

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN
LA UNIÓN EUROPEA: LOS NACIONALES
DE TERCEROS ESTADOS COMO
BENEFICIARIOS DE ESTA LIBERTAD*

*FREE CIRCULATION OF PEOPLE IN
THE EUROPEAN UNION: THIRD STATE
CITIZENS AS ITS BENEFICIARIES*

JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA**

1692-8156(201301)13:22<51:LCPEUE>2.0.TX;2-G

* Artículo de investigación/revisión, producto del proyecto de investigación *El derecho de familia ante la Globalización*, de la Universidad de Castilla-La Mancha.

** Profesor doctor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo de la Universidad de Castilla-La Mancha, vicedecano de Relaciones Internacionales de la FCJS de Toledo, España.
Correo electrónico: josemanuel.velasco@uclm.es

RESUMEN

Uno de los grandes retos de la Unión Europea para los próximos años es la correcta regulación y control de los flujos migratorios que tienen como destino el territorio comunitario. En este sentido, la entrada y movimiento de los nacionales extracomunitarios y su acceso a los distintos derechos establecidos en las normas comunitarias constituyen una preocupación para el legislador. El control de la entrada de nacionales de terceros Estados, a partir de normas como el Acervo Schengen, o la regulación de los tipos visados junto al establecimiento de modelos de residencia, sus beneficiarios y el reconocimiento de determinados derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida familiar, solucionan muchas cuestiones que se suscitan respecto al derecho a la libre circulación de los ciudadanos extracomunitarios. Sin embargo, es evidente que en este ámbito queda mucho por hacer ya que en una sociedad cambiante como la actual, en plena crisis económica, los factores que determinan el mercado de trabajo, elemento principal en el movimiento de personas de unos Estados a otros, se muestra variable e impredecible y requiere una constante actualización de las realidades existentes en este ámbito junto a nuevas formas de regulación. Aquí se pretende analizar cuál es la situación actual de esta libertad comunitaria, al observar tanto las normas que regulan cualquiera de los extremos relacionados con esta como la jurisprudencia que está determinando su interpretación y evolución.

Palabras clave autor: Unión Europea, libre circulación, nacionales extracomunitarios, derecho a la familia.

Palabras clave descriptores: Unión Europea, vida familiar, movimiento de la población, modelos de migración.

ABSTRACT

One of the greatest challenges of the European Union in the following years will be the correct regulation and control of migratory fluxes with the EU as their destination. In this sense, the entrance and movement of non-Community citizens and their access to the different rights established by community norms constitute a particular preoccupation for the legislator. Controlling the entrance of third state citizens by using norms such as the Schengen acquis, regulating types of visas, establishing residence models and their beneficiaries, and acknowledging certain fundamental rights, like the right to family life, would solve many questions regarding the right to free circulation of non-Community citizens. Nevertheless, it is clear that a lot remains to be done in this field, for in a changing society such as ours, in the middle of an economic crisis, the factors that determine the work market, a key element in the displacement of people from one state to another, is bound to be variable and unpredictable and requires a constant updating of new forms of regulation to match the existing realities. The present paper analyses the current situation of Community freedom, by observing both the norms that regulate extreme cases and the jurisprudence that determines its interpretation and evolution.

Keywords author: *European Union, Free Circulation, Non-Community Citizens, right to Family.*

Keywords plus: *European union, family life, population movement, migration pattern.*

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.- II. ENTRADA Y DESPLAZAMIENTO EN LA UNIÓN EUROPEA.- III. DERECHO A LA FAMILIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS.- A. *Introducción.* B. *El Artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* C. *La jurisprudencia del TJCE en materia de derecho de familia y su repercusión en la libre circulación de personas.*- IV. MODELOS DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO.- A. *Introducción.* B. *Modelos de residencia en la Directiva 2004/38/CE:* 1. *Derecho de circulación y de residencia de hasta tres meses.* 2. *Derecho de residencia de duración superior a tres meses.* 3. *Derecho de residencia permanente.* C. *La residencia en el marco de los acuerdos celebrados con terceros Estados.*- V. LIMITACIONES DEL DERECHO DE ENTRADA Y DE RESIDENCIA POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD PÚBLICA O SANIDAD.- VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho comunitario tiene como fin regular la situación de los nacionales de los Estados miembros y el ejercicio de las libertades que les son reconocidas a estos por los Tratados. En este sentido, el legislador comunitario reglamenta, de forma tangencial, todas aquellas cuestiones referidas a los extranjeros extracomunitarios y solo si lo exige el desarrollo normativo de la libre circulación de los nacionales comunitarios¹. Debemos resaltar que la cuestión que nos ocupa queda condicionada por dos elementos, el concepto de *nacional extracomunitario* y el de *libre circulación*. El primero no plantea ningún problema, siendo todo aquel que no posee la nacionalidad de un Estado miembro. El segundo elemento, libertad de circulación aplicada a los nacionales de terceros Estados, debemos entender que comprende, en realidad, el derecho a desplazarse por el territorio comunitario por un tiempo determinado y no posibilita el ejercicio de otros derechos reconocibles, únicamente, a los nacionales comunitarios.

