un único permiso, lo cual simplifica varios procedimientos en la práctica⁸⁰⁶. La solicitud del permiso único se puede presentar en el Estado de acogida o desde el tercer país, a elección de cada Estado miembro. Una de las críticas que se hace en relación a este permiso, es la relativa a no regulación del plazo para adoptar la decisión acerca de la solicitud⁸⁰⁷. En relación a los requisitos formales, los Estados miembros expedirán el permiso único utilizando el modelo uniforme establecido en el Reglamento n° 1030/2002, e incluirán la información sobre el permiso de trabajo sin expedir ningún permiso adicional como prueba de autorización de acceso al mercado de trabajo⁸⁰⁸. Tal y como demuestra la siguiente figura, los Estados miembros expedieron en 2013 y 2014 casi 6 millones de permisos que autorizan a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en un Estado miembro de la UE, situando así este instrumento jurídico en uno de los más efectivos dentro de la política de inmigración laboral europea.

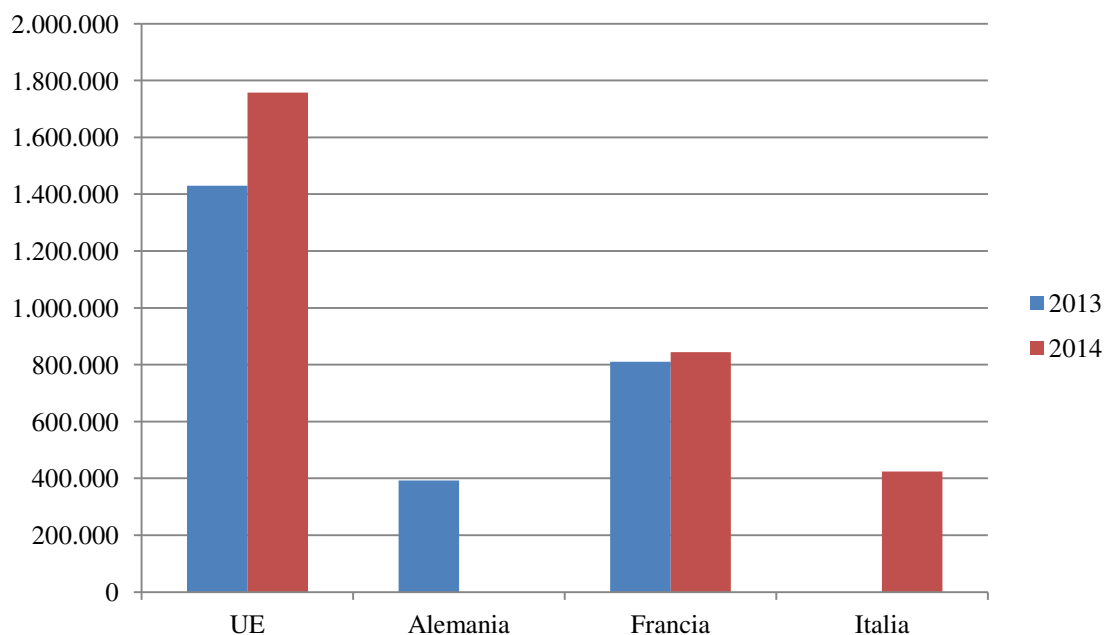
⁸⁰⁵ VERSCHUEREN, H., “Employment and Social Security Rights of Third-Country Labour Migrants under EU Law: An incomplete patchwork of Legal Protection”, *European Journal of Migration and Law*, 18, 2016, pp. 373-408.

⁸⁰⁶ La finalidad de la Directiva es establecer un único procedimiento de solicitud, que conduzca a la expedición de un título combinado de permiso de residencia y de trabajo, el permiso único, véase considerando 3 y artículo 2 (c) de la Directiva 2011/98/UE.

⁸⁰⁷ La autoridad competente adoptará una decisión sobre la solicitud completa lo antes posible y en todo caso en los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud según lo establecido en el artículo 5.2 de la Directiva 2011/98/UE.

⁸⁰⁸ Los Estados miembros podrán incluir en formato de papel datos adicionales relacionados con la relación laboral del nacional de un tercer país (como, por ejemplo, el nombre y la dirección del empleador, el lugar de trabajo, el tipo de trabajo, las horas de trabajo, la remuneración, etc.), o bien almacenar tales datos en el formato electrónico, véase artículo 6 de la Directiva 2011/98/UE.

Figura nº 9: Los permisos de trabajo expedidos⁸⁰⁹



Fuente: Eurostat, los datos extraídos de la Dirección General de Migración y Asuntos Interiores, Comisión Europea, disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/20160406/factsheet_-_legal_migration_en.pdf.

Los datos en la figura anterior demuestran que los tres principales Estados miembros que aplican las disposiciones de la Directiva 2011/98/UE son Francia, Italia y Alemania. Estos datos confirman la importancia de las previsiones jurídicas de esta regulación para varios Estados miembros de la UE. Al igual que con la mayoría de las directivas en materia de migración laboral, antes de adoptar la presente Directiva 2011/98/UE, los Estados miembros se mostraron algo negativos en relación a la nueva regulación relativa a admitir esta nueva categoría de nacionales de terceros países en sus territorios. De este modo, y mediante la Directiva 2011/98/UE, una vez más, los gobiernos ponen de relieve que solamente están dispuestos a aceptar las reglas comunes de la política de inmigración europea de forma sectorial y selectivamente abierta para un determinado grupo de los nacionales de terceros países. No obstante, el valor añadido de esta Directiva se debe al único procedimiento de aplicación, que autoriza simultáneamente a su titular a residir y a trabajar en la UE. Se estima que esta previsión

⁸⁰⁹ No todos los Estado miembros facilitaron los datos.

debería hacer más fácil el control de la legalidad y de la residencia de los trabajadores migrantes⁸¹⁰. Sin embargo, la Directiva 2011/98/UE solamente representa un pequeño paso hacia la política migratoria laboral en la UE, dejando mucha discrecionalidad a los Estados miembros de la UE en concretar su ámbito de aplicación y desarrollo.

Una de las previsiones jurídicas a destacar de la presente Directiva 2011/98/UE estriba en garantizar a los nacionales de terceros países el trato igual con los nacionales de los Estados miembros⁸¹¹. A este respecto, es muy interesante destacar que esta Directiva establece una previsión jurídica relativa a la igualdad de trato muy elaborada⁸¹². Se prevé que los nacionales de terceros países, disfruten de un trato igual que los nacionales del Estado miembro en relación a las condiciones de empleo, como también respecto de todas las previsiones de Seguridad Social previstas en el Reglamento 883/2004⁸¹³. En este sentido, se dispone que la Unión y los Estados

⁸¹⁰ PASCOUAU, Y. y McLOUGHLIN, S., “EU Single Permit Directive: a small step forward in EU migration policy”, *European Policy Centre*, Bruselas, 2014.

⁸¹¹ Artículo 12 de la Directiva 2011/98/UE.

⁸¹² Artículo 12 de la Directiva 2011/98/UE. Según lo previsto en este artículo, los trabajadores de terceros países gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo; libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional; educación y formación profesional; reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales, de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables; ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento nº 883/2004; beneficios fiscales, siempre que se considere que el trabajador tiene su residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate; acceso a los bienes y servicios y la obtención de bienes y servicios ofrecidos al público, incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional; servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo. Sin embargo, el mismo artículo en el apartado segundo establece que los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato, señalando en concreto que en relación a la educación y formación profesional los Estados miembros pueden limitar su aplicación a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados, excluir a los trabajadores de terceros países que han sido admitidos en su territorio de conformidad con la Directiva 2004/114/CE, excluir los créditos y becas de estudio y de manutención u otros tipos de créditos y becas, estableciendo requisitos previos específicos, incluidos un conocimiento adecuado de la lengua y el pago de las tasas de matrícula de conformidad con el Derecho nacional, con respecto al acceso a la universidad y a la enseñanza postsecundaria así como a la formación profesional que no está directamente relacionada con la actividad laboral específica; entre otros.

⁸¹³ En cuanto a las prestaciones de seguridad social para los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE, se aplica lo establecido en el Reglamento (UE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y el Reglamento (CE) nº 987/2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismo,

miembros tendrán como objetivo: fomentar el empleo, mejorar las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero, como también la lucha contra las exclusiones⁸¹⁴. Para la consecución de estos objetivos, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros entre otros, en el ámbito de las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión⁸¹⁵. Por lo general, se entiende que todas directivas establecen garantizar el derecho de igual trato que con los nacionales de los Estados miembros en cuanto a los derechos y las condiciones de empleo. Esta obligación está prevista igualmente en la Carta de DFUE⁸¹⁶. Sin embargo, parece ser que en relación a las condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión, el término equivalentes tiende a dar entender un menor significado o no tan fuerte impresión como la palabra iguales⁸¹⁷.

En relación a la igualdad de trato prevista en la Directiva 2011/98/UE, se ha pronunciado recientemente el TJUE en el asunto *Kerly Del Rosario Martinez Silva e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*⁸¹⁸. La Corte d'appello di Genova

(L 344/1, 29.12.2010). El Reglamento (CE) n° 883/2004 y el Reglamento (CE) n° 987/2009 modernizan y simplifican considerablemente las normas de coordinación tanto para las personas aseguradas como para las instituciones de la seguridad social. En lo que respecta a estas últimas, las normas de coordinación modernizadas tienen por objeto acelerar y facilitar el tratamiento de los datos relativos a los derechos de prestación de las personas aseguradas y reducir los correspondientes costes administrativos. El presente Reglamento se aplicará a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro.

⁸¹⁴ Artículo 151 del TFUE

⁸¹⁵ Artículo 153.1 (g) de TFUE.

⁸¹⁶ El artículo 15.3 de la Carta de DFUE establece que los nacionales de terceros países que están autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

⁸¹⁷ ASHABOR, D., “Artículo 15” en PEERS, S., HERVEY, T., KENNER J. y WARD, E. (Eds), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 433.

⁸¹⁸ La sentencia del TJUE, asunto C-449/16, *Kerly Del Rosario Martinez Silva y Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, de 21 de junio de 2017. En el presente asunto, la Sra. Kerly del Rosario Martínez Silva, nacional de un tercer país, reside en Italia con sus tres hijos menores. Es titular de un permiso único de trabajo de duración superior a seis meses. En 2014 solicitó al Instituto Nacional de Previsión Social, la concesión de un subsidio previsto por la normativa italiana en favor de las familias con al menos tres hijos menores y cuyos ingresos sean inferiores a un determinado límite (25 384,91 euros en 2014). Su solicitud fue denegada porque, en lo que respecta a los nacionales de terceros países no pertenecientes a la UE, la normativa italiana no prevé la concesión del subsidio a los titulares de un permiso único de trabajo, sino tan sólo a los refugiados políticos, los beneficiarios de protección

pregunta al TJUE, si la igualdad de trato regulada en la Directiva 2011/98/UE se opone a una normativa como la italiana, en virtud de la cual un trabajador de un tercer país que sea titular de un «permiso único de trabajo» (de una vigencia superior a seis meses), no puede beneficiarse del «subsidio para familias con al menos tres hijos» garantizado a los nacionales italianos en virtud del Reglamento 883/2004, aunque conviva con tres o más hijos menores, cumpliendo además todos los demás requisitos. En este asunto, el TJUE declara que el subsidio solicitado por la Sra. Martínez Silva constituye una prestación de seguridad social comprendida entre las prestaciones familiares a que se refiere el Reglamento de la UE sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Además, el TJUE recuerda que el derecho a la igualdad de trato constituye la regla general de la presente Directiva que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un nacional de un país no perteneciente a la UE, titular de un permiso único de trabajo, no puede obtener una prestación de seguridad social como el subsidio familiar solicitado por la Sra. Del Rosario Martínez Silva⁸¹⁹.

Por todo lo visto anteriormente, y a pesar de que la presente Directiva 2011/98/UE representa un paso muy importante en el desarrollo de los derechos sociales, cabe señalar que los Estados miembros siguen teniendo varias dudas a la hora de interpretar las previsiones de esta Directiva⁸²⁰. Sin embargo, solamente a los titulares de la presente Directiva se les aplica el artículo 12, y no a todos los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos laborales. Es más, algunos instrumentos jurídicos analizados en la presente parte de la tesis, no prevén ni siquiera la protección de los derechos de la seguridad social prevista en la Directiva 2011/98/UE.

3.2.2 Las condiciones de entrada y residencia

La Directiva 2011/98/UE introduce el procedimiento único de permiso para ambas, la estancia legal y el acceso al mercado laboral en el territorio del Estado

subsidiaria y los titulares de un permiso de residencia de larga duración. La Sra. Martínez Silva no se encuentra en ninguna de estas situaciones.

⁸¹⁹ *Íbidem*.

⁸²⁰ BEDUSCHI, A., “An Empty Shell? The protection of Social Rights of Third-Country Workers in the EU after the Single Permit Directive”, *European Journal of Migration and Law*, 17, 2015, pp. 210-238.

miembro⁸²¹. Por lo tanto, dicha Directiva establece un procedimiento de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro. Entonces, la Directiva 2011/98/UE regula la estancia de los nacionales de terceros países que soliciten la residencia en un Estado miembro con el fin de trabajar; como también la residencia de los nacionales de terceros países que hayan sido admitidos en un Estado miembro para fines distintos de trabajo de conformidad con el Derecho de la UE o derecho nacional, y estén autorizados a trabajar y sean titulares de un permiso de residencia de conformidad con el Reglamento n° 1030/2002; y por último de los trabajadores de terceros países que hayan sido admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar de conformidad con el Derecho de la UE o derecho nacional⁸²².

3.2.3 La movilidad dentro de la Unión

En relación a la movilidad dentro de la Unión, cabe destacar, en primer lugar, que la Directiva 2011/98/UE no establece ningún título que se denomine «movilidad dentro de la Unión». En segundo lugar, el permiso único expedido de conformidad con el Derecho nacional habilitará a su titular, durante su período de validez, como mínimo a entrar y residir en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único. Se prevé que el titular, reunidos todos requisitos de admisión de conformidad con el Derecho nacional, gozará de libre acceso a todo el territorio del Estado miembro de expedición de tal permiso⁸²³. Pero, la Directiva 2011/98/UE prevé solamente la movilidad dentro del territorio del Estado miembro, sin que el titular pueda ejercer la movilidad en el segundo Estado miembro de la UE.

3.2.4 La denegación del permiso

En cuanto a las condiciones de denegación, la Directiva 2011/98/UE no establece en su articulado tales condiciones, ni un título denominado como tal.

⁸²¹ Para el análisis más detallado sobre varios aspectos de la Directiva 2011/98/UE, véase, por ejemplo: MINDERHOUD, P. y STRIK, T., *The Single Permit Directive: Central Themes and Problem Issues*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2015.

⁸²² Artículo 3 de la Directiva 2011/98/CE. Además, los Estados miembros podrán incluir en formato de papel datos adicionales relacionados con la relación laboral del nacional de un tercer país (por ejemplo, el nombre y la dirección del empleador, el lugar de trabajo, el tipo de trabajo, las horas de trabajo, la remuneración, etc.), o bien almacenar tales datos en el formato electrónico, *vid.* artículo 6.1 de la Directiva 2011/98/CE.

⁸²³ Artículo 11 de la Directiva 2011/98/CE.

3.3 Trabajadores temporeros

3.3.1 Aspectos generales

Uno de los «nuevos» instrumentos jurídicos adoptados por el legislador europeo para regular la admisión de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos laborales, es el referido a los trabajadores temporeros. El propio título de la Directiva 2014/36/UE pone de relieve la característica principal de esta categoría de los nacionales de terceros países presentes en la UE, la temporalidad. El permiso de trabajo concedido a los trabajadores temporeros según lo previsto en esta Directiva⁸²⁴, tal y como se ha definido previamente, está sujeto a la actividad en un determinado período del año, y por un acontecimiento o una sucesión de acontecimientos recurrentes vinculados a las condiciones estacionales, durante los cuales las necesidades de mano de obra sean muy superiores a las requeridas para las operaciones que se realizan habitualmente. Por permiso de trabajador temporero se entiende una autorización expedida según el formato establecido en el Reglamento 1030/2002, en la que conste una referencia al trabajo de temporada y que faculte a su titular para permanecer y trabajar en el territorio de un Estado miembro⁸²⁵. La Directiva tiene por objetivo principal garantizar las condiciones de trabajo y de vida decentes para los trabajadores temporeros⁸²⁶, introduciendo un mecanismo de admisión controlado, al requerir que los trabajadores tengan el empleo antes de llegar al Estado miembro⁸²⁷. La presente Directiva forma parte del segundo paquete de «nuevas Directivas» que regulan la admisión y la residencia de los nacionales de terceros países que migran por motivos laborales a la UE. Debido a la fecha límite de trasposición de la misma, el 30 de septiembre de 2016, a día de hoy no existen datos para poder contrastar la

⁸²⁴ De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación.

⁸²⁵ Artículo 3 (d) de la Directiva 2014/36/UE.

⁸²⁶ FUDGE, J. y HERZFELD OLSSON, P., “The EU Seasonal Worker Directive: When Immigration Controls Meet Labour Rights”, *European Journal of Migration and Law*, 16, 2014, pp. 439-466.

⁸²⁷ GROMILOVA, M., “Can the UE Seasonal Worker Directive Alleviate the Pending Crisis of Climate-Induced Displacement?”, *European Labour Law Journal*, 6, 2015, pp. 293-320.

implementación de la Directiva en la práctica⁸²⁸. Sin embargo, y tal como estima la Comisión Europea, más de 100.000 nacionales de terceros países llegan a la UE cada año para realizar los trabajos de temporada⁸²⁹.

Se entiende que la Directiva 2014/36/UE responde a la necesidad de cubrir las vacantes en los sectores de empleo que incluyen actividades sujetas al ritmo estacional. Estas actividades se dan generalmente en los sectores como la agricultura y la horticultura, especialmente durante el período de plantación o cosecha, y/o el turismo, durante el período vacacional. Se ha observado durante muchos años que muchos nacionales de terceros países que trabajan en dichos sectores se encuentran en situación irregular en la UE. Por lo tanto, esta Directiva pretende establecer un cierto control de los nacionales de terceros países que por lo general trabajan en estos sectores en varios Estados miembros «muy populares» por requerir más mano de obra en unas determinadas estaciones del año⁸³⁰. Así, el legislador europeo adopta este instrumento jurídico tan específico para luchar contra el trabajo irregular en la UE sobre todo en unos determinados países en las épocas de verano. Sin embargo, una parte de la doctrina opina que el permiso de trabajo temporal, tal y como está regulado en la Directiva 2014/36/UE, se convierte en una vía indirecta de promover el empleo temporal garantizando menos derechos laborales para los trabajadores, y permitiendo generar más beneficio neto para los empresarios. En concreto, se puede afirmar que esta Directiva avala la temporalidad de los contratos dentro de la política migratoria laboral en la UE⁸³¹. A cambio, el preámbulo de este instrumento jurídico subraya que, atendiendo a la situación particularmente vulnerable de los trabajadores temporeros procedentes de terceros países, y a la índole temporal de su contratación, es menester prever la

⁸²⁸ El primer informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2014/36/UE está previsto para 30 de junio de 2018.

⁸²⁹ El primer año de referencia para comunicar las estadísticas de los Estados miembros a la Comisión Europea será 2017. Es decir que a día de hoy existen solamente unas previas estimaciones en cuanto al número de nacionales de terceros países a los que se aplica la Directiva 2014/36/UE. No más tarde del 30 de septiembre de 2019, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros y propondrá las modificaciones necesarias.

⁸³⁰ Entre otros, en España 24.838 trabajadores temporeros procedentes de terceros países solamente en el año 2008, en Alemania 4.248 admitidos en 2009; *vid.* Staff Working document, Summary of the Impact Assessment accompanying the proposal for a Directive.

⁸³¹ GROENENDIJK, K., “Which way forward with migration and employment in the EU?” en CARRERA, S., GUILD, E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_wit_hcover.pdf, pp. 91-95.

protección efectiva de sus derechos, también en el ámbito de la seguridad social, comprobar periódicamente el cumplimiento de las normas pertinentes y garantizar plenamente el principio de igualdad de trato respecto de los trabajadores que son nacionales del Estado miembro de acogida aunque se encuentren en el territorio de la UE de manera temporal⁸³².

Sin duda alguna, los trabajadores temporeros representan una categoría de inmigración legal europea que responde a las demandas temporales de mano de obra migrante en el mercado laboral «de temporada», justificando así las potenciales alteraciones de la protección de los derechos de los «trabajadores». El carácter estacional de esta categoría específica de migrantes viene reforzado por garantizar condiciones dignas de trabajo y de vida para todos los trabajadores temporeros, sin dejar por ello de ofrecer al mismo tiempo incentivos y salvaguardias para evitar que la estancia temporal se prolongue más de lo permitido o se convierta en permanente⁸³³. Por lo tanto, se puede interpretar que la Directiva 2014/36/UE cumple con una doble finalidad. Por un lado, evita la estancia y el trabajo no autorizados de los nacionales de terceros países en los sectores estacionales. Por otro lado, dicha Directiva pretende garantizar un mínimo contenido de los derechos también a los trabajadores temporeros en la UE. Por todos estos motivos, esta Directiva establece que los Estados miembros deberían limitar la concesión de los permisos de trabajo temporeros a un período máximo de entre cinco y nueve meses para garantizar el verdadero carácter temporal del trabajo⁸³⁴. Según la regulación, el nacional de tercer país puede estar empleado como trabajador temporero por nueve meses como máximo, volver a su país de origen por mínimo de tres meses, y al año siguiente volver de nuevo a trabajar como trabajador temporero para el mismo empleador, durante nueve meses como máximo. Además, la Directiva 2014/36/UE deja en manos de los Estados miembros la concesión de unos permisos de residencia más «estables». Es más, los trabajadores temporeros están excluidos del ámbito personal de la Directiva que regula la residencia de larga duración. A este respecto, el legislador europeo deja muy claro el mensaje, copiando en buena medida el modelo suizo de empleo de los trabajadores italianos en los años 1960 y 1970. En virtud de este modelo, los trabajadores procedentes de Italia tenían el trabajo

⁸³² Considerando 43 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸³³ Considerando 7 de la Directiva 2014/36/UE. Además, las normas establecidas en la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 168, 30.6.2009), contribuirán a evitar que la estancia temporal se convierta en estancia no autorizada.

⁸³⁴ Considerando 31 de la Directiva 2014/36/UE.

durante el período de 9 meses en Suiza varios años consecutivos, sin tener la posibilidad de obtener ningún permiso de residencia a cambio. Este tipo de condiciones, también previstas en esta Directiva, no convierte este instrumento en muy atractivo, ya sea para los potenciales trabajadores como para los empresarios⁸³⁵. Además, la Directiva 2014/36/UE no se aplicará a los nacionales de terceros países que en el momento de presentar la solicitud residan en el territorio de algún Estado miembro de la UE, sin perjuicio de los supuestos de prórroga de la estancia o renovación de la autorización⁸³⁶ para fines de trabajo de temporada⁸³⁷.

Uno de los aspectos interesantes en relación al estatuto jurídico de los trabajadores temporeros es que la Directiva 2014/36/UE no contempla en sus previsiones los supuestos de la reagrupación familiar⁸³⁸. La exclusión de los miembros de familia del ámbito personal de dicha Directiva se explica teniendo en cuenta la temporalidad de los contratos, y la estimación de que cada nacional de tercer país vuelve a su país de origen, una vez terminado el trabajo de la temporada. Por lo tanto, el único titular del permiso de temporada puede ser solamente el nacional de tercer país, y no su miembro de familia. Además, la Directiva 2014/36/UE prevé que se facilitará la posibilidad para los trabajadores temporeros de volver a entrar en un Estado miembro en el que ya fueron admitidos⁸³⁹.

La mencionada Directiva prevé asimismo que los trabajadores temporeros tendrán derecho al mismo trato que los nacionales del Estado miembro de acogida en lo se refiere al contenido del permiso laboral de «temporada». Pero, no todos los derechos previstos para los trabajadores nacionales de un Estado miembro pueden ser disfrutados igualmente por los trabajadores temporeros⁸⁴⁰. La mayoría de los derechos que se

⁸³⁵ GROENENDIJK, K., “Which way forward with migration and employment in the EU?” en CARRERA, S., GUILD, E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies...*, op. cit., pp. 91-95.

⁸³⁶ Por la autorización se puede entender tanto un visado para estancia de corta y de larga duración, o un permiso de trabajo. Todas las autorizaciones requieren indicar que se expiden para fines de trabajo de temporada. Según lo previsto en el artículo 12 de la Directiva 2014/36/UE, existen dos tipos de las autorizaciones, para las estancias que no superen 90 días, y para las estancias superiores a 90 días. Depende de cada Estado miembro qué tipo de autorización se expedirá una vez transpuesta la Directiva 2014/36/UE.

⁸³⁷ Artículo 2.1 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸³⁸ Considerando 46 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸³⁹ Artículo 16.1 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸⁴⁰ Entre los derechos laborales que pueden disfrutar también los nacionales de terceros países, se mencionan los siguientes: el acceso a bienes y servicios y el suministro de bienes que se ofrecen al público, la educación y la formación profesional, el reconocimiento de títulos, certificados y otras

conceden a los trabajadores temporeros mientras se encuentran en el territorio de la UE son derechos estrictamente de «carácter laboral». Es más, los Estados miembros pueden restringir la igualdad de trato en relación a las prestaciones de desempleo, la formación y educación directamente vinculada a la actividad laboral, excluyendo las becas y los préstamos o limitando los beneficios fiscales a los supuestos en los que tales beneficios están ligados al territorio del Estado miembro de que se trate⁸⁴¹. La obligación de contar con por parte de cada trabajador temporero de su propio régimen de Seguridad Social, significa que estos trabajadores no tienen el acceso a la Seguridad Social del Estado miembro de acogida, otra característica peculiar del permiso regulado en la Directiva 2014/36/UE.

3.3.2 Las condiciones de entrada y residencia

Los requisitos para entrar a la UE en calidad de trabajador temporero varían si la estancia de duración del permiso de trabajo temporero es superior o no a 90 días en el territorio de un Estado miembro. Para ambas solicitudes de admisión se establecen los mismos criterios generales⁸⁴². La diferencia entre dichos períodos estriba en que, para las estancias inferiores a 90 días, el trabajador temporero tendrá que documentar que no

cualificaciones, y los beneficios fiscales, el régimen de contratación (incluida la edad mínima para trabajar), y las condiciones de trabajo (incluidos el salario y el despido), el horario de trabajo, los permisos y las vacaciones, así como las exigencias sobre salud y seguridad en el lugar de trabajo, el derecho a la huelga y a la acción sindical, entre otros, tal y como se establece en el artículo 23 de la Directiva 2014/36/UE. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2014/36/UE a más tardar el 29 de noviembre de 2016.

⁸⁴¹ Artículo 23.2 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸⁴² De acuerdo con lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Directiva 2014/36/UE, en primer lugar, cada solicitante presentará un contrato de trabajo válido o una oferta firme de trabajo para trabajar como trabajador temporero en los que se indique: el lugar y tipo de trabajo, la duración del trabajo, la remuneración, las horas de trabajo semanales o mensuales, el importe de cualesquiera permisos pagados, en su caso, cualquier otra condición laboral oportuna y de ser posible, la fecha de inicio del trabajo. En segundo lugar, los solicitantes deberán aportar la prueba de estar en posesión de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos habitualmente cubiertos en el caso de los nacionales del Estado miembro de que se trate, para los períodos en los que no se reconozca tal cobertura de seguro ni el correspondiente derecho a prestaciones en relación con el trabajo efectuado en ese Estado miembro o como resultado del mismo. Por último, se debe presentar la prueba de que el trabajador temporero dispondrá de un alojamiento adecuado o de que se le proporcionará un alojamiento adecuado. Estos son los criterios básicos y se pueden añadir más requisitos.

hará uso de sistema de asistencia social del Estado miembro⁸⁴³, y se le aplicará la regulación del acervo de Schengen⁸⁴⁴. Para las estancias superiores a 90 días, los Estados miembros exigen que el trabajador temporero tenga suficientes recursos durante su estancia para mantenerse sin necesidad de recurrir a su sistemas de asistencia social⁸⁴⁵, siendo de aplicación, a su vez, las disposiciones pertinentes del Código de visados. Por lo tanto, se vuelven a confirmar una vez más los requisitos de naturaleza estrictamente «económica» para regular la estancia de los trabajadores temporeros en la UE. A pesar de que estos nacionales de terceros países contribuyan activamente al buen funcionamiento de mercado laboral, deben contar con su propio sistema de Seguridad Social para no convertirse en modo alguno en carga para la asistencia social en un Estado miembro de la UE.

3.3.3 La movilidad dentro de la Unión

En relación a la movilidad de los trabajadores temporeros, la presente Directiva establece que los trabajadores temporeros durante la validez de la autorización pueden disfrutar del derecho a entrar y permanecer en el territorio del Estado miembro que expidió tal autorización⁸⁴⁶. Por lo tanto, la Directiva no regula la movilidad dentro de la Unión para esta categoría de trabajadores procedentes de terceros países y limita su ámbito espacial solamente al territorio de un determinado Estado miembro de la UE. Las razones por las cuales no se prevé la movilidad dentro de la Unión pueden ser varias. Al tener en cuenta el carácter temporal de las autorizaciones y el concreto sector de trabajo, el titular de este permiso no dispone de demasiado tiempo para realizar algún tipo de movilidad. Es más, como se prevé solamente una prórroga del contrato con el mismo empresario, se entiende que este nacional de tercer país está solamente interesado en la oferta laboral en el Estado miembro concreto. Por todos estos motivos mencionados más arriba, la Directiva 2014/36/UE no establece las condiciones de movilidad para este tipo de trabajadores aunque se encuentren de manera regular en el territorio de la UE.

⁸⁴³ Artículo 5.3 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸⁴⁴ Artículo 1.2 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸⁴⁵ Artículo 6.3 de la Directiva 2014/36/UE. En estos supuestos, los Estados miembros exigirán que el documento de viaje cubra al menos el período de validez de la autorización.

⁸⁴⁶ Artículo 22 de la Directiva 2014/36/UE.

3.3.4 La denegación del permiso

La Directiva 2014/36/UE prevé los supuestos de denegación y de retirada del permiso del trabajador temporero por el incumplimiento de las condiciones generales de admisión y de residencia. Igualmente, se denegará el permiso, entre otras razones, cuando el empresario haya sido sancionado con arreglo al Derecho nacional por trabajo no declarado y/o empleo ilegal; o su empresa esté siendo o haya sido liquidada⁸⁴⁷. Por lo tanto, es posible denegar el permiso de trabajo tanto por el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador, como, también, por parte del empresario. A este respecto, la Directiva establece varios motivos de denegación⁸⁴⁸ o de retirada⁸⁴⁹ de la autorización por el incumplimiento de dichas obligaciones. No obstante, toda decisión de denegación de una solicitud tendrá en cuenta las circunstancias específicas del caso, incluidos los intereses del trabajador temporero, y el respeto del principio de proporcionalidad⁸⁵⁰. Además, los Estados miembros pueden denegar una solicitud de admisión cuando el nacional de un tercer país no haya cumplido, en particular, con la obligación derivada de una decisión anterior de abandonar el territorio del Estado miembro al caducar su autorización para fines de trabajo de temporada.

La Directiva otorga a las autoridades nacionales la facultad de comprobar que el nacional de un tercer país no presenta riesgo de inmigración ilegal, y tiene la intención de abandonar el territorio de los Estados miembros a más tardar en la fecha de caducidad de la autorización. Al contar con estas previsiones de retirada y/o de denegación, el legislador europeo deja más que confirmado el requisito de la temporalidad en este tipo de permisos.

⁸⁴⁷ Artículo 8 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸⁴⁸ Artículo 8 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸⁴⁹ Artículo 9 de la Directiva 2014/36/UE.

⁸⁵⁰ Artículo 8.6 de la Directiva 2014/36/UE.

3.4 Trabajadores con el traslado intraempresarial de un directivo, especialista y de trabajador en formación

3.4.1 Aspectos generales

Último de los instrumentos jurídicos dentro de la materia de inmigración laboral en términos «estrictos» es el previsto en la Directiva 2014/66/UE. La presente Directiva regula la entrada y residencia de los nacionales de terceros países en calidad de directivos, especialistas y trabajadores en formación. Se entiende que los traslados intraempresariales de personal clave generan nuevos conocimientos y mejoran las oportunidades económicas de las compañías, haciendo avanzar así la economía basada en el conocimiento en la Unión, al tiempo que estimulan los flujos de inversión en toda la Unión⁸⁵¹ gracias al futuro personal clave para muchos sectores en la UE. Se estima que esta categoría de nacionales de terceros países representa una vez más un buen ejemplo de la política migratoria laboral europea basada en la selección de perfiles concretos en el marco de un traslado intraempresarial en calidad de directivo, especialista o trabajador en formación, excluyendo a otras categorías de los nacionales de terceros países⁸⁵². Al especificar tanto el ámbito personal de los titulares del permiso intraempresarial, el Derecho de la UE confirma la selección de unos determinados perfiles cualificados entre los trabajadores procedentes de terceros países.

La primera característica de este permiso a tener en cuenta, es que la propia Directiva 2014/66/UE establece que se pueden otorgar dentro de este régimen dos tipos de permisos, los permisos para los titulares que no ejerzan los derechos de movilidad entre los Estados miembros, (permiso «ICT») y los que sí ejercen la movilidad, (permiso «ICT móvil»). Es preciso determinar que el permiso por traslado interempresarial, es una autorización que lleva el acrónimo «ICT» («intra-corporate transferee», traslado intraempresarial) y confiere a su titular el derecho a residir y

⁸⁵¹ Considerando 6 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁵² De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión las estadísticas sobre el número de permisos por traslado intraempresarial y de permisos de movilidad de larga duración. El primer año de referencia será el 2017, según lo previsto en el artículo 24 de la Directiva 2014/66/UE. El primer informe de la aplicación de la presente Directiva de la Comisión está previsto para el 29 de noviembre de 2019.

trabajar en el territorio del primer Estado miembro, y, cuando sea aplicable, en el segundo Estado miembro⁸⁵³. A pesar de que el objetivo de la presente Directiva pone de relieve una vez más el carácter de la inmigración temporal de los «cerebros» procedentes de terceros países, este instrumento jurídico constituye un importante avance legislativo relacionado con las transferencias de capacidades, conocimientos, y tecnología. Los desplazamientos de estos profesionales en varios Estados miembros deben servir de buena base para transmitir el conocimiento adquirido fuera de la UE.

Una primera interesante observación en comparación con el permiso de trabajador temporero, es que la Directiva 2014/66/UE prevé las condiciones también para la reagrupación familiar en el primer Estado que conceda el permiso de residencia, ya que para «muchos potenciales candidatos» cualquier obstáculo relativo a la reagrupación familiar podría conducir a la decisión negativa del traslado correspondiente. Por lo tanto, para preservar la unidad de la familia, convendría que los miembros de familia⁸⁵⁴ pudieran reunirse con la persona desplazada en un marco intraempresarial a otro Estado miembro y también debería facilitarse su acceso al mercado de trabajo⁸⁵⁵. Así, en este tipo de permisos, el acceso al mercado laboral vuelve a estar presente, incluso refiriéndose a los miembros de familia del titular del permiso ICT⁸⁵⁶. Una vez más, se observa una diferencia de trato entre los familiares de unos determinados trabajadores frente a otros, más cualificados.

En cuanto a los requisitos formales, la duración máxima del traslado intraempresarial no superará los tres años en el caso de directivos y especialistas, y uno para los trabajadores en formación. Una vez transcurrido dicho período, los titulares del permiso ICT deberán salir del territorio del Estado miembro de la UE a no ser que obtengan un permiso de residencia por otro motivo, de conformidad con la legislación

⁸⁵³ Artículo 3 (i) de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁵⁴ A los miembros de familia se les aplicará lo establecido en la Directiva 2003/86/CE. Sin embargo en este caso, la reagrupación familiar no estará supeditada al requisito de que el titular del permiso expedido por dichos Estados miembros sobre la base de la presente Directiva tenga unas perspectivas razonables de obtener el derecho de residencia permanente o que haya cumplido un período mínimo de residencia. La duración de la validez de los permisos de residencia de los miembros de la familia en el Estado miembro caducará, por regla general, en la fecha de caducidad del permiso por traslado intraempresarial o el permiso de movilidad de larga duración expedido por dicho Estado miembro.

⁸⁵⁵ Considerando 40 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁵⁶ Los miembros de la familia de la persona desplazada en un marco intraempresarial a los que se les haya concedido la reagrupación familiar tendrán derecho al acceso al empleo y a las actividades por cuenta propia en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia al miembro de la familia; véase el artículo 19.6 de la Directiva 2014/66/UE.

nacional o europea⁸⁵⁷. Se garantiza a todos los titulares del permiso intraempresarial, como mínimo, un trato igual en lo que se refiere a las condiciones de trabajo en el Estado miembro en el que se lleve a cabo el empleo⁸⁵⁸. Además, para esta categoría, la Directiva 2014/66/UE prevé que la remuneración otorgada al nacional del tercer país, durante todo su período de desplazamiento, no sea menos favorable que la remuneración otorgada a los nacionales del Estado miembro receptor de que se trate que ocupen puestos similares con arreglo a las leyes, convenios colectivos o prácticas aplicables en el Estado miembro donde esté establecida la entidad receptora⁸⁵⁹. Esta última afirmación relativa a la remuneración de trabajadores temporeros representa sin duda alguna un elemento muy interesante, no previsto en otras directivas.

3.4.2 Las condiciones de entrada y residencia

La entrada de los nacionales de terceros países en virtud de la Directiva 2014/66/UE está supeditada a que el solicitante acredite que la entidad receptora y la empresa establecida en un tercer país pertenecen a la misma empresa o grupo de empresas⁸⁶⁰, a acreditar un empleo dentro de una misma empresa o grupo de empresas⁸⁶¹, presentar un contrato de trabajo⁸⁶² y acreditar asimismo que el nacional de

⁸⁵⁷ Artículo 12.1 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁵⁸ Artículo 18 de la Directiva 2014/66/UE. Entre otros derechos, los titulares de permiso intraempresarial gozarán de libertad de asociación, afiliación y pertenencia a una organización que represente a trabajadores, el reconocimiento de diplomas, certificados, el acceso a bienes y servicios y el suministro de bienes y servicios disponible ofrecidos al público, etc.

⁸⁵⁹ Artículo 5.4 (b) de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁶⁰ El artículo 3.1 de la Directiva 2014/66/UE define como grupo de empresas dos o más empresas reconocidas y vinculadas en alguna forma al Derecho nacional, cuando una de ellas, en relación con otra, directa o indirectamente ostenta una mayoría de capital suscrito de esa empresa, o controla una mayoría de los votos asociados a las acciones de esa empresa, o puede nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de gestión, de supervisión de esa empresa o la empresa matriz gestione ambas empresas de forma conjunta.

⁸⁶¹ La duración del empleo en la empresa o grupo de empresas varía en función de la calidad del nacional de tercer país. Para los directivos y los especialistas, el período es al menos de tres a doce meses ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la fecha de desplazamiento, y en lo que respecta a los trabajadores en formación, la duración del contrato es al menos de tres a seis meses ininterrumpidos.

⁸⁶² En el contrato debe constar que el nacional del tercer país va a ocupar un puesto como directivo, especialista o trabajador en formación en la entidad receptora, la duración del desplazamiento, la

un tercer país tiene las cualificaciones y la experiencia profesionales necesarias, y presentar un documento de viaje válido. Además, el nacional de tercer país en virtud del permiso ICT debe acreditar también haber solicitado un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos habitualmente cubiertos en el caso de los nacionales del Estado miembro, para los períodos en los que no reciba cobertura ni el correspondiente derecho a prestaciones en relación con el trabajo efectuado en dicho Estado miembro o como resultado del mismo⁸⁶³.

En tal orden de ideas, los nacionales de terceros países que se encuentren en posesión de un permiso válido por traslado intraempresarial, expedido por el primer Estado miembro, podrán, sobre la base de dicho permiso y de un documento de viaje válido, entrar, residir y trabajar en uno o más segundos Estados miembros⁸⁶⁴.

3.4.3 La movilidad dentro de la Unión

La presente Directiva prevé desde el primer momento la potencial movilidad entre varios Estados miembros de la UE, estableciendo también las condiciones de residencia superior a 90 días en el territorio de otro Estado miembro de la UE⁸⁶⁵. Sin embargo, los Estados miembros pueden exigir que el desplazado intraempresarial tenga suficientes recursos durante su residencia, para mantenerse y mantener a su familia sin necesidad de recurrir a los sistemas de asistencia social del Estado miembro⁸⁶⁶. De este modo, aparte de la regulación de la entrada al territorio de la UE, el principal objetivo de la Directiva 2014/66/UE es determinar las condiciones de residencia en algún Estado miembro de la UE.

En esta línea, este instrumento jurídico establece un régimen específico de movilidad dentro de la UE por el cual se permite al titular de un permiso válido por traslado intraempresarial expedido por un Estado miembro: entrar, residir y trabajar en uno o más Estados miembros con arreglo a las disposiciones que rigen la movilidad de

ubicación de la entidad, la remuneración, y la acreditación de que el nacional del tercer país podrá volver a una entidad perteneciente a dicha empresa o grupo de empresas.