La integración de los nacionales de terceros Estados ha suscitado muchos debates en el seno de la Unión Europea –en adelante UE–. Quizás el momento crucial en el desarrollo de las políticas que están relacionadas con esta cuestión, fue la aprobación del Tratado de la Unión² y, dentro de este, la inclusión del Título específico dedicado a la cooperación en cuestiones de justicia e interior. En este marco, las instituciones europeas desarrollaron con otros Estados miembros –en adelante EEMM– algunos instrumentos de carácter intergubernamental, como

-
- 1 I. Lasagabaster, *Ciudadanía y Tratado de Schengen: Naturaleza jurídica de las disposiciones del comité ejecutivo*, 23 *Revista de instituciones europeas*, No.1, 33-64 (1996); V. Lecocq, *La Convention de Schengen*, 3 *Défense nationale*, 91-99 (1992); P. Deknop, *Schengen, mars 95: ébauche d'une libre circulation en Europe*, 397 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 282-286 (1996); y A. Ferrer, *Libre circulación de nacionales de terceros estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, 30 (Institut Universitari d'Estudis Europeus, Barcelona, 2001).
 - 2 Hacemos referencia al Tratado Maastricht, Diario Oficial N° C-191 de 29 de julio de 1992, que en su Artículo 2, párrafo 4, recogía el objetivo de “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.

los Acuerdos Schengen³, y aprobaron el Convenio de Dublín, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los EEMM⁴.

Es un hecho que Europa es receptora potencial de inmigrantes y a su vez lugar de residencia y trabajo de millones de nacionales de terceros Estados establecidos de forma legal. Estas personas se ven excluidas, al menos a título principal, de la política referida a la libre circulación de personas y de la condición de ciudadanos de la Unión por no ostentar la nacionalidad de un Estado miembro. Esto crea una discriminación real y fomenta grandes diferencias de estatus jurídico entre los nacionales de los EEMM y los de terceros Estados que residen en la UE.

La situación es aun más extrema para los nacionales de terceros Estados que se encuentran en el territorio de la UE de forma irregular, esto es, sin los permisos administrativos correspondientes que autorizan, según el caso, la entrada, residencia o el ejercicio de una actividad laboral. Cabe apuntar que la Comisión Europea ha admitido que la UE necesitará un número elevado de inmigrantes en los próximos años, principalmente a causa del descenso de la tasa de natalidad en los Estados miembros. Igualmente, la recepción de estos nacionales de terceros Estados contribuye al desarrollo de la UE en otros sentidos⁵. Es una constatación, tanto legal como práctica, que el nacional de un tercer Estado no se beneficia, al menos a título propio, de la libre circulación de personas reconocida como un derecho

3 Sobre los acuerdos, M.V. Cuartero, *Libre circulación de personas. Libre circulación de trabajadores*, en *Estudios de la Unión Europea*, 103-120 (L. Ortega & S. Sierra, Dir., Centro de Estudios Europeos, Toledo, 2011); J.M. Luque, *Schengen: un espacio de libertad, seguridad y justicia*, 21 *Revista de Derecho*, 139-149 (2004); y A. Miguel, *La armonización de las políticas europeas de inmigración y asilo*, 55 *Tiempo de paz*, 50-57 (1999).

4 A. Ferrer, *Libre circulación de nacionales de terceros estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, 29 (Institut Universitari d'Estudis Europeos, Barcelona, 2001).

5 *Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo* relativa a la movilidad en la Comunidad de los estudiantes, las personas en formación, los voluntarios, los profesores y los formadores, en *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* (10 de julio, 2001), L 215/30, I. "Es sabido que la movilidad transnacional de las personas contribuye al desarrollo de las diversas culturas nacionales, enriquece el bagaje cultural y profesional de los interesados y permite que el conjunto de la sociedad europea se beneficie de esos efectos. Estas experiencias resultan aún más necesarias ante las limitadas perspectivas de empleo en un mercado de trabajo que exige mayor flexibilidad y capacidad de adaptación a los cambios".

fundamental en el marco del ordenamiento comunitario. Tal situación comporta nefastas consecuencias para el nacional no comunitario, en especial para quien reside legalmente y de forma permanente en un Estado miembro de la UE.