⁸⁶³ Artículo 5.1 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁶⁴ Artículo 20 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁶⁵ Artículo 1 (a) de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁶⁶ Artículo 5.5 de la Directiva 2014/66/UE.

corta y larga duración⁸⁶⁷. Por ello, la principal novedad de la Directiva 2014/66/UE estriba en los avances conseguidos en materia de la movilidad dentro de la Unión de los nacionales de terceros países. La Directiva prevé un esquema de movilidad interior nuevo, basado en el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros más que en la armonización de las previsiones jurídicas. El permiso ICT es el primero que permite a sus titulares trabajar en diferentes Estados miembros de la UE en las empresas del mismo grupo. A este respecto, la principal condición para ejercer la movilidad es la pertenencia de la empresa en la que trabaja el nacional de tercer país al grupo de empresas.

Una vez cumplido el previo requisito, la Directiva 2014/66/UE regula dos tipos de movilidad, la movilidad de corta duración (menos de 90 días en 180 días), y la movilidad de larga duración (más de 90 días). Las condiciones de esta última son más estrictas. Ahora bien, en los supuestos de corta duración, el segundo Estado miembro podrá requerir a la entidad receptora del primer Estado miembro que comunique al segundo Estado miembro la intención del titular de permiso intraempresarial de trabajar en una entidad establecida en el segundo Estado miembro⁸⁶⁸. Dado que los traslados intraempresariales suponen una migración temporal, la duración máxima de un traslado a la Unión, incluida la movilidad entre los Estados miembros, no debería superar los tres años en lo que respecta a directivos y especialistas, y un año en lo que respecta a los trabajadores en formación. Con el fin de evitar la elusión de la distinción entre movilidad de corta y de larga duración, no debería ser posible presentar al mismo tiempo una comunicación de movilidad de corta duración y una solicitud de movilidad de larga duración⁸⁶⁹.

Es sobre todo en relación a la movilidad de larga duración, donde estriba la novedad de la Directiva 2014/66/UE, al regular la expedición de una autorización en la que conste la expresión «ICT móvil» que confiera al titular de este permiso el derecho a residir y trabajar en el territorio del segundo Estado miembro⁸⁷⁰. En los supuestos de movilidad de larga duración, el segundo Estado miembro podrá exigir las mismas

⁸⁶⁷ Considerando 25 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁶⁸ La comunicación entre los Estados miembros se realizará cuando se presente la solicitud en el primer Estado miembro, si en esta fase ya se prevé la movilidad al segundo Estado miembro, o después de que la persona desplazada en un marco intraempresarial haya sido admitida en el primer Estado miembro, tan pronto como se sepa la intención de movilidad al segundo Estado miembro, llevando a cabo la transmisión de los documentos según lo previsto en el artículo 21 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁶⁹ Considerando 25 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁷⁰ Artículo 3 (j) de la Directiva 2014/66/UE.

condiciones que en los supuestos de movilidad de corta duración. Además, en este tipo de movilidad se le puede pedir al titular del permiso ICT: presentar la acreditación de que la entidad receptora del segundo Estado miembro y la empresa establecida en un tercer país pertenecen a la misma empresa o grupo de empresas; un contrato de trabajo y, en caso necesario, una carta de desplazamiento; acreditar estar en posesión o, si así lo prevé la legislación nacional, haber solicitado un seguro de enfermedad, entre otros⁸⁷¹. No obstante, la duración máxima del traslado debería incluir las duraciones acumuladas de los permisos de traslado intraempresarial expedidos consecutivamente⁸⁷².

Por todo lo visto previamente, la presente Directiva representa un paso muy importante hacia la coordinación entre los Estados miembros en materia de movilidad dentro de la Unión, aunque habrá que esperar si finalmente los Estados miembros adoptan todas las previsiones previstas en la Directiva 2014/66/UE en la práctica diaria⁸⁷³. Se puede afirmar que, aunque esta Directiva establece varias novedades para mejorar la movilidad dentro de la Unión, dicha movilidad sigue estando muy restringida y sujeta a varias condiciones de diferente índole.

3.4.4 La denegación del permiso

La Directiva 2014/66/UE regula también los motivos de denegación, retirada o de no renovación del permiso ICT⁸⁷⁴. Como en los demás supuestos, el incumplimiento de las condiciones previstas ya sea por parte del trabajador, del empresario o de la entidad receptora, puede dar lugar a denegar el permiso ICT. Antes de adoptar la decisión de denegar una solicitud, el Estado miembro tendrá en cuenta las circunstancias específicas del caso y respetará el principio de proporcionalidad⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Artículo 22 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁷² Considerando 17 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁷³ MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A. *et alii*, “*Exploring new avenues ...*”, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁷⁴ Artículo 8 de la Directiva 2014/66/UE.

⁸⁷⁵ Artículo 7 de la Directiva 2014/66/UE.

3.6 Los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*

3.5.1 Aspectos generales

«Acoger a más estudiantes e investigadores es primordial para la economía de la UE, fomentando así más contactos entre la gente joven con distintas culturas de estudio y de educación»⁸⁷⁶.

Tal y como se ha visto anteriormente, a pesar de que la categoría de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos de estudio y/o de investigación no entra plenamente en la definición de personas económicamente activas en sentido estricto, la última y reciente Directiva 2016/801/UE manifiesta en varias ocasiones la inclusión de los titulares de estos permisos en la categoría de personas económicamente activas. Los datos del Eurostat demuestran que cada año más estudiantes e investigadores eligen a la UE como su destino de estudios y/o de investigación⁸⁷⁷. Una vez terminados los estudios y/o la investigación, estos nacionales de terceros países pueden convertirse en potenciales trabajadores.

Tabla nº 11: Los permisos expedidos en la UE por motivos de estudio y de investigación

	2012	2013	2014	2015
Estudios	454,279	463,943	476,615	525,635
Investigación⁸⁷⁸	12,680	10,420	10,196	10,851

Fuente: Eurostat, disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>, datos actualizados a 2 de septiembre 2016.

⁸⁷⁶ Justice and Home Affairs Ministers agreed on common new entrance and residency rules for third-country national students, researchers and trainees and for volunteers who come to the EU under the European Voluntary Service (EVS) scheme. *Commission welcomes agreement on new entrance and residency rules for third-country national students and researchers*, Migration and Home Affairs Commissioner Dimitris Avramopoulos, Brussels, 4 December 2015, European Commission.

⁸⁷⁷ Los países que expiden más permisos de estudio son Reino Unido, Francia, Alemania, Italia y España.

⁸⁷⁸ Cabe destacar que respecto a las estadísticas de Eurostat, los permisos expedidos por motivos de investigación se enmarcan bajo las actividades remuneradas. Por lo tanto, algunos estudios revelan otro número de permisos expedidos por razón de investigación, superiores a las cifras de Eurostat al no incluir a los investigadores dentro de la inmigración económica.

De lo datos señalados en la figura se desprende que son muchos más los permisos expedidos por motivos de estudios que por motivos de investigación. Sin embargo, en relación a ésta, existe un debate acerca de si realmente estos datos demuestran la realidad, ya que para Eurostat esta categoría de nacionales de terceros países forma parte de la inmigración económica.

*Europa como centro mundial de excelencia de la enseñanza y de la formación profesional*⁸⁷⁹. Esta es una de las principales tareas de la UE con miras al futuro. A día de hoy, los números de los permisos expedidos en la UE por motivos de estudio y de investigación no se pueden comparar con otros destinos, como los de EE.UU y Canadá. Además, algunos Estados miembros definen los campos de admisión de nacionales de terceros países por motivos de estudios con prioridad, por ejemplo, en materia de ingeniería, negocios y empresa. Otra crítica en esta materia se debe a que no hay suficiente relación entre la admisión y la permanencia del talento atraído a la UE para cubrir determinadas vacantes una vez terminados los estudios y/o investigación. Además, al tener presente la realidad de que estos nacionales de terceros países pasaron ya la primera selección antes de llegar a la UE, cuentan ya con los diplomas europeos que avalan sus estudios (fácilmente reconocidos por los empleadores), y teniendo en cuenta sus capacidades lingüísticas, es aquí donde los Estados miembros deberían buscar su potencial futura mano de obra cualificada. No obstante, la incapacidad o el no deseo de los Estados miembros en retener en sus mercados nacionales a los talentos procedentes de terceros países que terminan los estudios en la universidades europeas, puede significar una pérdida total de la inversión realizada muy importante⁸⁸⁰. Por ejemplo, Alemania implementó varios programas para retener a los estudiantes procedentes de terceros países al no obligar a tales candidatos a aprobar el test de alemán para acceder al mercado laboral, si terminan sus estudios en alguna universidad alemana y buscan empleo en el mismo ámbito al de sus estudios⁸⁸¹.

Por todos estos motivos, las miras del legislador europeo hacia las necesidades del mercado laboral en la UE y la retención del talento, vienen a confirmarse en el marco

⁸⁷⁹ Sentencia del TJUE, asunto C-15/11 *Sommer*, de 21 de junio 2012.

⁸⁸⁰ “*Mobile Talent? The Staying Intentions of International Students in Five EU Countries*”, Migration Policy Group & Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, 2012.

⁸⁸¹ Véase, HÜFNER, F. y KLEIN, C., “*The German Labour Market. Preparing for the Future*”, OECD, Economics Department, Working Papers n° 983, septiembre 2012. LAUBENTHAL, B., “*Labour Migration Governance in Contemporary Europe. The Case of Germany*”, LAB-MIG-GOV Project “Which Labour Migration Governance for a More Dynamic and Inclusive Europe?”, FIERI Working Papers, April 2012, disponible en: www.labmiggov.eu/wp-content/uploads/2012/05/laubenthal_case-study_Germany_17.05.pdf.

jurídico de la UE que regula la admisión de los nacionales de terceros países a la UE por motivos de estudio, y/o de investigación. A primera vista, se podría decir que las categorías de nacionales de terceros países en la Directiva 2016/801/UE⁸⁸² representan a las personas económicamente inactivas. Sin embargo, tal y como se verá a continuación, y teniendo en cuenta las palabras del Comisario Avramopoulos, la entrada en vigor de la reciente Directiva 2016/801/UE va más allá de los fines de estudios e investigación⁸⁸³. Es más, las dos nuevas categorías, los *au-pair* y las personas en prácticas remuneradas, definidas en la segunda parte, justifican aún más el giro hacia las «actividades económicas» de los titulares de los permisos en virtud de la Directiva 2016/801/UE. No obstante, a día de hoy siguen en vigor la Directiva 2004/114/CE⁸⁸⁴ y la Directiva 2005/71/CE⁸⁸⁵, aunque quedarán derogadas⁸⁸⁶ con la entrada en vigor de la mencionada

⁸⁸² Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 23 de mayo de 2018. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones según lo previsto en el artículo 40 (1) de la Directiva 2016/801/UE. De conformidad con los artículos 1 y 2 y con el artículo 4 *bis*, apartado 1, del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación. De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

⁸⁸³ La Directiva se adoptó en base a la nueva propuesta de Directiva relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, intercambio de alumnos, prácticas remuneradas y no remuneradas, servicios de voluntariado y colocación *au pair* presentada por la Comisión, COM (2013)151 final 2013/0081, Bruselas, 25.3.2013. La propuesta modifica y refunde la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre los requisitos de admisión de un nacional de tercer país a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o voluntarias y la Directiva 2005/71/CE, relativa a las condiciones de admisión de los nacionales de terceros países a los fines de la investigación científica. Su objetivo es mejorar el marco jurídico aplicable a las categorías de nacionales de terceros países cubiertos por las dos arriba mencionadas directivas, así como para ampliar el ámbito de aplicación de la directiva a dos nuevas categorías de nacionales de terceros países, aprendices remunerados y *au pairs*. A este respecto, véase la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del TFUE sobre la posición del Consejo por lo que respecta a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair*, COM (2016) 184 final 2013/0081 (COD).

⁸⁸⁴ Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

⁸⁸⁵ Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

⁸⁸⁶ La nueva Directiva 2016/801/UE se adoptó también para dar la respuesta frente a los problemas detectados en los informes de aplicación de la ya mencionada Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de

Directiva 2016/801/UE. En cuanto al cumplimiento de la transposición de la Directiva 2005/71/CE, es de destacar la condena al Reino de España en el asunto C-523/08, *Comisión Europea vs. Reino de España*⁸⁸⁷. En este asunto, la Comisión Europea solicitó al TJUE declarar que el Reino de España ha incumplió las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 2005/71/CE, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva, y, en cualquier caso, al no haber comunicado dichas disposiciones a la Comisión.

Volviendo a la justificación de la adopción de la nueva Directiva 2016/801/UE, hay que destacar que, del informe relativo a la aplicación de la Directiva 2005/71/CE, entre otros, se desprende que el número de los investigadores procedentes de terceros países ha sido muy bajo en comparación con lo estimado y necesario para cumplir los objetivos previstos en la Estrategia 2020⁸⁸⁸. Parece ser que es precisamente en la finalidad de cumplir los objetivos de la Estrategia 2020, y con vistas al futuro de la economía y del mercado en toda la UE, donde está la explicación de la ampliación del ámbito personal a dos nuevos estatutos jurídicos, las personas en prácticas remuneradas y los *au pair*. Ambos grupos de nacionales de terceros países actualmente no cubiertos por ningún marco jurídicamente vinculante de la UE, son incluidos con el fin de garantizar sus derechos y su protección legal⁸⁸⁹. Las migraciones con los fines

2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica COM (2011) 901 final; y en informe de la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambios de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, COM(2011) 587 final. La inmigración procedente de terceros países es una cantera de profesionales altamente cualificados, y determinados grupos de nacionales de esos países, como los estudiantes y, en particular, los investigadores, son cada vez más buscados.

⁸⁸⁷ Sentencia del TJUE, asunto C-523/08, *Comisión Europea vs. Reino de España*, de 11 de febrero de 2010. En el presente asunto, el Reino de España no discute el hecho de que no se realizara la adaptación efectiva del Derecho interno a la Directiva 2005/71 en el plazo señalado en el dictamen motivado. No obstante, alega que las disposiciones nacionales en vigor en materia de extranjería e inmigración regulan ya la admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. La normativa española contiene las mismas exigencias y produce los mismos efectos que los que se desprenden de la Directiva 2005/71. Por tanto, la protección prevista por dicha Directiva, ya tiene aplicación práctica. El Reino de España alega que el retraso en la adaptación de su Derecho interno a la Directiva 2005/71 se debe a la reestructuración de los departamentos ministeriales a raíz del cambio de legislatura. No obstante, en palabras del TJUE procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva.

⁸⁸⁸ COM (2011) 901 final, p. 9.

⁸⁸⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los requisitos de entrada y de residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, intercambio de

establecidos en la Directiva 2016/801/UE deberían fomentar la generación de conocimientos y capacidades. La apertura de la UE a los nacionales de terceros países admitidos con fines de investigación también forma parte de la iniciativa emblemática de la Unión denominada «Unión por la Innovación». La creación de un mercado de trabajo abierto para los investigadores procedentes de terceros países se consideró como uno de los objetivos clave del Espacio Europeo de Investigación, espacio unificado en el que circulan libremente los investigadores⁸⁹⁰. Además, la Directiva 2016/801/UE pretende apoyar también los objetivos del Servicio Voluntario Europeo para desarrollar la solidaridad, el entendimiento mutuo y la tolerancia entre los jóvenes y las sociedades en las que viven, contribuyendo al mismo tiempo a reforzar la cohesión social y el fomento de la ciudadanía activa entre los jóvenes⁸⁹¹. Recientemente, la UE ha adoptado una serie de programas europeos multilaterales de movilidad, como Horizonte 2020 y Erasmus+, para atraer a las personas con talento a la UE, promoviendo a su vez la movilidad de los nacionales de terceros países en el territorio europeo. Unido a ello, la nueva Directiva señalada tiene como objetivo dar oportunidades de movilidad y de empleo a los grupos de importancia estratégica para la UE. Por ello, la Directiva subraya que las normas y las políticas de la UE en materia de inmigración, por una parte, y las políticas y programas de la UE que favorecen la movilidad de investigadores y estudiantes a escala de la UE, por otra, deben complementarse mutuamente en mayor medida. Los investigadores o estudiantes cubiertos por programas de la UE que incluyan medidas o acuerdos de movilidad entre dos o más instituciones de enseñanza superior deben tener derecho a recibir autorizaciones que abarquen al menos dos años, siempre que cumplan los requisitos de admisión pertinentes durante dicho período⁸⁹². Esta última afirmación responde claramente a la necesidad de buscar la coherencia entre los programas de movilidad elaborados por la UE por un lado, y las trabas administrativas relativas a la admisión de los estudiantes e investigadores, por otro.

A fin de promover el rol de Europa en su conjunto como centro mundial de excelencia para los estudios y la formación, deben mejorar y simplificarse los requisitos de entrada y residencia de aquellos que deseen trasladarse a la Unión con esos fines⁸⁹³.

alumnos, prácticas remuneradas y no remuneradas, servicios de voluntariado y colocación *au pair* y por la que se refunden y modifican las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE, Bruselas, 25.3.2013, SWD (2013) 78 final, p. 5.

⁸⁹⁰ Considerandos 7 y 8 de la Directiva 2016/801/UE.

⁸⁹¹ Considerando 20 de la Directiva 2016/801/UE.

⁸⁹² Considerando 51 de la Directiva 2016/801/UE.

⁸⁹³ Considerandos 11 y 14 de la Directiva 2016/801/UE.

En este orden de ideas, en lo que respecta al presente trabajo, se analizarán las disposiciones jurídicas actualmente en vigor para estas categorías de nacionales de terceros países, como también las nuevas previsiones, subrayando entre otros, los aspectos más novedosos de la Directiva 2016/801/UE en el ámbito de la libre circulación y el acceso al mercado laboral de los nacionales de terceros países. A este respecto, esta nueva Directiva tiene como objetivo ofrecer más oportunidades de movilidad y de empleo con miras a que los nacionales de terceros países perciban la UE como un espacio acogedor para su desarrollo profesional y personal aunque su primer motivo de entrada fuera estudio y/o investigación. Otra novedad estriba en la regulación de los derechos de los miembros de familia que acompañen a los titulares de los permisos expedidos en virtud de esta Directiva, otro colectivo de interés, cuya mano de obra puede ser más que necesaria para cumplir con los futuros objetivos del mercado europeo⁸⁹⁴.

A continuación se ofrecerá la verdadera imagen de la circulación de los «cerebros» procedentes de terceros países en la UE. En cuanto a los requisitos formales de los permisos otorgados en virtud de la Directiva 2016/801/UE, cuando la autorización se conceda en forma de permiso de residencia, los Estados miembros utilizarán el formato establecido en el Reglamento n° 1030/2002, e indicarán los términos «investigador», «estudiante», «alumno», «persona en prácticas», «voluntario» u «*au pair*» en dicho permiso de residencia⁸⁹⁵. La duración de la autorización varía en función de cada estatuto jurídico⁸⁹⁶.

Además, cabe destacar el régimen jurídico previsto para los miembros de familia de los titulares de los permisos en virtud de la presente Directiva. Una de las mayores críticas de la actual legislación, la Directiva 2005/71/CE, reside en no incluir la regulación jurídica de los miembros de familia de los investigadores. A este respecto, la Directiva 2016/801/UE subsana esta deficiencia, e incluso amplía los derechos de los miembros de familia de los investigadores. Por lo tanto, para estos miembros de familia, la concesión de un permiso de residencia no estará supeditada al requisito de que el investigador tenga unas perspectivas razonables de obtener el derecho de residencia permanente, ni a que haya cumplido un período mínimo de residencia. Es más, las condiciones y medidas de integración para los miembros de familia de los

⁸⁹⁴ *Synthesis report on Immigration of International Students to the EU*, European Migration Network study, 2012, disponible en: http://www.emn.lv/wp-content/uploads/Immigration_of_International_Students_to_the_EU_SR_11April2013_FINAL.pdf.

⁸⁹⁵ Artículo 17.1 de la Directiva 2016/801/UE.

⁸⁹⁶ La duración de la autorización está regulada en el artículo 18 de la Directiva 2016/801/UE.

investigadores sólo podrán aplicarse después de que se haya concedido un permiso de residencia a los interesados⁸⁹⁷. Con la finalidad de que la UE sea más atractiva para aquellos nacionales de terceros países que desean ejercer actividades de investigación en la misma, se debe permitir que los miembros de familia, les acompañen y disfruten de las disposiciones relativas a la movilidad dentro de la UE. Además, se prevé que estos miembros de familia deben tener acceso al mercado de trabajo en el primer Estado miembro y, en caso de movilidad de larga duración, en los segundos Estados miembros, salvo en circunstancias excepcionales.

3.5.2 Las condiciones de entrada y residencia

«Estoy muy contenta que finalmente se adopte un instrumento jurídico armonizado para atraer el talento a la UE. Las universidades europeas se convertirán en auténticos centros de formación de excelencia atractivo para el talento, conocimiento procedente de los terceros países al ofrecer los criterios de admisión más atractivos»⁸⁹⁸. «Con la adopción de la Directiva 2016/801/UE, la UE ofrece más vías legales de entrada a la UE para los nacionales de terceros países, invirtiendo en nuestro futuro»⁸⁹⁹. A continuación se verá si legislador europeo a través de la Directiva 2016/801/UE, prevé realmente unas atractivas previsiones jurídicas de admisión para los nacionales de terceros países. La legislación actual en vigor contiene solamente las disposiciones relativas a la admisión de carácter obligatorio para los estudiantes y los investigadores, mientras que dichas condiciones son de carácter facultativo para los alumnos, las personas en prácticas no remuneradas y los voluntarios. A este respecto, la nueva Directiva 2016/801/UE establece que todas las disposiciones que regulan las condiciones de admisión y de residencia son obligatorias para todas las categorías de los nacionales de terceros países que soliciten ser admitidos o que hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro por un período superior a 90 días⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ Artículo 30.6 de la Directiva 2016/801/UE.

⁸⁹⁸ Cecilia Wikström, miembro de Parlamento Europeo, (ALDE, SE).

⁸⁹⁹ Jean Asselborn, Minister for Immigration and Asylum of Luxembourg, *New EU rules for third-country researchers and students: Council confirms deal with European Parliament*, Press release, 26.11.2015.

⁹⁰⁰ Artículo 1 de la Directiva 2016/801/UE.

En primer lugar, cualquier nacional de un tercer país que quiera entrar y residir en la UE por motivos previstos en ésta Directiva debe cumplir con los requisitos generales de entrada previstos en la primera parte de la presente tesis⁹⁰¹. En segundo lugar, cada estatuto jurídico previsto en la Directiva 2016/801/UE está sujeto al cumplimiento de los requisitos específicos aparte de a las condiciones generales. Por lo tanto, esta Directiva establece sus propias condiciones de admisión y de residencia⁹⁰². A este respecto, los requisitos específicos se prevén para los investigadores⁹⁰³, para los estudiantes⁹⁰⁴, para los alumnos⁹⁰⁵, para las personas en prácticas⁹⁰⁶, para los voluntarios⁹⁰⁷ y para los *au pairs*⁹⁰⁸.

⁹⁰¹ Artículo 7 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹⁰² Las condiciones generales para la entrada y residencia que deben cumplir todos los candidatos son: presentar un documento de viaje válido, si así se exige, una solicitud de visado o un visado válido; presentar documentos que prueben que el nacional de un país tercero ha suscrito o, si así lo exige el Derecho nacional, ha solicitado suscribir un seguro de enfermedad; la prueba del pago de las tasas exigidas si así se exige; presentar las pruebas que solicite el Estado miembro en cuestión de que el nacional de un país tercero podrá disponer durante la estancia prevista de recursos suficientes para cubrir los gastos de manutención sin recurrir al sistema de ayudas sociales del Estado miembro, así como el coste del viaje de regreso. La evaluación de los recursos suficientes se basará en un estudio individual de cada caso y tendrá en cuenta los recursos procedentes, entre otras fuentes, de subvenciones, ayudas y becas, un contrato de trabajo válido o una oferta de empleo en firme o una declaración de toma a cargo por una organización de un programa de intercambio de alumnos, una entidad de acogida de personas en prácticas, una organización de un programa de voluntariado, una familia de acogida o una organización mediadora en la colocación *au pair*. Los Estados miembros podrán exigir al solicitante que facilite la dirección del nacional de un país tercero.

⁹⁰³ Los artículos 8, 9 y 10 de la Directiva 2016/801/UE regulan los requisitos específicos. El solicitante presentará un convenio de acogida o contrato; los Estados miembros podrán exigir del organismo de investigación que se comprometa por escrito a asumir, en caso de que un investigador permanezca ilegalmente en el territorio del Estado miembro de que se trate, el reembolso de los gastos relacionados con la estancia y el retorno del investigador sufragados mediante fondos públicos. Los Estados miembros podrán decidir establecer un procedimiento de aprobación para los organismos de investigación públicos o privados que deseen acoger a un investigador por el procedimiento de admisión establecido en la presente Directiva. La aprobación concedida a un organismo de investigación tendrá una validez mínima de cinco años. Un organismo de investigación que desee acoger a un nacional de un país tercero con fines de investigación firmará un convenio de acogida con este último.

⁹⁰⁴ El artículo 11 de la Directiva 2016/801/UE regula los requisitos específicos para los estudiantes. A este respecto, cada solicitante deberá aportar que ha sido admitido en una institución de enseñanza superior con objeto de cursar un programa de estudios; se han abonado los derechos de matrícula exigidos por la institución de enseñanza superior, si así lo exige el Estado miembro; posee un conocimiento suficiente de la lengua del programa de enseñanza que se va a cursar, si así lo exige el Estado miembro; y dispone de recursos suficientes para cubrir los costes de los estudios, si así lo exige el Estado miembro.

⁹⁰⁵ El artículo 12 de la Directiva 2016/801/UE regula los requisitos específicos para los estudiantes. A este respecto, cada solicitante deberá aportar que ni está por debajo de la edad y el grado mínimos ni supera la edad y el grado máximos establecidos por el Estado miembro de que se trate; su aceptación en un centro de enseñanza; su participación en un programa educativo estatal o regional; que el centro de

En cuanto a las condiciones para la nueva categoría de nacionales de terceros países, los *au pairs*, es interesante subrayar que esta persona deberá presentar un acuerdo entre él/ella y la familia de acogida, en el que se determinen los derechos y las obligaciones del nacional del tercer país en su condición de *au pair*, incluidos los pormenores referentes al dinero de bolsillo y las disposiciones para la asistencia a cursos del *au pair* y el máximo de horas en las tareas familiares; ser mayor de dieciocho años y menor de treinta⁹⁰⁹; aportar pruebas de que la familia de acogida o una

enseñanza o, en la medida en que así lo disponga el Derecho nacional, un tercero acepta hacerse responsable del nacional de un país tercero durante la estancia en el territorio del Estado miembro en cuestión, en particular en lo que respecta al coste de sus estudios; se aloja durante su estancia con una familia o en un alojamiento especial dependiente del centro de enseñanza. Los Estados miembros podrán limitar la admisión de los alumnos participantes en un programa de intercambio de alumnos o proyecto educativo a los nacionales procedentes de aquellos países terceros que ofrezcan una posibilidad similar a sus propios nacionales.

⁹⁰⁶ El artículo 13 de la Directiva 2016/801/UE regula los requisitos específicos para las personas en prácticas. Estos nacionales de terceros países deben presentar un convenio de prácticas con una entidad de acogida, que contemple una formación teórica y práctica con una descripción del programa de prácticas, la duración de las prácticas, las condiciones de las prácticas y de su supervisión, las horas de prácticas, y la relación jurídica entre la persona en prácticas y la entidad de acogida. Además, deben aportar pruebas de que ha obtenido un título de educación superior en los dos años anteriores a la fecha de solicitud o que está realizando estudios que conducen a la obtención de un título de educación superior; aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro, de que el nacional de un tercer país dispondrá durante su estancia de recursos suficientes para cubrir los costes de las prácticas; aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro, de que el nacional de un tercer país ha recibido o recibirá formación lingüística para disponer de los conocimientos necesarios para realizar las prácticas; aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro, de que la entidad de acogida se hace responsable del nacional de un tercer país durante toda su estancia en el territorio del Estado miembro correspondiente, en particular en lo que respecta a los costes de manutención y alojamiento; aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro. Los Estados miembros podrán exigir a la entidad de acogida que acredite que la persona en prácticas no está ocupando ningún puesto de trabajo.

⁹⁰⁷ El artículo 14 de la Directiva 2016/801/UE regula los requisitos específicos para los voluntarios. Estos nacionales de terceros países deben presentar un convenio con la entidad de acogida con una descripción del programa de voluntariado, la duración del programa de voluntariado, las funciones y condiciones de supervisión del programa de voluntariado, las horas de trabajo voluntario, los recursos disponibles para cubrir los gastos de manutención y alojamiento del nacional de un país tercero y una cantidad mínima en concepto de dinero de bolsillo durante toda su estancia, la formación que recibirá el nacional de un país tercero para que pueda realizar el programa de voluntariado; aportar pruebas de que la entidad de acogida o, en la medida en que así lo disponga el Derecho nacional, otro organismo responsable del programa de voluntariado, ha suscrito un seguro de responsabilidad a terceros por sus actividades. Los Estados miembros podrán fijar una edad mínima y otra máxima para los nacionales de países terceros que soliciten su admisión en programas de voluntariado, sin perjuicio de las normas del Servicio Voluntario Europeo.

⁹⁰⁸ El artículo 16 de la Directiva 2016/801/UE regula los requisitos específicos para los *au pairs*.

⁹⁰⁹ En casos excepcionales, los Estados miembros podrán autorizar la admisión como *au pair* a un nacional de un tercer país que supere el límite de edad máximo.

organización mediadora en la colocación *au pair*, en la medida en que el Derecho nacional así lo disponga, acepte hacerse responsable del nacional de un país tercero durante toda su estancia en el territorio del Estado miembro en cuestión. Además, se añade que los Estados miembros podrán exigir que el nacional de un tercer país que solicite su admisión como *au pair* aporte pruebas de un conocimiento básico de la lengua del Estado miembro de que se trate, o de que ha terminado sus estudios secundarios, como también poseer una cualificación profesional. Los Estados miembros podrán exigir que los miembros de familia de acogida tengan una nacionalidad diferente a la del nacional de un tercer país que solicite su admisión como *au pair*, y que no tengan ningún vínculo familiar con dicho nacional de un tercer país. En cuanto a la descripción de las tareas de los *au pair*, se prevé que éstas no superen el máximo de 25 horas semanales, y el *au pair* tendrá al menos un día a la semana libre. Por último, los Estados miembros podrán fijar una cantidad de dinero mínima que deberá abonarse al *au pair* en concepto de dinero de bolsillo. Una vez vistas las condiciones específicas que deben cumplir los nacionales de terceros países que quieran ser admitidos como *au pair* al territorio de un Estado miembro de la UE, se observa la clara preocupación del legislador europeo en relación a la regulación jurídica de este numeroso colectivo de personas presentes en la UE.

Como otra novedad relativa a las condiciones de entrada y residencia, se prevé la obligación temporal de resolver la solicitud del permiso en virtud de la Directiva 2016/801/UE. Las autoridades competentes de los Estados miembros adoptarán una decisión sobre la solicitud de una autorización o su renovación notificándola por escrito al solicitante, de conformidad con los procedimientos de notificación establecidos en su Derecho interno, lo antes posible y en un plazo máximo de 90 días desde la fecha de presentación de la solicitud completa⁹¹⁰.

En relación al régimen jurídico de admisión al territorio de la UE de los estudiantes es preciso tener presente que estos nacionales de terceros países solicitan la admisión al territorio de los Estados miembros de la UE para una actividad principal a tiempo completo, que es estudio, con la posibilidad de incluir unas prácticas remuneradas, pero su admisión no se debe a motivos laborales, en principio⁹¹¹. No obstante, tal y como se verá a continuación, la nueva Directiva 2016/801/UE potencia el acceso al mercado laboral por parte de los estudiantes, entre otros, permitiéndoles trabajar durante sus estudios.

⁹¹⁰ Artículo 34.1 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹¹¹ Considerando 39 de la Directiva 2016/801/UE.

En cuanto a las condiciones de admisión, es interesante traer a colación la cuestión prejudicial que se presentó ante el TJUE en el litigio entre el *Sr. Ben Alaya y la Bundesrepublik Deutschland*, en cuanto a la negativa de concederle un visado para cursar estudios al Sr. Ben Alaya⁹¹². En este asunto concreto, las autoridades alemanas preguntan al TJUE si disponen de margen de apreciación relativo a las condiciones de admisión previstas en la Directiva 2004/114/CE, o si dichas condiciones son taxativas y de obligatorio cumplimiento sin ningún requisito adicional para expedir el permiso de estudios. En el presente supuesto, la administración alemana denegó la concesión de un visado al Sr. Ben Alaya, debido al carácter dudoso de su motivación para cursar estudios, habida cuenta, en particular, de los resultados insuficientes que había obtenido anteriormente en sus estudios, su escaso conocimiento de la lengua alemana y la falta de un vínculo entre la formación prevista y su proyecto profesional. Todo ello, a pesar de que el Sr. Ben Alaya aducía que poseía conocimientos suficientes para cursar estudios de matemáticas y que mientras durasen los estudios estaría a cargo de su padre, quien resida en Alemania. A este respecto, el TJUE entiende que como regla general, de las disposiciones de la Directiva 2004/114/CE, se desprende que deberá concederse un permiso de residencia a los estudiantes de terceros países siempre que cumplan los requisitos generales y específicos establecidos de manera exhaustiva en los artículos previstos en dicha Directiva. El TJUE llega a la conclusión, que permitir que un Estado miembro establezca requisitos adicionales a los establecidos en la Directiva 2004/114/CE en lo que respecta a la admisión de nacionales de terceros países a efectos de estudios, sería contrario al objetivo perseguido de favorecer la movilidad de tales nacionales procedentes de terceros países. Por lo tanto, el Estado miembro tiene la obligación de admitir en su territorio al nacional de un tercer país que desee residir en su territorio durante más de tres meses con el fin de cursar estudios siempre que dicho nacional cumpla los requisitos de admisión establecidos de manera exhaustiva en la Directiva 2004/114/CE (actualmente, los requisitos previstos en la Directiva

⁹¹² Sentencia del TJUE, asunto C-491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya y Bundesrepublik Deutschland*, de 10 de septiembre de 2014. En este asunto, el Sr. Ben Alaya, nacido el 19 de febrero de 1989 en Alemania, posee la nacionalidad tunecina. Abandonó Alemania en 1995 para vivir en Túnez. Tras haber finalizado el bachillerato en el año 2010 y haberse matriculado posteriormente en la Universidad de Túnez para cursar estudios de informática, el Sr. Ben Alaya emprendió gestiones para poder cursar estudios superiores (licenciatura) en Alemania. Así, la Technische Universität Dortmund admitió varias veces su solicitud para cursar estudios de Matemáticas. El Sr. Ben Alaya presentó varias solicitudes ante las autoridades alemanas competentes para obtener un visado de estudiante con el fin de poder cursar dicha formación o la formación lingüística organizada por la Universidad para los extranjeros que desean acceder a estudios superiores. Estas peticiones fueron denegadas.

2016/801/UE), y que ese Estado miembro no invoque en su contra ninguno de los motivos explícitamente enumerados en la referida Directiva 2016/801/UE que justifican la denegación del permiso de residencia.

3.5.3 La movilidad dentro de la Unión

Las disposiciones vigentes en materia de desplazamiento de los nacionales de terceros países por fines de estudio y/o investigación prevén medidas de movilidad en cumplimiento con las exigencias de programas europeos como Erasmus Mundus o Marie Curie. La movilidad dentro de la UE representa un desafío para los beneficiarios de los antes mencionados programas que incluyen medidas de movilidad, pero, se estima que la regulación de la misma dentro de la Unión es insuficiente⁹¹³. Por este motivo, la Directiva 2016/801/UE tiene por objeto también facilitar la movilidad de los investigadores y de los estudiantes dentro de la Unión⁹¹⁴.

En primer lugar, es muy importante destacar que la Directiva 2016/801/UE prevé la regulación jurídica de la movilidad dentro de la Unión solamente para dos categorías de los nacionales de terceros países, los estudiantes y los investigadores. En segundo lugar, dicha Directiva añade que durante la movilidad, los investigadores podrán impartir clases además de realizar actividades de investigación, y los estudiantes podrán trabajar además de cursar sus estudios, en uno o varios Estados miembros segundos. Por lo tanto, aquí el legislador europeo manifiesta claramente la relación existente entre la movilidad dentro de la UE y las actividades económicas de los titulares de los permisos en virtud de esta Directiva legalmente establecidos en la UE.

En cuanto a los investigadores, la UE prevé diferencias entre la movilidad de corta y de larga duración. En relación a la movilidad de corta duración, los investigadores que posean una autorización válida expedida por el primer Estado miembro tendrán derecho a permanecer a fin de realizar parte de su actividad de investigación en cualquier organismo de investigación en uno o varios segundos Estados miembros durante un período de hasta 180 días dentro de cualquier período de

⁹¹³ SWD (2013) 78 final, p. 3.

⁹¹⁴ Considerando 44 de la Directiva 2016/801/UE.

360 días por Estado miembro, bajo ciertas condiciones⁹¹⁵. Para tal movilidad, el segundo Estado miembro podrá exigir la transmisión de varios documentos e información⁹¹⁶. En el supuesto de la movilidad de larga duración de los investigadores que tengan la intención de permanecer a fin de realizar parte de su actividad de investigación durante más de 180 días, el segundo Estado miembro podrá exigir al investigador el cumplimiento de todos los requisitos previstos para la corta duración. Además, en estos supuestos, el segundo Estado miembro tomará una decisión sobre la solicitud de movilidad de larga duración y se la notificará por escrito al solicitante⁹¹⁷. En comparación con lo establecido en la actual Directiva 2005/71/CE, en el caso de movilidad hasta tres meses, la investigación podrá ser realizada sobre la base del convenio de acogida celebrado en el primer Estado miembro, siempre que el investigador cuente con recursos suficientes en el otro Estado miembro y no sea considerado una amenaza para el orden público, la seguridad o la salud públicas en el segundo Estado miembro. Cuando el investigador permanezca en otro Estado miembro más de tres meses, aparte de los requisitos mencionados previamente, los Estados miembros podrán exigir un nuevo convenio de acogida para llevar a cabo la investigación⁹¹⁸.

Otra novedad de la Directiva 2016/801/UE relativa a la movilidad es la referida a la movilidad de los miembros de familia de los investigadores que posean un permiso de residencia, cuestión no contemplada en la Directiva 2005/71/CE⁹¹⁹. Así, los miembros de familia de un investigador que posean un permiso de residencia válido expedido por

⁹¹⁵ Artículo 28.1 de la Directiva 2016/801/UE. El artículo añade que el segundo Estado miembro podrá exigir al investigador, al organismo de investigación del primer Estado miembro o al organismo de investigación del segundo Estado miembro que comunique a las autoridades competentes del primer Estado miembro y al segundo Estado miembro la intención del investigador de realizar parte de su actividad de investigación en el organismo de investigación del segundo Estado miembro. Cuando se haya procedido a la comunicación y si el segundo Estado miembro no ha formulado objeción alguna ante el primer Estado miembro, podrá tener lugar la movilidad del investigador al segundo Estado miembro en cualquier momento dentro del período de validez de la autorización.

⁹¹⁶ Se mencionan por ejemplo, el convenio de acogida en el primer Estado miembro, la duración prevista y las fechas de la movilidad; la prueba de que el investigador dispone de un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos normalmente cubiertos para los nacionales del Estado miembro o la prueba de que durante su estancia el investigador dispondrá de recursos suficientes para cubrir los costes de manutención sin tener que recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro, según lo previsto en el artículo 28.6 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹¹⁷ El contenido y la regulación de las condiciones para ejercer la movilidad de larga duración están reguladas en el artículo 29 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹¹⁸ *Vid.* artículo 13 de la Directiva 2005/71/CE.

⁹¹⁹ Artículo 27.1 y 27.2 de la Directiva 2016/801/UE.

el primer Estado miembro tendrán derecho a entrar en uno o varios segundos Estados miembros, y a permanecer en ellos, a fin de acompañar al investigador. La movilidad de los miembros de familia de los investigadores debe ir acompañada con todos los documentos relativos a los miembros de familia del investigador que le acompañen; junto con la prueba de que el miembro de familia ha residido ya en el primer Estado miembro⁹²⁰. Sin embargo, la Directiva 2016/801/UE prevé solamente la movilidad de los miembros de familia de los investigadores, excluyendo a los miembros de familia de otras categorías de los nacionales de terceros países. Esta última afirmación vuelve a confirmar una vez más cierta «categorización de los perfiles» de los nacionales de terceros países y de sus miembros de familia presentes en la UE en relación a la movilidad dentro de la Unión.