A estas consideraciones se añade la valoración que de las cuestiones relativas a los flujos migratorios se realiza en Estados miembros, donde esta se equipara con cuestiones en materia de seguridad en cuanto al fenómeno de la inmigración ilegal, debido a la importancia e influencia de los flujos migratorios procedentes de Iberoamérica, norte de África y Europa del Este, en los ámbitos sociales, económicos e incluso políticos internos de los países receptores. En este sentido, la razón última por la que los Estados miembros han preferido cooperar en el ámbito intergubernamental y no en el comunitario podría tener su explicación en el hecho de que, bajo la apariencia de un objetivo de supresión de controles y el favorecimiento de la libre circulación de personas en el espacio sin fronteras interiores, se estaría buscando controlar de modo más férreo la entrada de nacionales de terceros Estados.

II. ENTRADA Y DESPLAZAMIENTO EN LA UNIÓN EUROPEA

Como punto de partida debe tenerse en cuenta que la entrada y el desplazamiento de los nacionales de terceros Estados en la UE vienen determinados por cuatro tipos de regulaciones paralelas: las normas de derecho comunitario originario y derivado; la normativa Schengen, encuadrada dentro del marco de la Unión; las normas establecidas sobre la base de la pura cooperación intergubernamental (por ejemplo, el Convenio de Dublín); y, finalmente, las normas nacionales sobre inmigración de cada Estado miembro.

En general, las disposiciones relativas al cruce de las fronteras exteriores de la UE van dirigidas a todas las personas, nacionales comunitarios o de terceros Estados, que entren o salgan del territorio de un Estado miembro a través de una frontera exterior. Sin embargo, sus principales destinatarios son los nacionales de

terceros Estados que quieren entrar y posteriormente circular por el territorio de la Unión. En este sentido, diferenciaremos de un lado a los nacionales extracomunitarios a los que se les reconoce el derecho a la libre circulación sobre la base de las normas de la UE, frente a aquellos que no se benefician de esta libertad y son nacionales de un tercer Estado con que la UE o un Estado miembro han celebrado un acuerdo internacional.

En la actualidad, documentos como el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo⁶ plantean la necesidad de una política de migración de nacionales de terceros Estados, que quieren entrar y circular por el territorio de la UE, basada en un procedimiento común de admisión aplicable a todos los eemm que otorgue un trato igualitario y justo. Como determinan todos los documentos de trabajo en esta cuestión, procedentes de las instituciones comunitarias, uno de los retos más importantes a que se enfrenta la Unión de cara al futuro es la necesidad de solucionar el problema de la baja cantidad de personas que por su edad laboral deberán cubrir las necesidades sociales de la futura Europa. En este mismo sentido, se considera la necesidad de que la UE cuente con normas comunes y eficientes de asilo y refugio para la protección de los nacionales de terceros Estados que se encuentren en tales circunstancias.

La creación del espacio Schengen ha sido uno de los pilares más importantes de la UE en lo referido a entrada, salida y movimiento de nacionales de terceros Estados, convirtiendo en un ejemplo al territorio afectado por el conjunto de normas que lo integran y desarrollan. Es evidente que mantenerlo y adaptarlo cada día a las nuevas circunstancias y realidades, está requiriendo el desarrollo de nuevas medidas que refuercen y perfeccionen la frontera Schengen, y que respeten, en todo caso, los derechos de los ciudadanos extracomunitarios. En este sentido, la Unión debe gestionar de manera coherente y justa la migración de personas que quieran desplazarse de manera legal por el territorio

6 Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (24 de septiembre, 2008) y todos los documentos de seguimiento. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf>.

de la UE o establecerse en este si tienen derecho a ello, y evitar, eso sí, la entrada de aquellos nacionales de terceros Estados que incumplan las normas referidas a este ámbito, ya que esto contribuye, mal que nos pese, a mantener un nivel de seguridad. Por supuesto, la gestión de esta política de migración debe ser responsabilidad de cada uno de los Estados, puesto que son estos los que gestionan sus fronteras exteriores, considerando que su actuación, en este aspecto, es comunitaria y no particular, sin olvidar aquí las grandes diferencias entre los eemm respecto a su posición geográfica y la cercanía que pueden tener con fronteras de terceros Estados origen de grandes flujos migratorios.

En este contexto no cabe duda de que el éxito y la ordenación de una política de migración común, que proporcionaría gran seguridad jurídica a los nacionales de terceros Estados que quisiesen entrar o moverse en la UE, debe basarse en el control de la inmigración irregular. El territorio comunitario presenta bastantes obstáculos que impiden lograr un fin como el expuesto. Las pocas posibilidades de retorno de ilegales⁷ junto con la existencia de un mercado de trabajo irregular⁸, obstaculizan la creación de una política de migración basada en principios justos.

La solución estaría en el establecimiento de un sistema y unas normas de entrada y salida únicos, con independencia del Estado por el que se llegase a la UE, que garantizaría el buen funcionamiento y la seguridad en lo que a entrada de nacionales de terceros Estados se refiere. Sin embargo, y a pesar de la existencia de normas que unifican determinadas cuestiones, los requisitos para la entrada en el territorio de cada EEMM parten de una regla no escrita pero que se antoja relevante: solo los nacionales de un país tienen reconocido el derecho a entrar en su país⁹. Por tanto, cada Estado, en principio, debe tener competencia para decidir cuáles personas pueden entrar en su territorio y en qué condiciones; no obstante, una vez que existe el denominado *territorio*

7 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (16 de diciembre, 2008), relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, cuyo plazo expiró en 2010.

8 Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo (18 de junio, 2009).

9 Artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Schengen debemos reconocer que la estancia de un no *européo* es susceptible de afectar a los intereses de los demás EEMM; esto debería condicionar la autonomía de los legisladores estatales a la hora de determinar el acceso de los nacionales de terceros Estados a través de la frontera exterior. Al respecto, cada Estado de la Unión tiene sus propias normas sobre entrada y salida, con los requisitos¹⁰ que el nacional de un Estado no miembro debe cumplir para poder atravesar su frontera; habitualmente, se exceptúa de tales requisitos a quienes soliciten acogerse al derecho de asilo y a aquellos que, por razones de índole humanitaria, interés público o por acuerdos internacionales, estén eximidos.

Debemos destacar que los mencionados requisitos pueden variar en cuanto a sistematización o interpretación de un Estado miembro a otro; sin embargo, todas las regulaciones nacionales coinciden en la necesidad del visado. La expedición de visados presenta, como nota más significativa, la sujeción en su concesión o denegación a los principios y normas de la UE y, de los compromisos internacionales suscritos por cada Estado. En este sentido, la política común de visados, reforzada por un Código de Visados, en vigor desde el 5 de abril de 2010¹¹, constituye el instrumento vertebrador de la política de movilidad de nacionales de terceros Estados que se establecen en la Unión. Debemos destacar que la UE ha celebrado acuerdos relativos a la emisión de visados y, en algunos casos, ha suprimido su necesidad para la entrada de ciudadanos de determinados países terceros¹², si

10 En el caso de España, por ejemplo, la Ley de Extranjería establece la necesidad de: entrar por los puestos habilitados al efecto; hallarse provisto de pasaporte o documento acreditativo de la personalidad, según los convenios internacionales suscritos por España; no estar en incurso en causa de prohibición; tener medios de vida suficientes para el tiempo que se pretenda estar en España; presentar los documentos que acrediten reglamentariamente el objeto y las condiciones de estancia y obtener un visado.

11 Reglamento [CE] 810/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo (13 de julio, 2009), por el que se establece un código comunitario sobre visados. El Código de Visados reúne en un documento único todas las disposiciones jurídicas que regulan las decisiones sobre este tema. Incrementa la transparencia, desarrolla la seguridad jurídica y garantiza la igualdad de trato de los solicitantes, al mismo tiempo que armoniza las normas y prácticas para los Estados Schengen (22 Estados miembros y 3 Estados asociados) que aplican la política común de visados.

12 Reglamento 539/2001 del Consejo (15 de marzo, 2001), por el que se establece 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

bien se ha dotado para estos supuestos de un sistema de protección que, basado en la restauración de la situación anterior, le permita volver a solicitar el visado a los nacionales de esos terceros Estados.