En cuanto a la movilidad de los estudiantes, la Directiva 2016/801/UE prevé que los estudiantes que posean una autorización válida expedida en el primer Estado miembro y que estén cubiertos por un programa de la Unión multilateral que incluya medidas de movilidad, o por un acuerdo entre dos o más instituciones de enseñanza superior, tendrán derecho a entrar y permanecer a fin de realizar parte de sus estudios en una institución de enseñanza superior en uno o varios segundos Estados miembros durante un período de hasta 360 días por Estado miembro bajo ciertas condiciones. A este respecto, un nacional de un tercer país que posea una autorización válida para fines de estudios en tales condiciones, podrá entrar y permanecer para realizar sus estudios o sus actividades de investigación en uno o varios segundos Estados miembros. No obstante, la Directiva 2016/801/UE prevé las posibilidades de la movilidad también a los estudiantes no cubiertos por un programa de la Unión multilateral para entrar y permanecer en un segundo Estado miembro a fin de realizar parte de sus estudios en una institución de enseñanza superior. En estos supuestos, la decisión de autorizar la movilidad de un estudiante depende de cada caso concreto y de cada Estado miembro en cuestión. Por lo tanto, la regulación jurídica relativa a la movilidad dentro de la Unión distingue entre dos tipos de estudiantes. La primera categoría, la de los beneficiarios de un programa de la Unión, y la segunda categoría, los estudiantes que no están cubiertos por ningún programa de la Unión⁹²¹. Para llevar a cabo la movilidad, los estudiantes deberán aportar varios documentos⁹²². En comparación con la regulación de la movilidad de los estudiantes en la actual Directiva 2004/114/CE se puede hacer la siguiente observación: el estudiante que solicite cursar en otro Estado miembro, parte de

⁹²⁰ Artículo 30 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹²¹ Artículo 31.1 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹²² Véanse los artículos 26.2 y 26.3 de la Directiva 2016/801/UE.

sus estudios ya iniciados o completar éstos con un programa de estudios relacionado con los mismos, será admitido por este último Estado miembro dentro de un plazo que, sin dificultar la prosecución de los estudios correspondientes, deje a las autoridades competentes tiempo suficiente para tramitar la solicitud si ha transmitido con su solicitud de admisión un expediente que enumere su currículum académico completo y que demuestre que el nuevo programa de estudios que se propone seguir complementa al ya realizado, y participa en un programa de intercambio de la UE o bilateral, o ha sido admitido en un Estado miembro para estudiar dos años como mínimo⁹²³. Este último requisito no se aplicará en los casos en que el estudiante, en el marco de su programa de estudios, tenga que asistir obligatoriamente a una parte de los cursos en un centro de otro Estado miembro. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, en relación a la movilidad dentro de la Unión de los estudiantes, en la nueva Directiva 2016/801/UE se observa una mejora para ejercer la movilidad en otro Estado miembro.

Por todo lo visto anteriormente, y a pesar de varios avances jurídicos introducidos en la Directiva 2016/801/UE relativos a las normas de movilidad dentro de la Unión, dichas previsiones contienen varias lagunas jurídicas para poder confirmar el pleno y efectivo disfrute del ejercicio de la movilidad de los estudiantes e investigadores en la UE. Como otra novedad, la Directiva 2016/801/UE presenta la regulación de las garantías y de las sanciones a imponer en los supuestos de la movilidad dentro de la Unión. Cuando la autorización para fines de investigación o de estudios sea expedida por las autoridades competentes de un Estado miembro que no aplica íntegramente el acervo de Schengen, y el investigador o estudiante cruce la frontera exterior para entrar en un segundo Estado miembro en el marco de la movilidad, las autoridades competentes del segundo Estado miembro tendrán derecho a exigir varios documentos como prueba de la movilidad la autorización válida expedida por el primer Estado miembro, como por ejemplo una copia de la prueba de que el estudiante realiza parte de sus estudios en el segundo Estado miembro en el marco de un programa de la Unión multilateral que incluye medidas de movilidad o un acuerdo entre dos o más instituciones de enseñanza superior, entre otros⁹²⁴. Cuando el investigador o, en su caso, los miembros de su familia, o el estudiante no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones para la movilidad, el segundo Estado miembro podrá exigir al investigador y, en su caso, a los miembros de su familia o al estudiante que cesen inmediatamente todas sus actividades y abandonen su territorio. En estos supuestos, el primer Estado miembro permitirá de nuevo, a petición del segundo Estado miembro, la entrada sin

⁹²³ Artículo 8 de la Directiva 2004/114/CE.

⁹²⁴ Artículo 32.1 de la Directiva 2016/801/UE.

trámites y sin demora del investigador y, si en su caso, de los miembros de su familia, o del estudiante⁹²⁵. Además, la Directiva regula también la posible denegación de la movilidad de las personas para las que se haya introducido una descripción a efectos de denegación de entrada o estancia en el Sistema de Información de Schengen⁹²⁶.

En relación a los requisitos formales, cuando se expida a un investigador la autorización de movilidad de larga duración en forma de permiso de residencia, los Estados miembros utilizarán el formato establecido en el Reglamento nº 1030/2002 e indicarán «investigador-movilidad» en el permiso de residencia⁹²⁷.

3.5.4 El acceso al mercado laboral

Si cabe destacar alguna previsión jurídica de la nueva Directiva 2016/801/UE en particular, sin duda alguna hay que mencionar la repetida alusión al mercado laboral europeo. Con la finalidad de que todas las personas que tienen estudios o formación profesional puedan contribuir tanto a los mercados nacionales como europeos, la nueva Directiva propone la posibilidad de residir en algún Estado miembro de la UE para identificar las oportunidades laborales, y/o empezar el propio negocio, una vez terminados los estudios y/o la investigación. Por lo tanto, la principal novedad de la presente Directiva descansa en la previsión jurídica directa de la búsqueda de empleo y del acceso al mercado laboral para los estudiantes e investigadores procedentes de terceros países, regulada muy parcialmente en la regulación jurídica vigente⁹²⁸.

El «espíritu del acceso al mercado laboral» queda plenamente fortalecido en este instrumento jurídico, también gracias a las definiciones de empleo⁹²⁹ y de empleador⁹³⁰.

⁹²⁵ Artículo 32.4 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹²⁶ Artículo 32.5 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹²⁷ Artículo 17.4 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹²⁸ La Directiva 2004/114/CE establece que para permitir a los estudiantes que sean nacionales de terceros países cubrir parte del coste de sus estudios, se les debería dar acceso al mercado de trabajo bajo ciertas condiciones, según lo previsto en el considerando 18 de la Directiva 2004/114/CE.

⁹²⁹ «Empleo» es el ejercicio de actividades que adoptan cualquier forma de trabajo u obra regulada por el Derecho nacional, los convenios colectivos aplicables o conformes a la práctica establecida, por cuenta o bajo la dirección o supervisión de un empleador, véase artículo 3.16 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹³⁰ «Empleador» es toda persona física o jurídica por cuenta de la que o bajo cuya dirección o supervisión se ejerza el empleo, véase artículo 3.17 de la Directiva 2016/801/UE.

De estas definiciones se desprende que el ejercicio de cualquier actividad que cumpla con la definición de trabajo forma parte de las competencias estatales exclusivas, y su ejercicio está sujeto al derecho nacional de un determinado Estado miembro. Por lo tanto, a pesar de que la Directiva 2016/801/UE ofrezca las definiciones previamente mencionadas, los Estados miembros guardan la soberanía estatal para determinar el alcance jurídico de tales conceptos jurídicos.

Otra novedad relativa a la presente Directiva estriba en el artículo denominado «la estancia con fines de búsqueda de empleo o empresariales para investigadores y estudiantes»⁹³¹. Este artículo establece que al término de la actividad de investigación o de los estudios, los investigadores y estudiantes tendrán la posibilidad de permanecer en el territorio del Estado miembro durante un período de nueve meses como mínimo a fin de buscar un empleo o crear una empresa. Por lo tanto, el legislador europeo deja muy claro que la finalidad de la permanencia en el territorio del Estado miembro, una vez terminados los estudios y/o la investigación, se debe a fomentar la actividad económica, ya sea para buscar un empleo o crear una empresa. Ahora bien, la posibilidad de establecerse en el territorio de la UE con la finalidad de buscar empleo o crear una empresa está prevista solamente para los investigadores y los estudiantes, dejando una vez más fuera de su ámbito a otras categorías de los nacionales de terceros países. Una de las potenciales explicaciones a dicha «exclusión del ámbito personal» se refiere a que las otras categorías de los nacionales de terceros países se encuentran en un determinado Estado miembro de la UE en base a una relación laboral existente, como es el supuesto de las personas en prácticas remuneradas y los *au pair*.

En tal orden de ideas, en virtud de lo previsto en el informe de la red de migraciones EMN 2012 sobre la inmigración internacional de los estudiantes a la UE en 2012⁹³², se puso de relieve la necesidad de incluir en el mercado laboral a los estudiantes y los investigadores. Dicho informe subrayó que la participación en el

⁹³¹ Artículo 25 de la Directiva 2016/801/UE. En estos supuestos, los Estados miembros expedirán, previa solicitud del investigador o estudiante, un permiso de residencia. Los Estados miembros exigirán, en el caso de los investigadores, la confirmación por parte del organismo de investigación de la finalización de la actividad de investigación o, en el caso de los estudiantes, la prueba de haber obtenido un título o certificado de educación superior u otra prueba de cualificación oficial. Los Estados miembros pueden limitar el presente derecho estableciendo unos requisitos adicionales. Transcurrido un período mínimo de tres meses a partir de la fecha de expedición del permiso de residencia a que se refiere el presente artículo por el Estado miembro de que se trate, este último podrá exigir a los nacionales de países terceros que demuestren que tienen posibilidades auténticas de ser contratados o de crear una empresa.

⁹³² *Synthesis report on Immigration of International Students to the EU*, European Migration Network study, 2012, disponible en: http://www.emn.lv/wp-content/uploads/Immigration_of_International_Students_to_the_EU_SR_11April2013_FINAL.pdf.

mercado laboral de la UE por parte de los estudiantes internacionales es sobre todo a tiempo parcial y se desarrolla en los sectores de la economía de bajos conocimientos frente al uso de las habilidades y de los conocimientos efectivos adquiridos en sus estudios⁹³³.

Por lo tanto, la Directiva 2016/801/UE establece la posibilidad de ejercer las actividades económicas por los estudiantes, al margen del tiempo de estudio, y cumplidos los requisitos aplicables a la actividad correspondiente en el Estado miembro. A este respecto, los estudiantes tendrán derecho a trabajar por cuenta ajena, y podrán tener derecho a ejercer una actividad económica por cuenta propia. Cada Estado miembro fijará el número máximo de horas semanales, de días o meses anuales que se permitan para dicha actividad, que no será inferior a quince horas semanales, o su equivalente en días o meses al año. Sin embargo, la Directiva 2016/801/UE prevé que se podrá tener en cuenta la situación del mercado laboral en el Estado miembro de que se trate⁹³⁴. Por ello, en esta disposición se observa la clara intención de la nueva Directiva 2016/801/UE de garantizar el acceso al mercado laboral también a los estudiantes, pero manteniendo la competencia exclusiva estatal en cuanto al volumen de admisión de los estudiantes en el mercado laboral de los Estados miembros de la UE.

A diferencia de la actual Directiva 2004/114/CE, donde se preveía ya la posibilidad de ejercer las actividades económicas por parte de los estudiantes, se amplía el número máximo de horas semanales de 10 a 15 horas. Además, dicha Directiva establece que, durante el primer año de residencia, el Estado miembro de acogida podrá restringir el acceso a las actividades económicas, previsión no contemplada ya en la Directiva 2016/801/UE.

En esta misma línea, una problemática que se plantea en los supuestos del acceso al mercado laboral de los estudiantes procedentes de terceros países, es la referida a que los estudiantes deben contar con suficientes recursos de subsistencia durante el período de búsqueda de empleo, realidad que parece bastante paradójica, si la finalidad debería ser buscar un empleo o una oportunidad laboral para poder disponer de los suficientes recursos económicos. Esta limitación no se percibe como la más adecuada para aumentar el atractivo de la UE. Además, en la práctica, algunos Estados miembros prevén la posibilidad de obtener visado para trabajar al terminar los estudios y la mayor parte de los Estados miembros permiten a los estudiantes permanecer en su territorio al

⁹³³ *Ibidem*.

⁹³⁴ Artículos 24.1 y 24.3 de la Directiva 2016/801/UE.

contar con oferta de trabajo o si ya están empleados⁹³⁵. No obstante, no existen unos criterios «únicos» a este respecto, y los requisitos cambian teniendo en cuenta el perfil académico, el salario mínimo y el acceso al mercado laboral en cada Estado miembro.

En particular, al terminar los estudios, los estudiantes internacionales se enfrentan a las barreras en el acceso al empleo, como es por ejemplo el caso en Alemania⁹³⁶. Los estudiantes y/o los investigadores subrayan que faltan oportunidades para que los graduados universitarios y los investigadores de terceros países puedan localizar posibilidades de trabajo tras sus estudios. Los estudiantes tienen limitado el acceso al mercado laboral durante sus estudios, lo cual dificulta su capacidad de financiación adecuada⁹³⁷.

En cuanto a los investigadores, además de ejercer sus actividades de investigación, podrán impartir clases con arreglo al Derecho nacional. Los Estados miembros fijarán el número máximo de horas o de días lectivos para impartir clases⁹³⁸. Aparte de los investigadores, los Estados miembros no aplicarán plazo límite alguno con respecto al acceso de los miembros de familia al mercado laboral, excepto en circunstancias excepcionales, como la existencia de una tasa de desempleo particularmente elevada⁹³⁹. Ahora bien, parece ser que solamente los miembros de familia de los investigadores son los únicos familiares teniendo en cuenta las previsiones de la Directiva 2016/801/UE.

Debido a varias críticas en relación a las oportunidades laborales para los estudiantes e investigadores procedentes de terceros países en la UE, y teniendo en cuenta la necesaria demanda de mano de obra en la UE, la Directiva 2016/801/UE representa, sin duda alguna, uno de los instrumentos jurídicos que pueden proporcionar una potencial respuesta ante la actual demanda del mercado laboral europeo. Los estudiantes procedentes de los terceros países al terminar los estudios en cualquiera universidad de algún Estado miembro de la UE deberían contar con las mismas

⁹³⁵ MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A. *et alii*, “*Exploring new avenues ...*”, *op. cit.*, p. 73.

⁹³⁶ MORRIS-LANGE, S., y BRANDS, F., “Train and Retain. Career Support for International Students in Canada, Germany, the Netherlands and Sweden”, *The Expert Council of German Foundations on Integration and Migration*, Berlin, 2015, disponible en: https://www.stiftung-mercator.de/media/downloads/3_Publikationen/Train_and_Retain_SVRs_Research_Unit_Study_2015-2.pdf.

⁹³⁷ SWD (2013) 78 final, p. 3.

⁹³⁸ Artículo 23 de la Directiva 2016/801/UE. Esta previsión está regulada también en el artículo 11 de la Directiva 2005/71/CE, actualmente en vigor.

⁹³⁹ Artículo 26.6 de la Directiva 2016/801/UE.

oportunidades de acceder al mercado laboral de la UE, garantizándose así la integración de dichos ex alumnos con las habilidades requeridas en las sociedades europeas⁹⁴⁰.

Los nacionales de terceros países en prácticas, los voluntarios y los *au pairs*, cuando se considere que han establecido una relación laboral en un Estado miembro de la UE, tendrán derecho a recibir un trato igual al dispensado a los nacionales del Estado miembro según lo previsto en la Directiva 2011/98/UE. El derecho de igualdad de trato se refiere sobre todo a los derechos laborales. Sin embargo, este derecho no es ilimitado y el propio articulado establece las excepciones al mismo⁹⁴¹. Por lo tanto, en relación a los derechos laborales, la Directiva 2016/801/UE se remite a los establecidos en la Directiva 2011/98/UE, instrumento jurídico mencionado previamente⁹⁴².

La interpretación de las condiciones del acceso al mercado laboral llegó hasta el TJUE. A este respecto, este Tribunal se pronunció sobre la importancia de las previsiones jurídicas relativas al acceso al mercado laboral de los estudiantes procedentes de terceros países en el litigio entre *Sr. Sommer y la Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien*, debido a la negativa en conceder un permiso de trabajo para desarrollar la actividad de conductor a tiempo parcial a un nacional búlgaro que estudia en Austria⁹⁴³. Aunque el presente litigio se enmarca dentro de la interpretación del acceso al mercado laboral de un estudiante según lo previsto en la Directiva 2004/114/CE, este asunto plantea la interesante cuestión sobre las condiciones de acceso

⁹⁴⁰ MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A. *et alii*, “*Exploring new avenues ...*”, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁴¹ En lo que respecta a los investigadores, los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato excluyendo los créditos y becas de estudio y de manutención u otros tipos de créditos y becas; no conceder prestaciones familiares a los investigadores que hayan sido autorizados a residir en el territorio del Estado miembro de que se trate por un período no superior a seis meses; limitar el acceso a la vivienda.

⁹⁴² El contenido del derecho de igualdad de trato está regulado en el artículo 22 de la Directiva 2016/801/UE.

⁹⁴³ Sentencia del TJUE, asunto C-15/11, *Sommer*, de 21 de junio de 2012. El Sr. Sommer, solicitó el 30 de enero de 2008, la concesión de un permiso de trabajo a un nacional búlgaro que estudiaba en Austria y que llevaba más de un año residiendo en dicho Estado miembro con el fin de contratarle como conductor por 10,25 horas semanales de trabajo a cambio de un salario de 349 euros brutos mensuales. Mediante resolución de 8 de febrero de 2008 el Arbeitsmarktservice Wien desestimó dicha solicitud alegando que el límite máximo de mano de obra extranjera fijado para el Land de Viena ya se había superado en 17.757 trabajadores extranjeros adicionales. Debido a la adhesión de la República de Bulgaria a la UE, el 1 de enero de 2007, el Sr. Sommer ya no es un «nacional de un tercer país» en sentido estricto. Además, en el presente asunto se estima que, dado que antes de la adhesión, un nacional búlgaro podía gozar, en tanto nacional de un tercer país, de los derechos establecidos en la Directiva 2004/114, la denegación de un permiso de trabajo tras dicha adhesión podría suponer un deterioro de su situación jurídica o un trato menos favorable que el que se dispensa a los estudiantes de terceros países, lo que prohíbe expresamente el Protocolo de adhesión.

al mercado laboral para los estudiantes procedentes de terceros países en comparación con los requisitos previstos para los nacionales de los países sujetos al Protocolo de Adhesión a la UE⁹⁴⁴. Por lo tanto, en el presente litigio, aparte de la interpretación de las condiciones de acceso al mercado laboral para los estudiantes, se plantea el cambio del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países procedentes de los países sujetos a la adhesión al «club europeo». A este respecto, el TJUE aclara que los trabajadores migrantes búlgaros y sus familias que residan y trabajen legalmente en otro Estado miembro no recibirán un trato más restrictivo que el que sea de aplicación a los procedentes de terceros países que residan y trabajen legalmente en ese Estado miembro. Por lo tanto, el TJUE entiende que las condiciones de acceso al mercado laboral de los estudiantes búlgaros, no puede ser más restrictivo que el previsto en la Directiva 2004/114/CE para los nacionales de terceros países, ya que los búlgaros representan a la categoría de los nacionales de terceros países «especial» por su condición de ser nacionales de un país en fase de adhesión a la UE⁹⁴⁵. En el momento en que se presentó la solicitud de un permiso de trabajo controvertida, a saber, el 30 de enero de 2008, los nacionales búlgaros ya no entraban dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2004/114/CE. Por ello, el TJUE opina que si el acceso al mercado laboral austriaco ha de concederse a un estudiante nacional de un tercer país con arreglo a las modalidades establecidas por la Directiva 2004/114/CE, deberá permitirse tal acceso a un estudiante búlgaro en condiciones, cuando menos, igual de favorables y, además, este último deberá gozar de preferencia respecto del estudiante nacional de un tercer país por ser nacional de un país en proceso de adhesión. Por consiguiente, una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal, que establece que debe llevarse a cabo una evaluación sistemática del mercado laboral y que la concesión de un permiso de trabajo únicamente se autorizará si para el puesto vacante que debe ocupar el solicitante no puede disponerse ni de un nacional ni de un nacional del tercer país legalmente establecido con acceso en condiciones de acceder al mercado laboral, no es compatible con la Directiva 2004/114/CE. Así, el asunto del TJUE pone

⁹⁴⁴ El Tratado entre los Estados miembros de la UE y la República de Bulgaria y Rumanía, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea (DO 2005, L 157), fue firmado el 25 de abril de 2005 y entró en vigor el 1 de enero de 2007. En virtud del Protocolo y hasta el final de un período de dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicarán medidas nacionales, o medidas que resulten de acuerdos bilaterales, para regular el acceso de los nacionales búlgaros a sus mercados de trabajo.

⁹⁴⁵ Con arreglo al artículo 17.1 (1) de la Directiva 2004/114/CE, los estudiantes a los que se aplica esta Directiva tendrán derecho a trabajar por cuenta ajena y podrán tenerlo a ejercer una actividad económica por cuenta propia al margen del tiempo de estudio, con sujeción a las normas y requisitos aplicables a la actividad correspondiente en el Estado miembro de acogida.

de relieve, entre otros, el régimen jurídico «teórico» y la práctica de los Estados miembros en relación al volumen de admisión de los nacionales de terceros países en el determinado Estado miembro de la UE. Es de destacar, en relación al presente asunto, la práctica de algunos Estados miembros en cuanto a la aplicación del volumen de admisión al mercado laboral de los estudiantes, a pesar de su prohibición prevista en el Derecho de la UE.

En este orden de ideas, cuando un investigador, voluntario, persona en prácticas u *au pair*, nacional de un tercer país solicite que se le admita en base a una relación laboral en un Estado miembro, dicho Estado miembro debe tener la posibilidad de comprobar que la vacante no puede ser ocupada recurriendo al mercado de trabajo nacional⁹⁴⁶. Por lo tanto, el acceso al mercado laboral de estas categorías de nacionales de terceros países sí está condicionado por la aplicación de las preferencias de los Estados miembros en relación a la posibilidad de cubrir las vacantes; en primer lugar, por los nacionales de su Estado miembro; en segundo lugar, por los ciudadanos de la Unión; y en tercer lugar, por los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. A este respecto, el acceso al mercado laboral de las categorías previstas en la Directiva 2016/801/UE avala de nuevo la diferenciación entre los titulares de los permisos expedidos en virtud de dicha Directiva.

3.5.5 La denegación del permiso

La Directiva 2016/801/UE establece las condiciones que dan lugar a la potencial denegación del permiso a sus titulares. La admisión de los nacionales de terceros países a los efectos de la Directiva 2016/801/UE podrá ser denegada por razones debidamente motivadas. Podrá denegarse la admisión de un nacional de tercer país por motivos de estudio en caso de que un Estado miembro considere, basándose en una evaluación fáctica, que dicho nacional representa una *potencial amenaza* para la seguridad o el orden públicos⁹⁴⁷. A este respecto, es interesante destacar que en este caso basta con que

⁹⁴⁶ Considerando 38 de la Directiva 2016/80/UE.

⁹⁴⁷ Según lo previsto en la jurisprudencia, el concepto de «orden público» puede incluir una condena por la comisión de delitos graves. En este contexto, debe señalarse que los conceptos de orden y de seguridad públicos abarcan asimismo los casos en los que un nacional de un tercer país pertenezca o haya pertenecido a una asociación que apoye al terrorismo, apoye o haya apoyado a una asociación de ese tipo, o tenga o haya tenido aspiraciones de carácter extremista.

la amenaza sea *potencial* para denegar la admisión a un territorio de un Estado miembro de un nacional de tercer país que se desplaza a la UE con fines previstos en la Directiva 2016/801/UE. A diferencia de lo previsto en esta Directiva, cualquier limitación de la circulación de los ciudadanos de la Unión por orden y seguridad públicos debe constituir una amenaza grave y real. Además, el significado exacto de estos preceptos no parece del todo claro, poniendo de relieve la diferencia entre el orden público y la seguridad interior en la regulación de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y en la normativa en materia de inmigración⁹⁴⁸. Por lo tanto, se observa que el contenido de las limitaciones es diferente comparándola con la de los ciudadanos de la Unión. Por otro lado, dentro de la política de inmigración, dichas limitaciones tienen otro contenido. La postura doctrinal contraria a esta diferenciación del contenido considera que no se hace referencia alguna en el cuerpo ni en la exposición de motivos de la Directiva al artículo 72 TFUE, que implique que «una interpretación estricta de la excepción de orden público reforzaría el objetivo de la normativa de atraer estudiantes a la Unión»⁹⁴⁹. Por lo tanto, depende sobre todo de los estados miembros la decisión de denegación del permiso en cada caso concreto.

El margen de apreciación de las autoridades nacionales en relación a las condiciones de admisión de estos nacionales con fines de estudiar y el significado de la *potencial amenaza* para el orden público volvió a estar presente en la petición de la decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichts Berlin (Alemania), en el asunto *Sahar Fahimian / República Federal de Alemania*⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ En esta línea, véase, HAILBRONNER, K., y GIES, S., “Council Directive 2004/114/EC of 13 December 2004 on the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service”, en HAILBRONNER, K. y THYM, D. (Eds.), *EU immigration and asylum law — a commentary*, 2ª edición., C.H. Beck, Hart, Nomos, Múnich, Oxford, Baden-Baden, 2016.

⁹⁴⁹ Véase PEERS, S., GUILD, E., ACOSTA ARCARAZO, D., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V. (Eds), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, p. 202.

⁹⁵⁰ La sentencia del TJUE (Gran Sala), asunto C-544/15, *Sahar Fahimian y Bundesrepublik Deutschland*, de 4 de abril de 2017. La Sra. Fahimian es una estudiante de nacionalidad iraní que solicitó la expedición de un visado en Alemania para cursar sus estudios de doctorado. Las autoridades alemanas denegaron la concesión del visado basándose en que la solicitante había estudiado en una universidad que el Consejo de la UE incluye en la lista de entidades cercanas al Gobierno iraní y que realiza investigaciones con fines militares. Se considera que la demandante representa una amenaza para la seguridad pública. La Sra. Fahimian, de nacionalidad iraní, nacida en el año 1985, posee un Master of Science en el campo de la Tecnología de la Información expedido por la Universidad de Tecnología de Sharif (SUT) en Teherán. Dicha Universidad está especializada en Técnica, Ingeniería y Física. El 21 de noviembre de 2012, la Sra. Fahimian solicitó ante la Embajada de Alemania en Teherán la expedición de un visado para la realización de un estudio de postgrado en la Universidad Técnica de Darmstadt, Center of Advanced

En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente plantea las siguientes cuestiones prejudiciales: ¿A qué límites jurídicos están sujetas las autoridades competentes de los Estados miembros al valorar que un nacional de un tercer país que solicita la admisión para los fines mencionados debe ser considerado una amenaza para el orden público, la seguridad o la salud públicas, en particular en cuanto a los hechos en que basen su valoración y a la apreciación de los mismos? ¿Se han de interpretar los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, en el sentido de que en una situación como la presente, en que una nacional de un tercer país, concretamente de Irán, que ha obtenido su título superior en la Universidad de

Security Research Darmstadt (CASED), en el marco de «Sistemas fiables integrados y móviles». Adjuntó a la solicitud un certificado de admisión de la Universidad y una carta del Director Gerente del CASED de 14 de noviembre de 2012. Según la carta, la Sra. Fahimian «realizar[ía] su investigación en el departamento de protección de sistemas integrados y, en particular, dentro del proyecto “Sistemas fiables integrados y móviles”. Su investigación abarca desde la seguridad de sistemas móviles y, en particular, la detección de intrusiones en teléfonos inteligentes, hasta protocolos de seguridad. Su función es buscar nuevos mecanismos de protección eficientes y efectivos para teléfonos inteligentes con las conocidas restricciones de potencia, de recursos informáticos y de anchura de banda». Además, el CASED ofreció una beca a la Sra. Fahimian por importe de 1 468 euros mensuales. Mediante decisión de 27 de mayo de 2013, la Embajada alemana denegó la concesión de visado de la Sra. Fahimian, que impugnó sin éxito la decisión mediante recurso de reposición («Remonstrationsverfahren»). El 22 de noviembre de 2013, la Sra. Fahimian interpuso ante el órgano jurisdiccional remitente un recurso contencioso-administrativo contra el Gobierno alemán por el que insistía en la solicitud de expedición de un visado para cursar estudios. Fundamentaba su derecho de entrada en el artículo 6.1 de la Directiva 2004/114/CE. Por su parte, el Gobierno alemán considera que representa una amenaza para la seguridad pública conforme al artículo 6.1 (d) de la Directiva 2004/114/CE. Por otro lado, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1202/2014 del Consejo, de 7 de noviembre de 2014, por el que se aplica el Reglamento n° 267/2012 (Reglamento del Consejo, de 23 de marzo de 2012, relativo a medidas restrictivas contra Irán) enumera en la sección I.I de su anexo a las «personas y entidades implicadas en actividades relacionadas con la energía nuclear o con misiles balísticos y personas y entidades que prestan apoyo al Gobierno de Irán». En el punto 161 del anexo se afirma que la Universidad de tecnología Sharif tiene una serie de acuerdos de cooperación con organizaciones del Gobierno iraní designadas por las Naciones Unidas y/o la UE, que operan en ámbitos militares o relacionados con éstos, especialmente en el ámbito de la producción y la adquisición de misiles balísticos, incluyendo un acuerdo con la Organización de Industrias Aeroespaciales, designada por la UE, para, entre otras cosas, la fabricación de satélites; cooperación con el Ministerio iraní de Defensa y con el Cuerpo de la Guardia Revolucionaria (IRGC) en concursos relativos a embarcaciones inteligentes; un acuerdo más amplio con la Fuerza Aérea del IRGC que abarca el desarrollo y fortalecimiento de las relaciones de la Universidad, y la cooperación organizativa y estratégica. Dicha Universidad es parte en un acuerdo celebrado entre seis universidades que apoyan al Gobierno de Irán mediante la investigación en el ámbito de la defensa; dicha Universidad imparte cursos de grado en ingeniería de vehículos aéreos no tripulados (VANT) diseñados, entre otros, por el Ministerio de Ciencias. De todo lo anterior se desprende un importante historial de relaciones con el Gobierno de Irán en ámbitos militares o relacionados con ellos, que constituyen un apoyo al Gobierno de Irán.

Tecnología Sharif (Teherán) de Irán, especializada en Técnica, Ingeniería y Física, ha solicitado la entrada con el fin de realizar un estudio de postgrado en el campo de la investigación en seguridad informática dentro del proyecto «Sistemas fiables integrados y móviles», en particular, sobre el desarrollo de mecanismos de protección eficaces para smartphones, los Estados miembros están facultados para denegar la entrada en territorio nacional con el argumento de que no se puede descartar que las capacidades adquiridas en el proyecto de investigación puedan utilizarse indebidamente en Irán, por ejemplo, para obtener información confidencial de países occidentales con el fin de ejercer la represión interna o, en general, en relación con violaciones de los derechos humanos?

Una vez vistas las cuestiones prejudiciales, en el presente asunto, el Gobierno alemán considera a la Sra. Fahimian como una amenaza a la seguridad pública en el sentido del artículo 6.1 (d) de la Directiva 2004/114/CE. El gobierno alemán basa su opinión en que la situación en Irán vendría a justificar suficientemente el riesgo de que las capacidades adquiridas en el proyecto de investigación de la solicitante puedan utilizarse indebidamente en su país de origen. Además, los conocimientos adquiridos a través del doctorado, cuyo objeto se enmarca en un ámbito de investigación sensible relacionado con la seguridad, podrían llegar a utilizarse indebidamente con fines militares y/o en medidas de represión interna en Irán o, de forma más general, en un contexto de violaciones de derechos humanos en Irán. Asimismo, los conocimientos adquiridos sobre sistemas y equipos de telecomunicaciones y servicios de Internet y sobre técnicas de cifrado y criptográficas podrían ser utilizados de manera inapropiada para vigilar a la población por los servicios policiales o los servicios secretos.

El Abogado General, M. Szpunar en relación a la «amenaza para la seguridad pública» llamada Sahar Fahimian subraya en sus conclusiones⁹⁵¹, que, si bien existe reiterada jurisprudencia sobre la excepción de seguridad pública en el ámbito de las libertades del mercado interior y de la ciudadanía de la Unión, no sucede lo mismo con relación a las condiciones de seguridad pública en materia de política de inmigración de la Unión. Por lo tanto, el Abogado General reformula la petición prejudicial al entender que mediante las cuestiones prejudiciales planteadas, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente solicita, esencialmente, si el artículo 6.1 (d) de la Directiva 2004/114/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro deniegue la concesión de un visado a un nacional de un tercer

⁹⁵¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 29 de noviembre de 2016, asunto C-544/15 *Sahar Fahimian contra República Federal de Alemania*.

país en circunstancias como las del caso, relativo a una nacional iraní que obtuvo un título universitario en una institución incluida en la lista del Reglamento de Ejecución nº 1202/2014 como entidad «implicada en actividades relacionadas con la energía nuclear o con misiles balísticos y personas y entidades que apoyan al Gobierno de Irán», y que pretende llevar a cabo un proyecto de investigación en un Estado miembro en el campo de la seguridad informática. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaraciones sobre el concepto de «seguridad pública» en el sentido del artículo 6.1 (d) de la Directiva 2004/114/UE y sobre el margen de apreciación de las autoridades nacionales competentes y el alcance del subsiguiente control jurisdiccional.

El Abogado General entiende que la exigencia de no ser considerado una amenaza para la seguridad pública no puede interpretarse como una excepción al derecho de entrada entendido en sentido amplio, sino simplemente como una *condición* negativa que rige un derecho de entrada. Por tanto, se trata simplemente de un contexto distinto al del mercado interior, y el contexto importa. El contexto específico de legislación de la Unión en materia de inmigración implica que el nacional de un tercer país no goza de los mismos derechos que el nacional de un Estado miembro, esto es, que un ciudadano de la Unión. En el asunto *Ben Alaya*, mencionado más arriba, el TJUE consideró que, con respecto a los requisitos estipulados en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/114/CE, los Estados miembros tienen «un margen de apreciación en lo que atañe al examen de las solicitudes de admisión». Dicho margen está vinculado a la evaluación de los hechos pertinentes para determinar si se cumplen tanto los requisitos generales como específicos para la entrada de los estudiantes a la UE. Si bien no es de aplicación el umbral relativamente alto de la conducta personal que se utiliza en materia de libertad de circulación, debe existir un vínculo entre el individuo y la medida que se adopta. De lo contrario, nos encontraríamos ante una especie de prohibición general que rara vez daría lugar al ejercicio del derecho de entrada del nacional del tercer país sobre la base de la Directiva 2004/114/CE. Por consiguiente, la autoridad nacional debe aportar elementos concretos y convincentes que justifiquen que la persona afectada constituye una amenaza para la seguridad pública. Por último, un Estado miembro debería llevar a cabo un balance general entre sus intereses y el interés de la Unión en la entrada, es decir, entre el deseo de atraer a estudiantes altamente cualificados para que investiguen en la Unión, como también en garantizar la seguridad. En el presente asunto, el Abogado General propone que el TJUE conteste a las cuestiones prejudiciales planteadas de la siguiente manera.

- 1) Para determinar si un nacional de un tercer país se puede considerar una amenaza para la seguridad pública de conformidad con el artículo 6.1 (d) de la Directiva

2004/114/CE, la autoridad de un Estado miembro debe, dentro del amplio margen de apreciación del que goza,

- evaluar de forma global, determinar e investigar todos los hechos pertinentes,
- proporcionar la información concreta que justifique que el individuo sea considerado como una amenaza para la seguridad pública, y
- hacer un balance global de los diferentes intereses en juego.

Ante esta situación, el control jurisdiccional se limita a comprobar si los límites de dicho margen de apreciación han sido respetados.

2) El artículo 6.1 (d) de la Directiva 2004/114/CE no impide que un Estado miembro pueda denegar la concesión de un visado al nacional de un tercer país que haya obtenido un título universitario en una institución que un Reglamento del Consejo incluya en la lista de entidades implicadas en actividades relacionadas con la energía nuclear o con misiles balísticos, así como en la lista de personas y entidades que prestan apoyo al Gobierno de un tercer país, y cuya intención es realizar un proyecto de investigación en un Estado miembro, cuando las autoridades de este Estado miembro hayan determinado que existe un riesgo de que el nacional del tercer país haga un uso indebido de los conocimientos adquiridos en dicho Estado miembro y los emplee para fines que representan una amenaza para la seguridad interior o exterior de ese mismo Estado miembro.

Una vez analizado el punto de vista del Abogado General, es más que interesante observar la decisión del TJUE en este asunto tan delicado⁹⁵², la cual en primer lugar, confirma la tesis del Abogado General. En segundo lugar, el TJUE añade que la admisión a los efectos de la Directiva 2004/114/CE podrá ser denegada por razones debidamente motivadas. En particular, podrá denegarse la admisión en caso de que un Estado miembro considere, basándose en una evaluación fáctica, que el nacional de un tercer país de que se trate constituye una *amenaza potencial* para la seguridad o el orden públicos. En este contexto, debe señalarse que los conceptos de orden y de seguridad abarcan asimismo los casos en los que un nacional de un tercer país pertenezca o haya pertenecido a una asociación que apoye al terrorismo, apoye o haya apoyado a una asociación de ese tipo, o tenga o haya tenido aspiraciones de carácter extremista⁹⁵³. Por

⁹⁵² La sentencia del TJUE (Gran Sala), asunto C-544/15, *Sahar Fahimian y Bundesrepublik Deutschland*, de 4 de abril de 2017.

⁹⁵³ *Vid.* Considerando 14 de la Directiva 2004/114/CE.

lo tanto, en dicha evaluación, pueden tenerse en cuenta no sólo la conducta personal del solicitante, sino también otros elementos relacionados, por ejemplo, con su trayectoria profesional. Para determinar si esta solicitante representa una amenaza, siquiera potencial, para la seguridad pública, corresponde a las autoridades nacionales efectuar una apreciación global del conjunto de elementos que caracterizan la situación de esa persona. En el presente asunto, el TJUE entiende que el hecho de que la Sra. Fahimian sea titulada de la SUT, que ha estado y sigue estando incluida en la lista de las entidades sometidas a medidas restrictivas que figura en el anexo IX del Reglamento n° 267/2012, y el hecho de que la investigación que esta persona pretende llevar a cabo en Alemania durante su doctorado tiene por objeto un ámbito sensible de la seguridad de la tecnología de la información, son suficientes para denegar su admisión a un determinado Estado de la UE.

En tal orden de ideas, en el presente asunto el TJUE decide que los requisitos relativos a la admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, deben interpretarse en el sentido de que, en la tramitación de una solicitud de visado presentada por un nacional de un tercer país a efectos de estudios, las autoridades nacionales competentes disponen de un amplio margen de apreciación para comprobar, a la luz del conjunto de elementos pertinentes que caractericen la situación de dicho nacional, si éste representa una amenaza, siquiera potencial, para la seguridad pública. Esta disposición debe interpretarse igualmente en el sentido de que no se opone a que las autoridades nacionales competentes denieguen la admisión en el territorio del Estado miembro de que se trate, a tales efectos, de un nacional de un tercer país titulado en una universidad sometida a medidas restrictivas de la Unión en razón del importante historial de relaciones de aquélla con el Gobierno iraní en ámbitos militares o relacionados con éstos y que pretende llevar a cabo en ese Estado miembro una investigación en un ámbito sensible para la seguridad pública, si los elementos de que disponen esas autoridades permiten temer que los conocimientos que adquiera esa persona en el curso de su investigación pueden utilizarse posteriormente con fines contrarios a la seguridad pública. Corresponde al juez nacional que conoce de un recurso contra la decisión de las autoridades nacionales competentes denegar la concesión de la autorización solicitada, y comprobar que esa decisión se funde en una motivación suficiente y en una base fáctica suficientemente sólida.

A la luz de este reciente asunto considero que, si los Estados miembros tienen muchas dudas en relación a la admisión de los nacionales de terceros países por motivos de estudio y/o de investigación a su territorio, la UE está aún muy lejos de crear una auténtica política de atracción de los talentos a la UE, al suponer que los «cerebros»

procedentes de terceros países pueden implicar una potencial amenaza para la ciudadanía europea. Además, en el presente asunto se observa una cierta superposición de la dimensión de seguridad frente a los intereses económicos del mercado interior europeo en relación a la atracción y retención de los talentos en el territorio de la UE.

IV. EL CAMBIO DE ESTATUTO JURÍDICO DEL NACIONAL DE TERCER PAÍS LEGALMENTE ESTABLECIDO EN LA UE

4.1 El cambio de estatuto jurídico del nacional del tercer país «económicamente inactivo» a «económicamente activo»

Los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos laborales, no representan la única categoría de personas procedentes de terceros países legalmente establecidos en la UE que forman parte del mercado laboral europeo. Con independencia del motivo por el cual se desplaza el nacional de tercer país al territorio de un Estado miembro de la UE, la mayoría de estas personas están dispuestas y quieren acceder al empleo una vez legalmente establecidas en un Estado miembro de la UE. Es de destacar que los nacionales de terceros países inicialmente admitidos a través de varias vías legales al territorio europeo por motivos «no económicos» también pueden acceder al empleo. Además, algunas categorías de nacionales de terceros países como, por ejemplo, los miembros de familia de investigadores y los miembros de familia de titulares de tarjeta azul UE, inmediatamente después de su admisión, o en su caso, después de un período de tiempo, pueden formar parte del mercado laboral. Por ello, el acceso al empleo representa el primer potencial cambio del estatuto jurídico del nacional de tercer país legalmente establecido en la UE en virtud de otro motivo. Además, recientemente el legislador europeo establece varias previsiones jurídicas cuya finalidad es «retener el talento» procedente de terceros países. Para cumplir este objetivo, la posibilidad legal de cambiar el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería ser más que bienvenida. Tal y como se demuestra en la siguiente tabla, los nacionales de terceros países con independencia de su motivo de admisión al territorio del Estado miembro, en un determinado momento se convierten en actores económicos y forman parte del mercado laboral.