Respecto al desplazamiento dentro de las fronteras interiores de la UE, la única regulación que prevé la libre circulación de los nacionales de terceros Estados, con la condición temporal de tres meses, se enmarca en la cooperación intergubernamental plasmada en los instrumentos Schengen. En estos supuestos deberíamos hablar de “*derecho a viajar*” en vez de libre circulación, salvo que se trate de circunstancias particulares como, por ejemplo, ser el cónyuge de un nacional comunitario, eso sí, con el límite temporal mencionado. En relación con el desplazamiento de nacionales de terceros estados, con independencia de la nacionalidad que posean, los miembros de la familia del nacional de un Estado miembro, o de un tercer Estado con permiso de residencia permanente que ejerce la libre circulación, tienen este derecho únicamente cuando acompañan y previo visado para entrar en el Estado miembro de destino, con la excepción de los nacionales de Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo –en adelante EEE–, a quienes se les aplican las mismas reglas que a un comunitario.

En relación con el espacio Schengen y las condiciones para el libre desplazamiento o la corta estancia, podemos diferenciar cuatro situaciones: la referida a los nacionales de terceros Estados titulares de un visado uniforme, que pueden desplazarse solo durante el plazo que les permita el visado¹³; el supuesto de los nacionales de terceros Estados no sujetos a la condición de visado, que pueden desplazarse por el espacio Schengen hasta tres meses en un período de seis meses a partir de la fecha de entrada¹⁴; la situación de los nacionales de terceros Estados titulares de un permiso de residencia o de una autorización provisional de residencia expedida por una de la partes, que podrán

obligación.

13 Artículos 19.1 y 19. 2 del Convenio de Schengen.

14 Convenio de Schengen, Artículo 20.1.

circular libremente durante un período no superior a tres meses¹⁵. Por último, todos los nacionales de terceros Estados que lleven a cabo el derecho de desplazamiento o corta estancia a través del espacio Schengen deben cumplir los requisitos recogidos en el Artículo 5.1 del Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras¹⁶.

III. DERECHO A LA FAMILIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

A. Introducción

El derecho de la UE se ha ocupado en buena medida de la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en las disposiciones relativas a la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios¹⁷. Este principio, que se encontraba ya en los planteamientos originarios¹⁸, aparece como uno de los pilares básicos de la construcción europea y supone uno de los grandes retos de la Unión en el siglo XXI. Con base en esto, un ciudadano de la Unión que ejerce su derecho a la libre circulación, ya sea para realizar una actividad como asalariado o por cuenta propia, y aun después del cese de esa actividad, puede

15 Convenio de Schengen, artículos 29.1 y 21.2.

16 Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), L 105/1 (13 de abril, 2006).

17 Ver en general, J.J. González, *Extranjería y libre circulación de personas* (Comares, Granada, 1995); P. Jiménez de Parga, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria* (Tecnos, Madrid, 1994); D. Hanf & R. Muñoz (ed.), *La libre circulación des personnes. Etats des lieux et perspectives* (P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2007); I. Lirola, *Libre circulación de personas y Unión Europea* (Civitas, Madrid, 1994).

18 Ver sobre esta cuestión, V. Abellán & B. Vilà (dir.), *Lecciones de derecho comunitario europeo*, (6ª Ed., Ariel, Barcelona, 2011); F. Aldecoa, *La integración europea: análisis histórico-institucional con textos y documentos* (Tecnos, Madrid, 2002); J. B. Duroselle, *Historia de los europeos* (Aguilar, Madrid, 1990); A. Mangas Martín & D. J. Liñán Noguera, *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (6ª Ed. Tecnos, Madrid, 2010); S. Piedrafitá, F. Steinberg y J. I. Torreblanca, *20 años de España en la Unión Europea (1986-2006)* (Real Instituto Elcano, Parlamento Europeo, Madrid, 2006).

hacerse acompañar de su familia¹⁹ sin que la nacionalidad de sus integrantes interfiera con la aplicación de su derecho a la libre circulación. Para el derecho comunitario las condiciones de integración de la familia constituyen un requisito previo para el ejercicio de la libre circulación en condiciones de libertad e igualdad. Así lo ha precisado el Tribunal de Justicia en varios asuntos en que ha realizado una interpretación protectora de la familia y tomado en consideración los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH– en aplicación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁰, en adelante CEDH.