Tabla nº 12: La tasa de empleo de los nacionales de terceros países atendiendo a los motivos de desplazamiento al Estado miembro de la Unión

Motivo de entrada	Total	La protección internacional o asilo	Motivos de reagrupación familiar	Motivos de educación	Empleo (sin empleo antes de migrar)	Empleo (con empleo antes de migrar)
País						
Bélgica	53.9	47.1	46.3	55.6	67.1	86.8
España	52.3	40.6	40.8	60.8	63.2	64.8
Francia	58.0	58.4	52.4	69.8	72.7	73.1
Italia	59.1	61.3	42.5	60.9	74.5	78.8
Austria	64.9	60.2	63.4	55.2	66.4	81.6
Finlandia	63.6	43.4	62.5	73.7	80.2	85.9
Suecia	65.4	58.2	64.2	78.9	64.4	88.5
Reino Unido	69.3	51.8	58.8	65.9	85.9	92.8
Noruega	69.1	56.4	65.1	68.2	74.6	86.0
Suiza	76.5	78.1	69.0	74.3	82.1	89.9

Fuente: Eurostat, EU LFS, 2014 (la tabla contiene datos de los países que facilitaron los datos).

En relación a los datos previstos en la tabla es interesante destacar que la mayoría de los beneficiarios de la libre circulación por motivos de estudios o de reagrupación familiar se quedan en el territorio de la UE con miras de empleo⁹⁵⁴. En cuanto a los miembros de familia, beneficiarios de la reagrupación familiar, muchos de ellos pueden optar por el permiso de trabajo nada más entrar al territorio de un determinado Estado miembro de la UE. A este respecto, cabe destacar que algunos miembros de familia cuentan con unos determinados privilegios a la hora de acceder al empleo en el Estado miembro de la UE, dando lugar así a cierta discriminación entre los miembros de familia de otras categorías procedentes de terceros países. En la siguiente tabla se puede observar el número de los permisos expedidos a los nacionales de terceros países que se desplazaron a la UE por motivos de reagrupación familiar a España y Francia, y a lo largo de un tiempo, su estatuto jurídico inicial se cambió por el de los titulares de las actividades económicas.

⁹⁵⁴ DE SOMER, M., “Trends and Gaps...”, *op. cit.*, p. 6.

Tabla nº 13: Los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países: de la estancia por motivos de reagrupación familiar a la que obedece a motivos de actividad remunerada

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015 ⁹⁵⁵
España	12,112	7108	4427	4187	4701	3048	2491	2861
Francia	:	820	630	651	580	701	798	652

Fuente: Eurostat, datos actualizados a 19 de octubre de 2016, disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

Si se entiende que los estudiantes al poder trabajar durante sus estudios también forman parte del mercado laboral europeo, en la siguiente tabla se demuestran los datos relativos a los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países que se desplazaron en primer lugar a España y Francia por motivos de reagrupación familiar, y a un tiempo, cambian su estatuto por el de los estudiantes, también potenciales trabajadores.

Tabla nº 14: Los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países: de la estancia por motivos de reagrupación familiar a la que obedece a motivos de estudios

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015 ⁹⁵⁶
España	232	101	86	99	87	122	44	48
Francia	:	98	98	119	109	134	157	177

Fuente: Eurostat, datos actualizados a 19 de octubre de 2016, <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

⁹⁵⁵ En el año 2015, se expidieron 5502 permisos de cambio de estatuto jurídico de reagrupante familiar a titular del permiso de actividades remuneradas en la UE.

⁹⁵⁶ En el año 2015, se expidieron 738 permisos de cambio de estatuto jurídico de reagrupante familiar a estudiante en la UE.

La regulación jurídica relativa a los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países representa una de las principales preocupaciones del legislador europeo como también de los Estados miembros. Los cambios de los estatutos jurídicos son el reflejo de una realidad cambiante en la vida de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. Se entiende que la regulación jurídica que permita los cambios de los estatutos jurídicos ayuda a prevenir los potenciales abusos en las legislaciones nacionales y evita que los nacionales de terceros países se encuentren en situación irregular. Además, la posibilidad de cambiar el estatuto jurídico en el territorio de un Estado miembro de la UE fomenta evitar la obligación de estas personas de tener que volver a sus países de origen para presentar nueva solicitud de admisión a la UE.

En esta línea, la mayoría de las directivas en materia de migración legal de la UE establecen las normas relativas a los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países una vez establecidos en la UE. Sin embargo, ninguna de las normas actuales europeas en vigor contiene las disposiciones que obliguen a los Estados miembros a permitir el inicio de un procedimiento de modificación de un título de residencia otorgado a un nacional de tercer país. Sin embargo, existen determinadas disposiciones encaminadas a posibilitar el comienzo del procedimiento de admisión sin que el interesado se vea obligado a abandonar el territorio del Estado miembro en el que ya dispone de un anterior título de residencia⁹⁵⁷. Por lo tanto, son las legislaciones nacionales, las responsables en determinan el alcance jurídico de los cambios de dichos estatutos.

Los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países que entraron a la UE por motivos de educación a otro estatuto jurídico son los más numerosos, sobre todo en relación al cambio de los titulares altamente cualificados⁹⁵⁸. Por lo tanto, los estudiantes admitidos a buscar empleo, los solicitantes de protección internacional que acceden al mercado laboral, y los beneficiarios de la reagrupación familiar, representan las principales categorías de nacionales de terceros países cuya regulación de cambio de estatuto jurídico está prevista tanto en la legislación europea como estatal.

⁹⁵⁷ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación...*, *op. cit.*, p. 132.

⁹⁵⁸ Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches, European Migration Network Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015, Dirección General de Migración y de Asuntos de Interior, disponible en: http://emn.ie/files/p_201608161223422016_emn_synthesis_change_of_status.pdf, p. 5.

A este respecto, la última Directiva 2016/801/UE, establece las previsiones de cambios jurídicos de los estudiantes y de los investigadores a trabajadores al regular las condiciones de acceso al mercado laboral y la búsqueda de empleo. Se considera que muchos potenciales nacionales de terceros países altamente cualificados se encuentran ya en la UE. Por lo tanto, la Directiva 2016/801/UE responde claramente a la idea de «retener el talento» en la UE. Casi más de un millón de los estudiantes procedentes de terceros países residen ya en algún Estado miembro de la UE. Muchos de ellos terminan sus estudios adquiriendo las habilidades y el conocimiento necesario, además de hablar el idioma local. Sin embargo, muchos de ellos tienen que marcharse de la UE al expirar sus permisos de residencia, y siendo jóvenes con estudios terminados sin experiencia profesional pocos empresarios les dan oportunidad laboral. Por lo tanto, ha sido más que necesario establecer «el permiso especial de búsqueda de empleo» regulado en la Directiva 2016/801/UE⁹⁵⁹. Así, una vez admitidos en virtud de esta Directiva, los investigadores y los estudiantes en situación de residencia legal podrán solicitar una tarjeta azul UE⁹⁶⁰. Con la finalidad de incluir a los investigadores y a los estudiantes como potenciales titulares de la tarjeta azul UE, la nueva propuesta rebaja el nivel del umbral salarial para los titulados recientes, que no estaba prevista en la Directiva 2009/50/CE, para facilitar el acceso a la tarjeta azul de la UE para los jóvenes profesionales que posiblemente carezcan de experiencia profesional suficiente para aspirar a salarios altos. Esta facilitación es coherente con las recientes modificaciones de la legislación europea, ya que se permite a los titulados buscar un empleo en el Estado miembro de acogida durante al menos nueve meses⁹⁶¹.

A pesar de que otras categorías de los nacionales de terceros países, como los familiares de los solicitantes de protección internacional no están obligados a informar acerca de sus habilidades y cualificaciones profesionales, ello no significa que no sean aptos para formar el mercado laboral europeo⁹⁶². Y todo esto, a pesar de que los solicitantes y/o beneficiarios de protección internacional y los miembros de familia cuentan con educación superior en comparación con muchos nacionales de los Estados miembros. En relación a la participación de los nacionales de terceros países en el

⁹⁵⁹ Expert Group on Economic Migration, *Discussion paper n° 2, Reviewing the Blue Card Directive*, 17/03/2015, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=19267&no=2>, p. 4.

⁹⁶⁰ Propuesta de COM (2016) 378 final, p. 15.

⁹⁶¹ Propuesta de COM (2016) 378 final, p. 18.

⁹⁶² MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A. *et alii*, “*Exploring new avenues ...*”, *op. cit.*, p. 16.

mercado laboral de la UE, se tiende a observar cierta «sobrecualificación» de los nacionales de terceros países en unos determinados puestos de trabajo. Un trabajador se considera sobrecualificado si tiene la titulación de tercer grado y trabaja en un puesto de trabajo clasificado como medio o bajo. Estas situaciones se dan como respuesta a muchos problemas de diferente índole, sobre todo administrativos, como, por ejemplo, la falta de reconocimiento de las cualificaciones obtenidas en el país de origen, reconocimiento de los diplomas, etc.

A este respecto cabe señalar que expedir los visados según los objetivos y las actividades con independencia de los motivos por los que los nacionales de terceros países se desplazan a la UE, debería fomentarse. Se entiende que este mecanismo podría ser más efectivo que la categorización de las personas para emparejar la política migratoria legal de la UE, por un lado, y las necesidades del mercado laboral, por otro. Este planteamiento dejaría de ver la actual política migratoria laboral como «suministro impulsado por los intereses estatales», tal como viene sugerido en la Agenda Europea de Migración⁹⁶³. El ámbito más amplio de la política migratoria legal laboral europea debería contar no solamente con la previsión de los permisos laborales para los nacionales de terceros países económicamente activos, sino que la posible nueva legislación debería contar también con los nacionales de terceros países que puedan acceder al mercado laboral no siendo la actividad económica su principal motivo de entrada a la UE⁹⁶⁴.

En relación al permiso de residencia de larga duración expedido en virtud de la legislación europea, los investigadores y los trabajadores altamente cualificados pueden acceder al estatuto de residente de larga duración con más facilidad que otras categorías de los nacionales de terceros países. En cambio, los estudiantes antes de poder optar por el permiso de residente de larga duración de la UE deberán cambiar del estatuto jurídico según las normas del derecho nacional pertinente⁹⁶⁵.

En tal orden de ideas, la mayoría de los Estados miembros establecen en sus legislaciones nacionales la regulación jurídica de los cambios de los estatutos jurídicos

⁹⁶³ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁶⁴ Los autores del estudio MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A., ponen de relieve la necesidad de dar más pasos en esta política, subrayando la necesidad de contar con el acceso a datos fiables y únicos por parte de la UE como de los Estados miembros sobre la integración laboral en el mercado de los migrantes no económicos, los modelos de la movilidad intra-EU de los nacionales de terceros países legalmente residentes en la UE, los mecanismos para mejorar y cuadrar los perfiles de los migrantes laborales a los mercados de la UE y test de trabajo en distintos Estados miembros, entre otros.

⁹⁶⁵ PEERS, S., *et alii*, (Eds.), *EU Immigration and Asylum law*, Brill, Nijhoff, 2015, pp. 686-687.

de los nacionales de terceros países en sus territorios. No obstante, los principales motivos por los cuales los Estados miembros permiten el cambio del estatuto jurídico del nacional de tercer país son los referidos a los cambios de «naturaleza económica»⁹⁶⁶. A este respecto, las últimas directivas en vigor prevén igualmente garantizar, en primer lugar, los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países «económicamente inactivos» a «económicamente activos». Sin embargo, a día de hoy, los Estados miembros evalúan cada caso concreto antes de expedir el nuevo permiso con el estatuto legal cambiado. En la mayoría de los Estados miembros de la UE, el cambio de estatuto jurídico está regulado en el derecho nacional, o responde a la combinación de varios artículos previstos en el derecho nacional, normalmente en el ámbito de la legislación de inmigración, derecho de asilo, derecho de extranjería, y en la regulación de los permisos de residencia, entre otros. Es muy interesante destacar que para los nacionales de terceros países que no entran a la UE por motivos laborales, los Estados miembros pueden establecer varias condiciones adicionales relativas al acceso al mercado laboral, entre otros, por ejemplo la obligación de aprobar el test nacional del mercado⁹⁶⁷.

La poca información en los Estados miembros en relación a los cambios de los estatutos jurídicos representa una potencial dificultad en poder observar el verdadero impacto de estos cambios en los Estados miembros de la UE. A este respecto, por ejemplo, en España, los cambios del estatuto jurídico de estudiante a trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia requieren aplicar un criterio adicional, el de los tres años de residencia previa en España, mientras que ningún otro requisito, como por ejemplo el test de mercado laboral es necesario. En el caso de los miembros de familia, antes de que puedan acceder al mercado laboral es necesario residir de manera continua un año sin tener que aprobar el examen de mercado laboral. El sistema de los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países en España representa a un sistema bastante flexible, en concreto en relación a los cambios de los estatutos jurídicos de carácter «económico» con miras a mejorar la economía y aumentar la protección de los derechos individuales. En España, en el período entre 2011 y 2014, el cambio de estatuto jurídico de los nacionales de terceros países ha aumentado un 68% debido al

⁹⁶⁶ Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches, European Migration Network Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015, Dirección General de Migración y de Asuntos de Interior, disponible en: http://emn.ie/files/p_201608161223422016_emn_synthesis_change_of_status.pdf, p. 5.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁶⁷ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “La libre circulación...”, *op. cit.*, p. 132.

incremento de los trabajadores por cuenta ajena y de los emprendedores, una vez superada la crisis económica. De manera similar, la facilitación de los cambios de estatutos jurídicos para los trabajadores altamente cualificados, emprendedores e investigadores en España en 2013, demostró el aumento en la percepción en las políticas sociales⁹⁶⁸. A este respecto, en España, desde 2013 los cambios de estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países relacionados con el talento, emprendedores y de inversión tienen acceso facilitado el acceso al mercado laboral en España sin ningún requisito adicional, ni siquiera con una obligación de residir en España por un período de tiempo. Por lo tanto, y según lo previsto en la legislación española, los estudiantes procedentes de los terceros países que desean cambiar su estatuto migratorio al de trabajadores altamente cualificados y de emprendedores salen muy beneficiados en relación a su cambio jurídico por el de personas altamente cualificadas.

Algunos Estados miembros prevén en su legislación nacional varias facilidades para mejorar el procedimiento de cambio de estatuto jurídico del nacional del tercer país legalmente establecido en la UE mediante los formularios online o requieren menos documentos, ya que los solicitantes cuentan con varios documentos necesarios para expedir otro permiso de estatuto jurídico cambiado. Por ejemplo, en Francia, se prevé la reducción del tiempo de las decisiones de procedimiento para los cambios a titulares de tarjeta azul (período máximo de 90 días) y de estudiantes a trabajadores, como también las decisiones de cambios de estatutos jurídicos de estudiantes a investigadores. Tanto en Francia como en España se aceptan las solicitudes de cambios de estatutos jurídicos utilizando una plataforma online. Durante el tiempo de la expiración del permiso de un estatuto jurídico y la expedición del otro, los nacionales de terceros países pueden permanecer en el territorio de un Estado miembro de la UE con el permiso de estatuto transicional en la mayoría de los Estados miembros.

Varios estudios, como por ejemplo uno realizado en Francia, demostraron lo positiva que resultó la regulación de los cambios de estatutos jurídicos de estudiantes a trabajadores y la extensión del permiso de residencia de un año más para los estudiantes de doctorado empleados como investigadores una vez hayan terminado sus estudios de Doctorado⁹⁶⁹. Además, en Francia existe un permiso temporal para los estudiantes de Máster que terminan los estudios para ayudarles a buscar el empleo. Este permiso ha

⁹⁶⁸ “*Changes in immigration...*”, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁶⁹ Euraxess France report and Magellan circle’s “White Paper on international mobility”, disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/study_2015_emn_fr_ncp_change_in_immigration_status_and_purpose_of_stay_in_france.pdf.

sido utilizado por una parte significativa de los estudiantes y se ha observado por parte de varias empresas el impacto positivo de la inserción facilitada de los estudiantes al mercado laboral francés. De este modo, un estudio concluyó que las políticas de cambio de los estatutos jurídicos proporcionan una contribución positiva a la economía nacional, y sirven como medidas para facilitar la integración e inserción en la sociedad francesa⁹⁷⁰. No obstante, se observa que los nacionales de terceros países no «tan altamente cualificados» no cuentan con muchas posibilidades relativas al cambio de su estatuto jurídico, debido, entre otros, a poco conocimiento de francés, pocas habilidades informáticas.

Se estima que la integración en el mercado laboral de los nacionales de terceros países económicamente inactivos debería desarrollarse mucho más, primero ofreciendo a todos los nacionales de terceros países la posibilidad de demostrar sus conocimientos y habilidades, como también facilitando la información acerca de los cambios de los estatutos migratorios⁹⁷¹. La mayoría de los nacionales de terceros países está interesada en acceder al mercado laboral con independencia de su motivo de entrada al Estado miembro de la UE. Cuanto antes se adopten las medidas en incluir a estos nacionales de terceros países en el mercado laboral de la UE, más integrados se sentirán⁹⁷². La UE debe reconocer que los miembros de familia, los beneficiarios de la reagrupación familiar que se encuentran legalmente en el territorio europeo, pueden ser potenciales candidatos aptos para cubrir las necesidades del mercado laboral europeo. Es necesario contar con un mecanismo jurídico que concrete las habilidades y la cualificación de los miembros de familia y de otros nacionales de terceros países económicamente inactivos para fomentar su inclusión temprana al mercado laboral. Los cursos «pre y post trabajo» podrían ayudar a mejorar la inserción laboral de los familiares de los nacionales de terceros países⁹⁷³.

⁹⁷⁰ Etudiants étrangers et marche du travail – une comparaison Allemagne, France, Royaume, CGSP, novembre 2013, disponible en : http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/archives/CGSP_rapport_Etudiants_etrangers_web.pdf.

⁹⁷¹ A este respecto, ARSLAN, C., *et alii*, “A New Profile of Migrants in the Aftermath of the Recent Economic Crisis”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n° 160, OECD Publishing, Paris, 2014. RØED, M. y SCHØNE, P., “Does Immigration Increase Labour Market Flexibility?”, *Labour Economics* 19, 2012, pp. 527-540.

⁹⁷² BOSCH, P., “Towards a pro-active European labour migration policy concrete measures for a comprehensive package”, *Migration Policy Centre*, March 2015, p. 6.

⁹⁷³ MARTÍN, I., DI BARTOLOMEO, A. *et alii*, “Exploring new avenues ...”, *op. cit.*, p. 53.

En relación a los cambios de las personas económicamente inactivas a activas (de acuerdo con las Directivas analizadas en el presente estudio), en la siguiente tabla se ofrece la lista de los Estados miembros que regulan dichos cambios sin que el nacional de tercer país tenga la obligación de salir del territorio de un determinado Estado miembro.

Tabla nº 15: Las posibilidades legales de cambio de estatuto jurídico del nacional de tercer país legalmente establecido en el territorio del Estado miembro⁹⁷⁴

DE \ A	TITULAR DE TARJETA AZUL UE	TRABAJADOR TEMPORERO	TITULAR DE PERMISO ICT
MIEMBRO DE FAMILIA⁹⁷⁵	AT, BE, CZ, DE, EE, EL, ES, FI, FR, HR, HU, LU, LV, NL, PL, SI, SK	AT, CZ, HR, LV, SI, SK	AT, CZ, EL, HR, LT, LV, PL, SK
ESTUDIANTE	AT, BE, CZ, DE, EE, EL, ES, FI, FR, HR, HU, LT, LV, NL, PL, SE, SI, SK	AT, CY, CZ, HR, LV, SI, SK	AT, CZ, HR, LT, LV, PL, SK
INVESTIGADOR	AT, CZ, DE, EE, EL, ES, FI, FR, HR, LU, LV, NL, SE, SI	AT, CZ, HR, LV, SI, SK	AT, CZ, HR, LT, LV, PL, SK
TITULAR DE TARJETA AZUL UE		AT, CZ, HR, LV, SI, SK	AT, CZ, HR, LT, LV, PL, SK
TRABAJADOR TEMPORERO	CZ, HR, LV, SI		CZ, HR, LV
TITULAR DE PERMISO ICT	AT, CZ, ES, HR, LV, PL, SI, SK	CZ, HR, LV, SK	

⁹⁷⁴ No se incluyen en la siguiente tabla los datos relativos a los permisos expedidos en virtud de la Directiva 2011/98/CE, ya que el régimen de los trabajadores en los Estados miembros viene regulado, aparte de en la antes mencionada Directiva, en las legislaciones nacionales, mezclando así los datos que se refieren exclusivamente a los trabajadores en virtud de dicha Directiva 2011/98/CE. Los Estados miembros expiden los permisos de trabajo en base a su propia legislación en vigor sin separar los datos de los permisos expedidos en cada una de las modalidades.

⁹⁷⁵ 24 Estados miembros proporcionaron los datos relativos al estatuto jurídico de los miembros de familia.

Fuente: Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches, European Migration Network Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015, Dirección General de Migración y de Asuntos de Interior, disponible en: http://emn.ie/files/p_201608161223422016_emn_synthesis_change_of_status.pdf, pp. 42-43.

A pesar de que todos los Estados miembros cuentan con las disposiciones nacionales que regulan el cambio del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países «económicamente inactivos» a «económicamente activos», algunos Estados miembros son más restrictivos en relación a dichos cambios. La explicación por parte de los Estados miembros frente a los cambios «económicos» de estatuto se refiere sobre todo a motivos macroeconómicos, como el de cubrir las vacantes y retener el talento.

En cambio, los principales motivos para cambiar el estatuto jurídico por parte de los nacionales de terceros países están relacionados con la «inevitable» expiración del permiso temporal, unido a no ser expulsado del territorio de un Estado miembro, la mejora de los derechos garantizados en otros estatutos jurídicos y la situación personal de cada uno. Se considera que formar parte del mercado laboral es la mejor manera de integrarse en el Estado miembro y en la sociedad europea. Sin embargo, no todas las categorías de los nacionales de terceros países disfrutan de los mismos derechos laborales, dando lugar así a importantes desequilibrios en los mercados laborales de la UE. Por todos estos motivos, son muchas las categorías de los nacionales de terceros países que están dispuestos a cambiar su estatuto jurídico para mejorar su situación personal y disfrutar de más derechos.

4.2 El cambio de estatuto jurídico de un nacional de tercer país «económicamente activo» a «económicamente inactivo»

En comparación con los cambios de estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países económicamente inactivos a económicamente activos, son muy pocos los supuestos relativos a este tipo de cambios. La principal razón estriba en la necesidad de contar con suficientes recursos económicos para justificar la residencia en cualquier Estado miembro de la UE, lo cual requiere contar con un trabajo. Además, por lo general los nacionales de terceros países económicamente inactivos no cuentan con tantos derechos como cuando ejercen actividades remuneradas, sobre todo en relación a obtener el permiso de residencia permanente o la nacionalidad de un determinado Estado miembro de la UE. Sin embargo, los Estados miembros deben prever también la regulación jurídica en estos supuestos.

A pesar de que en el presente estudio los datos relativos al cambio jurídico de los nacionales de terceros países que se desplazaron a la UE por cualquier motivo y se les otorgó el estatuto jurídico de titulares de reagrupación familiar están incluidos en el apartado de las personas «económicamente inactivas», no se sabe con precisión si estos titulares de permiso de residencia por reagrupación familiar cuentan también a la vez con alguna oferta laboral o no. La reagrupación familiar es considerada como el principal motivo de cambio a la inversa, es decir del nacional de tercer país económicamente activo al económicamente inactivo. En la siguiente tabla se demuestra el número de los permisos expedidos de los cambios jurídicos relativos a la reagrupación familiar.

Tabla nº 16: El cambio de estatuto jurídico: de la estancia por cualquier motivo a la de reagrupación familiar

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015 ⁹⁷⁶
España	67,960	33,720	16,092	16,827	23,053	16,080	19,735	46,783
Francia	:	29,790	29,165	41,018	44,771	50,110	37,158	40,671

⁹⁷⁶ En el año 2015 se llevaron a cabo 108.151 cambios en la UE.

Tabla nº 17: El cambio de estatuto jurídico: de la estancia por reagrupación familiar a la de cualquier motivo

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
España	55,616	26,511	11,579	12,541	18,265	12,910	17,200	43,874
Francia	:	28,872	28,437	40,248	44,082	49,275	36,203	39,842

Fuente: Eurostat, datos actualizados a 19 de octubre de 2016, <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>.

Por último, en la siguiente tabla se observan las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE que permiten el cambio de estatutos jurídicos económicamente activos previstos en la legislación europea a estatutos jurídicos económicamente inactivos.

Tabla nº 18: El cambio del estatuto jurídico del nacional de tercer país «económicamente activo» en virtud de las directivas laborales de la UE al estatuto «económicamente inactivo»⁹⁷⁷

A DE	REAGRUPACIÓN FAMILIAR	ESTUDIANTE	INVESTIGADOR
TITULAR DE TARJETA AZUL UE	AT, BE, BG, CZ, DE, EE, EL, ES, FI, FR, HR, HU, IT, LT, LU, LV, NL, PL, SE, SI, SK	AT, BE, BG, CZ, DE, EE, FI, FR, HR, HU, IT, LT, LU, LV, PL, NL, SE, SI, SK	AT, BE, BG, CZ, DE, EE, ES, FI, FR, HR, HU, LT, LU, LV, NL, PL, SE, SI, SK
TRABAJADOR TEMPORERO	CZ, DE, EL, ES, FR, HR, HU, IT, SI, LV	CZ, DE, HR, IT, LV, SI	CZ, DE, HR, HU, LV, SI
TITULAR DE PERMISO ICT	AT, CZ, DE, EL, ES, FR, HR, IE, IT, LT, LV, PL, SI, SK, UK	AT, CZ, HR, IT, LT, LV, PL, SI, SK, UK	AT, CZ, ES, HR, LT, LV, PL, SI, SK

Fuente: Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches, European Migration Network Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015, Dirección General de Migración y de Asuntos de Interior, disponible en: http://emn.ie/files/p_201608161223422016_emn_synthesis_change_of_status.pdf, p. 43.

⁹⁷⁷ Véase lo dicho *supra* en la nota 974.

V. RECAPITULACIÓN

Del análisis ofrecido en la presente parte se desprende que el actual régimen jurídico de la movilidad de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos está muy fragmentado. Solamente los nacionales de terceros países altamente cualificados, ya sean titulares de la tarjeta azul UE o los titulares del permiso ICT móvil pueden optar por el pleno ejercicio de la libre circulación bajo ciertas condiciones. Por lo tanto, las condiciones de la movilidad de los trabajadores en virtud de lo establecido en Derecho de la UE varían según determinados perfiles laborales. A este respecto, el ámbito de aplicación de los derechos varía según el ámbito personal de cada nacional de tercer país en concreto, tal y como se demuestra en la siguiente tabla.

Tabla nº 19: El estándar mínimo de los derechos para los nacionales de terceros países que migran a la UE por motivos laborales

Derecho Estatuto	Empleo	Seguridad Social	Educación	Duración de estancia	Residencia de larga duración	Asistencia jurídica	Movilidad dentro de la Unión	Reunificación familiar
Estudiante	1,3 ⁹⁷⁸	5	2	>1 año	3	5	2	2
Investigador	2	1	1	>1 año	NR	5	2	2
Titular de tarjeta azul UE	3	1	1	1-4 años	1	5	3	2
Trabajador temporero	1	3	3	5-9 meses/ 12meses	5	5	5	5
Titular de permiso «ICT»	1	3	1	1-3 años	NR	5	3	2

Leyenda: 1 – el pleno disfrute de los derechos de movilidad equivalente a los nacionales del Estado miembro; 2 – el pleno disfrute de derechos bajo ciertas condiciones; 3- el derecho está previsto pero la cláusula de «puede» está incluida (permitiendo limitar el derecho o excluirlo); 4 – el derecho depende del estatuto jurídico del titular; 5- el derecho no está previsto; NR – no referencia

Es necesario subrayar que, a pesar de varios avances en materia de la política migratoria laboral en la UE, en la presente parte también se pueden observar los retos

⁹⁷⁸ Los estudiantes tienen derecho de acceder al mercado laboral y pueden ejercer las actividades remuneradas por cuenta propia.

actuales a los que se enfrentan los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos, siendo uno de ellos, la inexistente posibilidad de cambio del estatuto jurídico.

A pesar de que los trabajadores o potenciales trabajadores representan la categoría «por excelencia» dentro del grupo de los nacionales de terceros países, tal característica no excluye la sospecha de que también estas personas puedan representar una potencial amenaza para la seguridad pública. Tal realidad queda bien ejemplificada en el reciente asunto *Sahar Fahimian*, destacando una vez más que también los talentos y los actores económicos son igual de sospechosos para la seguridad nacional de un determinado Estado miembro de la UE que los nacionales de terceros países en situación irregular.

CONCLUSIONES

(1) **El futuro de la política migratoria europea.** La migración ha sido, es y seguirá siendo en las próximas décadas, una de las cuestiones decisivas para Europa. El futuro de la UE estará determinado, entre otras cuestiones, por los temas relativos a la actual **(in)existente política migratoria** común europea. Se entiende que la migración es un reflejo de la política económica y, así, su concepción ha ido evolucionando de forma paralela a la política económica en general, y a las necesidades del mercado de trabajo en particular. Sin embargo, en la actualidad las personas no se desplazan a la UE solamente por motivos económicos. Sería por ello conveniente replantear la regulación de la movilidad en el ELSJ de las personas procedentes de terceros países, teniendo presente la situación económica, social y jurídica de la actual UE. El Derecho de la UE apuesta por el régimen de movilidad dentro de la Unión de los nacionales de terceros países «a la carta». Haría falta cambiar los instrumentos jurídicos, hoy muy fragmentados y sectoriales, para poder crear un cuerpo legislativo armonizado en esta materia, donde el principal actor de la movilidad fuera el nacional de tercer país como **persona**, y no como trabajador altamente cualificado, estudiante o miembro de familia procedente de un tercer país. Son muchas las propuestas legislativas recientemente adoptadas a nivel europeo cuyo principal objetivo es mejorar las vías seguras y legales para quienes vienen a la UE, ya sea por motivos de protección o para trabajar. Además, se prevé que la regulación común de la movilidad de las personas en territorio europeo podría constituir un arma muy poderosa con la que hacer frente a los **desafíos** actuales. En este sentido, uno de los desafíos más presentes es el de responder al actual envejecimiento de la población en Europa, esto es, la continua disminución de la proporción de las personas en edad de trabajar necesaria para garantizar el bienestar y la sostenibilidad económica de la UE. No obstante, la actual regulación jurídica de la movilidad de las personas en el Derecho europeo no acompaña tales iniciativas. Más bien los Estados miembros tratan de regular la restricción y/o prohibición de la movilidad de ciertos nacionales de terceros países.

(2) **La libre circulación, instrumento jurídico «por excelencia» del derecho migratorio europeo.** Desde sus orígenes, la libre circulación ha estado vinculada a la idea de mercado europeo. A día de hoy, los beneficios económicos siguen estando muy presentes también en la actual regulación de la movilidad de los nacionales

de terceros países en la UE. Son solamente unas determinadas categorías de trabajadores procedentes de terceros países los que disfrutan del pleno contenido de las disposiciones sobre libre circulación en la UE. Es interesante observar en este sentido que, en materia de libre circulación, las normas europeas no usan precisamente la «*terminología de los derechos humanos*», sino que más bien la regulación europea actual responde a un «*diálogo de mercado interior*». El espíritu económico asociado a la posibilidad de poder disfrutar de más o menos derechos de movilidad en la UE convierte a la libre circulación en un instrumento de «*cierta discriminación*» entre las personas económicamente activas y las que no lo son. La libre circulación presenta un triple anclaje en el derecho originario de la UE. A su conexión íntima con el establecimiento de un **mercado interior** reconocida expresamente en el Acta Única Europea se sumó, en segundo lugar, la condición de derecho inherente al estatuto de la ciudadanía europea proclamada en el Tratado de Maastricht, y posteriormente, desde el Tratado de Ámsterdam, también es considerada como la piedra angular del ELSJ. Ahora bien, los avances legislativos en esta materia no se han producido en la misma medida para todos sus titulares. El Derecho originario europeo deja mucho margen de apreciación a los Estados miembros a la hora de concretar tanto la titularidad como el contenido de la libre circulación para cada persona en concreto. El enorme número de directivas que regulan el contenido de la libre circulación no confirman la idea de un único objetivo dentro de la política migratoria europea. Por el contrario, la regulación de la libre circulación mediante el Derecho derivado europeo pone de relieve unos determinados intereses basados en los concretos **perfiles** de las personas cuya movilidad en la UE está garantizada.

(3) **El desacuerdo entre la UE y los Estados miembros.** En la aplicación de las normas jurídicas relativas a la libre circulación se refleja el desequilibrio existente entre los objetivos de la UE y los de los Estados miembros. La regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países, siendo competencia compartida entre la UE y los Estados miembros, da lugar a un estado de artificial e ilusoria seguridad jurídica, donde no siempre los Estados miembros actúan según «*los deseos de la UE*». Por una parte, el contenido de la libre circulación de las personas responde sobre todo a los objetivos económicos europeos, a través de la movilidad de todos los **actores económicos**, incluidos los nacionales de terceros países. Por otra parte, todos los Estados miembros quieren mantener sus poderes al decidir «*quién, cómo, para qué*» **entra, permanece y sale** de sus territorios. Parece evidente que para superar los retos que plantean las futuras proyecciones demográficas basadas en el envejecimiento de la

población europea hará falta mucha más cesión de la soberanía estatal por parte de los Estados miembros a la UE en materia de política migratoria. Pero, ¿están los Estados miembros dispuestos a ceder más soberanía para conseguir el objetivo común europeo en materia de inmigración? A día de hoy, y teniendo como ejemplo el análisis ofrecido en la presente tesis doctoral, la respuesta parece ser negativa. Es más, en el actual escenario político se observa todo lo contrario. Los Estados miembros quieren volver a retomar todo su poder y el control relativo al movimiento de cualquier nacional de tercer país en su territorio, con la finalidad de evitar y prohibir el movimiento de los potenciales *terroristas* procedentes de terceros países. Es precisamente a través de la adopción de medidas de movilidad más restrictivas como los Estados miembros pretenden garantizar la seguridad para sus nacionales. Este fenómeno representa, si se me permite la expresión, un cierto grado de «*trastorno*» en relación a la actuación de los Estados miembros en el ELSJ. Por un lado, y teniendo en cuenta las carencias en muchos sectores económicos, los Estados miembros pretenden fomentar el objetivo del mercado interior y atraer a perfiles concretos de «*demanda*» laboral para cubrir las vacantes. A este respecto, la regulación de la libre circulación debería servir como un instrumento de atracción de talentos procedentes de terceros países. Sin embargo, por otro lado, la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países representa un arma muy poderosa para preservar el verdadero interés de los Estados miembros en limitar y/o prohibir la circulación de las personas «*no elegidas*».

(4) **El poder discrecional de los Estados miembros.** El contenido «*teóricamente impecable*» de la libre circulación está sujeto en la práctica a muchas condiciones y al poder discrecional de los Estados miembros. El Derecho de la UE deja a la **discrecionalidad** de los Estados miembros la aplicación y la concreción de las normas que regulan la entrada, movilidad, estancia y salida de los nacionales de terceros países en la UE. En concreto, la UE tiene plena capacidad normativa en la regulación de los visados de corta duración, es decir, para estancias inferiores a tres meses dentro de ciento ochenta días. Por lo tanto, es en la aplicación del Reglamento **Schengen** 2016/399 y del Reglamento de **Visado uniforme** 810/2009 donde los Estados miembros cedieron su soberanía a la UE. Sin embargo, el Derecho de la UE prevé el carácter de armonización mínima de las normas europeas para las estancias superiores a tres meses de los nacionales de terceros países. Este papel europeo de mínima intervención en la regulación de la movilidad de los nacionales de terceros países en la UE responde a la negativa por parte de los Estados miembros a ceder más soberanía en estos temas políticamente tan sensibles. Es más, parece ser que la presencia y el control de las

personas con nacionalidad distinta a la del Estado en el que se encuentran se ha convertido en un tema «*estrella*» a través del cual determinados partidos políticos pretenden ganar las elecciones en varios Estados miembros de la UE.

(5) **El ciudadano de la Unión vs. el nacional de tercer país.** El Tratado de Maastricht hace desaparecer la concepción estrictamente económica de la libre circulación de las personas. Sin embargo, esta «*desaparición*» va referida únicamente a los ciudadanos de la Unión (con la nacionalidad de origen o nacionalidad adquirida de algún Estado miembro de la UE). En cuanto a los nacionales de terceros países en la UE, esta concepción economicista ligada al mercado no quedará superada hasta que dichas personas consigan, en su caso, la ciudadanía de la Unión. Uno de los principales motivos de los nacionales de terceros países para «*hacerse*» ciudadanos de la Unión radica, sobre todo, en su interés por disfrutar del pleno contenido de la libre circulación. Algunos Estados miembros de la UE «*venden*» la residencia en su territorio, con la posible adquisición de la nacionalidad de ese Estado en particular y, así, de la consiguiente ciudadanía de la Unión. Si bien todos los Estados miembros conservan sus poderes al conceder la nacionalidad según su propia legislación, la **ciudadanía de la Unión** que acompaña a dicha nacionalidad cuenta con el mismo contenido sobre libertad de circulación en todos los Estados miembros de la UE. Parece mentira que en la actual integración europea, el pasaporte, la nacionalidad o el permiso de trabajo sirvan como signos de distinción, dando lugar a la creación de distintas clases de «*ciudadanos*» presentes en la UE, los ciudadanos de la Unión y los «*ciudadanos que aún no lo son*». Es más, debido a los acontecimientos actuales, la distinción entre los «*ciudadanos*» no se lleva a cabo solamente mediante los documentos de identidad. Los Estados miembros levantan muros y construyen vallas para impedir en lo posible el paso de las personas sin documentación o con pasaportes de las nacionalidades «*no elegidas*» o «*no deseadas*» por los Estados miembros.

(6) **El nacional de tercer país en situación regular.** La entrada de un nacional de tercer país está sujeta en la práctica a la respuesta a las siguientes preguntas: ¿*por qué motivo te desplazas a la UE?*, ¿*cuál es tu intención para entrar y/o permanecer en la UE?*, y ¿*eres una amenaza para la seguridad interior de la UE?* Veamos estas cuestiones más detenidamente.

(7) **Sobre los motivos de desplazamiento a la UE.** Tanto el legislador europeo como las autoridades nacionales intentan ajustar el perfil de cada nacional de tercer país al estatuto jurídico de alguna categoría prevista en la legislación europea. La «categorización» de los nacionales de terceros países según los motivos por los cuales se desplazan a la UE representa una práctica muy extendida, sobre todo en el Derecho derivado europeo. Aparte del motivo por que el nacional de tercer país se desplaza a un determinado Estado miembro de la UE, hay que tener presente el carácter temporal de su estancia previsto en todas las normas en esta materia. Son solamente los turistas, o los miembros de familia que vienen a visitar a sus familiares establecidos en la UE, los únicos titulares de las normas europeas en sentido estricto. Cualquier estancia de los nacionales de terceros países en la UE superior a los tres meses se considera como estancia en un determinado Estado miembro de la UE, y no estancia en el espacio sin fronteras interiores. La regulación actual da mucha importancia al encaje de todos los motivos relativos a la entrada al territorio europeo de los nacionales de terceros países, dejando a un lado la realidad y situación concretas de cada persona procedente de un tercer país. Sin embargo, la **motivación** de las personas responde a una realidad cambiante que no siempre se ajusta a los compartimentos estancos de la regulación jurídica, generando por ello situaciones de conflicto. Sería el caso, por ejemplo, de aquellos nacionales de terceros países que, a pesar de haber entrado legalmente al territorio europeo, pasan a ser personas en situación irregular.

(8) **Sobre la intención para entrar en la UE.** Es imprescindible subrayar el amplio margen de apreciación de los Estados miembros acerca de la intención del nacional del tercer país de permanecer en la UE, incluso antes de concederle el permiso para entrar. Tal y como se observa en el asunto *Rahmanian Koushkaki*, las autoridades nacionales llevan a cabo una verdadera labor de detectives a la hora de determinar y “adivinar” si el nacional del tercer país pretende permanecer en un determinado Estado miembro de la UE más allá de lo legalmente permitido. Es fundamental recordar que los visados uniformes permiten a sus titulares entrar, además de a un Estado miembro en concreto, a todos los Estados que forman parte del espacio Schengen. De ahí la preocupación de algunos Estados miembros en «tener clara» la intención de los solicitantes de visados de corta duración de volver a su país de origen y no quedarse en algún Estado miembro de la UE. Si el motivo de entrada se debe al trabajo, o a unas determinadas actividades económicas, los propios Estados miembros establecen medidas para facilitar y agilizar dicha entrada. Hay que añadir que este tipo de entrada va acompañada de la autorización de la residencia. En estos supuestos, los Estados

miembros esperan tener más asegurado el conocimiento acerca de la intención de cada nacional de tercer país en concreto.

(9) **Sobre la estancia temporal en la UE.** En cuanto a la estancia temporal (inferior a 5 años) de los nacionales de terceros países en situación regular, sería conveniente subrayar el contenido económico de las normas que regulan la estancia de estos nacionales en un determinado Estado miembro. Son sobre todo las condiciones de índole económica las que determinan la estancia de cada nacional de tercer país. A este respecto, es necesario hacer la primera distinción entre las **condiciones económicas** que se les exigen a las personas procedentes de fuera de la UE para permanecer en el territorio de un determinado Estado miembro.

En primer lugar, son los nacionales de terceros países *«económicamente activos»*, esto es, los que generan ingresos económicos durante su estancia, los titulares del contenido casi pleno de la libre circulación. Me refiero sobre todo a los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos en calidad de trabajadores. Tal y como se observa en el presente estudio, los trabajadores representan la única categoría de los nacionales de terceros países que pueden disfrutar del *«cuasi-pleno»* contenido de la libre circulación en la UE. Ahora bien, parece que para el legislador europeo el hecho de ser trabajador no es suficiente para poder disfrutar de una movilidad igual a la de los ciudadanos de la Unión en el territorio sin fronteras interiores. La UE pretende mejorar la movilidad de todos los actores económicos para cumplir el objetivo del mercado europeo interior. Sin embargo, a día de hoy la única categoría de trabajadores con amplio contenido de libre circulación es la de los trabajadores altamente cualificados, los trabajadores que ocupan altos cargos, los directivos, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. Es más, no todos los trabajadores, al ejercer la libre circulación en el territorio de la UE, cuentan con el mismo catálogo de derechos asociados a tal movilidad. Esta *«subcategorización»* de los trabajadores procedentes de terceros países respecto al disfrute de la libre circulación crea una cierta **discriminación** entre los que generan más ingresos y aquellos que no, por no ser tan altamente cualificados, como por ejemplo los trabajadores temporeros. Si se me permite, casi se podría afirmar que, si ganas y produces más, cuentas con más derechos, tanto para ti como para los miembros de tu familia. Por el contrario, si ganas menos, cuentas con menos derechos, e incluso en algunos supuestos ni siquiera puedes estar acompañado legalmente por los miembros de tu familia. Esta realidad jurídica se observa, entre otros supuestos, en la legislación de la movilidad de los trabajadores temporeros, y, hasta hace muy poco, en la regulación de la movilidad de los

investigadores procedentes de terceros países. Por lo tanto, y a los efectos de los derechos de movilidad así como otros derechos asociados a la misma, no es lo mismo ser un trabajador altamente cualificado que ser un trabajador que no cuenta con mucha experiencia laboral. A pesar de que los Estados miembros mantienen sus poderes en materia de admisión de los nacionales de terceros países por motivos laborales, el Derecho europeo propone más medidas para atraer y retener el talento procedente de terceros países. Esta situación se observa en la nueva Directiva 2016/801/UE, la cual pretende atraer a personas altamente cualificadas, configurar el activo clave de la Unión, a saber, el capital humano, y garantizar el crecimiento, fomentando los contactos y la movilidad de los ciudadanos. Por ello, los estudiantes, los investigadores, las personas en prácticas remuneradas y los au-pair están “invitados” a permanecer en la UE, promocionada como un espacio atractivo. Sin embargo, a pesar de que el espíritu de la nueva Directiva 2016/801/UE también pretende aumentar la competitividad en la UE y fomentar el acceso al mercado laboral de los estudiantes y de los investigadores, dicha norma restringe a sus titulares los derechos de movilidad cuando la finalidad sea la de estudiar o investigar, no así cuando se trate de acceder al mercado laboral. Sin duda alguna estos potenciales actores económicos también generan riqueza en los países de destino y responden al esquema de la oferta y la demanda laboral. Estos nacionales de terceros países, además de contar con los medios de subsistencia suficientes, deberían ser los más «*económicamente perfectos*», y por ello, dignos de disfrutar de una libre circulación más «*móvil*». Sin embargo, parece que el Derecho de la UE y los Estados miembros no son de la misma opinión.

En segundo lugar, otras categorías de nacionales de terceros países, como son los que se desplazan a la UE por motivos de ayuda humanitaria o por motivos de reagrupación familiar, también llamados los «*económicamente inactivos*», cuentan con un contenido de libre circulación muy restringido. La estancia en el territorio europeo de esta categoría de nacionales de terceros países está condicionada por la tenencia de medios de subsistencia suficientes, de forma que no representen ninguna carga a la asistencia social del Estado miembro de la UE. Es más, las razones económicas en relación a la permanencia de los nacionales de terceros países «*económicamente inactivos*» pueden dar lugar incluso a su expulsión del territorio europeo. Además, en algunos supuestos, el Derecho de la UE restringe la movilidad de estas personas a un territorio muy concreto. Una de las críticas a la actual regulación de la movilidad de los nacionales de terceros países «*económicamente inactivos*» estriba en la carencia de una regulación acerca de los potenciales cambios en los estatutos jurídicos de estos nacionales una vez establecidos legalmente en algún Estado miembro de la UE. A este respecto, es interesante observar el cambio en los estatutos jurídicos de los nacionales

de terceros países «*económicamente activos*» también a través de la «*mercantilización*» de la ayuda humanitaria en la UE. La posibilidad de optar a la titularidad una Tarjeta azul-UE por parte de los beneficiarios de protección internacional altamente cualificados, pone en evidencia cierta forma de **inmigración selectiva**, en la práctica, basada en el sistema de las «*manifestaciones de interés*». El Derecho de la UE prevé varias opciones de acceso al mercado laboral también para los miembros de familia procedentes de terceros países. Ahora bien, a este respecto tampoco es lo mismo ser miembro de la familia de un titular de la Tarjeta-azul UE o ser miembro de la familia de un beneficiario de la protección internacional. ¿Cómo se puede conjugar el trato preferencial basado en la educación, en las cualificaciones o en el nivel de salario con el principio general de no discriminación en la UE?

(10) **Sobre la estancia del residente de larga duración.** Se podría pensar que los residentes de larga duración, los nacionales de terceros países con estancia superior a 5 años, cuentan con más derechos de movilidad. Sin embargo, también dentro de este colectivo la importancia de los ingresos económicos y de la clase de trabajador queda reflejada en relación a la movilidad en la UE. Es el Derecho europeo el que determina que ni siquiera 5 años de residencia continua del nacional de tercer país es suficiente para poder ejercer la movilidad en otro Estado miembro sin tener que cumplir muchas condiciones adicionales. Además, la duración temporal prevista en los instrumentos jurídicos concretos que regulan la movilidad de los nacionales de terceros países ni siquiera permite optar por ser residentes de larga duración en la UE. El residente de larga duración «*está invitado*» a moverse a otro Estado miembro de la UE si ejerce una actividad económica. Esta restricción de la movilidad de los residentes de larga duración a los «*económicamente activos*» me lleva a afirmar que, dentro de la propia categoría de los trabajadores, ya sean temporales o de larga duración, y gracias a la «*subcategorización*» de los mismos, se crean los perfiles de los trabajadores procedentes de terceros países de «*primera categoría*» y de «*segunda categoría*».

(11) **Sobre la amenaza para la seguridad interior.** El nacional de tercer país no puede representar una amenaza para el **orden público** o la **seguridad y salud** públicas, antes de entrar y durante su estancia en algún Estado miembro de la UE. La posible **amenaza** para el orden público de la inmigración ilegal tiene enorme importancia para los Estados miembros. Así pues, la movilidad de los nacionales de terceros países en los Estados miembros de la UE está condicionada al hecho de no representar una amenaza para la seguridad interior de la UE y para los ciudadanos de la

Unión. Una crítica constante formulada en relación a las expulsiones por motivos de orden público y seguridad interior estriba en la ausencia de una definición unánime y completa de estas categorías por parte del Derecho de la UE, dejando así un amplio margen de apreciación en esta materia a los Estados miembros de la UE. Sin embargo, a mi juicio, lo que sí se observa en la legislación europea son ciertos «*niveles y grados*» de amenaza, que varían según el estatuto jurídico de cada persona que ejerce la libre circulación en la UE.

En primer lugar, si se trata de un ciudadano de la Unión, se requiere que represente una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Así, la necesidad de cumplir todas estas condiciones me lleva a afirmar la exigencia de un «*mínimo grado de amenaza*» a los ciudadanos de la Unión. En segundo lugar, si se trata de un nacional de un tercer país, basta con que represente una «*amenaza normal*». En este caso, si se encuentra en situación regular y, sobre todo, si es un trabajador en un Estado miembro de la UE, el margen de apreciación de la «*amenaza normal*» es más flexible. Es decir, que a unas determinadas categorías de nacionales de terceros países se les exige un «*grado medio de amenaza*». En tercer lugar, el nacional del tercer país puede representar también una «*amenaza potencial*». A los efectos de la Directiva 2016/801/UE, adoptada en el marco de la inmigración legal, basta con que cualquier titular del permiso concedido en virtud de esta norma represente una **potencial amenaza** para limitar los derechos de movilidad en el territorio de un determinado Estado miembro de la UE. En estos supuestos se podría hablar de un «*máximo grado de amenaza*». Por último, y en cuarto lugar, estaría el nacional de tercer país que representa una amenaza únicamente en base a meros indicios, lo que me permito llamar amenaza de «*meros indicios*». A este respecto basta recordar el reciente asunto *Sahar Fahimian*, donde la estudiante se convierte en una potencial amenaza para la seguridad interior de la UE, incluso sin llegar a materializarse ninguna forma de movilidad en el territorio europeo. En este asunto, el TJUE justifica el grado de potencial amenaza en base a meros indicios de la vida profesional y personal de *Sahar Fahimian*. Por lo tanto, me permito añadir el grado «*superior de amenaza*» a este supuesto. Además, resulta interesante destacar que en este reciente asunto se observa cierta prevalencia de la dimensión seguridad en el ELSJ frente a la dimensión libertad de movilidad del talento, uno de los principales objetivos del mercado interior europeo.

En cuanto a la movilidad de las personas que buscan refugio dentro de la UE, el mismo hecho de desplazarse al territorio europeo es por sí suficiente para generar la sospecha acerca de la posible amenaza que pueda representar la persona que llega a las

orillas europeas para solicitar alguna forma de protección internacional. En este supuesto, resulta interesante destacar que, a pesar de que la persona en manifiesta necesidad de protección internacional entre al territorio de la UE de alguna forma legal y segura, por ejemplo a través del reasentamiento, el grado de amenaza que puede representar este solicitante puede limitar su libertad de circulación. Si se tiene en cuenta el sistema de grados de amenaza previamente mencionado, y por lo que se refiere a la movilidad de los nacionales de terceros países en busca de ayuda humanitaria, el grado de amenaza que representan estos nacionales para la seguridad interior europea se considera de «*máxima alerta*». Este elevado grado de amenaza llevó a la limitación temporal de la movilidad de las personas en el espacio Schengen y a la reintroducción de los controles fronterizos interiores. En la actualidad, el futuro del **espacio Schengen** está en peligro, debido, por un lado, a la «*crisis migratoria*», a la que los Estados miembros no han sido capaces de hacer frente; y por otro lado, a los diversos ataques terroristas que, junto con la gestión de la frontera exterior, han llevado a algunos Estados miembros de la UE a **exigir retoques en el espacio Schengen**. En este sentido cabe destacar que, en teoría, la migración y el cruce de las fronteras exteriores por un gran número de nacionales de terceros países no deben considerarse por sí mismos una amenaza para el orden público o la seguridad interior. Sin embargo, según lo previsto en el Derecho de la UE, el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores resulta necesario excepcionalmente en caso de amenazas graves para el orden público o la seguridad interior a escala nacional, en particular las derivadas de actos o amenazas terroristas o de riesgos relacionados con la delincuencia organizada. Entonces, ¿ante qué amenaza los Estados miembros reintroducen los controles fronterizos? Si la movilidad de un gran número de nacionales de terceros países no debe considerarse en sí misma como una amenaza, entonces ¿todas las personas que buscan refugio en la UE serían terroristas o potenciales delincuentes?

En tal orden de las ideas, es interesante subrayar que los grados de amenaza mencionados más arriba pueden variar en cada caso concreto. Así, por ejemplo, una vez que el nacional de tercer país se convierte en ciudadano de la Unión, el Derecho europeo le concede un grado de amenaza inferior al que tenía siendo un nacional de tercer país. El cambio de estatuto jurídico a ciudadano de la Unión supone una disminución de la «*sospechabilidad*» de amenaza para la seguridad interior de la UE.

(12) **Los retos.** Actualmente la UE se enfrenta al reto de redefinir el papel de los nacionales de terceros países en el territorio europeo de cara al futuro. A la vista del análisis y estudio de esta tesis doctoral podemos afirmar que la actual regulación de la

libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE se enfrenta, en relación con los actuales desafíos, a una serie de importantes **retos**. Como son, entre otros:

Primer reto...

El primer reto al que se enfrenta la regulación actual en materia de libre circulación consiste en determinar el «verdadero» papel de la movilidad de los nacionales de terceros países en el ELSJ. Del estudio realizado en este trabajo parece poder afirmarse que la actual regulación en esta materia se encuentra llena de parches, vacíos legales, etc. Son los Estados miembros los únicos responsables de buscar soluciones a esta «insuficiencia europea» en la regulación de la libre circulación en la UE. A este respecto, no hay que olvidar los intereses particulares de cada Estado miembro. El déficit jurídico y político en esta materia ha contribuido también a la reintroducción temporal de los controles fronterizos interiores. Un símbolo más de la desconfianza y de la necesidad de control por parte de los Estados miembros en relación a la presencia de los nacionales de terceros países en la UE. Así pues, la libre circulación de las personas en el espacio Schengen se encuentra en una coyuntura de desequilibrio, donde subyace una lucha continua entre la libertad, la seguridad y la justicia. Ante este panorama, se podría afirmar que, si el Derecho de la UE hubiera desarrollado la política de libre circulación conjuntamente con las medidas de seguridad, quizás no estaríamos ante una crisis tan profunda como la actual. Las recientes propuestas europeas, así como las últimas decisiones del TJUE, vuelven a poner en relieve el «déficit de seguridad» en esta materia. Sería necesario volver a repensar ambas dimensiones del ELSJ mediante un conjunto normativo común y no como cuerpos legislativos diferentes. La regulación jurídica de la libre circulación no puede considerarse como la principal fuente normativa en derecho migratorio europeo, ya que existe un amplio margen de discrecionalidad de los Estados miembros en temas relativos a la seguridad interior. Los Estados miembros establecen sus propios sistemas para regular la movilidad de los nacionales de terceros países, y también celebran cada vez más acuerdos y convenios especiales con países de interés en temas relativos a la migración y a la movilidad. Cualquier avance jurídico dentro del ELSJ debería responder tanto al poder de los Estados miembros para determinar sus necesidades, como a la obligación de cumplir con los intereses colectivos de la UE.

Segundo reto...

Europa en su conjunto debería promocionarse como un centro mundial de excelencia en cuanto a los estudios y el perfeccionamiento profesional. Con esta finalidad deberían mejorarse y simplificarse los requisitos de entrada y residencia para todos los talentos, incluidos los procedentes de terceros países. Pero, ¿cómo pretende la

UE vender la idea de un mercado común a través de los 28 mercados laborales que ofrecen 28 diferentes condiciones de acceso, de entrada y de residencia? A día de hoy, el nacional de tercer país admitido en el territorio de un Estado miembro para trabajar forma parte del mercado español, francés, alemán, ... de que se trate, pero no del mercado europeo. Para que el mercado interior de la UE funcione de manera adecuada, contando con la presencia de actores económicos procedentes de terceros países, sería necesario determinar de forma común la oferta laboral en el territorio de los distintos Estados miembros. De acuerdo con los datos ofrecidos en el presente trabajo, tenemos que afirmar que la actual oferta laboral de la UE resulta insuficiente, y que hace falta desarrollar una visión comprensible del mercado laboral de la UE para todos los actores económicos legalmente establecidos en ella. La oferta laboral europea compite con los regímenes laborales nacionales de cada Estado miembro de la UE. A este respecto sería necesario redefinir la política migratoria laboral europea. Además, son muchos los nacionales de terceros países «*con talento*» que se encuentran ya legalmente en el territorio de la UE. Si la regulación jurídica abriera las vías de acceso al mercado laboral a todos nacionales de terceros países ya residentes en la UE, los Estados miembros no necesitarían admitir determinadas categorías de cerebros procedentes de terceros países con experiencia y/o formación similar a los de los ya establecidos en la UE.

Tercer reto...

Ya en el año 1961 Max Frisch decía: "*We asked for workers, but human beings came*". Si tenemos presente las normas actuales en materia de libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE, resulta más que apropiado repetir dicha frase. Resulta interesante tenerla presente sobre todo en relación a la regulación de la libre circulación de los miembros de familia procedentes de terceros países. La presencia «*jurídica*» de los miembros de familia no está prevista en todos los instrumentos jurídicos que regulan la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE. Pero las personas cruzan las fronteras conjuntamente con sus familias, con sus historias personales. En mi opinión, si el Derecho europeo sigue creando nuevas categorías «*selectas*» de personas en función de diferentes intereses olvidándose de sus vínculos personales, el territorio europeo no se estará convirtiendo en un lugar atractivo para que estas personas procedentes de terceros países desarrollen su carrera profesional y/o personal. Es sobre todo en materia de reagrupación familiar donde se observa el verdadero objetivo de cada directiva concreta que establece las condiciones de entrada y de residencia de los nacionales de terceros países en situación regular y determina o no las condiciones de movilidad también para los miembros de su familia.

Con frecuencia los Estados miembros se muestran bastante reacios en relación al cumplimiento de las previsiones tanto del CEDH como de la Carta de DFUE, ambos instrumentos jurídicos no «*muy populares*» en materia de libre circulación en general, y de reagrupación familiar en particular. Las numerosas sentencias del TJUE y del TEDH confirman una vez más la necesidad de seguir pronunciándose acerca de la presencia en la UE de los familiares de los titulares del derecho de libre circulación procedentes de terceros países. Como la lógica del mercado se impone muchas veces a la protección de la **vida familiar** y los **derechos fundamentales**, es sobre todo aquí donde sería conveniente adoptar medidas que garanticen el pleno ejercicio de la libre circulación por todos sus titulares. Los derechos de los miembros de su familia, incluidos los derechos de movilidad, varían según sus titulares, ya que no todos los nacionales de terceros países pertenecen a la misma categoría. Por lo tanto, no todos los miembros de familia pueden disfrutar de los mismos derechos. Esta situación da lugar a un trato diferente según la categoría del nacional del tercer país del que se trate, generando una clara ventaja para los miembros de familia de aquellos nacionales de terceros países que se encuentren en calidad de trabajadores, sobre todo si se trata de trabajadores altamente cualificados. Además, los permisos que se expiden a los nacionales de terceros países dentro de la política de inmigración legal conviven de manera paralela con los permisos nacionales, que muchas veces prevén condiciones de movilidad diferentes para los miembros de su familia. La mayor parte de las restricciones por parte de los Estados miembros relativas a la reagrupación familiar relacionadas con la libre circulación se deben al miedo de que la circulación de los miembros de familia sirva como instrumento para regularizar la situación irregular de un nacional de tercer país. En este trabajo se ha visto cómo, en efecto, algunos supuestos de reagrupación familiar pueden dar lugar a la «*legalización*» del estatuto jurídico del nacional de tercer país en situación irregular. Con todo, es necesario afirmar que los Estados miembros al adoptar cualquier medida en relación a la libre circulación deberán garantizar todos los derechos fundamentales previstos tanto en el CEDH como en la Carta de DFUE. El respeto de los derechos fundamentales en general, y la garantía de la libre circulación en particular, pueden suponer el punto de arranque de la integración de los nacionales de terceros países en la sociedad europea.

Cuarto reto...

El cuarto reto se refiere al cambio legislativo del requisito de la nacionalidad por el de la residencia en relación al ejercicio de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE. Si la libre circulación se considera como un primer paso importante para la plena integración de todas las personas en el proyecto europeo, el

pleno disfrute de los derechos de libre circulación no puede estar garantizado solamente en base a la nacionalidad. El creciente impacto de la ciudadanía en movilidad, con el conjunto de derechos que se le atribuyen, requiere establecer un estatuto personal común, único e invariable del **residente europeo** en el marco de la ciudadanía europea, sea cual fuere la nacionalidad del titular de la libre circulación. Este residente europeo, ya sea nacional del Estado miembro o de un tercer país legalmente establecido en la UE, debería representar la pieza fundamental para poder afrontar cualquier reto en esta materia. Es más, la Carta de DFUE concede varios derechos de ciudadanía en base a la residencia y no a la nacionalidad. Por lo tanto, debería replantearse a nivel europeo el papel de la nacionalidad de las personas que se encuentran en su territorio. El cambio del nacional por el residente significaría en la práctica reconocer derechos en base a la igualdad de trato en vez de seguir garantizando una diferenciación basada en la nacionalidad, la cual, además, se puede comprar en algunos Estados miembros.

Quinto reto...

El último reto que me permito plantear es el referido a la creación de un único ***Código de Inmigración de la UE***, un documento ordenado y conjunto en el cual se describirían las condiciones de admisión, entrada y residencia para todas las personas procedentes de terceros países. La actual «*fragmentada*» regulación que prevé las condiciones de movilidad para ciertos perfiles seleccionados de nacionales de terceros países en la UE no parece que pueda ofrecer soluciones a largo plazo. No basta con contar con una armonización mínima de las condiciones de entrada y residencia de determinados perfiles, necesarios para cubrir vacantes en ciertos sectores, sino que hace falta contar con un régimen jurídico en donde el principal actor sea el nacional de tercer país, con independencia de su perfil profesional. Considero muy importante incluir en este hipotético *Código de Inmigración* los cambios que se puedan producir en los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países una vez establecidos legalmente en la UE. El cambio de los estatutos jurídicos, sobre todo en los casos de nacionales de terceros países que pasan de ser «*económicamente inactivos*» a «*económicamente activos*», mejoraría la vida diaria de muchas personas que viven en la UE.

(13) **Los flujos migratorios, la futura «ciudadanía europea».** La actual **Agenda Europea de Migración** representa una oportunidad única para abrir a nivel europeo el debate político y jurídico relativo a la futura configuración de los instrumentos legales europeos en materia migratoria. También los Estados miembros

pueden aprovechar esta oportunidad para acercar la regulación de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE al estatuto de los «*cuasi-ciudadanos de la Unión*». Las previsiones jurídicas sobre libre circulación deberían adaptarse mejor y de manera más flexible a las necesidades de la sociedad cambiante. Parece necesario recordar que la defensa de los valores de la construcción europea, de la democracia, del Estado de derecho, la no-discriminación y la protección de los derechos humanos, exige también una mayor actuación en los temas relativos a la migración. No se puede esperar la construcción de una «*Unión más estrecha entre los pueblos de Europa*» y, al mismo tiempo, excluir a más de 20 millones de personas legalmente establecidas en la UE solo por el hecho de no ser nacionales de alguno de los Estados miembros. La continua división de la sociedad europea en clases, atendiendo a varios criterios «*legales*», no garantiza el trato igual a todas las personas que se encuentran en el territorio europeo. La situación actual de los flujos migratorios en la UE sugiere la necesidad de adoptar un enfoque diferente de la inmigración legal, más flexible y común a todos los Estados miembros. Las noticias diarias en los periódicos, los debates políticos y la sociedad civil están pidiendo una nueva solución a la gestión de la migración de la UE en general, y de la movilidad de las personas en el territorio sin fronteras interiores en particular. Solamente a través de una política de inmigración ordenada, flexible, y que garantice y proteja el derecho de libre circulación, podrán los Estados miembros justificar los beneficios de la llegada de «*nuevos europeos*». La respuesta de Europa determinará nuestro futuro. Nelson Mandela dijo: «*el futuro de una nación es tan prometedor como la próxima generación de ciudadanos*». Si, como se ha visto en este trabajo, la futura generación de Europa está formada en buena parte por los nacionales de terceros países, solamente puedo decir, si se me permite la expresión, «*manos a la obra*». Por último, y como posible respuesta al título de este trabajo, debo señalar que, en mi opinión, la movilidad de los nacionales de terceros países en la UE se ha «*deshumanizado por completo*», al estar sujeta, sobre todo, a los intereses del mercado europeo, llegando incluso a considerar a estas personas como una potencial amenaza para la seguridad interior cuando no cumplan con los mandatos económicos.

FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ARCARAZO, D., “The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship, An Analysis of Directive 2003/109”, en GUILD, E. y NAPLEY, K., *Immigration and asylum law and policy in Europe*, Radboud University Nijmegen, London, Leiden, Brussels, 2011.
- ACOSTA, D., “Immigration in the European Union: Family Reunification after the Metock Case”, *UCD Law Review*, vol. 9, 2009.
- ALEXANDER, W., “Free movement of Non-EC nationals. A review of the case-law of the Court of Justice”, *EJIL*, 1992.
- ALONSO GARCÍA, R., “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 154, 2001.
- ARSLAN, C., *et.alii*, “A New Profile of Migrants in the Aftermath of the Recent Economic Crisis”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No 160, OECD Publishing, Paris, 2014.
- ASHIABOR, D., “Artículo 15”, en PEERS, S., HERVEY, T., KENNER J. y WARD, E. (Eds), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publising, Oxford, 2014.
- AYALA CADIÑANOS, I., “Artículo 45: Libertad de circulación y residencia. Geometría variable de un derecho en permanente construcción”, en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- BALDWIN-EDWARDS, M. y KRALER, A., *Regularisations in Europe*, Pallas Publications, Amsterdam, 2009.
- BALL, R., *Free Movement of Third Country Nationals*, Routledge, London, 2014.
- BALL, R., *The Legitimacy of The European Union through Legal Rationality: Free Movement of Third Country Nationals*, Routledge, London, 2013.
- BARBOU DES PLACES, S., “Quél regime juridique pour la mobilité des personnes en Europe ?”, *Petites Affiches, Chronique de droit européen et comparé*, nº XXVIII, 2010.
- BARDOLET DILMÉ, A., “Visado humanitario: una posible puerta de entrada a la Fortaleza Europa”, *Opinión CIDOB*, nº 249, 2014.
- BARSLUND, M. y BUSSE, M., “Making the Most of EU Labour Mobility”, *CEPS/Bertelsmann Stiftung*, Brussels, 2014.
- BATTISTELLA, G., “Migration and Human Rights: the uneasy but esential relationship”, en DE GUCHTENEIRE, P., PÉCOUD, A., CHOLEWINSKI, R. (Eds.), *Migration and Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- BEDUSCHI, A., “An Empty Shell? The protection of Social Rights of Third-Country Workers in the EU after the Single Permit Directive”, *European Journal of Migration and Law*, 17, 2015.
- BELLIDO, A.M., “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista electrónica de estudios Internacionales*, nº 8, 2004.
- BESSON, S. y UTZINGER, A., “Introduction: Future Challenges of European citizenship – facing a wide open Pandora’s box”, *European Law Journal*, nº 13 (5), 2007.
- BEYANI, C., *Human Rights Standards and the Movement of People Within States*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- BLANC, H., “Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe”, *RMC*, 2001.

- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003 (2ª ed.).
- BLÁZQUEZ PEINADO, Mª D., *La ciudadanía de la Unión más sobre el derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados Miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- BOELES, P. y DEN HEIJER, M., *European Migration Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp- Portland, 2009.
- BOER, M., "The incorporation of Schengen into the TUE: Abridge too far?", en MONAR J., WESSELS W. (Eds), *The European Union after the Treaty of Amsterdam.*, Continuum, Londres, 2001.
- BOERI, T. *et.alii*, *Brain Drain Brain Gain. The Global Competition to Attract High-Skilled Migrants*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- BOSCH, P., "Towards a pro-active European labour migration policy concrete measures for a comprehensive package", *Migration Policy Centre*, March 2015.
- BRINKMANN, G., "The Immigration and Asylum Agenda", *European Law Journal*, vol. 10(2), 2004.
- BROUWER, E., *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Shengen Information System*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden-Boston, 2008.
- BURROWS, N., *The right of Turkish Workers in the Member States*, *EL* , nº 19, 1994.
- BURROWS, N. y GREAVES, R., *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- CARRERA, S., "Building a Common Policy on Labour Immigration: Towards a Comprehensive and Global Approach in the EU", *CEPS Working Document*, nº 256, Brussels, 2007.
- CARRERA, S., "Integration' as a Process of Inclusion for Migrants? The Case of Long-Term Residents in the EU", Centre for European Policy Studies, *CEPS Working Document* , nº 219, 2005.
- CARRERA, S. y GUEYER, F., "El Tratado de Lisboa y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, 2008.
- CARRERA, S., *et alii*, "No Move without Free Movement: The EU-Swiss controversy over quotas for free movement of persons", *Centre for European Policy Studies*, nº 331, 2015.
- CARRERA, S., *et alii*, "Labour Immigration Policy in the EU: A renewed agenda for Europe 2020", *CEPS policy brief*, nº 240, April, 2011.
- CARLIER, J.Y., *La condition des personnes dans l'Union européenne. Recueil de jurisprudence*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- CARLIER, J.Y., *La condition des personnes dans l'Union Européenne*, Larcier, Bruxelles, 2007.
- CARLIER, J.Y., *L'Europe et les étrangers*, Colloque de Gêneve, Gêneve, 2006.
- CARLIER, J-Y., "La circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes", en DE SCHUTTER, O. y NIHOUL, P. (Dirs.), *Une constitution pour l'Europe : réflexion sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2004.
- CASTLES S., *et alii*, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave, 2009.
- CERNA, L., "The EU Blue Card: Preferences, policies, and negotiations between Member States", *Migration Studies*, 2(1), 2013.

- CHASSIN, C-A., “La crise des migrants: l’Europe á la croisée des chemins”, *L’EUROPE*, nº 3, 2016.
- CHOLEWINSKI, R., “Labour migration, temporariness and rights”, en CARRERA, S., GUILD., E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_withcover.pdf.
- CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- CLOSA, C., “La ciudadanía europea: El Estatuto de un sujeto político inacabado”, en LLAMAZARES, I., & REINARES NESTARES, F., (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch., Valencia, 1991.
- COLLETT, L., “Future prospects for a common EU immigration policy”, en KARLSSON, J. O. y PELLING, L., *Moving Beyond Demographics*, Global Utmaning, 2011.
- CORNELISSE, G., “What’s wrong with Schengen? Border disputes and the nature of integration in the area without internal borders”, *CMLR*, 2014.
- COSTELLO, C., “Metock: Free Movement and “Normal Family Life” in the Union”, *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009.
- CRAIG, P. y DE BÚRCA, G. (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, UK, 2011.
- DA SILVA OCHOA, J.C., “El Tratado de Lisboa: tres consideraciones sobre un espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 10, octubre 2009.
- DE BRUYCKER, P., “EU Asylum Policy: in search of solidarity and Access to protection”, *MPC Policy Brief*, 2015/2016.
- DE BRUYCKER, P., “Legislative Harmonization in European Immigration Policy”, en CHOLEWINSKI, R., PERRUCHOUD, R., MACDONALD, E., *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C Asser Press, La Haya, 2007.
- DE BRUYCKER, P., *The emergence of an European Immigration Policy*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- DE BRUYCKER, P., *Les Régularisation des éntangers illeaux dans l’Union Europeenne*, Bruylant, Bruselas, 2000.
- DE BRUYCKER, P., *Regularisations of Illegal Immigrants in the European Union*, Bruylant, Brussels, 2000.
- DE JULIOS CAMPUZANO, A., “La paradoja de la ciudadanía: Inmigración y derechos en un mundo globalizado”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 7, 2003.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales”, en FORNER DELAYGUA, J.J. (Ed.), *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: Relaciones internacionales y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DE LUCAS, J., “Ciudadanía, Derechos Humanos y Desobediencia Civil”, Conferencia pronunciada en las IV jornadas sobre No violencia Activa, Donostia/San Sebastián, 2005.
- DE LUCAS, J., “Las propuestas sobre políticas en Europa y la nueva Ley 4/2000 en España”, en COLOMER, A. (Coord.), *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica Ley de Extranjería*, Nomos, Valencia, 2001.
- DE LOBKOWICZ, W., *L’Europe et la sécurité intérieure, une élaboration par étapes*, La Documentation francaise, 2002.

- DEL VALLE-GÁLVEZ, A., “La refundación de la libre circulación de personas. Tercer Pilar y Schengen: El espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, 1998.
- DESCY, P., “Projected labour market imbalances in Europe: Policy challenges in meeting the Europe 2020 employment targets”, en OCDE/Unión Europea, Matching Economic Migration with Labour Market Needs, OCDE, 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216501-12-en>.
- DE SOMER, M., “Trends and Gaps in the Academic Literature on EU Labour Migration Policies”, *NEUJOBS Working Paper*, nº 5, 2012.
- DELIVET, P., “La libre circulation des personnes :principe, enjeux et défis”, *Question d’Europe*, nº 419, 2017.
- DONNER, J.P.H., “Abolition of Border Controls”, en SCHERMERS, H.G. (Ed.), *Free movement of persons in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993.
- EDWARDS, A., “Refugiado o migrante”, Ginebra, ACNUR, 27 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/>.
- EISELE, K., “Why come here if I can go there? Assessing the ‘Attractiveness’ of the EU’s Blue Card Directive for ‘Highly Qualified’ Immigrants”, *CEPS*, nº 60, 2013.
- ELSEN, C., “Le rôle des accords de Schengen dans la construction européenne”, *Era Forum*, 2011.
- EVANS, A., Third Country Nationals and the Treaty on European Union, 1994, 5 *EJIL*, nº 5, 1994.
- FARGUES, P., *Why pro-immigration policies must be part of an adaptation to predictable demographic changes in Europe?*, 2014, disponible en: <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/PapersLampedusa/FORUM-Farguesfinal.pdf>.
- FARGUES, P. y KALANTARYAN, S., “Stereotype 2 “Migrants steal our jobs”, en FARGUES, P. (Ed.), *Is what we hear about migration really true?: Questioning eight stereotypes*. MPC report, disponible en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31731/MPC_2014_FARGUES.pdf?sequence=1.
- FAUVARQUE-CASSON, B. *et alii*, *La Citoyenneté européenne, Société de Législation Comparée*, Coll. Trans Europe Experts, Paris, 2011.
- FERNÁNDEZ, M. y GORTÁZAR, C., “Spanish National Report for the project “Integration of High Skilled Third Country Nationals in Europe: A New Proposal for Circular Talent Management”, *IEM*, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ-SHAW, F., “La inclusión de la inmigración en el diálogo diplomático con terceros países”, en PINYOL, G. (Coord.), *La dimensión exterior de las políticas de inmigración en la Unión Europea*, V Seminario Inmigración y Europa, CIDOB, Barcelona, 2008.
- FERNHOUT, R., “The United States of Europe have commenced, but for whom?”, *NQHR* 11, 1993.
- FOUCHER, M., *L’obsession des frontières*, Perrin, 2007.
- FUDGE, J. y HERZFELD OLSSON, P., “The EU Seasonal Worker Directive: When Immigration Controls Meet Labour Rights”, *European Journal of Migration and Law*, 16, 2014.
- GABRIEL, CH., “Labour migration in Canada: a matter of ‘supply’ and ‘demand’”, en CARRERA, S., GUILD, E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_withcover.pdf.

- GARCÍA ANDRADE, P., “La ciudadanía europea y la sucesión de Estados: a vueltas con las implicaciones de una separación territorial en el seno de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 49, Madrid, 2014.
- GARCÍA ANDRADE, P., “Privileged Third-Country Nationals and Their Right of Free Movement and Residence to and in the EU: Questions of Status and Competence”, en GUILD, E., GORTÁZAR ROTAECHE, C.J., KOSTAKOPOULOU, D., (Eds.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2013.
- GEDDES, A., “International Migration and State Sovereignty in an Integrating Europe”, *International Migration*, nº 39, 2001.
- GEDDES, A., “Immigrant and Ethnic Minorities and the EU’s «Democratic Deficit»”, *JCMS*, nº 33, 1995.
- GOIG MARTÍNEZ, J.M., “¿Una política común de inmigración en la Unión Europea?: Evolución, retos y realidades”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº 29, (2º semestre 2015).
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El Código de Fronteras Schengen y la libertad de desplazamiento del ciudadano europeo: Algunas consideraciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., *et alii*, *El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y la protección de datos*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., “Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., GARCÍA VÁZQUEZ, S. y GOIZUETA VÉRTIZ, J. (Dirs.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: materiales de innovación docente*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El Real Decreto 240/2007: en particular, el elemento de la transnacionalidad y los nacionales de terceros Estados”, *REDC*, nº 95, 2012.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El control de las fronteras exteriores de la Unión Europea”, en UGARTEMENDÍA, J.I. y JAÚREGUI, G. (Coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., “El derecho comunitario y la libertad de circulación y residencia de las personas en España: implicaciones del estatus de ciudadanía de la Unión”, *Working Paper nº189*, Institut de Ciències Polítiques y Socials, 2001.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La libertad de desplazamiento del ciudadano europeo y de los nacionales de terceros países asimilados”, disponible en: https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/ins_derecho_publico_comparado/seminarios_cursos/seminarios_conferencias_cientificos/Ponencia%20D%F1a%20Juana%20Goizueta_0.pdf.
- GOODWIN-GILL, G., *International law and the Movement of Persons Between States*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “¿Schengen en peligro?”, *Boletín Elcano*, 136, 2011.
- GOUNIN, Y., “Les dynamiques d’éclatements d’États dans l’Union européenne!: casse-tête juridique, défi politique”, *Politique étrangère*, nº 4, 2013.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., *Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents?The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Brill Nijhoff, Leiden, 2013.

- GROENENDIJK, K., “Which way forward with migration and employment in the EU?”, en CARRERA, S., GUILD, E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_withcover.pdf.
- GROENENDIJK, K., “The Long-Term Residents Directive, Denizenship and Integration”, en BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H. (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing: Oxford, 2007.
- GROENENDIJK, K., “Family Reunification as a Right under Community Law”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 8 (2), 2006.
- GROENENDIJK, K., “Citizens and Third-Country Nationals: Differential Treatment or Discrimination?”, en CARLIER, J.Y., GUILD, E. y COULIE, B. (Eds.), *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Brussels, 2006.
- GROENENDIJK, K., “Security of Residence and Access to Free Movement for Settled Third Country Nationals under Community law”, en GUILD, E. y HARLOW, C. (Eds.), *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2001.
- GROENENDIJK, K., “Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration Law”, en JULIEN-LAFERRIERE, F., LABAYLE, H., y EDSTROM, O., (Eds.), *The European Immigration and Asylum Policy: Critical Assessment Five Years After the Amsterdam Treaty*, Bruylant, Bruselas, 2000.
- GROENENDIJK, K. y GUILD, E., “Converging Criteria: Creating an Area of Security of Residence for Europe’s Third Country Nationals”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001.
- GROENENDIJK, K., *et alii*, *The Family Reunification Directive in EU Member States. The First Year of Implementation*, Nijmegen Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007.
- GROMILOVA, M., “Can the UE Seasonal Worker Directive Alleviate the Pending Crisis of Climate-Induced Displacement?”, *European Labour Law Journal*, 6, 2015.
- GUEVREMONT, S., *Vers un Traitement Équitable des Étrangers Extracommunautaires en Séjour Régulier. Examen des Directives sur le Regroupement Familial et sur les Résidents de Longue Durée*, Wöhrmann Print Service, Zutphen, 2009.
- GUILD, E., “Labour Migration and the European Union” en CHETAIL, V., y BAULOZ, C., *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.
- GUILD, E., “Equivocal Claims? Ambivalent Controls? Labour Migration Regimes in the European Union”, en GUILD, E. y MANTU, S. (Eds.), *Constructing and Imagining Labour Migration – Perspectives of Control from Five Continents*, Farnham, Surrey: Ashgate Publishing, 2011.
- GUILD, E., *Security and migration in the 21st century*. Polity Press, Cambridge, 2009.
- GUILD, E., “Free Movement of Workers: From Third Country National to Citizen of the Union”, en MINDERHOUD, P. y TRIMIKLINIOTIS, N. (Eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Wolf Legal Publishers: Nijmegen, 2009.
- GUILD, E., “Who is an Irregular Migrant?”, en BOGUSZ, B., CHOLEWINSKI, R., CYGAN, A. y SZYSZCZAK, E., (Eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004.

- GUILD, E., "The Legal elements of European Identity: EU citizenship and Migration Law", *Kluwer Law Internacional, European Law Library*, 2004.
- GUILD E., "The Border Abroad- Visas and Border Controls", en GROENENDIJK, K., GUILD, E. y MINDERHOUD, P., *Search of Europe's Borders*, The Hague Kluwer, Haya, 2003.
- GUILD, E., PEERS, S., y TOMKIN, J., *The EU Citizenship Directive*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- GUILD, E., *et alii*, "Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin", Study for European Parliament, 2015, disponible en: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/983a50a5-69d6-48b1-a0bd-2b34cced9e36/Sessions_1_and_2_-_Study_European_Asylum_System_and_Alternatives_to_Dublin.pdf.
- GUILD, E. *et alii*, *Protecting Fundamental Rights in the EU's in the Common Policy on Immigration, Borders and Asylum: Transnational Logics, Challenges to Liberty and Ways Forward*, CEPS, 2009.
- HAILBRONNER, K. (Ed.), *European Immigration and Asylum Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- HAILBRONNER, K., "The Treaty of Amsterdam and Migration Law", *European Journal of Migration and Law*, nº 1 (1), 1999.
- HAILBRONNER, K., "European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty", *Common Market Law Review*, nº 35, 1998.
- HAILBRONNER, K., y GOGOLIN, J., "Aliens", en WOLFRUM, R. (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, disponible en: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.
- HAMMAR, T., "Immigrant policy" en HAMMAR, T., (Ed.), *European Immigration policy: A comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HANDOLL, J., "The Metock Case. Union Citizenship, Family Reunion and the Abuse of Rights", en MINDERHOUD, P. y TRIMIKLINIOTIS, N. (Eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2009.
- HANDOLL, J., "The Status of Third-Country Nationals Residing on a Long-term Basis", en DE BRUYCKER, P., (Ed.), *The Emergence of a European Immigration Policy*, Bruylant: Brussels, 2003.
- HEDEMANN-ROBINSON, M., "Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges rather than Divisions", *Yearbook of European Law*, Vol 16, 1996.
- HERM, A., y POULAIN, M., "Economic Crisis and international migration. What the EU data reveal?", *Revue Europeenne des Migrations Internationales*, 28(4), 2012.
- HERZFELD OLSSON, P., "Introduction to the Directives", en HERZFELD OLSSON, P. (Dir.), *National Effects of the Implementation of EU Directives on Labour Migration from Third Countries*, Wolters Kluwer, Alphen an den Rijn, 2016.
- HIGGINS, R., "The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country", *International Affairs*, Vol. 49, nº 31973.
- HOOOGEMBOOM, TH., "Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals", *European Journal of International Law*, nº 1, 1992.
- HÜFNER, F. y KLEIN, C., "The German Labour Market. Preparing for the Future", OECD, Economics Department, Working Papers nº 983, septiembre 2012.