Esto nos lleva a recordar que a partir del Tratado de Ámsterdam²¹ el proceso de integración europea se ha ocupado de materias sensibles a los derechos humanos como asilo, inmigración, visados y otras cuestiones relacionadas con el ejercicio de la libre circulación de personas, así como de la cooperación policial y judicial en materia penal. En la esfera del derecho comunitario de la inmigración no se asegura a los residentes extracomunitarios ni a los miembros de su familia un trato en igualdad al dispensado a nacionales de la UE y a sus familiares en el plano de la libre circulación de personas, lo que no supone ausencia de protección²², sino la existencia de un modelo específico. En este sentido, el Tratado de Ámsterdam posibilitó la elaboración de la Directiva 86/2003, de 22 de septiembre, sobre derecho a la reagrupación familiar, que transpuesta ya en los ordenamientos jurídicos internos, aunque en algunos con bastante retraso,

19 S. Sanz, *La familia en perspectiva internacional y europea*, 137-138 (Tirant lo Blanch, Valencia, 2006).

20 Resolución de 5 de abril de 1999 [Secretaría General Técnica] por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el Protocolo No. 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. 108 BOE, 6 de mayo de 1999. Ver aquí, P. Jiménez, *Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea*, 2 *La Ley*, 1762 (2003).

21 Tratado de Ámsterdam, DOUE N° C-340 (10 de noviembre, 1997).

22 Ver M. Vargas, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, 87 (Aranzadi, Pamplona, 2006).

ha establecido un régimen uniforme y privilegiado de entrada y permanencia de los familiares de los nacionales de terceros Estados residentes legales en territorio comunitario.

Una de las características de la protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario es la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –en adelante TJCE– que, sin atribuir un efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario a las disposiciones de los tratados de protección internacional de derechos humanos de los que son parte los EEMM, considera que estos tratados, junto con las tradiciones jurídicas y constitucionales de los Estados miembros, determinan el contenido de los principios generales del Derecho Comunitario.

B. El Artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Proclamada en diciembre de 2000 por el Consejo, el Parlamento y la Comisión de las Comunidades Europeas, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²³, hace referencia al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH. En su Preámbulo determina que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación por el derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los EEMM, en particular el CEDH, así como las constituciones de los Estados miembros.

En este sentido, el Artículo 7 de la Carta regula el derecho de toda persona a su vida privada y familiar, de su domicilio

23 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE N° C 389 (30 de marzo, 2010). Ver F.C. Mayer, *La charte européenne des droits fondamentaux et la constitution européenne*, 39 *Revue Trimestrielle du Droit européenne*, 175-196, 190 y 195 (2003). El autor aclara que, en relación con la Carta es una protección en el interior del sistema de la UE. También constata que la gran mayoría de juristas de derecho comunitario y derecho constitucional la consideran como un verdadero texto constitucional o cuasi constitucional.

y de sus comunicaciones. De conformidad con lo expuesto por la Comisión de Libertades y Derechos de los ciudadanos del Parlamento Europeo, el ámbito de este precepto se corresponde con el del derecho garantizado en el Artículo 8 del CEDH, con el alcance dado por el Tribunal de Estrasburgo. Las aclaraciones que acompañan a la Carta afirman que los límites permitidos al derecho de la vida privada y familiar, según el Artículo 8.2 del CEDH, son de aplicación al derecho reconocido en el Artículo 7 de la Carta. Así, las mencionadas aclaraciones toman como referencia numerosas sentencias del TEDH²⁴ relativas al alcance de la noción *vida en familia* contenida en el Artículo 8 del CEDH.

C. La jurisprudencia del TJCE en materia de derecho de familia y su repercusión en la libre circulación de personas

Es preciso recordar que tanto la libre circulación como el derecho de residencia en un Estado miembro distinto de la nacionalidad, forman parte del estatuto de la ciudadanía reconocido en el Artículo 21 del TFUE (antiguo Artículo 18 del TCE). Al respecto, el TJCE ha interpretado que los ciudadanos de la UE quedan excluidos de la aplicación de las normas de extranjería nacionales²⁵ lo que evita cualquier discriminación que, en base a estas, pudiesen sufrir dentro del territorio de un Estado miembro distinto al de su nacionalidad. De este modo, se crea en ese estado un estatus especial, el de “*extranjero comunitario*”.

El derecho a la libre circulación es reconocido, por tanto, a los nacionales de un Estado miembro y, por consiguiente, ampliado a sus familiares con independencia de su nacionalidad. El Artículo 21 del TFUE supone la confirmación de la independencia

24 Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. The United Kingdom, 15/1983/71/107-109 [TEDH] (28 de mayo, 1985/8) (21 de diciembre, 2001); y en relación con esta cuestión, I. Arriaga, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, 273 (Eunsa, Pamplona, 2003), donde se considera que ese es el resultado alcanzado por la jurisprudencia del TEDH: “*El reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar se hace posible siendo innecesaria, por tanto, la elaboración de un nuevo artículo que reconozca este derecho*”.