- HULTIN, G. "The Global "War" for Talents: Labour Market Policies for Europe 2020 in Europe 2020: delivering well-being for future Europeans", *Challenge Europe*, European Policy Centre, March 2010.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., "The Transposition of the Blue Card Directive in Spain", en STRIK, T. y GRÜTTERS, C. (Eds.), *The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2013.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., "¿Hay lugar para la acción exterior de la Unión Europea en materia de inmigración legal? Acuerdos Internacionales, asociaciones de movilidad e intereses estatales", en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M. (Coord.), *La dimensión exterior el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, IUSTEL, Madrid, 2012 (1ªed.).
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las directivas de la UE en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., "Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies and Challenges of the New Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice", *European Law Journal*, vol. 15 (6), 2009.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., "La aplicación Directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros estados que acrediten ser titulares del estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados Miembros de la UE", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, vol. 19, 2008.
- IGLESIAS, S., "El valor de la Directiva 86/2003 sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03", *RDCE*, nº 26, 2007.
- JAUMOTTE, J., "Droit des étrangers : Les derniers développements en droit Européen – La Jurisprudence récente de la CJUE et de la COUR EUR. D.H.", en BODART, S. (Coord.), *Droit des étrangers*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- JÁUREGUI, G. y UGARTEMENDIA, J.I., "Europa en el hecho de Procusto: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa", *RVAP*, nº 79, 2007.
- JOOPKE, CH., *Citizenship and immigration*, Cambridge, Cambridge, 2010.
- JUARÉZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*. UNED, Madrid, 1998.
- KAHANEC, M., "Labour market needs and migration policy options: towards more dynamic labour markets" en CARRERA, S., GUILD., E. y EISELE, K. (Eds.), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies Comparative perspectives on the EU, the US, Canada and beyond*, CEPS, 2014, disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/RETHINKING%20LABOUR%20IMMIGRATION%20POLICIES_withcover.pdf.
- KALANTARYAN, S. y MARTÍN, I., "Reforming the EU blue card as a labour migration policy tool?", *Migration Policy Centre; Policy Briefs*, 08, 2015, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35744/MPC_PB_2015_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- KOCHAROV, A., "What Intra-Community Mobility for Third Country Workers?", *European Law Review*, vol. 33(6), 2008.
- KOCHENOV, D. y VAN DEN BRINK, M., "Pretending There Is No Union: Non-Derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU", en THYM, D. y ZOETEWIJ TURHAN, M. (Eds.), *Degrees of Free Movement and Citizenship*, Martinus Nijhoff, Haya, 2015.
- KOCHENOV, D., "Rounding up the Circle: The Mutation of Member States' Nationalities under Pressure from EU Citizenship", *EUDO-Citizenship Working Paper, 2010*, RSCAS 2010/23.

- KOCHENOV, D., "European citizenship and the difficult relationship between status and rights", *The Columbia Journal of European Law (CJEL)*, n° 2, 2009.
- LABAYLE, H., "Schengen: un espace dans l'impasse", *EUROPE*, n° 3, 2016.
- LABAYLE, H., "La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union", en BLUMANN, C. (Dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- LABAYLE, H., "Le chaînon manquant: quand la Cour de justice établit le lien entre citoyenneté de l'Union, sécurité publique et Espace de liberté", *Réseau Universitaire Européen dédié à l'étude de Droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ)*, 28 de mayo 2012.
- LABAYLE, H., "Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité: ordonner le dialogue des juges", *RFDA*, 2010.
- LABAYLE, H., "Le droit des étrangers au regroupement familial, Regards croisés du droit interne et du droit européen", *RFDA*, 2007.
- LABAYLE, H., "L'Espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe", *RTDE*, 2005.
- LABAYLE, H., "L'Union européenne et l'immigration: une véritable politique commune?", *Dalloz*, 2004.
- LABAYLE, H., "Un espace de liberté, sécurité et justice", *RTDE*, n° 4, 1997.
- LABAYLE, H., "La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam", *AJDA*, 1997.
- LABAYLE, H., "Le droit des étrangers à mener une vie familiale normale", *RFDA*, 1993.
- LABAYLE, H., "Vers une citoyenneté européenne ? Le point de vue du droit communautaire", *LPA*, n° 76, 1992.
- LABAYLE, H., y SUDRE, F., "L'avis 2/13 de la C.J.U.E sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme: pavane pour une adhésion défunte?", *RFDA*, 2015.
- LABAYLE, H. y PASCOUAU, Y., "Les conditions d'accès au regroupement familial en question :une étude comparative dans neuf Etats membres de l'UE", *Fondation Roi Baudouin, Bruxelles*, 2011.
- LABAYLE, H. y PASCOUAU, Y., "Directive 2003/86/CE on the Right to Family Reunification-Synthesis Report", 2007.
- LAMBLIN-GOURDIN, A-S., "Les libertés de déplacement et séjour", en LECLERC, S. (Ed.), *La libre circulation des personnes dans l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- LAUBENTHAL, B., "*Labour Migration Governance in Contemporary Europe. The Case of Germany*", LAB-MIG-GOV Project "Which Labour Migration Governance for a More Dynamic and Inclusive Europe?", FIERI Working Papers, April 2012, disponible en: www.labmiggov.eu/wp-content/uploads/2012/05/laubenthal_case-study_-Germany_17.05.pdf.
- LECLERC, S., "Les limitations aux libertés de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : Les apports de la Directive 2004/38/CE", en LECLERC, S. (Ed.), *La libre circulation des personnes dans l'Union*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- LE BRIS, R.F., "L'étranger et ses métamorphoses: quelques considérations contemporaines", en LOUSSOUARN, Y., *L'Internationalisation du Droit*, Dalloz, Paris, 1994.

- LE VOY, M. y VERBRUGGEN, A., “Ten Ways to Protect Undocumented Migrant Workers”, *PICUM*, 2005.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016 (9ª ed.).
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *Gaceta Jurídica de la CE*, D-17, 1992.
- LIROLA DELGADO, I., “La sentencia *Dano*: ¿el punto final «malabarismos» del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente?”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 36, 2015.
- LIROLA DELGADO, I., “¿Por fin una política de inmigración de la Unión en el Tratado de Lisboa?”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.) *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.
- LIROLA DELGADO, I., “Los derechos de la libre circulación y residencia en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea”, en RUIZ MIGUEL, C., *Estudios sobre la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2004.
- LORENZO SÁNCHEZ, S.A., “Vías y límites para la unificación del Derecho privado europeo: "soft law" versus "hard law" o Comisión contra Parlamento, En: Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro”, Thomson/Civitas, Madrid, 2008.
- MANGAS MARTÍN, A., “Estatuto de ciudadanía de la Unión”, en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016 (9ª ed.).
- MARGUERY, T., “La Citoyennéte Européenne joue-t-elle un rôle dans l’espace pénal de liberté, de sécurité et de justice ? ”, *CDE*, nº 3-4, 2010.
- MARTÍN, I., *et alii*, *Exploring new avenues for legislation for labour migration to the European Union*, Study for Civil Liberties, Justice and Home Affairs, European Parliament, Brussels, 2015, disponible en:
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536452/IPOL_STU\(2015\)536452_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536452/IPOL_STU(2015)536452_EN.pdf).
- MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 49, 2014.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M., “Artículo 45”, en MORENEO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (Coords.), *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La inmigración en la Unión Europea: La difícil configuración de una política de inmigración”, *RDUE*, nº 5, 2003.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002.
- MEEHAN, E., *Citizenship and the European Community*, Sage, Londres, 1993.

- MEHDI, R., “La politique européenne d’immigration au prisme du réel”, en MARTIN, J-C. (Dir.), *La gestion des frontières extérieures de l’Union européenne. Défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, Pedone, 2011.
- MENZ, G., “Framing the matter differently: the political dynamics of European Union labour migration policy making”, *Cambridge Review of International Affairs*, Cedefop, 2015.
- MINDERHOUD, P. y STRIK, T., *The Single Permit Directive: Central Themes and Problem Issues*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2015.
- MONAR, J., “Solidarity as a challenge for the EU: The case of justice and home affairs”, *Rapport annuel de la Société japonaise de droit européen*, 2015.
- MONAR, J., “The Area of Freedom, Security and Justice”, en VON BOGDANDY, A. y BAST, J. (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed., Oxford, UK, 2010.
- MORJE HOWARD, M., *The politics of citizenship in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- MORRIS-LANGE, S., y BRANDS, F., “Train and Retain. Career Support for International Students in Canada, Germany, the Netherlands and Sweden”, *The Expert Council of German Foundations on Integration and Migration*, Berlin, 2015, disponible en: https://www.stiftung-mercator.de/media/downloads/3_Publikationen/Train_and_Retain_SVRs_Research_Unit_Study_2015-2.pdf.
- MUÑOZ AUNIÓN, A., *Política migratoria de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MÜNZ, R. y RIETERER, A.F., *Overcrowded world: global population and international migration*, Haus Publishing, London, 2009.
- NERAUDAU-D’UNIENVILLE, E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe : la notion d’ordre public en droit des étrangers à l’aune de la construction européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- NOWAK, M., “U.N. Covenant on Civil and Political Rights”, *CCPR Commentary*, 1993.
- OLESTI RAYO, A., “La libre circulación de personas: desplazamiento y residencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., (Ed.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo VI: Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009.
- OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, Universidad de Barcelona”, *Inmigración y Unión Europea*, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/01AndreuOlestiRayo.htm>.
- O’LEARY, S., “Free movement of persons”, en CRAIG, P., y DE BÚRCA, G. (Eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- ONGHENA, Y., “¿Migrantes o refugiados?”, *CIDOB*, nº 355, 2015.
- PAPADEMETRIOU, D.G. y MARTÍN P.L., “Labor migration and development: research and policy issues”, en PAPADEMETRIOU, D.G. y MARTÍN P.L. (Eds.), *The unsettled relationship: labor migration and economic developments*, Greenwood press, New York, 1991.
- PASCOUAU, Y., “«Crise des réfugiés» et contrôles aux frontières intérieures de l’espace Schengen: Quand les faits invitent à une relecture du droit”, *EUROPE*, nº 3, 2016.
- PASCOUAU, Y., “Human Rights Violations in the Field of Migration: A Collective responsibility”, Policy Brief, EPC, 2012.

- PASCOUAU, Y., “La politique migration de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne”, Fondation Varenne, *LGDJ*, Paris, 2011.
- PASCOUAU, Y., “Integration Measures in France: An Evolving Process between Integration and Migration Issues”, en VAN OERS, R., ERSBØLL, E., y KOSTAKOPOULOU, D. (Eds.), *A Redefinition of Belonging? Language and Integration Tests in Europe*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
- PASCOUAU, Y. y McLOUGHLIN, S., “EU Single Permit Directive: a small step forward in EU migration policy”, *European Policy Centre*, Bruselas, 2014.
- PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- PEERS, S., “Extending EU long-term Resident Status to Refugees and Persons with Subsidiary Protection Status”, Statewatch Analysis, 2010, disponible en: <http://www.statewatch.org/analyses/no-114-ltr.pdf>.
- PEERS, S., “Free Movement, Immigration Control and Constitutional Conflict”, *European Constitutional Law Review*, vol. 5, 2009.
- PEERS, S., “Transforming decision-making on EC immigration and asylum law”, *European Law review*, nº 30 (2), 2005.
- PEERS, S., “Family Reunion and Community Law”, en WALKER, N. (Ed.) *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- PEERS, S., “Implementing Equality? The Directive on Long Term Resident Third Country Nationals”, *European Law Review*, vol. 29(4), 2004.
- PEERS, S., GUILD, E., ACOSTA ARCARAZO, D., GROENENDIJK, K., MORENO-LAX, V. (Eds), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2015.
- PIASTRA, R., “A propos de Schengen”, *Rec. Dalloz*, 2015.
- PÉREZ VERA, E., “Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers”, *R. des C.*, vol. 261, 1996.
- PIETER VAN DER MEI, A., *Free movement of Persons within the European Community, Cross – Border Access to Public Benefits*, Oxford – Portland Oregon, Oxford, 2003.
- POESCHEL, F., “Raising the mobility of third country nationals in the EU. Effects from naturalisation and long-term resident”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, nº 187, OECD Publishing, Paris. 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/5jlwxbvfdkr3-en>.
- PROVERA, M., “The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union” *CEPS*, nº 80, 2015.
- RIPOLL CARULLA, S., “La Agenda Europea de Migración”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y LABAYLE, H. (Dirs.), *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, European Inkings (EUi), nº 8, IVAP, Oñati, 2016.
- RISTEA, O.E., “Free movement of EU citizens: limitations on grounds of public policy, public security and public health”, *Challenges of the Knowledge Society Law*, vol.1, 2011.
- RØED, M. y SCHØNE, P., “Does Immigration Increase Labour Market Flexibility?”, *Labour Economics* 19, 2012.

- ROOS, CH., *The EU and Immigration Policies, Cracks in the Walls of Fortress Europe?*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2013.
- RUBIO-MARÍN, R., “Introduction: Human Rights and the Citizen/non citizen distinction revisited”, en RUBIO-MARÍN, R. (Ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- RUILOBA ALVARIÑO, J., “¿Hacia un status jurídico armonizado de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea?”, *Jornadas sobre “La armonización legislativa de la Unión Europea”*, Dykinson, Madrid, 1999.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “De la ciudadanía excluyente a la igualdad en las diferencias”, en FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S., *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.
- SEGAL, A., *An Atlas of International Migration*, Hans Zell, Londres, 1993.
- SENNE, J.-N. y DAVID, A., “General Context and Contribution of Labour Migration in Europe”, OCDE, 2016, pendiente de publicación.
- SHAHAR, A. y BAUBOCK, R., “Should citizenship be for sale?”, *EUI Working Paper RSCAS 2014/01*, 2014.
- SHAW J., “EU citizenship and the edges of Europe”, *Working paper 2012/2019*, University of Edinburgh, 2012.
- SHNEIDER, H., “Towards an European Migration Policy: from Maastricht to Amsterdam, from Tampere to the Hague”, en SCHNEIDER, H., *Migration, Integration and Citizenship: A Challenge for Europe’s Future*, Forum Maastricht, Maastricht, 2005.
- SHUIBHNYE, N. y MACI, M., “Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law”, *Common Market Law Review*, vol. 504, 2013.
- SHUTTE, J. “Schengen: its meaning for the free movement of persons in Europe”, *CML*, 1991.
- SIMON, D., y RIGAUX A., “Drôle de drame: la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité”, *Europe*, 2010.
- SKORDAS, A., “Immigration and the Market: The Long Term Residence Directive”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, 2006.
- SPAVENTA, E., *Free Movement of Persons in the European Union: Barriers to Movement in Their Constitutional Context*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.
- SOBOTOVICOVA, S., “El contenido del (in)existente “derecho” a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea”, en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y LABAYLE, H. (Dirs.), *La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, European Inklings (EUi), nº 8, IVAP, Oñati, 2016.
- STAPLES, H., *The Legal Status of Third-country Nationals Resident in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- STUCHLIK, A. y and POPTCHEVA, E.M., *Third-country migration and European labour markets Integrating foreigners*, European Parliament, European Parliamentary Research Service, July 2015, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/564389/EPRS_BRI\(2015\)56439_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/564389/EPRS_BRI(2015)56439_EN.pdf).

- SUTCLIFFE, B., “La migración y la ciudadanía: ¿por qué los pájaros y las hormigas cruzan las fronteras internacionales más fácilmente que los perros y los seres humanos?” en IBARRA, P., *et alii*, *Inmigración, Diferencia, Ciudadanía*, Hegoe, Vitoria.
- THYM, D., “Legal framework for entry and border controls”, en HAILBRONNER, K., y THYM, D. (Eds.), *EU immigration and asylum law — a commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Múnich, Oxford, Baden-Baden, 2016.
- THYM, D., “When Union citizens turn into illegal migrants: the Dano case”, *European Law Review*, nº 2, 2015.
- THYM D., “Residence as De Facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under article 8 ECHR”, en RUBIO-MARÍN, R. (Ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- THYM, D; “Respect for Private and Family Life under Art. 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, *ICLQ*, 57, 2008.
- TOUZENIS K., “Free Movement of Persons in the European Union and Economic Community of West African States”, en DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A., A comparison of law and practice, UNESCO migration studies, UNESCO 2012, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002171/217101e.pdf>.
- TRIANDAFYLLIDOU, A., y MARCHETTI, S. “Europe 2020: Addressing Low Skill Labour Migration at times of Fragile Recovery”, *RSCAS Policy Paper*, 2014.
- TRYFONIDOU, A., “Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a More Liberal Approach”, *European Law Journal*, vol. 15(5), 2009.
- TULBURE, C., “Migrantes en Europa: Derrumbando fronteras”, en FERRERO, Á. y BUSTER, G., *El último europeo, imperialismo, xenofobia y derecha radical en la UE*, La Oveja Roja, 2014.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y SARMIENTO, D., “Los derechos fundamentales que acompañan al ciudadano europeo en el ejercicio de las libertades de circulación”, en ALBERDI BIDAGUREN, J. y GOIZUETA VÉRTIZ, J. (Coords.), *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- UGARTEMENDIA, J.I. y SARMIENTO, D., “La protección de los derechos fundamentales del ciudadano europeo en tránsito. ¿Cuestión interna o comunitaria?”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008.
- VAN DIJK, P., “Protection of “Integrated” Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights”, *European Journal of Migration and Law* 293, 1999.
- VAN OERS, R. *et alii*, “Mapping the Redefinition of Belonging in Europe”, en VAN OERS, R., ERSBØLL, E., y KOSTAKOPOULOU, D. (Eds.), *A Redefinition of Belonging? Language and Integration Tests in Europe*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
- VAN SELM, J., “Immigration and Asylum of Foreign Policy: The EU’s Approach to Migrants and Their Countries of Origin”, en LAVENEX, S. y UCARER, E.M. (Ed.), *Migration and the externalities of European integration*, Lexington Books, 2002.

- VEDSTED-HANSEN, J., “Migration and the Right to Family and Private Life”, en CHETAIL, V., (Ed.), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, Bruylant, Bruxelles, 2007 (vol. II).
- VENTURINI, A., “Innovation and Human Capital: the role of Migration”, *MPC Policy Brief*, European University Institute, Florence, 2014.
- VERSCHUEREN, H., “Employment and Social Security Rights of Third-Country Labour Migrants under EU Law: An incomplete patchwork of Legal Protection”, *European Journal of Migration and Law*, 18, 2016.
- VICIANO PASTOR, R., “Artículo 39”, en MORENEO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L., *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- WEILER, J.H., “Thou Shalt not Opress a Stranger: On the Judicial protection of the Human Rights of Non-EC nationals. A critique”. *EJIL*, 3, 1992.
- WIESBROCK, A., *Legal migration to the European Union, Immigration and asylum law and policy in Europe*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden – Boston, 2010.
- WIESBROCK. A, *Legal Migration to the European Union*, Martinus Nijhoff Publisher, 2010.
- WIHTOL DE WENDEN, C., *La ciudadanía europea*, Bellaterra, Barcelona, 1999.
- ZETTER, R., “More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label in an Era of Globalization”, *Journal of Refugee Studies*, nº 2, 2007.

2. NORMATIVA

A. Tratados, Convenios y Acuerdos

- Tratado de Lisboa (1.12.2009), (DO C 306, 17.12.2007).
- Tratado de Niza (1.2.2003), (DO C 80, 10.3.2001).
- Tratado de Ámsterdam (1.5.1999), (DO C 340, 10.11.1997).
- Tratado sobre la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (1.11.1993), (DO C 191, 29.7.1992).
- Acta Única Europea (1.7.1987), (DO L 169, 29.6.1987).
- Los Tratados de Roma fueron firmados en Roma el 25 de marzo de 1957, (TCEE y EURATOM).
- El Tratado CECA, firmado el 18 de abril de 1951 con entrada en vigor el 23 de julio de 1952.
- La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Protocolo nº 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Estrasburgo, 22.XI.1984.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

B. Reglamentos, Directivas y Decisiones

Reglamento (UE) nº 2017/371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (revisión del mecanismo de suspensión), (DO UE *L 61/I*, 8.3.2017).

Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (texto codificado), (DOUE *L 77/I*, 23.03.2016).

Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994, (DOUE *L 311/I3*, 17.11.2016).

Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, (DOUE *L 251/I*, 16.9.2016).

Reglamento (UE) nº 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración, (DOUE *L 150/I68*, 20.5.2014).

Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, (Reglamento Dublín III) por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DOUE *L 180*, 29.6.2013).

Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. (DO UE *L 141/I*, 27.5.2011).

Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (DO UE *L 243/6*, 15.9.2009).

Reglamento (CE) nº 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS), (DOUE *L 218/60*, 13.08.2008)

Reglamento (CE) nº 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, (DOUE *L 199/23*, 31.7.2007).

Reglamento (CE) nº 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DO *L 381/4*, 28.12.2006).

Reglamento (CE) nº 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, (DOCE *L 157/I*, 15.6.2002).

- Reglamento (CE) nº 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 de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, (DO L 81, 21.3.2001).
- Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, (DO CE L 257/2, 16.10.1968).
- Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, (en adelante Directiva 2016/801) relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, (DOUE L132/21, 21.5.2016).
- Directiva (UE) nº 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, (DOUE L 119/89, 04.05.2016).
- Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. (DO UE L 128/1, 30.4.2014)
- Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO UE L 128/8, 30.4.2014).
- Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO UE L 354/132, 28.12.2008)
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europea y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional tiene por objeto establecer procedimientos comunes para conceder y retirar la protección internacional conforme a la Directiva 2011/95/UE, (DOUE L 180/96, 29.6.2013).
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), (DOUE L 180, 29.6.2013).
- Directiva 2011/95/UE Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337/9, 20.12.2011).
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, (DO UE L 348/98, 24.12.2008).

- Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, (DOUE *L 289/15*, 3.11.2005).
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que se modifica Reglamento (CEE) n ° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. (DO *L 158*, 30.4 2006).
- Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, (DO UE *L 375/12*, 23.12.2004).
- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, (DOUE *L 261/19*, 6.8.2004).
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, (DO UE, *L 251/12*, 3.10.2003).
- Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, (DO UE *L 16/44*, 23.1.2004).
- Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, (DOCE *L 328/17*, 5.12. 2002).
- Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, (DOCE *L 149/34*, 2.6.2001).
- Decisión del Consejo estableciendo la manera de establecer las condiciones y los límites según el procedimiento en el artículo 251 del tratado, (DOUE *L 396/45*, 22.12.2004).
- Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado (DOUE *L 396*, 31.12.2004).
- Decisión del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, (DOCE *L 261/28*, 6.8.2004).
- Propuesta de Reglamento COM (2016) 468 final define el reasentamiento como la admisión de nacionales de terceros países y apátridas que necesiten protección internacional, desde un tercer país del cual o dentro del cual han sido desplazados, al territorio de los Estados miembros con el fin de concederles dicha protección.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Bruselas, COM (2016) 466 final.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Sistema de Entradas y Salidas (SES) para registrar los datos de entrada y salida y de la denegación de entrada de los nacionales de terceros países que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, se determinan las condiciones de acceso al SES con fines coercitivos y se modifican el Reglamento (CE) nº 767/2008 y el Reglamento (UE) nº 1077/2011, COM (2016) 194 final.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Código sobre visados de la Unión (*Código de visados*), Bruselas, COM (2014) 164 final, 1.4.2014, 2014/0094 (COD).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación, COM (2016) 378 final, 2016/0176 (COD).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los requisitos de entrada y de residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, intercambio de alumnos, prácticas remuneradas y no remuneradas, servicios de voluntariado y colocación au pair y por la que se refunden y modifican las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE, Bruselas, 25.3.2013, SWD (2013) 78 final.

C. Comunicaciones, Informes, etc.

Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Restablecer Schengen - Hoja de ruta*, COM (2016) 120 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del TFUE sobre la posición del Consejo por lo que respecta a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair, Bruselas, 5.4.2016 COM (2016) 184 final 2013/0081 (COD).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, COM (2016) 197 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Agenda Europea de Seguridad*, [COM (2015) 184 final], la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Sistemas de información más sólidos e inteligentes para la gestión de las fronteras y la seguridad*, [COM (2016) 205 final].

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, COM (2016) 197 final.

Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea de Migración*, COM(2015) 240 final.

Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Gestión de la crisis de los refugiados: medidas operativas, presupuestarias y jurídicas inmediatas en el marco de la Agenda Europea de Migración*, COM (2015) 490 final.

- Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, COM (2014) 154 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, Estrasburgo, COM (2014) 154 final.
- Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Maximizar la repercusión en el desarrollo de la migración*, COM (2013) 292 final.
- Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave*, COM (2013) 837 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones, *Informe sobre la ciudadanía de la UE 2013 Ciudadanos de la UE: vuestros derechos, vuestro futuro*, COM (2013) 269 final.
- Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *EU citizens report, Dismantling the obstacles to EU citizens' rights*, COM (2010) 603 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación*, COM (2014) 604 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, COM (2011) 743 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *EUROPA 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, COM (2010) 2020 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Informe sobre la ciudadanía de la UE 2010, La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE*, COM (2010) 603 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, COM (2009) 313 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos*, COM (2008) 359 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, *Plan de política en materia de migración legal* Bruselas, COM (2005) 669 final.

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, COM (2005) 184 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones, *Primer informe anual sobre inmigración e integración*, COM (2004) 508 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, COM (2004) 401 final.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Sobre una política comunitaria de migración*, COM (2000) 757 final.
- Informe de la Comisión sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el período 2011-2013*, COM (2013) 270 final.
- Propuesta de acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros, COM (97) 0387 final.
- Libro Verde, de 11 de enero de 2005, *sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas* [COM (2004) 811 - no publicado en el Diario Oficial].
- Las Conclusiones del Consejo Europeo sobre la migración en la cooperación al desarrollo de la UE, de 12 de diciembre de 2014.
- Las Conclusiones del Consejo Europeo, Estocolmo, 10-11 diciembre 2009, *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*.
- La recomendación de la Comisión de 8.6.2015 sobre un programa europeo de reasentamiento adoptado por el Acuerdo entre los Estados miembros el 20 de julio de 2015.
- La recomendación adoptada por el Parlamento Europeo el 14 de octubre de 2004. P6_TA(2004)0022, de 14 de octubre de 2004, “*Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre el futuro del espacio de libertad, seguridad y justicia y sobre las condiciones para reforzar la legitimidad y la eficacia del mismo*.”
- European Social Policy - A Way Forward for the Union*, (COM 94), 333 final, de 27 de Julio de 1994.
- “*Report on the implementation of the Global Approach to Migration and Mobility 2012-2013*”, COM (2014) 96 final.

JURISPRUDENCIA

A, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia de 21 de junio de 2017, asunto C-449/16, *Kerly Del Rosario Martínez Silva y Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*.
- Sentencia de 10 de mayo de 2017, asunto C-133/15, *H.C. Chávez-Vílchez y otros*.

- Sentencia de 4 de abril de 2017, asunto C-544/15, *Sahar Fahimian y Bundesrepublik Deutschland*.
- Sentencia de 7 de marzo de 2017, asunto C-638/16 (PPU), *X y X contra État belge*.
- El Asunto C-449/16, *Kerly Del Rosario Martinez Silva y Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, La petición de decisión prejudicial planteada el 11 de agosto de 2016.
- Sentencia de 21 de abril de 2016, asunto C-558/14, *Mimoun Khachab y Subdelegación del Gobierno en Álava*.
- Sentencia de 1 de marzo de 2016, asuntos acumulados C-443/14 *Kreis Warendorf e Ibrahim. Alo* y entre C-444/14 *Amira Osso y Region Hanover*.
- Sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-218/14, *Kuldip Singh, Denzel Njume, Khaled Aly STJUE y Minister for Justice and Equality*,
- Sentencia de 9 de julio de 2015, asunto, C-153/14 *K y A*.
- Sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13, *Z. Zh. y O.*
- Sentencia de 4 de junio de 2015, asunto C-579/13, *P, S*.
- Sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto C-202/13, *McCarthy y otros*.
- Sentencia de 11 de noviembre de 2014, asunto C-333/13 *Dano*.
- Sentencia 10 de septiembre de 2014, asunto C-491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya y Bundesrepublik Deutschland*.
- Sentencia de 4 de septiembre de 2014, asunto C-575/12, *Air Baltic Corporation AS contra Valsts robežsardze*.
- Sentencia de 17 de julio de 2014, asunto C-338/13, *Marjan Noorzia y Bundesministerin für Inneres*.
- Sentencia de 17 de julio de 2014, asunto C-469/13, *Shamim Tahir y Ministero di Verona*.
- Sentencia 8 de mayo de 2014, asunto C-604/12, *H.N.*
- *Dictamen 2/13* del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014.
- Sentencia de 12 de marzo de 2014, asunto C-457/12, *S. contra Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contra G..*
- Sentencia de 12 de marzo 2014, asunto C-456/12 *O. y B.*
- Sentencias de 30 de enero de 2014, asunto *Diakité*, C-285/12.
- Sentencia de 16 de enero de 2014, asunto C-378/12, *Nnamdi Onuekwere / Secretary of State for the Home Department Secretary of State for the Home Department*.
- Sentencia de 16 de enero de 2014, asunto C-423/12, *Flora May Reyes contra Migrationsverket*.
- Sentencia de 19 de diciembre de 2013, asunto C-84/12 *Rahmanian Koushkaki y Bundesrepublik Deutschland*.
- Sentencia de 23 de noviembre de 2013, asunto C-145/09 *Tsakouridis*.
- Sentencia de 4 de junio de 2013, asunto T-431/10 *Nencini / Parlamento Europeo*.
- Sentencia de 4 de junio de 2013, asunto C-300/11, *ZZ y Secretary of State for the Home Department*.
- Sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-46/12, *L.N. y Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsessstøtte*.
- Sentencia de 6 de diciembre de 2012, asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, *O. y S. contra L.*
- Sentencia de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12 *Pringle/Irlanda*.

- Sentencia de 15 de noviembre de 2012, asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros*.
- Sentencia de 5 de septiembre de 2012, asunto C-83/11, *Rahmann*.
- Sentencia de 12 de julio 2012, asunto C- 278/12 (PPU) *Atiqullah Adil*.
- Sentencia de 21 de junio 2012, asunto C-15/11 *Sommer*.
- Sentencia de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09 *I*.
- Sentencia de 10 de abril de 2012, asunto C-83/12 (PPU), *Minh Khoa Vo*.
- Sentencia 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-424/10 y
- Sentencia 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, *Vatsouras y Koupatantze*.
- Sentencia 23 de abril de 2009, asunto C-544/07, *Rüffler*.
- Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-13/08, *Stamm and Hauser*.
- Sentencia de 25 de julio de 2008, asunto C-127/08 *Metock*,
- Sentencia de 10 de julio de 2008, asunto C-33/07 *Jipa*.
- Sentencia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/05 *Eind*.
- Sentencia de 9 de enero 2007, asunto C-1/05 *Yunying Jia contra Migrationsverket*.
- Sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-192/05, *K. Tas-Hagen y R. A. Tas contra Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*.
- Sentencia de 3 de octubre de 2006, asunto C- 241/05 *Nicolae Bot v Préfet du Val-de-Marne*.
- Sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto C/145-04, *España vs. Reino Unido*.
- Sentencia de 18 de julio de 2006, asunto C-406/04, *Gérald De Cuyper contra Office national de l'emploi*.
- C-425/10, *Ziolkowski y Szeja contra Land Berlin*,
- Sentencia de 21 de julio de 2011, asunto C-503/09, *Steward*.
- Sentencia de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*.
- Sentencia de 22 de junio 2010, Asunto C-188/10 y 189/10, *Melki y Abdeli*.
- Sentencia de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08, *Chakroun*.
- Sentencia de 3 de marzo de 2010, asunto, C-135/08, *Rottmann*.
- Sentencia de 23 de febrero de 2010, asunto C-480/08, *Teixeira*.
- Sentencia 7 de junio de 2006, asunto C-540/032, *Parlamento/Consejo*.
- Sentencia de 23 de marzo de 2006, asunto C-408/03 *Comisión contra Bélgica*.
- Sentencia de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, *Zhu y Chen*.
- Sentencia de 28 de abril de 2004, asunto C-373/02 *Sakir Öztürk contra Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*.
- Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-92/02, *Nina Kristiansen contra Rijksdienst voor Arbeidsvoorzienin*.
- Sentencia de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02. *García Avello*.
- Sentencia de 26 de noviembre de 2002, asunto 100/01, *Oteiza Olazábal*.
- Sentencia 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, *Baumbast contra Secretary of State for the Home Department*.
- Sentencia de 25 de julio de 2002, asunto C-459/99, *Mrazm*.
- Sentencia de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00 *Carpenter*.
- Sentencia 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, *D'Hoop*.

Fuentes

- Sentencia 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, *Grzelczyk*.
- Sentencia de 20 de febrero de 2001, asunto C-192/ 99, *Kaur*.
- Sentencia del 1 de febrero de 2001, asunto C-348/96, *Donatella Calfa*.
- Sentencia de 10 de febrero de 2000, asunto C-340/97 *Ömer Nazli, Caglar Nazli y Melike Nazli contra Stadt Nürnberg*.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1999, asunto C-378/97 *Wijzenbeek*,
- Sentencia de 29 de octubre de 1998, asunto C-230/97, *Ibiyinka Awoyemi*,
- Sentencia de 20 de abril de 1994, asunto C-58/93, *Zoubir Yousfi contra Estado belga*.
- Sentencia de 16 de diciembre de 1992, asunto C- 237/91, *Kazim Kus contra Landeshauptstadt Wiesbaden*.
- Sentencia de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90, *Singh*.
- Sentencia de 26 de febrero de 1991, asunto C-292/89, *Antonissen*.
- Sentencia de 21 de junio 1988, asunto C- 39/86, *Lair*
- Sentencia de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86, *Demirel v. Stadt*.
- Sentencia de 3 de julio de 1986, asunto 139/85 *Kempf*.
- Sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto 293/83, *Grevier*.
- Sentencia de 31 de enero de 1984, asunto C-286/82, *Luisi y Carbone*.
- Sentencia de 23 de marzo de 1982, asunto C-53/81 *D.M. Levin*.

Conclusiones del Abogado General

- Conclusiones del Abogado General, sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 7 de febrero de 2017, Asunto C-638/16 (PPU) *X y X contra État belge*.
- Conclusiones del Abogado General, sr. Maciej Szpunar presentadas el 29 de noviembre de 2016, Asunto C-544/15, *Sahar Fahimian contra República Federal de Alemania*.
- Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, en el asunto C-165/14, *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, presentadas el 4 de febrero de 2016.
- Conclusiones del Abogado General sr. Paolo Mengozzi, asunto C-161/15 *Abdelhafid Bensada Benallal contra État belge* , presentadas el 13 de enero de 2016.
- Conclusiones de Abogado General, Pedro Cruz Villalón presentadas el 6 de octubre de 2015 en los asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14 *Alo y Osso*.
- Conclusiones del Abogado General sr. Paolo Mengozzi presentadas el 21 de mayo de 2014, asunto C-575/12 *Air Baltic Corporation AS contra Valsts robežsardze*.
- Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 6 de noviembre de 2013, Asunto C-423/12, *Flora May Reyes contra Migrationsverket*.
- Conclusiones del Abogado General en el asunto C-140/12 *Wahl*.
- Conclusiones del Abogado General en el asunto C-140/12 *Pensionsversicherungsanstalt contra Peter Brey*.

- Conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto C-200/02 *Zhu y Chen*, presentadas el 18 de mayo de 2004.

B. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Kissiwa Koffi* de 15 de noviembre 2012, nº 38005/07.
- *Baj Sultanov contra Austria* de 12 de junio de 2012, nº 54131/10.
- *Villa c. Italia* de 20 de abril de 2010, nº 19675/06.
- *Darren Omoregie y otros / Noruega* de 31 de julio de 2008, nº 265/07.
- *Tatishvili c. Rusia* de 22 de febrero de 2007, nº 1509/02.
- *Luordo c. Italia* de 17 de julio de 2003, nº 32190/96.
- *Labita vs. Italia* de 6 de abril de 2000, nº 26772/95.
- *Beldjoudi* contra Francia de 26 de marzo de 1992, nº 12083/86.
- *Boujlifa c. Francia* de 21 de octubre 1997, nº 25404/94.

Sentencias del Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 de julio de 1992.

3. OTRAS FUENTES

Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches, European Migration Network Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015, Dirección General de Migración y de Asuntos de Interior, disponible en: http://emn.ie/files/p_201608161223422016_emn_synthesis_change_of_status.pdf.

Comisión internacional de los juristas, "Migration and International Human Rights Law: Practitioners Guide", nº 6, 2011.

Determining labour shortages and the need for labour migration from third countries in the EU, 2015, Información REM, Enfoques e instrumentos utilizados por los Estados miembros para localizar las necesidades del mercado de trabajo, Diciembre de 2013. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-wedo/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emninform/emn_inform_on_labour_market_tests_5dec2013_final.pdf.

Glosario 2.0 sobre Migración y Asilo, "Un instrumento para una mayor comparabilidad", Red Europea de Migraciones (EMN), Comisión Europea, Enero de 2012, 2ª edición, disponible en: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/glosario/EMN_Glossary_ES_Version.pdf.

Economic Survey of the EU – 2016, de la OCDE, OECD Economic Surveys: European Union 2016, el informe completo disponible en: [10.1787/eco_surveys-eur-2016-en](https://doi.org/10.1787/eco_surveys-eur-2016-en).

End to Schengen could mean a dramatic decline in growth for Europe, 22.02.2016, Study, disponible en: <https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/topics/aktuelle-meldungen/2016/februar/ende-von-schengen-koennte-europa-erhebliche-wachstumsverluste-bescheren/>.

- Estudio de 2012 del Comité de las Regiones sobre «La promoción de la ciudadanía de la UE y los derechos de los ciudadanos por parte de los entes locales y regionales»
http://www.cor.europa.eu/en/news/forums/Documents/summary_cor_study_citizenship.pdf.
- Etudiants étrangers et marche du travail – une comparaison Allemagne, France, Royaume, CGSP, noviembre 2013, disponible en :
http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/archives/CGSP_rapport_Etudiants_etrangers_web.pdf.
- Eurobárometro 430, *European Union citizenship*, Octubre 2015, disponible en:
http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf.
- EU citizenship consultation 2015, Common values, rights and democratic participation, Justice and Consumers, disponible en:
http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2015_public_consultation_booklet_en.pdf.
- Euraxess France report and Magellan circle's "White Paper on international mobility", disponible en:
https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/study_2015_emn_fr_ncp_change_in_immigration_status_and_purpose_of_stay_in_france.pdf.
- European Commission/OECD: Matching economic migration with labour market needs in Europe, Brussels, Paris, September 2014, disponible en: file:///C:/Users/793543/Downloads/OECD-EC%20Migration%20Policy%20Brief%20Sept2014-EN.pdf.
- European Migration Network, "*Visa Policy as a Migration Channel*", EMN Study, October 2012, p. 45, disponible en:
https://www.emn.sk/phocadownload/emn_studies/emn-sk_study_on_visa_policy_as_a_migration_channel_synthesis_report_en.pdf.
- European Migration Network: *Intra-EU Mobility of third-country nationals*, 2013, disponible en:
https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/doc_centre/immigration/docs/studies/emn-synthesis_report_intra_eu_mobility_final_july_2013.pdf.
- European Parliament resolution of 26 September 2007 on *Policy priorities in the fight against illegal immigration of third-country nationals*,
http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2007/0637/COM_COM%282007%290637_EN.pdf.
- Expert Group on Economic Migration, *Discussion paper N°2*, Reviewing the Blue Card Directive, 17/03/2015, disponible en:
<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=19267&no=2>.
- "*Freedom to move and live in Europe, A Guide to your rights as an EU citizen*", European Commission Directorate-General Justice, 2013, disponible en:
http://ec.europa.eu/justice/policies/citizenship/docs/guide_free_movement_low.pdf.
- "*Migration, Key terms in 23 languages*", Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, 2013, p.14, disponible en: file:///C:/Users/793543/Downloads/QC3013223ENC.pdf.
- "*Mobile Talent? The Staying Intentions of International Students in Five EU Countries*", Migration Policy Group & Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, 2012.
- Preguntas y respuestas sobre la Agenda Europea de Migración, Comisión Europea, Bruselas, 13 mayo 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4957_es.htm.

Fuentes

“Prospects for 2025: Skilled Workers for Germany”, Bundesagentur für Arbeit/Federal Employment Agency, January 2011.

Third-Country Nationals in the European Union in OECD and EU, *Indicators of Immigrant Integration 2015: Settling In*, OECD Publishing, Paris. disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264234024-17-en>.

ANEXOS

ANEXO I: *El listado de las figuras*

- Figura nº 1: **¿Cuál es la movilidad transfronteriza en la UE en comparación con Australia y EEUU?**
- Figura nº 2: **La libertad para viajar, estudiar y trabajar en cualquier Estado miembro de la UE (2005-2015)**
- Figura nº 3: **¿Estás familiarizado con la expresión de «ciudadano de la Unión»? (%-UE)**
- Figura nº 4: **¿Te sientes informado acerca de los derechos asociados a la ciudadanía europea? (%-UE)**
- Figura nº 5: **¿Qué dificultades ha sufrido día a día en relación al ejercicio de los derechos de ciudadanía?**
- Figura nº 6: **Los permisos de residencia expedidos en la UE en atención al motivo, (2008-2015)**
- Figura nº 7: **Los titulares de un permiso de larga duración en 2013 (nacionalidades seleccionadas)**
- Figura nº 8: **El número de tarjetas azules UE concedidas en Alemania**
- Figura nº 9: **Los permisos de trabajo expedidos**

ANEXO II: *El listado de las tablas*

- Tabla nº 1: **Los beneficiarios de la ciudadanía de algún Estado miembro (2014)**
- Tabla nº 2: **Los nacionales de terceros países presentes de forma irregular en la UE (2008-2015)**
- Tabla nº 3: **Las condiciones para ejercer el derecho de residencia en la Directiva 2004/38/CE**
- Tabla nº 4: **El permiso de residencia en base a la Directiva 2004/81/CE en los Estados miembros (2010-2012)**
- Tabla nº 5: **Los permisos válidos expedidos en España y Francia**

Tabla nº 6:	Los nacionales de terceros países con permiso de residencia de larga duración según la Directiva 2003/109/CE (2008-2015)
Tabla nº 7:	Los instrumentos de cooperación en materia de libre circulación con terceros países
Tabla nº 8:	La inmigración laboral en la UE de personas de 20 a 64 años
Tabla nº 9:	Las personas económicamente activas de 20 a 64 años (empleados y desempleados)
Tabla nº 10:	Las tarjetas azules UE expedidas, renovadas y retiradas en los Estados miembros entre 2012-2015
Tabla nº 11:	Los permisos expedidos en la UE por motivos de estudio y de investigación
Tabla nº 12:	La tasa de empleo de los nacionales de terceros países atendiendo a los motivos de desplazamiento al Estado miembro de la Unión
Tabla nº 13:	Los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países: de la estancia por motivos de reagrupación familiar a la que obedece a motivos de actividad remunerada
Tabla nº 14:	Los cambios de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países: de la estancia por motivos de reagrupación familiar a la que obedece a motivos de estudios
Tabla nº 15:	Las posibilidades legales de cambio de estatuto jurídico del nacional de tercer país legalmente establecido en el territorio del Estado miembro
Tabla nº 16:	El cambio de estatuto jurídico: de la estancia por cualquier motivo a la de reagrupación familiar
Tabla nº 17:	El cambio de estatuto jurídico: de la estancia por reagrupación familiar a la de cualquier motivo
Tabla nº 18:	El cambio del estatuto jurídico del nacional de tercer país «económicamente activo» en virtud de las directivas laborales de la UE al estatuto «económicamente inactivo»
Tabla nº 19:	El estándar mínimo de los derechos para los nacionales de terceros países que migran a la UE por motivos laborales

RESUMEN/RÉSUMÉ

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES, EN BUSCA DE UN EQUILIBRIO ENTRE EL MERCADO Y LA SEGURIDAD

El presente estudio tiene por objeto principal ofrecer el análisis jurídico de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE. La migración y la movilidad de las personas procedentes de terceros países se presentan como temas claves para el futuro de un continente europeo cada vez más envejecido. En relación a la presencia de los nacionales de terceros países en el territorio europeo, por una parte, se analiza en la presente tesis, la potencial relación entre las previsiones jurídicas de la libre circulación con los intereses del mercado interior. Esta primera hipótesis descansa en gran parte, en los recientes avances legislativos relativos a la movilidad dentro de la Unión. Se precisa que sobre todo los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos deben ser «móviles». Por ello, «en teoría», es a través de las previsiones jurídicas más favorables de la libre circulación, como el legislador europeo pretende atraer determinados perfiles de trabajadores al territorio europeo. Asimismo, por otra parte, el presente estudio trata de examinar y subrayar la importancia que tiene la garantía de la seguridad interior de la UE en materia de la movilidad de las personas procedentes de terceros países. A este respecto, y sobre todo en la actualidad, cualquier nacional de un tercer país que decide moverse al territorio de la UE, por el motivo que sea, no puede representar una amenaza para la seguridad interior de la UE.

Tal y como se destaca desde el inicio, el objeto de estudio en la presente tesis está centrado en el examen del derecho de entrar, permanecer y moverse de los nacionales de terceros países en situación regular. Se entiende que un nacional de tercer país se encuentra legalmente establecido en el territorio europeo, una vez cumplidas todas las condiciones de entrada a un Estado miembro de la UE. Por ello, cualquier instrumento jurídico de la UE que regula la presencia de los nacionales de terceros países en situación irregular se queda al margen del presente estudio.

A efectos de clarificación conceptual, en la introducción se ofrece un breve análisis de la diversa terminología prevista en la legislación europea en relación a la movilidad de las personas. Es gracias a las previsiones jurídicas del legislador europeo en materia de la movilidad, como se potencia la continua «diferenciación» y «categorización» de las personas presentes en el territorio europeo, supeditada a la condición de la nacionalidad.

En un inicio, el ámbito personal del derecho a la libre circulación estaba muy ligado en la legislación europea, al espíritu económico. Este ámbito ha ido ampliándose, dejando a un lado el requisito de la dependencia económica para los ciudadanos de la Unión. No obstante, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a la libre circulación de los nacionales de terceros países. El fenómeno migratorio en general, y la movilidad internacional de los trabajadores en particular, supusieron muchos cambios en la actual sociedad europea, en donde la necesaria movilidad de los trabajadores se convirtió posteriormente en derecho fundamental para los ciudadanos de la Unión.

El régimen jurídico de la libre circulación de las personas en la legislación europea en general, y de los nacionales de terceros países en situación regular en particular, representa un buen ejemplo de complejidad jurídica al no tratarse de un derecho absoluto. A este respecto, el contenido de la libre circulación engloba a la entrada, la permanencia, la movilidad interior dentro de la Unión, como también la salida. Para afrontar el estudio de las principales preguntas relativas a la movilidad de los nacionales de terceros países en situación regular, la tesis doctoral se encuentra dividida en tres partes:

- (I) La libre circulación de las personas en la legislación europea
- (II) El ámbito personal de la libre circulación de los nacionales de terceros países en situación regular
- (III) La libre circulación de los nacionales de terceros países que migran por motivos económicos

(I) **La primera parte**, titulada «**La libre circulación de las personas en la legislación europea**», se centra en el análisis del ámbito personal, material y espacial de la libre circulación en la legislación europea. La primera consideración a tener en cuenta

es la relativa a la correcta definición de la expresión «circulación de las personas» en la legislación europea.

En primer lugar, y atendiendo al **ámbito personal** cabe destacar la amplia gama de los titulares con derecho a ejercer la libre circulación en la UE. Ahora bien, no todas las personas que se encuentran en el territorio europeo pueden disfrutar del mismo contenido de libre circulación según lo previsto en el Derecho de la UE. Por ello, es más que importante determinar, en primer lugar, el ámbito personal de la libre circulación, subrayando todas las peculiaridades tanto jurídicas como prácticas tras la expresión de la «libre circulación de las personas» prevista en el artículo 3.2 del TUE. A este respecto, las personas son los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países en situación regular. Los ciudadanos de la Unión disfrutan del ejercicio del derecho fundamental de libre circulación como derecho de ciudadanía europea. A cambio, las previsiones jurídicas de la libre circulación de los nacionales de terceros países en situación regular se enmarcan dentro de la política migratoria europea, competencia compartida entre los Estados miembros y la UE. Asimismo, el legislador europeo prevé que la movilidad de los nacionales de terceros países no puede poner en peligro la seguridad de los ciudadanos de la Unión. Por lo tanto, cualquier movilidad del nacional de tercer país conlleva un plus añadido, el de no presentar una amenaza para la seguridad interior. Sin embargo, y debido a varios acontecimientos actuales en la UE, el legislador europeo busca un equilibrio entre la dimensión de la seguridad y de la libertad en el ELSJ, limitando el ejercicio de la libre circulación. Por ello, parece ser que «el no ser nacional» de algún Estado miembro de la UE, tiene un significado añadido, el de la potencial amenaza para la seguridad interior de la UE. A pesar de la sospecha de que todos los nacionales de terceros países podrían ser potenciales terroristas y representan algo malo para la sociedad europea, no hay que olvidar que la movilidad de los nacionales de terceros países en la UE tiene otro significado. Este significado estriba en la necesidad de cumplir con el buen funcionamiento del mercado interior europeo y combatir las futuras proyecciones demográficas negativas en la UE. A pesar de que el presente estudio ofrece el análisis de las previsiones de la libre circulación de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE, no se puede perder de vista la importancia de los actuales avances legislativos en materia de seguridad en el ELSJ. La preocupación del legislador europeo en gestionar los flujos migratorios irregulares conlleva también los efectos muy importantes en la regulación de la entrada

y permanencia de los nacionales de terceros países en situación regular. El miedo a la presencia de los nacionales de terceros países no documentados o mal documentados, endurece también las condiciones de entrada y de estancia de los nacionales de terceros países en situación regular.

A este respecto, en la primera parte se hace la importante división entre los dos principales titulares del derecho de la libre circulación en la UE, los ciudadanos de la Unión, y los nacionales de terceros países. Los primeros, los ciudadanos de la Unión, disfrutan plenamente de un derecho fundamental a la libre circulación y residencia, pilar de la creación de la ciudadanía europea. La ciudadanía europea añadida a la ciudadanía nacional a todas las personas que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, supuso la creación de una nueva identidad europea, potenciando aún más la diferenciación entre los ciudadanos de la Unión y los otros. La libre circulación de los ciudadanos de la Unión está prevista en la Directiva 2004/38/CE. A pesar de muchos informes y directrices del legislador europeo en relación a la correcta transposición de esta Directiva, tanto el TJUE como los jueces nacionales dictan muchas sentencias en relación a la correcta aplicación de dicha Directiva. Tal y como se prevé en el presente trabajo, las mayores deficiencias de la aplicación de esta Directiva se deben a los asuntos de reagrupación familiar, ya que esta Directiva prevé también las normas de movilidad para los miembros de familia de los ciudadanos de la UE procedentes de terceros países. Es aquí, en donde se observan ciertos recelos de las autoridades nacionales respecto a la cesión de la soberanía estatal en relación a las condiciones de entrada, movilidad y permanencia de los nacionales de terceros países, familiares de ciudadanos de la Unión.

Es muy importante tener presente la regulación de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, ya que muchos nacionales de terceros países están dispuestos a cambiar su nacionalidad. El supuesto de «hacerse» nacional de algún Estado miembro de la UE, significa disfrutar del pleno contenido de la libre circulación, entre otros, tal y como se observa en los datos ofrecidos en el presente trabajo. Por ello, y a pesar de los avances jurídicos del legislador europeo en la regulación de la libre circulación, en primer lugar, son los Estados miembros los únicos responsables en conceder la nacionalidad, y así también, en consecuencia, la ciudadanía europea a los nacionales de terceros países.

En cuanto al ejercicio de la libre circulación de los «otros», los nacionales de terceros países, se establece como punto de partida, que las previsiones jurídicas de la libre circulación se aplican solamente a los nacionales de terceros países en situación regular y legalmente establecidos en el territorio de la UE. Según lo previsto en el Derecho de la UE, el contenido de la libre circulación para los nacionales de terceros países en situación regular está sujeto a varias condiciones y limitaciones, tal y como se observa con más detalle en la segunda y tercera parte. No ser nacional de un Estado miembro de la UE significa no poder ejercer el pleno contenido del derecho de la libre circulación. Asimismo, la regulación jurídica de la política migratoria europea en relación a la movilidad de las personas en el territorio sin fronteras interiores tiene doble finalidad. Por un lado, prohibir la movilidad no deseada de las personas que carecen de la documentación necesaria para entrar al territorio de la UE, y así combatir los flujos migratorios irregulares. Por otro lado, la regulación de la movilidad estriba en la necesidad de determinar las condiciones de admisión, entrada y residencia de los nacionales de terceros países dentro del marco de la política de inmigración legal europea. En este orden de ideas, los avances jurídicos en materia de política migratoria legal se deben sobre todo a la inmigración laboral. Por ello, no es nada extraño que los intereses económicos siguen estando muy presentes en la regulación actual de la movilidad de los nacionales de terceros países económicamente activos. Por lo general, el nacional de tercer país económicamente activo es el trabajador. A este respecto, son sobre todo los trabajadores procedentes de terceros países, los únicos titulares del mayor contenido de la libre circulación. En cuanto a la regulación jurídica de la libre circulación de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE, el legislador europeo establece solamente un marco jurídico mínimo armonizado al nivel de la UE, dejando un gran margen de apreciación a los Estados miembros en esta materia. Los Estados miembros cuentan con mucha competencia exclusiva en determinar el contenido de la libre circulación de los nacionales de terceros países en la UE. Ser un nacional de tercer país en situación regular y permanecer legalmente en el territorio de un Estado miembro de la UE no es suficiente, jurídicamente hablando, para poder disfrutar del pleno contenido de la libre circulación. El contenido de la libre circulación varía según el estatuto jurídico de cada nacional de tercer país en concreto. Solamente determinadas categorías de los nacionales de terceros países en situación regular cuentan con casi pleno contenido de la libre circulación en la UE, similar a la de

los ciudadanos de la Unión. En concreto, es sobre todo en relación a la movilidad dentro de la Unión, donde se observan las principales diferencias entre los distintos estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países.

En segundo lugar, se atiende al **ámbito material** de la libre circulación en la legislación europea. El presente trabajo muestra que la libre circulación engloba el derecho a entrar, residir, desplazarse dentro de la Unión, así como derecho de salir de un determinado Estado miembro de la UE. Cada uno de estos derechos está sujeto a diferentes condiciones y límites que varían según el estatuto jurídico de cada titular en concreto. El Código de fronteras Schengen y el Código de visados uniforme son los dos principales instrumentos jurídicos que regulan la entrada de todos los nacionales de terceros países a la UE. Ahora bien, las condiciones de entrada varían según la duración de la estancia estimada para cada nacional de tercer país en el territorio europeo. Los nacionales de terceros países que entran a la UE por motivos de turismo, y/o visita familiar, es decir durante un período inferior a 90 días quedan al margen del presente estudio. Es precisamente en las condiciones de entrada y residencia inferior a 90 días, donde el legislador europeo prevé un marco jurídico armonizado. No obstante, la mayoría de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE no son turistas. Por lo tanto, la tesis doctoral está dedicada al estudio de las condiciones de entrada, permanencia y movilidad dentro de la Unión de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE para un período superior a 90 días. Todos los nacionales de terceros países están sujetos al cumplimiento de las condiciones de entrada previstas en el Código de fronteras Schengen, recientemente renovado. Sin embargo, para las estancias superiores a los 90 días dentro del período de 180 días, los Estados miembros tienen un amplio margen de apreciación en determinar la movilidad de los nacionales de terceros países. Un importante requisito añadido a las condiciones de entrada de los nacionales de terceros países es el que viene representado por la obligación de la tenencia de un visado para ciertas nacionalidades. Es sobre todo aquí, en la obligación de expedir un visado uniforme para entrar al espacio Schengen, donde las autoridades nacionales de los Estados miembros de la UE pueden llegar a limitar y/o prohibir la entrada de un nacional de tercer país al territorio europeo, al examinar su voluntad e intención de estancia en la UE.

En cuanto al derecho a residir, la estancia superior a 90 días de los nacionales de terceros países está sujeta a varias condiciones. La residencia en cualquier Estado miembro de la UE debe ir acompañada por el permiso de residencia. A los ciudadanos de la Unión, como también a sus miembros de familia, con independencia de su nacionalidad, se expide el permiso de residencia en virtud de la Directiva 2004/38/CE. A cambio, a los nacionales de terceros países se expide el permiso de residencia según lo previsto en el Reglamento 1030/2002, anotando en las observaciones el estatuto jurídico concreto.

En relación al derecho de moverse libremente por el territorio europeo en general, los nacionales de terceros países cuentan con una cierta movilidad entre los Estados miembros pero solamente durante una estancia de 90 días en el espacio Schengen. Al igual que en las condiciones de entrada y de residencia, la movilidad dentro de la Unión varía según el estatuto jurídico de cada nacional de tercer país en concreto. Como veremos, a día de hoy, solamente algunas categorías «privilegiadas» de los nacionales de terceros países cuentan con derecho de moverse a otro Estado miembro de la UE.

Por lo que se refiere al derecho de salir del territorio de la UE cabe comenzar señalando que la UE prevé dos tipos de salida para los nacionales de terceros países: la voluntaria, prevista también en los instrumentos jurídicos internacionales, y la salida no voluntaria, es decir la expulsión. Para expulsar a un ciudadano de la Unión o a un nacional de tercer país del territorio de un Estado miembro de la UE es necesario examinar cada caso en concreto. El orden público, la seguridad pública y la salud pública son los tres conceptos jurídicos previstos en toda la legislación en materia de libre circulación, cuyo incumplimiento puede llevar a la orden de expulsión. Asimismo, los motivos económicos, cada vez más presentes en las normas europeas, pueden llegar a limitar la movilidad de los nacionales de terceros países en la UE. Los Estados miembros antes de adoptar la orden de expulsión tienen la obligación de cumplir con todos los derechos fundamentales en general, y garantizar el derecho a la vida privada y familiar en particular. Es gracias a muchas decisiones de los tribunales europeos y/o nacionales en relación al respeto a la vida familiar, como algunos nacionales de terceros países con la orden de expulsión regularizan su estancia en determinado Estado miembro de la UE.

En tercer lugar, y en relación al **ámbito espacial**, cabe destacar que el ejercicio del contenido de la libre circulación varía también en atención a este criterio. No todos los Estados miembros de la UE forman parte del acervo legislativo en materia de libre circulación en la UE.

En suma, se puede resumir que el contenido y el pleno disfrute de la libre circulación en la UE varían ateniendo a todos los ámbitos previstos en la primera parte. Las previsiones jurídicas analizadas en la primera parte confirman aún más la «categorización» de las personas en relación a las previsiones jurídicas de la libre circulación en la UE, dando lugar así a la sensación de «varias Europas» sujetas a diferentes realidades jurídicas.

(II) **La segunda parte**, titulada «**El ámbito personal de la libre circulación de los nacionales de terceros países en situación regular**», está dedicada a examinar las categorías de los nacionales de terceros países que entran a la UE una vez cumplidas todas las condiciones. En la misma se ofrece un análisis jurídico de las previsiones de la movilidad de los nacionales de terceros países en situación regular tanto en el Derecho primario como también en el Derecho derivado de la UE. El legislador europeo prevé las condiciones de libre circulación para cada categoría de los nacionales de terceros países en concreto. A este respecto, el Derecho de la UE prevé las siguientes categorías de los nacionales de terceros países:

- (A) Los nacionales de terceros países legamente establecidos en la UE temporalmente
 - (1) Que migran por motivos de ayuda humanitaria
 - (2) Que migran por motivos de reagrupación familiar
 - (3) Que migran por motivos económicos
- (B) Los nacionales de terceros países, residentes de larga duración
- (C) Los nacionales de terceros países en relación especial con el Derecho de la UE

En cuanto al régimen jurídico previsto en el Derecho primario de la UE, los orígenes de la política de inmigración legal encuentran su base legal tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. El proyecto europeo ha tenido presente, desde sus inicios, la necesidad de establecer la regulación de las condiciones de entrada, permanencia, movilidad y expulsión de los nacionales de terceros países en la UE. No

obstante, no es hasta el año 1999 cuando se «comunitariza» plenamente la presencia de los nacionales de terceros países en el territorio europeo. En primer lugar, el desarrollo legislativo de la libre circulación de los nacionales de terceros países se enmarcó en el TCE en el denominado Título IV «Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países queda regulada dentro de la política de inmigración europea, (Capítulo 2 del Título V, 3ª parte del TFUE). En cualquier caso, y a pesar de los avances, tampoco la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha armonizado por completo las normas que prevén la admisión, la entrada, la permanencia y la circulación de los nacionales de terceros países en situación regular.

Los avances en esta materia se han producido sobre todo como respuesta de las directrices previstas en el «soft law» europeo. Los dos últimos documentos de «soft law» adoptados recientemente, la Agenda Europea de Migración y la Estrategia Europa 2020, vuelven a poner de relieve la importancia y la necesidad del desarrollo legislativo de las previsiones jurídicas de la migración legal a nivel europeo con miras a cumplir con los objetivos del mercado laboral europeo.

Siguiendo con la regulación de la libre circulación en Derecho primario de la UE cabe destacar, asimismo, el régimen jurídico previsto en la Carta de DFUE. A este respecto, la libre circulación de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE está englobada dentro del Título V de la Carta de DFUE, el título dedicado a los derechos fundamentales de «ciudadanía». No obstante, el alcance del derecho a libre circulación no sufre cambio alguno tras el carácter jurídico vinculante adquirido por la Carta de DFUE tras la reforma de Lisboa, de acuerdo con el artículo 52.2 de la propia Carta. Es muy interesante destacar que la Carta de DFUE concede los derechos de ciudadanía en base a la residencia de la persona en concreto, y no en base a la nacionalidad. Por ello, los nacionales de terceros países cuentan con una serie de derechos de ciudadanía de acuerdo con lo previsto en la Carta de DFUE. Sin embargo, en el supuesto de la libre circulación, el articulado en la Carta de DFUE sigue manteniendo tal regulación como «derecho fundamental» solo para los ciudadanos de la Unión, refiriéndose en el caso de los nacionales de terceros países legalmente

establecidos, a una idea de «concesión de la libertad de circulación y residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados».

(A) Los nacionales de terceros países legamente establecidos en la UE temporalmente

Es sobre todo a través del Derecho derivado de la UE como el legislador europeo prevé la regulación de la libre circulación de los distintos estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países en situación regular. Por ello, son numerosas las directivas que regulan las condiciones de entrada, residencia, movilidad y expulsión de las diferentes categorías de los nacionales de terceros países. El Derecho derivado de la UE prevé la regulación de las distintas categorías de los nacionales de terceros países en la UE atendiendo a los motivos por los cuales se desplazan a la UE. A este respecto, la armonización desplegada por el Derecho de la UE se dirige a establecer el carácter mínimo común del derecho que puede disfrutarse en un determinado Estado miembro, mientras que son las normas y las autoridades nacionales las encargadas en admitir a su territorio al nacional de tercer país en situación regular.

En este sentido, la segunda parte de la tesis está destinada a definir los diversos estatutos jurídicos y los permisos de residencia previstos en la legislación europea para los nacionales de terceros países que forman la llamada «inmigración legal». En cuanto a las condiciones de admisión, las autoridades nacionales reservan sus poderes soberanos, sobre todo para los nacionales de terceros países que migran por motivos económicos. Una vez admitidos los nacionales de terceros países al territorio de un Estado miembro de la UE, y según lo previsto en el Derecho de la UE, la residencia temporal es la relativa a la estancia superior a 90 días e inferior a 5 años. Además, la residencia temporal del nacional de tercer país debe estar avalada por la autorización o por el permiso de residencia válido.

(A) Los nacionales de terceros países legamente establecidos en la UE temporalmente

(1) Que migran por motivos de ayuda humanitaria

Para las personas que por varias razones buscan la protección en el territorio europeo, el Derecho de la UE debería prever un conjunto mínimo armonizado de normas de movilidad. No obstante, la joven política común de asilo europea no ofrece la

respuesta unánime a todas las personas que buscan refugio en un determinado Estado miembro de la UE. Los beneficiarios de la protección internacional tienen el derecho a la movilidad muy restringido y limitado al territorio de un determinado Estado miembro de la UE. En cuanto a los solicitantes de la protección internacional, los Estados miembros pueden incluso limitar la circulación de los solicitantes a una determinada región, distrito e imponer la residencia en un lugar concreto por motivos justificados. En la actual nueva propuesta legislativa europea se prevé la posibilidad de desincentivar los beneficios relativos a la obtención del estatuto jurídico de residente de larga duración por las autoridades nacionales al encontrarse los beneficiarios de la protección internacional en otro Estado miembro al del que les concedió la protección internacional. Por ello, la libre circulación de los nacionales de terceros países que buscan refugio en algún Estado miembro de la UE sigue siendo la competencia exclusiva de los Estados miembros.

(2) Que migran por motivos de reagrupación familiar

En relación a la reagrupación familiar, las previsiones jurídicas de la libre circulación de los nacionales de terceros países en calidad de miembros de familia de un nacional de tercer país legalmente establecido en algún Estado miembro de la UE, son considerados como las previsiones «estrella» de la política de inmigración europea. Es en este ámbito en donde los Estados miembros cedieron casi toda su soberanía estatal al legislador europeo. La reagrupación y convivencia familiar facilitan la cohesión económica, objetivo consagrado al mismo tiempo en el Preámbulo de la Directiva 2003/86/CE que regula la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países con los ciudadanos de la Unión. Son varias, las condiciones, la mayoría de «índole económico», que regulan la movilidad de los miembros de familia procedentes de terceros países. Además, en este supuesto es imprescindible garantizar el cumplimiento con los Derechos Fundamentales previstos en la Carta de DFUE.

(3) Que migran por motivos económicos

Los nacionales de terceros países que migran por motivos económicos forman parte indispensable del proyecto europeo, al representar la «categoría por excelencia» de la inmigración económica. A efectos de Derecho de la UE, el concepto de inmigración económica es más amplio, incluyendo el desplazamiento a la UE para trabajar como también para acceder al mercado laboral por parte de las personas «económicamente

inactivas». Por lo tanto, los nacionales de terceros países que migran al territorio europeo por otros motivos y aceptan alguna oferta laboral una vez legalmente establecidos en la UE, también forman parte de la inmigración económica. Además, los estudiantes y los investigadores cuentan con el derecho a establecerse en la UE por motivos económicos, una vez terminados sus estudios y/o la investigación. En cuanto a los perfiles laborales incluidos en esta categoría, la primera categoría son los trabajadores altamente cualificados, es decir los talentos procedentes de terceros países. La segunda categoría son los trabajadores temporeros. La tercera categoría es la referida a los trabajadores dentro del marco intraempresarial, los directivos, los especialistas y los trabajadores en formación. La última categoría se refiere a los titulares del permiso de estancia con el fin de trabajar concedido en virtud de la Directiva 2011/98/UE.

En relación a los potenciales trabajadores, cabe destacar el ámbito personal de la nueva Directiva 2016/801/UE, adoptada recientemente. Esta norma establece los requisitos de entrada y de residencia para los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, prácticas remuneradas, voluntariado y colocación au-pair. Además, esta nueva Directiva prevé las normas de acceso al mercado laboral, la posibilidad de crear una empresa para todas las categorías previstas en su ámbito personal con la finalidad de retener el talento en la UE.

(B) Los nacionales de terceros países, residentes de larga duración

Aparte de las formas temporales de la inmigración legal, el contenido de la libre circulación se extiende también a los nacionales de terceros países por la residencia legal continuada, obteniendo el estatuto de residente de larga duración. Para ser residente de larga duración, los nacionales de terceros países deben cumplir la previa residencia de 5 años ininterrumpidos en un Estado miembro de la UE. Es muy importante estudiar y analizar la residencia de larga duración, ya que este estatuto jurídico otorgado a los nacionales de terceros países «intenta» asimilar la vida de los nacionales de terceros países legamente establecidos con la de los ciudadanos de la Unión en relación al ejercicio de la libre circulación en la UE. No obstante, en los supuestos de la libre circulación de los nacionales de terceros países, residentes de larga duración, para estos, a día de hoy todavía no se ha establecido el mismo contenido de los derechos como para los ciudadanos de la Unión. En relación a la obtención de la tarjeta de residente de larga duración, los Estados miembros vuelven a poner de relieve

la importancia económica de disponer de recursos fijos y regulares para poder optar a tal estatuto jurídico. Por lo que se refiere al ejercicio de derecho a la libre circulación por parte de los residentes de larga duración, hay que decir que son varias las condiciones y los límites a cumplir al respecto. La residencia en otro Estado miembro distinto al que concedió el permiso de residencia de larga duración está sujeta a muchas condiciones; entre otras, al ejercicio de una actividad económica, o a la realización de los estudios o formación profesional. Por ello, debe resaltarse que el ejercicio de la libre circulación de estas personas está condicionado también por la participación en el mercado laboral europeo.

(C) Los nacionales de terceros países en relación especial con el Derecho de la UE

A los efectos de la movilidad en el territorio europeo de los nacionales de terceros países en la legislación europea, hay que tener presente también la regulación específica prevista en los acuerdos de cooperación, como también en las previsiones jurídicas de la dimensión exterior de la política de inmigración europea. La UE celebra varios acuerdos de cooperación con determinados terceros países, en los que se regula, entre otras materias, también la migración y movilidad. Por ello, existe un tercer grupo de los «no ciudadanos» legalmente establecidos en la UE con derecho de libre circulación, el grupo que es resultado de un procedimiento convencional entre la UE y determinados terceros países. Los derechos de movilidad otorgados en virtud de lo establecido en Tratados de cooperación son distintos a los previstos dentro de la política de inmigración legal europea. A este respecto cabe destacar *El Enfoque Global de la Migración y la Movilidad de la UE*, otro instrumento de «soft law» europeo, el cual prevé un marco de varios instrumentos para reforzar las asociaciones con terceros países en el ámbito de la migración y la movilidad en la UE.

En suma, es preciso advertir que la pluralidad de los estatutos jurídicos de los nacionales de terceros países no responde a la lógica de los compartimentos estancos, sino que, por el contrario, esos estatutos jurídicos se interrelacionan y superponen entre ellos, dando lugar a multitud de situaciones jurídicas particulares. A este respecto, se ha observado en la presente tesis doctoral que la mayor parte de las previsiones jurídicas en materia de la libre circulación de los nacionales de terceros países se refieren sobre todo a la «estancia temporal» en el territorio europeo. Además, varios permisos expedidos a

los titulares de la inmigración legal son de duración limitada, y no todos ofrecen la posibilidad de residir legalmente en el territorio de un Estado miembro durante 5 años ininterrumpidamente, condición indispensable para ser residente de larga duración. A día de hoy, la regulación de la libre circulación de los nacionales de terceros países, sea en el derecho originario, sea en el derecho derivado o en el «soft law» de la UE, vuelve a reiterar la idea de que los nacionales de terceros países representan la categoría de los «ciudadanos de segunda» de la UE, al menos hasta que no se conviertan en ciudadanos de la Unión.

(III) La tercera parte de la tesis, titulada «La libre circulación de los nacionales de terceros países que migran por motivos económicos», ofrece el análisis detallado del contenido de la libre circulación respecto a la categoría específica de los nacionales procedentes de terceros países: los trabajadores. En efecto, una vez vistos el régimen jurídico de la libre circulación en la UE en general y las categorías de los nacionales de terceros países que se encuentran en la UE en situación regular en particular, en esta parte se estudia solamente la movilidad los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos. En esta misma línea, la actual legislación de la UE en vigor establece una importante «categorización sectorial» en relación a la admisión y residencia de los nacionales de terceros países en calidad de «trabajadores» o «potenciales trabajadores». La reciente ampliación del ámbito personal de los trabajadores procedentes de terceros países en la Directiva 2016/801/UE responde a una finalidad muy concreta. Varios Estados miembros de la UE experimentan, en determinados sectores económicos, escasez de mano de obra y de cualificaciones que no pueden remediar con los recursos de los mercados de trabajo nacionales. Es de advertir que el régimen jurídico europeo actual para atraer a los trabajadores de terceros países está caracterizado, entre otros rasgos, por la temporalidad y por la categorización de los perfiles según determinados sectores. No obstante, la movilidad dentro la Unión está estrechamente vinculada con la idea de mercado interior único europeo. Por ello, se precisa que es sobre todo en la inmigración laboral, en donde el legislador europeo concede más derechos de movilidad a los titulares de los permisos de trabajo. Con esta finalidad, son muchos los instrumentos jurídicos recientemente adoptados, subrayando la importancia de atraer y retener la necesaria mano de obra en la UE.

Ahora bien, a pesar de los instrumentos jurídicos adoptados recientemente por el legislador europeo para atraer a la UE la futura mano de obra, los Estados miembros reservan la competencia exclusiva para establecer el volumen de admisión de los nacionales de terceros países a sus territorios con la finalidad de trabajar. Además, los Estados miembros de la UE prevén varias preferencias nacionales en relación al acceso al mercado laboral. El artículo 79.5 del TFUE vuelve a reiterar que los Estados miembros no están dispuestos a ceder la soberanía en la materia de establecer volumen de admisión de los nacionales de terceros países a la UE por motivos laborales. No obstante, y a pesar de varias restricciones por parte de los Estados miembros, la UE pretende desarrollar, por lo menos en «teoría», la idea de un único mercado laboral europeo en donde todas las personas que trabajan en algún Estado miembro de la UE puedan moverse libremente por el territorio europeo. Además, es precisamente a través de las previsiones jurídicas de la movilidad en la UE, como el legislador europeo ha decidido hacer el mercado laboral más atractivo, sobre todo para las personas altamente cualificadas.

Desde sus orígenes regulativos, la movilidad de las personas se ha asociado a la obligación de trabajar. Mientras dicha obligación se ha superado en la normativa relativa a los ciudadanos de la Unión, no cabe señalar lo mismo para el caso de los nacionales de terceros países. Hoy, el legislador europeo prevé solamente las condiciones de admisión, entrada y movilidad dentro de la Unión para determinados perfiles laborales procedentes de terceros países, sin ofrecer un marco común armonizado. Por lo tanto, cualquier nacional de un tercer país con miras a desplazarse al territorio de un determinado Estado miembro de la Unión en virtud de la legislación europea debe cumplir, además de las condiciones generales de admisión, con un perfil laboral específico previsto en alguna de las directivas que regulan la inmigración legal laboral.

Se entiende que los cambios estructurales en la política migratoria deberían buscar una respuesta frente al declive demográfico, la sociedad europea envejecida y la necesidad de cubrir las vacantes en muchos sectores. La necesidad de mano de obra altamente cualificada como también la necesidad de contratar los perfiles de trabajadores no tan altamente cualificados, están a la orden de día. Se estiman las bajas en muchos sectores, sobre todo en maquinaria, agricultura, pesca, etc. No obstante, tal y

como se observa en la presente parte, los instrumentos jurídicos específicos previstos por el legislador europeo en la actualidad responden a determinados objetivos del mercado y fomentan la empleabilidad de unas determinadas categorías de los nacionales de terceros países. Además, es necesario aclarar, en primer lugar, quién es trabajador migrante a efectos de la legislación europea, debido a la falta de una definición común a este respecto.

En cuanto a las previsiones jurídicas en esta materia es necesario distinguir entre distintas categorías de trabajadores. Las condiciones de la movilidad para los trabajadores altamente cualificados están previstas en la Directiva 2009/50/CE. En cuanto a la movilidad dentro de la Unión, una vez cumplidos todos los requisitos y, tras la residencia legal de 18 meses en el primer Estado miembro, los trabajadores altamente cualificados pueden trasladarse a otro Estado miembro de la UE. El segundo Estado miembro les concederá la tarjeta azul según sus normas nacionales. Por lo tanto, a día de hoy, no existe ninguna tarjeta azul europea que permita la movilidad superior a 3 meses en el territorio sin fronteras interiores a los trabajadores altamente cualificados. Según lo previsto en la legislación actual, la movilidad geográfica en la UE de los altamente cualificados debe controlarse y ajustarse a la demanda durante el primer período de estancia legal del trabajador altamente cualificado. Por lo tanto, depende de la decisión del segundo Estado miembro si finalmente decide o no permitir la residencia del profesional altamente cualificado en su territorio. No obstante, y como estos trabajadores representan el futuro para cumplir las necesidades del mercado laboral de la UE y promover la prosperidad económica, recientemente se está tramitando una nueva Propuesta que mejora, por lo menos en «teoría», todas las condiciones de los trabajadores altamente cualificados, incluidas las de movilidad dentro de la UE. La actual Propuesta de la nueva Directiva de la tarjeta azul UE, cuya finalidad es introducir importantes modificaciones y novedades para hacer el mercado laboral europeo más atractivo para los profesionales altamente cualificados, prevé una cierta mejora en cuanto a sus condiciones de movilidad dentro de la Unión. En la actual Propuesta se subraya la importancia de la movilidad dentro de la Unión de los trabajadores altamente cualificados al introducir en el Capítulo V, denominado «La movilidad entre los Estados miembros», un nuevo artículo que regula la actividad profesional en un segundo Estado miembro, disminuyendo el período de residencia exigido en el primer Estado miembro de 18 a 12 meses.

La segunda categoría de los trabajadores procedentes de terceros países es la de los titulares de un título combinado de permiso de residencia y de trabajo en un único permiso, según lo previsto en la Directiva 2011/98/UE. No obstante, esta Directiva no prevé ningún artículo relativo a la movilidad dentro de la Unión para sus titulares. La tercera categoría es la referida a los trabajadores temporeros. En relación a la movilidad dentro de la Unión de los trabajadores temporeros según lo previsto en la Directiva 2014/36/UE, el legislador europeo tampoco regula la movilidad entre varios Estados miembros para esta categoría de los trabajadores. En cuanto a la cuarta categoría, los trabajadores con el traslado intraempresarial de un directivo, especialista y de trabajador de formación, regulación jurídica prevista en la Directiva 2014/66/UE, el legislador europeo vuelve a poner de relieve la importancia de ciertos tipos de perfiles laborales de los trabajadores procedentes de terceros países, otorgándoles un régimen específico de movilidad dentro de la UE. Además, se prevén las condiciones para la movilidad de corta y de larga duración para los titulares de la Directiva 2014/66/UE, otorgándoles un permiso denominado «ICT móvil». El permiso «ICT móvil» confiere al titular de un permiso para personas desplazadas en un marco intraempresarial el derecho a residir y trabajar en el territorio del segundo Estado miembro. Sin duda, tanto esta Directiva 2014/66/UE, como también la nueva Propuesta de la tarjeta azul UE, representan un paso muy importante hacia la coordinación entre los Estados miembros en materia de la movilidad dentro de la Unión.

Siguiendo con las categorías de los «potenciales trabajadores», el amplio ámbito personal de la nueva Directiva 2016/801/UE, también da lugar a la regulación de la movilidad dentro de la Unión de estos nacionales de terceros países. No obstante, solamente los investigadores y los estudiantes cuentan con la posibilidad de moverse a otro Estado miembro de la UE. Además, esta Directiva añade que durante la movilidad, los investigadores podrán impartir las clases aparte de realizar las actividades de investigación, y los estudiantes podrán trabajar además de cursar los estudios, en uno o varios Estados miembros de la UE. Por lo tanto, el legislador europeo está manifestando de manera muy clara la relación entre la movilidad y las actividades económicas de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE con fines de estudio y/o investigación.

En la tercera parte además de analizar el contenido de la libre circulación de la categoría de los nacionales de terceros países «económicamente activos», se ofrece, asimismo, una breve consideración relativa a la problemática actual del cambio de estatuto jurídico de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la UE. A este respecto, cabe destacar que el Derecho de la UE prevé las normas de cambio de estatuto para los nacionales de terceros países «económicamente inactivos» a los «económicamente activos» sin que tengan que abandonar el territorio de la UE.

A pesar de que la categoría de los trabajadores o de los «potenciales trabajadores» procedentes de terceros países en la UE representa a una categoría «por excelencia», esta característica no excluye la sospecha de una potencial amenaza para la seguridad interior que podrían representar los titulares de los permisos otorgados en virtud de las directivas mencionadas en la tercera parte. Tal realidad queda más que confirmada, por ejemplo, en el asunto *Sahar Fahimian*, destacando una vez más que también los talentos y los potenciales actores económicos procedentes de terceros países pueden ser susceptibles de sospecha y de convertirse en una amenaza para la seguridad nacional de un determinado Estado miembro de la UE.

Del análisis ofrecido en la presente parte se desprende que el actual régimen jurídico de la movilidad de los nacionales de terceros países que se desplazan a la UE por motivos económicos está muy fragmentado. A día de hoy, los nacionales de terceros países con cierta cualificación que se desplazan a la UE en calidad de trabajadores son los únicos potenciales beneficiarios en optar por el pleno ejercicio de la libre circulación en la UE, bajo cumplimiento de varias condiciones. Las diferencias en las condiciones de admisión, de movilidad dentro de la Unión de los nacionales de terceros países en calidad de «trabajadores», confirman aún más la «subcategorización» de los trabajadores según determinados perfiles. Tal y como se observa en la presente parte, existen grandes diferencias relativas a los derechos de movilidad entre las diferentes categorías de los trabajadores, dando lugar así, por un lado, a los trabajadores de «primera categoría», los que tienen la posibilidad de moverse por el territorio de la Unión. Por otro lado, los trabajadores de «segunda categoría», aquellos para los que la legislación europea ni siquiera prevé en sus disposiciones la posibilidad de moverse a otro Estado miembro de la UE. Además, cabe destacar la idea del mercado vinculada a cualquier movimiento de los trabajadores procedentes de terceros países a la UE. Si la

ampliación de los derechos de libre circulación a los trabajadores procedentes de terceros países prevista en la legislación europea actual significa hacer el mercado laboral más atractivo, a día de hoy la legislación europea en materia de inmigración legal laboral está aún muy lejos de cumplir las expectativas del buen funcionamiento del mercado europeo.