25 TJCE. Sentencia Asunto C-413/1999. Baumbast, R. vs. Secretary of State for the Home Department. (17 de septiembre, 2002).

y autonomía del derecho a la circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el territorio comunitario, respecto del ejercicio de las libertades económicas. Así lo confirma el TJCE al reconocer la eficacia directa de esta norma, que no implica que se trate de un derecho ilimitado e incondicional, pues las legislaciones nacionales pueden establecer ciertas condiciones a los ciudadanos comunitarios que pretenden establecerse en su territorio. Estos requisitos son la suficiencia de recursos económicos y un seguro de enfermedad para ellos y los integrantes de sus familias. De este modo, cualquier limitación adicional o desproporcionada se considerará contraria al derecho de la libre circulación²⁶.

En este punto, debemos destacar que con frecuencia se ha producido una interacción de las legislaciones nacionales de extranjería con el derecho a la libre circulación de personas derivado de la ciudadanía de la Unión. Esta interacción es el resultado de una incorrecta transposición de las directivas comunitarias al derecho interno, como ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia de 14 de abril de 2005 en el Asunto C-157/03²⁷, o bien porque los Estados miembros aplican de forma directa sus normas generales de extranjería, sin tener en cuenta la incidencia que, en el supuesto concreto, pueda tener el derecho comunitario sobre sus leyes internas de extranjería. En este sentido, el TJCE examinó ambos aspectos en dos decisiones de relevancia, Asuntos MRAX y Akrich, en las que, a la sola luz del derecho comunitario, ha impedido la aplicación de las normas nacionales sobre entrada y residencia de los extranjeros y ha recordado que cuando la vida en familia esté comprometida será aplicable el CEDH tal y como ha sido interpretado por el TEDH.

La primera sentencia que nos interesa fue dictada en el Asunto MRAX²⁸. El TJCE respondía a varias cuestiones prejudiciales

26 P. Juárez, *Nacionalidad estatal y ciudadana europea*, 43 (Marcial Pons, Madrid, 1998).

27 TJCE. Sentencia Asunto C-157/03. Comisión vs. Reino Unido (14 de abril, 2005), que declaró el incumplimiento por parte de España de las obligaciones que se derivan de diversas directivas comunitarias relativas a la libre circulación de personas.

28 TJCE. Sentencia Asunto C-459/99. Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Xenophobie vs. ASBL (MRAX vs. État Belge) (25 de julio, 2002).

formuladas por el Consejo de Estado Belga, que examinaba la legalidad de una circular del Gobierno en relación con determinados visados de reagrupación familiar. Eran aplicables las Directivas 360/68 y 148/73, así como el Reglamento 2317/95. De esta sentencia interesa destacar tres aspectos: la denegación de entrada en frontera, la proporcionalidad de la sanción y la expedición del permiso de residencia. El Tribunal explicó, en relación con el primer aspecto, que los artículos 3 de la Directiva 360/68 y 3 de la Directiva 148/73, así como el Reglamento 2317/95, considerados a la luz del principio de proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o en, su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal; esto, si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representan un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 360/68 y 8 de la Directiva 148/73.

En relación con el segundo aspecto, según la proporcionalidad de la sanción impuesta, la Sentencia afirma también que los artículos 10 de la Directiva 360/68 y 8 de la Directiva 148/73 no excluyen que el Estado miembro pueda establecer excepciones a estas directivas por motivos de orden público, de seguridad pública o de salud pública, al tiempo que el Artículo 3, apartado 1, de la Directiva 221/64 establece que las medidas de orden público o de seguridad pública deben basarse, de modo exclusivo, en el comportamiento personal del individuo al que se aplican. Sin embargo, el incumplimiento de las formalidades legales sobre el acceso, el desplazamiento y las residencias de extranjeros no puede dar lugar, por sí mismo, a la aplicación de las medidas a que se refiere el Artículo 3 de la Directiva 221/64. En cuanto a la tercera cuestión relacionada con el permiso de residencia, el Tribunal interpretó que, en el caso de un nacional no comunitario sujeto a la obligación de poseer un visado, la expedición de un

permiso de residencia a su favor no puede quedar supeditada al requisito de que el visado siga siendo válido. Esta conclusión se impone con mayor razón si se tiene en cuenta que, como declaró el TJCE los apartados 22 y 23 de la Sentencia Giagounidis²⁹, los Estados miembros están obligados, según el Artículo 1 de la Directiva 360/68, a conceder el derecho de permanecer en su territorio a los trabajadores que puedan presentar una tarjeta de identidad o un pasaporte válido, con independencia del documento al amparo del cual hayan entrado en el territorio de estos Estados miembros.