Una vez visto el análisis del objetivo de la presente tesis doctoral en las correspondientes partes, se ofrecen unas breves conclusiones.

En cuanto al uso de las tablas y de los gráficos en la presente tesis doctoral, hay que señalar que la inclusión de los datos estadísticos procedentes de fuentes fiables ayuda a subrayar el importante reto al que se enfrenta el legislador europeo en la actualidad en materia de migración y movilidad europea. Mediante los datos en las figuras y en las tablas se contrastan y comparan la concreta situación práctica de muchos nacionales de terceros países a la hora de aplicar las previsiones jurídicas previstas en el Derecho de la UE. Cabe destacar sobre todo los datos relativos a las situaciones concretas en Francia y España, dos Estados miembros de la UE, ya que la presente tesis doctoral en cotutela se enmarca dentro del convenio de cooperación entre ambos países.

RÉSUMÉ

LA LIBRE CIRCULATION DES RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS, À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LE MARCHÉ ET LA SÉCURITÉ

Cette étude a pour objet principal de présenter une analyse juridique de la libre circulation des ressortissants de pays tiers dans l'UE. La migration et la mobilité des personnes en provenance des pays tiers constituent des thèmes clés pour l'avenir d'un continent européen de plus en plus vieillissant. La présence de ressortissants de pays tiers sur le territoire européen permet d'analyser la relation potentielle des perspectives juridiques de la libre circulation avec les intérêts du marché intérieur. Cette première hypothèse repose en grande partie sur les récentes avancées législatives concernant la mobilité au sein de l'Union. Il est important de préciser que les ressortissants de pays tiers qui voyagent dans l'UE pour des raisons économiques doivent être « mobiles ». Cela suppose « en théorie », selon les dispositions juridiques les plus favorables à la libre circulation, que le législateur européen vise à attirer certains profils de travailleurs sur le territoire de l'UE. Ensuite, cette étude vise à examiner et à souligner l'importance d'assurer la sécurité intérieure au sein de l'UE par rapport à la mobilité des personnes provenant de pays tiers. À cet égard, et en particulier aujourd'hui, tout ressortissant d'un pays tiers qui décide de se déplacer sur le territoire de l'UE, quelle qu'en soit la raison, ne doit pas constituer une menace pour la sécurité intérieure de l'UE.

Comme cela a été souligné dès le départ, cette thèse est centrée sur l'étude du droit des ressortissants de pays tiers en situation régulière, d'entrer, de résider et de se déplacer. Il est entendu qu'un ressortissant de pays tiers est légalement établi sur le territoire européen une fois que toutes les conditions d'entrée dans un État membre de l'UE sont accomplies. Par conséquent, tout instrument juridique européen qui régule la présence de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ne rentre pas dans le cadre de cette étude.

Dans un but de clarification conceptuelle, l'introduction offre une brève analyse de la terminologie prévue par la législation européenne en relation avec la mobilité des

personnes. Les dispositions juridiques du législateur européen en matière de mobilité subordonnent à la condition de nationalité une « différenciation » continue et une « catégorisation » des personnes présentes sur le territoire européen.

A l'origine, le champ personnel du droit à la libre circulation se trouvait étroitement lié, dans la législation européenne, à l'esprit économique. Ce champ s'est élargi, laissant de côté l'exigence de dépendance économique pour les citoyens de l'Union. Cependant, cette affirmation ne s'étend pas à la libre circulation des ressortissants des pays tiers. En effet, le phénomène migratoire en général, et la mobilité internationale des travailleurs en particulier, ont subi de nombreux changements dans la société européenne actuelle, où la mobilité nécessaire des travailleurs est devenue un droit fondamental pour les citoyens de l'Union.

Le régime juridique de la libre circulation des personnes dans la législation européenne en général, et des ressortissants de pays tiers en situation régulière en particulier, constitue un bon exemple de complexité juridique du fait qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu. À cet égard, le contenu de la libre circulation englobe l'entrée, le séjour, la circulation interne, mais aussi la sortie de l'Union. Afin d'étudier les principales questions relatives à la mobilité des ressortissants de pays tiers en situation régulière, cette thèse est divisée en trois parties:

- (I) La libre circulation des personnes dans la législation européenne
- (II) Le champ d'application personnel de la libre circulation des ressortissants de pays tiers en situation régulière
- (III) La libre circulation des ressortissants de pays tiers qui migrent pour des raisons économiques

(I) **La première partie**, intitulée « **La libre circulation des personnes dans la législation européenne**, » se focalise sur l'analyse du champ d'application personnel, matériel et territorial de la libre circulation dans le droit de l'Union. La première considération à prendre en compte est la définition correcte de l'expression « circulation des personnes » dans la législation européenne.

Tout d'abord, et compte tenu du **champ d'application personnel**, il s'agit de relever la vaste gamme des titulaires du droit d'exercer la liberté de circulation au sein de l'UE. Cependant, selon le droit de l'UE, toutes les personnes présentes sur le

territoire européen ne peuvent pas profiter des mêmes dispositions du droit à la libre circulation. Par conséquent, il est primordial de déterminer, en premier lieu, le champ d'application personnel de la libre circulation, en soulignant toutes les particularités tant juridiques que pratiques contenues dans l'expression de « libre circulation des personnes » en vertu de l'article 3.2 du traité UE. À cet égard, les « personnes » sont les citoyens de l'UE ainsi que les ressortissants de pays tiers en situation régulière. Les citoyens de l'Union jouissent pleinement de l'exercice du droit fondamental de la libre circulation comme droit inhérent à la citoyenneté européenne. En contrepartie, les dispositions juridiques relatives à la libre circulation des ressortissants de pays tiers en situation régulière sont encadrées par la politique migratoire européenne, à compétence partagée entre les États membres et l'UE. Par ailleurs, le législateur européen prévoit que la mobilité des ressortissants de pays tiers ne doit pas mettre en danger la sécurité des citoyens de l'UE. Par conséquent, toute mobilité des ressortissants de pays tiers contient une obligation supplémentaire, celle de ne pas constituer une menace pour la sécurité intérieure. Cependant, en raison de plusieurs événements récents dans l'UE, le législateur européen cherche un équilibre entre la dimension de la sécurité et la liberté dans l'ELSJ, limitant pour cela le droit de libre circulation. Il semble donc que le fait « de ne pas être national » d'un État membre de l'UE peut sous-entendre l'idée d'être considéré comme une potentielle menace pour la sécurité intérieure de l'UE. Malgré le soupçon que tous les ressortissants de pays tiers pourraient être de potentiels terroristes et représenter quelque chose de néfaste pour la société européenne, il ne faut pas oublier que la mobilité des ressortissants de pays tiers dans l'UE répond à un autre impératif : celui de la nécessité de répondre au bon fonctionnement du marché intérieur européen et de lutter contre les prévisions de décroissance démographique future dans l'UE. Bien que cette étude présente une analyse des prévisions de la libre circulation des ressortissants de pays tiers légalement établis dans l'UE, nous ne devons pas perdre de vue l'importance des avancées législatives en cours en matière de sécurité dans l'ELSJ. Le souci du législateur européen de gérer les flux de migration irrégulière comporte également des effets importants sur la réglementation de l'entrée et du séjour des ressortissants de pays tiers en situation régulière. La crainte de la présence de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière ou sans les bons documents, renforce également les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers en situation régulière.

À ce sujet, cette première partie portera sur la division entre les deux principaux titulaires du droit de libre circulation au sein de l'UE : les citoyens de l'Union et les ressortissants de pays tiers. Les premiers, les citoyens de l'Union, jouissent pleinement du droit fondamental à la libre circulation et de séjour, pilier de la citoyenneté européenne. La citoyenneté européenne, ajoutée à la citoyenneté nationale de toutes les personnes ayant la nationalité d'un État membre de l'UE, suppose la création d'une nouvelle identité européenne, accentuant encore plus la différenciation entre les citoyens de l'Union et les autres. La libre circulation des citoyens de l'Union est prévue par la directive 2004/38/CE. Malgré de nombreux rapports et directives du législateur européen en ce qui concerne la transposition correcte de ce texte, à la fois la Cour de justice de l'UE mais aussi les juges nationaux, ont pris de nombreuses décisions concernant son application correcte. Comme cela est expliqué dans ce travail, les principaux dysfonctionnements de la mise en œuvre de ladite directive concernent les situations de regroupement familial, puisque cette directive prévoit également les règles relatives à la mobilité des membres de la famille des citoyens de l'UE provenant des pays tiers. C'est à ce sujet que sont constatées certaines appréhensions des autorités nationales concernant la cession de la souveraineté étatique par rapport aux conditions d'entrée, de mobilité et de séjour des ressortissants de pays tiers, membres de la famille des citoyens de l'Union.

Il est très important de tenir compte de la régulation de la libre circulation des citoyens de l'Union, puisque de nombreux ressortissants de pays tiers sont prêts à changer de nationalité. L'hypothèse de « devenir » ressortissant d'un État membre de l'UE signifie jouir du plein exercice de la libre circulation, entre autres, comme on le voit dans les données présentées ici. Par conséquent, et en dépit des avancées juridiques du législateur européen dans le domaine de la libre circulation, les États membres sont les seuls à pouvoir octroyer la nationalité et, par conséquent, la citoyenneté européenne aux ressortissants de pays tiers.

Quant à l'exercice de la libre circulation des « autres », les ressortissants des pays tiers, il faut partir du fait que les dispositions juridiques sur la libre circulation s'appliquent uniquement aux ressortissants des pays tiers en situation régulière et légalement établis sur le territoire de l'UE. Comme il est prévu dans le droit de l'UE, le

contenu de la libre circulation pour les ressortissants de pays tiers en situation régulière est soumis à diverses conditions et limitations, comme nous le montrerons plus en détail dans les deuxième et troisième parties. Ne pas être un ressortissant d'un État membre de l'UE signifie ne pas être en mesure d'exercer pleinement le droit de libre circulation. En outre, la réglementation juridique de la politique européenne de l'immigration en matière de mobilité des personnes sur le territoire sans frontières intérieures poursuit un double objectif. D'une part, interdire la mobilité non souhaitée des personnes ne possédant pas les documents nécessaires pour entrer sur le territoire de l'UE, et lutter ainsi contre les flux migratoires irréguliers. D'autre part, la réglementation sur la mobilité souligne la nécessité de déterminer les conditions d'admission, d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre de la politique d'immigration légale européenne. Dans cette optique, les progrès juridiques en matière de politique migratoire légale sont principalement dus à l'immigration de main-d'oeuvre. Il n'est donc pas surprenant que les intérêts économiques soient encore très présents dans la réglementation actuelle de la mobilité des ressortissants économiquement actifs des pays tiers. En général, le ressortissant d'un pays tiers économiquement actif est le travailleur. À cet égard, ce sont surtout les travailleurs des pays tiers qui sont les titulaires du droit à la libre circulation le plus largement entendu. En ce qui concerne la réglementation juridique de la libre circulation des ressortissants de pays tiers légalement établis dans l'UE, le législateur européen pose uniquement un cadre juridique minimal harmonisé au niveau européen, laissant une grande marge d'appréciation aux États membres dans cette matière. Les États membres ont une compétence très large pour déterminer le contenu de la libre circulation des ressortissants de pays tiers dans l'UE. Être un ressortissant d'un pays tiers en situation régulière et rester légalement sur le territoire d'un État membre de l'UE ne suffit pas, juridiquement parlant, pour profiter de l'entièreté de la libre circulation. L'étendue de la libre circulation varie concrètement selon le statut juridique de chaque ressortissant de pays tiers. Seules certaines catégories de ressortissants de pays tiers en situation régulière bénéficient d'un contenu presque complet de la libre circulation au sein de l'UE, similaire à celle des citoyens de l'Union. Plus précisément, c'est essentiellement en ce qui concerne la mobilité au sein de l'Union, que se révèlent les principales différences entre les différents statuts juridiques des ressortissants de pays tiers.

Ensuite, la réflexion est portée sur le **champ d'application matériel** de la libre circulation dans la législation européenne. Ce travail démontre que la liberté de circulation comprend le droit d'entrée, de séjour, de déplacement dans l'Union mais aussi le droit de sortir d'un Etat membre de l'UE déterminé. Chacun de ces droits est soumis à diverses conditions et limites variant selon le statut juridique du titulaire. Le code frontières Schengen et le code des visas uniformes sont les deux principaux instruments juridiques régissant l'entrée de tous les ressortissants de pays tiers dans l'UE. Cependant, les conditions d'entrée varient en fonction de la durée estimée du séjour de chaque ressortissant de pays tiers sur le territoire de l'UE. Les ressortissants de pays tiers entrant dans l'UE pour motifs de tourisme, et / ou de visite familiale, soit moins de 90 jours, ne sont pas traités dans cette étude. Or, c'est précisément au sujet des conditions d'entrée et de résidence de moins de 90 jours, que le législateur européen prévoit un cadre juridique harmonisé. Cependant, la plupart des ressortissants de pays tiers qui voyagent dans l'UE ne sont pas des touristes. Par conséquent, cette thèse est consacrée à l'étude des conditions d'entrée, de séjour et de mobilité au sein de l'Union des ressortissants de pays tiers qui se déplacent au sein de l'UE pour une période supérieure à 90 jours. Tous les ressortissants de pays tiers sont soumis au respect des conditions d'entrée prévues dans le Code frontières Schengen, récemment modifié. Cependant, pour les séjours d'une durée de 90 dans la période de 180 jours, les États membres ont un pouvoir discrétionnaire sur la détermination de la mobilité des ressortissants de pays tiers. Une obligation importante s'est ajoutée aux conditions d'entrée des ressortissants de pays tiers, celle de détenir un visa pour certaines nationalités. Il est surtout question ici de l'obligation de présenter un visa valide pour entrer dans l'espace Schengen, dans lequel les autorités nationales des États membres de l'UE peuvent limiter et / ou interdire l'entrée d'un ressortissant de pays tiers au territoire européen, en examinant sa volonté et l'intention de rester dans l'UE.

En ce qui concerne le droit de résider, le séjour supérieur à 90 jours des ressortissants de pays tiers doit remplir plusieurs conditions. Le séjour dans un État membre de l'UE, quel qu'il soit, doit être accompagné d'un permis de séjour. Les citoyens de l'Union, ainsi que les membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, se voient accorder un permis de séjour en vertu de la Directive 2004/38/CE. En revanche, les ressortissants de pays tiers se voient, quant à eux, accorder un permis

de séjour conformément au Règlement 1030/2002, à savoir mentionnant leur statut juridique dans les observations.

En ce qui concerne le droit de circuler librement sur le territoire européen en général, les ressortissants des pays tiers ont une certaine mobilité entre les Etats membres, mais seulement pour un séjour de moins de 90 jours dans l'espace Schengen. Comme pour les conditions d'entrée et de séjour, la mobilité au sein de l'Union varie en fonction du statut juridique de chaque ressortissant de pays tiers. Comme nous le verrons, à ce jour, seulement quelques catégories « privilégiées » de ressortissants de pays tiers ont le droit de se déplacer dans un autre Etat membre de l'UE.

En ce qui concerne le droit de quitter le territoire de l'UE, il faut commencer par mentionner qu'il existe deux types de sorties des ressortissants de pays tiers : la sortie volontaire, prévue également par les instruments juridiques internationaux, et la sortie forcée, c'est-à-dire l'expulsion. Pour expulser un citoyen de l'Union ou un ressortissant du pays tiers du territoire d'un Etat membre de l'UE, il est nécessaire d'examiner chaque cas en particulier. L'ordre public, la sécurité publique et la santé publique sont les trois concepts juridiques prévus dans toute la législation en matière de libre circulation, dont la violation peut conduire à l'expulsion. En outre, les motifs économiques, de plus en plus présents dans les normes européennes, peuvent amener à limiter la mobilité des ressortissants de pays tiers dans l'UE. Les Etats membres, avant de prendre un ordre d'expulsion, ont l'obligation de respecter tous les droits fondamentaux en général et de garantir le droit à la vie privée et familiale en particulier. C'est grâce à de nombreuses décisions des tribunaux européens et / ou nationaux en relation avec le respect de la vie familiale, que certains ressortissants de pays tiers visés par un ordre d'expulsion ont pu régulariser leur séjour dans certains Etats membres de l'UE.

Enfin, concernant le **champ d'application territorial**, il est important de souligner que l'exercice du contenu de la liberté de circulation varie aussi selon ce critère. Tous les Etats membres de l'UE ne sont, en effet, pas partie à l'accord en matière de libre circulation dans l'UE.

En résumé, on peut dire que le contenu et la pleine jouissance de la libre circulation au sein de l'UE varient en tenant compte des différents champs examinés dans la première partie. Les dispositions juridiques qui y sont analysées confirment plus encore la « catégorisation » des personnes physiques à l'égard des dispositions légales

de la libre circulation au sein de l'UE, donnant naissance au sentiment de « plusieurs Europe » sujettes à des réalités juridiques différentes.

(II) **La deuxième partie**, intitulée « **Le champ d'application personnel de la libre circulation des ressortissants de pays tiers en situation régulière** » est consacrée à l'examen des catégories de ressortissants des pays tiers qui entrent dans l'UE une fois que toutes les conditions sont remplies. Dans cette même partie, sont analysées juridiquement les dispositions sur la mobilité des ressortissants de pays tiers en situation régulière tant dans le droit primaire, que dans le droit dérivé de l'UE. Il est à noter que le législateur européen fixe les conditions de libre circulation pour chaque catégorie de ressortissants de pays tiers *in concreto*. À cet égard, le droit de l'UE prévoit les catégories suivantes de ressortissants de pays tiers:

(A) Les ressortissants des pays tiers légalement établis dans l'UE temporairement

(1) qui migrent pour des raisons d'aide humanitaire

(2) qui migrent pour des raisons de regroupement familial

(3) qui migrent pour des raisons économiques

(B) Les ressortissants des pays tiers, résidents de longue durée

(C) Les ressortissants de pays tiers qui ont une relation spéciale avec la législation de l'UE

En ce qui concerne le régime juridique prévu par le droit primaire de l'UE, les origines de la politique d'immigration légale trouvent leur base juridique après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Depuis sa création, le projet européen a considéré comme indispensable, la nécessité de réglementer les conditions d'entrée, de séjour, de mobilité et d'expulsion des ressortissants de pays tiers dans l'UE. Cependant, ce n'est qu'après 1999 que s'est pleinement « communautarisée » la présence de ressortissants de pays tiers sur le territoire européen. Tout d'abord, le développement législatif de la libre circulation des ressortissants de pays tiers est encadré par le TCE dans le titre IV « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ». Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la libre circulation des ressortissants de pays tiers est réglementée au sein de la politique européenne d'immigration (chapitre 2

du titre V, partie 3 du TFUE). Dans tous les cas, et malgré les avancées, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne n'a pas complètement harmonisé les règles prévoyant l'admission, l'entrée, le séjour et la circulation des ressortissants de pays tiers en situation régulière.

Des progrès dans ce domaine ont essentiellement été faits pour répondre aux lignes directrices de la « soft law » européenne. Les deux derniers documents de « soft law » adoptés récemment, l'Agenda Européen de Migration et la Stratégie Europe 2020, soulignent à nouveau l'importance et la nécessité d'adopter de nouvelles dispositions juridiques en matière de l'immigration légale au niveau européen en vue d'atteindre les objectifs du marché du travail européen.

A côté de la réglementation de la libre circulation dans le droit primaire de l'UE, il faut également mettre en évidence le régime juridique prévu dans la Charte des DFUE. A cet égard, la libre circulation des ressortissants de pays tiers légalement établis dans l'UE est prévue dans le titre V de la Charte des DFUE, consacré aux droits fondamentaux de la « citoyenneté ». Cependant, la portée du droit à la libre circulation n'a pas évolué malgré la reconnaissance du caractère juridiquement contraignant acquis par la Charte des DFUE après la réforme de Lisbonne, conformément à l'article 52.2 de la Charte. Il est très intéressant de souligner que la Charte des DFUE a accordé les droits de la citoyenneté sur la base de la résidence de l'individu, et non sur la nationalité. Par conséquent, les ressortissants de pays tiers ont un certain nombre de droits de la citoyenneté, conformément aux dispositions de la Charte des DFUE. Toutefois, dans le cas de la libre circulation, le dispositif prévu dans la Charte des DFUE, continue de maintenir une telle réglementation comme un « droit fondamental » uniquement reconnu aux citoyens de l'Union, se référant pour les ressortissants de pays tiers légalement établis, à l'idée de « l'octroi de la liberté de circulation et de séjour, conformément aux dispositions des traités ».

(A) Les ressortissants des pays tiers légalement établis dans l'UE de manière temporaire

C'est principalement à travers le droit dérivé de l'UE que le législateur européen prévoit de réglementer la libre circulation des différents statuts juridiques des ressortissants de pays tiers en situation régulière. Par conséquent, de nombreuses directives régissent les conditions d'entrée, de séjour, de mobilité et d'expulsion des

différentes catégories de ressortissants de pays tiers. Le droit dérivé de l'UE prévoit la réglementation des différentes catégories de ressortissants de pays tiers dans l'UE en tenant compte des raisons qui les conduisent à venir dans l'UE. A cet égard, l'harmonisation à laquelle aboutit la législation de l'UE vise à établir le minimum commun du droit pouvant être exercé dans un État membre donné, alors que ce sont les règles et les autorités nationales qui sont chargées de l'admission de ressortissant de pays tiers en situation régulière sur leur territoire.

Dans ce sens, la deuxième partie de la thèse vise à définir les différents statuts juridiques et les permis de séjour prévus par le droit de l'UE pour les ressortissants de pays tiers qui forment ce qui est qualifié d' « immigration légale ». En ce qui concerne les conditions d'admission, les autorités nationales se réservent leurs pouvoirs souverains, en particulier pour les ressortissants de pays tiers qui migrent pour des raisons économiques. Une fois admis les ressortissants de pays tiers sur le territoire d'un État membre de l'UE, et comme le prévoit la législation européenne, la durée de séjour est de plus de 90 jours et inférieure à 5 ans. En outre, le séjour temporaire des ressortissants de pays tiers doit être approuvé par une autorisation ou un permis de séjour en cours de validité.

(A) Les ressortissants des pays tiers établis légalement dans l'UE temporairement

(1) la migration pour des raisons d'aide humanitaire

La législation de l'UE devrait prévoir un ensemble minimum de normes harmonisées relatives à la mobilité de personnes qui, pour diverses raisons cherchent une protection sur le territoire européen. Cependant, la récente politique commune européenne d'asile n'offre pas de réponse uniforme à tous ceux qui cherchent refuge dans un État membre de l'UE. Les bénéficiaires de la protection internationale ont un droit très restreint à la mobilité et limité au territoire d'un État membre de l'UE. Quant aux demandeurs de protection internationale, les États membres peuvent également limiter la circulation des candidats à une zone géographique (région, district, etc.) et imposer un séjour dans un lieu particulier pour des raisons justifiées. La nouvelle proposition législative européenne prévoit la possibilité de subordonner les avantages à l'obtention du statut juridique de résident de longue terme par les autorités nationales du fait que les bénéficiaires d'une protection internationale se soient trouvés dans un autre

État membre que celui qui leur a accordé cette protection. Par conséquent, la libre circulation des ressortissants de pays tiers qui cherchent refuge dans un État membre de l'UE demeure de la compétence exclusive des États membres.

(2) la migration pour des raisons de regroupement familial

En ce qui concerne le regroupement familial, les dispositions juridiques sur la libre circulation des ressortissants de pays tiers en tant que membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers légalement établi dans un État membre de l'UE, sont considérées comme les dispositions «phares» de la politique européenne d'immigration. Dans ce domaine, les États membres ont cédé presque toute leur souveraineté étatique au législateur de l'UE. Le regroupement et la vie en famille facilitent la cohésion économique, objectif consacré dans le préambule de la directive 2003/86/CE régissant le regroupement familial des ressortissants de pays tiers avec les citoyens de l'UE. Plusieurs conditions, dont la plupart sont de « nature économique » régulent la mobilité des membres de familles provenant de pays tiers. En outre, dans ce cas, il est indispensable d'assurer le respect des droits fondamentaux prévus dans la Charte des DFUE.

(3) la migration pour des raisons économiques

Les ressortissants des pays tiers qui migrent pour des raisons économiques forment une partie indispensable du projet européen, en représentant la catégorie « par excellence » de la migration économique. Dans le contexte du droit de l'UE, le concept de la migration économique est plus large, impliquant le déplacement dans l'UE pour travailler aussi bien que pour accéder au marché du travail par des personnes « inactives ». Ainsi, les ressortissants des pays tiers qui migrent vers le territoire européen pour d'autres raisons et qui acceptent toute offre d'emploi une fois légalement établis dans l'UE, font également partie de la migration économique. De plus, les étudiants et les chercheurs comptent sur le droit de s'établir dans l'UE pour des raisons économiques, une fois leurs études et / ou la recherche terminées. En ce qui concerne les profils d'emploi inclus dans cette catégorie, la première catégorie concerne les travailleurs hautement qualifiés, c'est-à dire des talents issus de pays tiers. La deuxième catégorie comprend les travailleurs saisonniers. La troisième catégorie concerne les travailleurs dans le cadre d'un détachement intragroupe, les dirigeants, les spécialistes et stagiaires.

La dernière catégorie concerne les titulaires du permis de séjour pour travail prévus par la directive 2011/98/UE.

En ce qui concerne les potentiels travailleurs, il faut souligner le champ d'application de la nouvelle directive 2016/801/UE, adoptée récemment. Ce texte établit les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair. De plus, cette nouvelle directive prévoit des règles d'accès au marché du travail, la possibilité de créer une entreprise pour toutes les catégories prévues dans son champ d'application personnel afin de retenir les talents dans l'UE.

(B) Les ressortissants de pays tiers, résidents de longue durée

Outre les formes temporaires de l'immigration légale, le contenu de la libre circulation s'étend également aux ressortissants des pays tiers dont le séjour légal est ininterrompu, obtenant le statut de résidents de longue durée. Pour obtenir le statut de résidents de longue durée, les ressortissants de pays tiers doivent avoir résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire d'un Etat membre de l'UE pendant cinq ans. Il est très important d'étudier et d'analyser la résidence de longue durée, car ce statut juridique accordé aux ressortissants des pays tiers tente d'assimiler les ressortissants de pays tiers légalement établis avec les citoyens de l'Union par rapport à l'exercice du droit à la libre circulation au sein de l'UE. Toutefois, dans les hypothèses de libre circulation des ressortissants de pays tiers, résidents de longue durée, ceux-ci ne disposent pas, à ce jour, des mêmes droits que les citoyens de l'Union. En ce qui concerne l'obtention de la carte de résident de longue durée, les États membres mettent en évidence l'importance économique de disposer de ressources stables et régulières pour bénéficier d'un tel statut juridique. Plusieurs conditions et limites déterminent l'exercice du droit à la libre circulation des résidents de longue durée. Le séjour dans un autre État membre que celui qui a délivré le permis de séjour de longue durée est soumis à de nombreuses conditions; entre autres, l'exercice d'une activité économique, ou la poursuite d'études ou une formation professionnelle. Par conséquent, il convient de noter que l'exercice de la libre circulation de ces personnes est également conditionné à la participation au marché du travail européen.

(C) Les ressortissants de pays tiers en relation spéciale avec la législation de

L'UE

La législation européenne relative à la mobilité sur le territoire européen des ressortissants de pays tiers, compte également les dispositions issues des accords de coopération, ainsi que des dispositions légales de la dimension extérieure de la politique migratoire européenne. L'UE se félicite de la conclusion de plusieurs accords de coopération avec certains pays tiers, dans lesquels sont régies, entre autres, la migration et la mobilité. Par conséquent, il existe un troisième groupe de « non-citoyens » légalement établis dans l'UE bénéficiant d'un droit à la libre circulation, le groupe issu d'une procédure conventionnelle entre l'UE et certains pays tiers. Les droits de mobilité accordés en vertu des dispositions des accords de coopération sont différents de ceux prévus dans la politique d'immigration légale européenne. À cet égard il faut souligner l'Approche Globale des Migrations et de la Mobilité de l'UE, un autre instrument de « soft law » européen, qui prévoit divers instruments afin de renforcer les partenariats avec les pays tiers dans le domaine de la migration et la mobilité dans l'UE.

En somme, il convient de noter que la pluralité des statuts juridiques des ressortissants de pays tiers ne répondent pas à la logique des compartiments étanches, mais, au contraire, ces statuts juridiques entrent en relation et se chevauchent entre eux, donnant lieu à une multitude de situations juridiques particulières. À cet égard, il a été observé dans la présente thèse que la plupart des dispositions légales en matière de libre circulation des ressortissants des pays tiers se réfèrent principalement au « séjour temporaire » sur le territoire européen. En outre, plusieurs permis délivrés aux titulaires de l'immigration légale sont d'une durée limitée, et tous n'offrent pas la possibilité de résider légalement sur le territoire d'un État membre durant 5 ans sans interruption, condition essentielle pour devenir résident de longue durée. A ce jour, la réglementation sur la libre circulation des ressortissants de pays tiers, que ce soit dans le droit primaire, dans le droit dérivé ou dans la « soft law » de l'UE, réitère une nouvelle fois l'idée que les ressortissants des pays tiers représentent la catégorie des « citoyens de seconde classe » de l'UE, au moins jusqu'à ce qu'ils deviennent citoyens de l'Union.

(III) **La troisième partie de la thèse**, intitulée « **Libre circulation des ressortissants de pays tiers qui migrent pour des raisons économiques** » fournit une analyse détaillée du contenu de la libre circulation d'une catégorie spécifique de ressortissants de pays tiers : les travailleurs. En effet, une fois vu le régime juridique de

la libre circulation dans l'UE de manière générale et les catégories de ressortissants de pays tiers qui séjournent dans l'UE en situation régulière en particulier, cette partie portera uniquement sur la mobilité des ressortissants des pays tiers se déplaçant dans l'UE pour des raisons économiques. Dans le même ordre d'idées, la législation actuelle de l'UE en vigueur établit une importante « catégorisation sectorielle » par rapport à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers en tant que « travailleurs » ou « travailleurs potentiels ». L'extension récente du champ d'application personnel des travailleurs des pays tiers dans la directive 2016/801 / UE répond à un but très précis. Plusieurs Etats membres de l'UE subissent, dans certains secteurs économiques, des pénuries de main-d'œuvre et de qualification que ne peuvent pallier les marchés nationaux du travail. Il est à noter que le cadre juridique européen actuel, pour attirer des travailleurs des pays tiers, est caractérisé, entre autres, par le caractère temporaire et la catégorisation des profils en fonction des secteurs spécifiques. Cependant, la circulation au sein de l'UE est étroitement liée à l'idée du marché intérieur européen. Par conséquent, il apparaît que c'est principalement dans le cadre de la migration du travail que le législateur européen concède le plus de droits à la mobilité aux titulaires de permis de travail. A cet effet, les instruments juridiques récemment adoptés sont nombreux, en soulignant l'importance d'attirer et de retenir la main-d'œuvre nécessaire dans l'UE.

Cependant, en dépit des instruments juridiques adoptés récemment par le législateur européen pour attirer dans l'UE la future main d'œuvre, les États membres se réservent la compétence exclusive pour établir le volume d'admissions des ressortissants de pays tiers sur leur territoire afin d'y travailler. En outre, les États membres de l'UE imposent plusieurs préférences nationales en ce qui concerne l'accès au marché du travail. L'article 79.5 du TFUE réitère une nouvelle fois que les États membres ne sont pas disposés à céder leur souveraineté en matière fixation des volumes d'entrées des ressortissants de pays tiers dans l'UE dans le but d'y chercher un emploi.

Toutefois, en dépit de diverses restrictions par les États membres, l'UE entend développer, du moins en « théorie », l'idée d'un marché du travail européen dans lequel toutes les personnes travaillant dans un État membre de l'UE peuvent se déplacer librement sur le territoire européen. En outre, c'est précisément par les dispositions

juridiques de la mobilité dans l'UE, que le législateur de l'Union a décidé de rendre le marché du travail plus attrayant, en particulier pour les personnes hautement qualifiées.

Dès les premiers textes dans ce domaine, la mobilité des personnes a été associée à l'obligation de travailler. Bien que cette exigence soit dépassée depuis les règles relatives à la citoyenneté de l'Union, il n'en est pas de même pour le cas des ressortissants de pays tiers. Aujourd'hui, le législateur européen prévoit uniquement les conditions d'admission, d'entrée et de mobilité au sein de l'Union pour certains profils d'emploi des ressortissants des pays tiers, sans offrir un cadre commun harmonisé. Par conséquent, tout ressortissant d'un pays tiers, afin d'entrer sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne en vertu du droit de l'UE, doit également respecter les conditions générales d'admission, avec un profil d'emploi spécifique prévu dans l'une des directives régissant l'immigration légale du travail.

Il est entendu que les changements structurels dans la politique d'immigration devraient chercher une réponse par rapport au déclin démographique, au vieillissement de la société européenne et à la nécessité de combler les postes vacants dans de nombreux secteurs. Le besoin de main-d'œuvre hautement qualifiée, ainsi que la nécessité de recruter des profils de travailleurs qui le sont moins, est à l'ordre du jour. Une diminution de la main d'œuvre est prévue dans de nombreux secteurs, en particulier dans la mécanique, l'agriculture, la pêche, etc. Cependant, comme on le voit dans cette partie, les instruments juridiques spécifiques prévus par le législateur européen de nos jours, répondent à des objectifs déterminés du marché et encouragent l'employabilité d'une certaine catégorie de ressortissants de pays tiers. En outre, il est nécessaire de préciser, en premier lieu, ce qu'est un migrant travailleur dans le cadre de la législation européenne du fait de l'absence d'une définition commune.

En ce qui concerne les dispositions juridiques dans ce domaine, il est nécessaire de faire la distinction entre les différentes catégories de travailleurs. Les conditions de mobilité pour les travailleurs hautement qualifiés sont fixées par la directive 2009/50/CE. Quant à la mobilité au sein de l'Union, une fois toutes les exigences remplies et après 18 mois de résidence légale dans un premier État membre, les travailleurs hautement qualifiés peuvent se déplacer dans un autre État membre de l'UE. Le deuxième État membre leur accordera la carte bleue selon ses normes nationales. Par conséquent, à ce jour, il n'existe aucune carte bleue européenne qui permette la mobilité de plus de 3 mois

sur le territoire sans frontières intérieures pour les travailleurs hautement qualifiés. Comme le prévoit la législation en vigueur, la mobilité géographique des travailleurs hautement qualifiés, dans l'Union européenne, doit être contrôlée et ajustée à la demande au cours de la première période de séjour légal du travailleur hautement qualifié. Ainsi, c'est le deuxième État membre qui autorise finalement le séjour de professionnels hautement qualifiés sur son territoire. Toutefois, étant donné que ces travailleurs représentent l'avenir en répondant aux besoins du marché du travail dans l'UE et en stimulant la prospérité économique, une nouvelle proposition a été présentée récemment, visant à améliorer, du moins en « théorie », toutes les conditions des travailleurs hautement qualifiés requises, y compris celles concernant la mobilité au sein de l'UE. La proposition actuelle de nouvelle directive sur la carte bleue européenne, qui vise à introduire des changements importants et de nouvelles fonctionnalités pour rendre le marché du travail européen plus attractif pour les professionnels hautement qualifiés, prévoit d'améliorer leurs conditions de mobilité au sein de l'Union. Dans cette proposition l'importance de la mobilité au sein de l'Union des travailleurs hautement qualifiés est mise en évidence en insérant dans le chapitre V, intitulé « La mobilité entre les États membres », un nouvel article qui régit l'activité professionnelle dans un second État membre, diminuant la durée de résidence requise dans le premier État membre de 18 à 12 mois.

La deuxième catégorie de travailleurs en provenance de pays tiers sont les détenteurs d'un titre combiné d'un permis de résidence et de travail dans un permis unique, tel que prévu par la directive 2011/98/UE. Cependant, cette directive ne prévoit aucun article relatif à la mobilité au sein de l'Union pour ses titulaires. La troisième catégorie se réfère aux travailleurs saisonniers. En ce qui concerne la mobilité au sein de l'Union des travailleurs saisonniers prévus par la directive 2014/36/UE, le législateur européen ne réglemente pas non plus la mobilité entre plusieurs États membres pour cette catégorie de travailleurs. Quant à la quatrième catégorie, à savoir les travailleurs dans le cadre d'un détachement intragroupe pour un dirigeant, spécialiste et travailleur de formation, les règles juridiques les concernant sont prévues par la directive 2014/66/UE et le législateur européen met en évidence l'importance de certains types de profils d'emploi des travailleurs procédant de pays tiers, en leur accordant un régime spécial de mobilité au sein de l'UE. En outre, des conditions de mobilité à court et long terme sont prévues pour les détenteurs de la directive 2014/66/UE, obtenant un permis

appelé « ICT mobile ». L'autorisation « ICT mobile » donne au titulaire d'un permis pour les personnes déplacées dans le cadre d'un détachement intragroupe, le droit de résider et de travailler sur le territoire du second État membre. Sans aucun doute, tant la directive 2014/66/UE, que la nouvelle proposition de carte bleue européenne, constituent des étapes très importantes vers la coordination entre les États membres en ce qui concerne la mobilité au sein de l'Union.

De même, en ce qui concerne les catégories de « travailleurs potentiels », il faut relever le large champ d'application personnel de la nouvelle directive 2016/801/UE, qui permet aussi de réguler la mobilité au sein de l'Union des ressortissants de pays tiers. Toutefois, seuls les chercheurs et les étudiants ont la possibilité de passer d'un État membre de l'UE à un autre. En outre, la directive ajoute que, lors de la mobilité, les chercheurs peuvent assurer des cours en plus d'effectuer des activités de recherche, et les étudiants peuvent travailler tout en effectuant leurs études dans un ou plusieurs États membres de l'UE. Par conséquent, le législateur européen manifeste de manière très claire la relation entre la mobilité et les activités économiques des ressortissants de pays tiers résidant légalement dans l'Union européenne dans le cadre des études et / ou de la recherche.

La troisième partie contient, en plus de l'analyse du contenu de la libre circulation de la catégorie des ressortissants de pays tiers économiquement « actifs », un bref compte rendu relatif aux problèmes actuels du changement du statut juridique des ressortissants de tiers pays légalement établis dans l'UE. À cet égard, il convient de noter que le droit de l'UE prévoit des règles de changement de statut pour les ressortissants de pays tiers qui passent du statut d'« économiquement inactifs » à « économiquement actifs » sans avoir à quitter le territoire de l'UE.

Bien que la catégorie des travailleurs ou des « travailleurs potentiels » issus de pays tiers représente une catégorie « par excellence », cette caractéristique n'exclut pas le soupçon d'une menace potentielle pour la sécurité intérieure que pourraient représenter les détenteurs de permis accordés en vertu des directives mentionnées dans la troisième partie. Cette réalité est plus que confirmée, par exemple, dans le cas *Sahar Fahimian*, soulignant une fois de plus que tant les étudiants hautement qualifiés que les acteurs économiques potentiels des pays tiers peuvent être l'objet de soupçons et devenir une menace pour la sécurité nationale d'un État membre de l'UE.

A partir de l'analyse fournie dans la présente partie, il est clair que le cadre juridique actuel pour la mobilité des ressortissants de pays tiers qui voyagent dans l'UE pour des raisons économiques est très fragmenté. Aujourd'hui, les ressortissants de pays tiers sous certaines qualifications qui se déplacent dans l'UE en tant que travailleurs sont les seuls bénéficiaires potentiels à opter pour le plein exercice de la libre circulation au sein de l'UE, en respectant plusieurs conditions. Les différences relatives aux conditions d'admission, de mobilité au sein de l'Union des ressortissants de pays tiers comme « travailleurs » confirment encore la « sous-catégorisation » des travailleurs en fonction des profils. Comme on le voit dans cette partie, il existe de grandes différences relatives aux droits de la mobilité entre les différentes catégories de travailleurs, donnant lieu, d'une part, aux «travailleurs de première catégorie », ceux qui ont la possibilité de se déplacer sur le territoire de l'Union, d'autre part, il existe les travailleurs de « deuxième catégorie », ceux pour lesquels le droit de l'UE ne prévoit pas dans ses dispositions la possibilité de passer d'un État membre de l'UE à un autre. De plus, il faut souligner l'idée de marché liée à tout mouvement des travailleurs procédant des pays tiers à l'UE. Si l'extension des droits de la libre circulation des travailleurs des pays tiers prévue dans la législation de l'UE en vigueur signifie rendre le marché du travail plus attractif, aujourd'hui le droit de l'UE en matière d'immigration légale du travail est encore loin de remplir les attentes du bon fonctionnement du marché européen.

Une fois analysé l'objectif de cette thèse dans les parties correspondantes, il est important d'émettre quelques brèves conclusions.

En ce qui concerne l'utilisation des tableaux et des graphiques dans cette thèse, il convient de noter que l'inclusion des données statistiques provenant de sources fiables contribuent à souligner le défi important que le législateur européen doit affronter à ce jour en matière d'immigration et de mobilité européenne. Les données des illustrations et les graphiques permettent de contraster et de comparer la situation concrète de nombreux ressortissants de pays tiers auxquels s'appliquent les dispositions légales prévues dans le droit de l'UE. Il faut souligner, en particulier, les données relatives aux situations spécifiques en France et en Espagne, deux Etats membres de l'UE, étant donné que cette thèse en cotutelle fait partie de l'accord de coopération entre les deux pays.