En el régimen comunitario, aunque el cónyuge sea nacional de un país tercero, los Estados miembros no podrán impedir la entrada en frontera pese a no poseer un visado, un pasaporte válido o un documento de identidad si se puede probar el vínculo conyugal y la identidad por otro medio; es desproporcionado sancionar con la prohibición de entrada, de desplazamiento o de residencia, un incumplimiento de las formalidades legales. Finalmente, la expedición del permiso de residencia a su favor no puede quedar supeditada al requisito de que el visado siga siendo válido.

La segunda sentencia de interés es la emitida por el TJCE en el Asunto C-109/01 (*Secretary of State for the Home Department vs. Hacene Akrich*), de 23 de septiembre de 2003. El Tribunal examinó el problema planteado por la *Secretary of State for the Home Department* del Reino Unido en relación con un ciudadano marroquí casado con una ciudadana británica residente en Dublín, que deseaba regresar al Reino Unido de donde había sido expulsado³⁰. Es preciso señalar que el Tribunal tomó en cuenta y precisó la doctrina sentada en una sentencia anterior, de 7 de julio de 1992, en el Asunto *Surinder Singh*³¹, planteado por la *High Court of Justice (Queen's Bench Division)* en el

29 TJCE. Sentencia Asunto C-376/89 . *Giagounidis vs. Ayuntamiento de la ciudad de Reutlingen* (5 de marzo, 1991).

30 TJCE. Sentencia Asunto C-109/01. *Secretary of State for the Home Department vs. Hacene Akrich* (23 de septiembre, 2003).

31 TJCE. Sentencia Asunto C-370/90. *The Queen vs. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh ex Secretary of State for the Home Department* (7 de julio, 1992).

marco de un litigio entre el señor Singh, de nacionalidad india y la Secretary of State for the Home Department, que decidió expulsarlo del territorio británico. Se daba la circunstancia de que el señor Singh había trabajado en Alemania por cuenta ajena, y a finales de 1985 regresó al Reino Unido para ejercer allí una actividad comercial³². En esta sentencia el TJCE analizó el alcance de la supresión de los controles de desplazamiento y estancia dentro de la Comunidad y determinó que las disposiciones del Artículo 52 del Tratado CEE y de la Directiva 148/73/CEE del Consejo, del 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad de los nacionales de los Estados miembros, en materia de establecimiento y de prestación de servicios, debían interpretarse en el sentido de que obligan a un Estado miembro a autorizar la entrada y la residencia en su territorio del cónyuge, sea cual fuere su nacionalidad, del nacional del Estado que se desplaza con dicho cónyuge al territorio de otro Estado miembro para ejercer en este una actividad por cuenta ajena, como determina el Artículo 48 del Tratado, y que regresa para establecerse, en el sentido del Artículo 52 del Tratado, en el territorio del Estado cuya nacionalidad posee. El cónyuge debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el derecho comunitario si su esposo o esposa entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro.

En el Asunto de Akrich el problema se plantea en relación con la situación de irregularidad del interesado y los posibles abusos que suponen los matrimonios de conveniencia. A la vista de este caso, el TJCE dio respuesta a varias cuestiones. La primera fue que cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un nacional de un país no comunitario con derecho a residir en ese Estado, se traslada a otro para ejercer un trabajo por cuenta ajena, este traslado no debe traducirse en la pérdida de la posibilidad de vivir juntos

32 A. Tryfonidou, *Family reunification of (migrant) Union citizens: Towards a more liberal approach*, 15 *European Law Journal*, 634-653(2009).

legalmente, ya que el Artículo 10 del Reglamento 1612/68 concede al cónyuge el derecho a instalarse en ese otro Estado miembro.

Por el contrario, cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado de la UE, casado con un nacional de un país tercero sin derecho a residir en ese Estado, se traslada a otro Estado miembro para ejercer un trabajo, no se le puede aplicar el citado Artículo 10 del Reglamento 1612/68, pero tampoco se le puede dar un trato menos favorable que el que se le dispensaba antes de que el ciudadano de la Unión hiciera uso de las facilidades que le ofrece el Tratado, en materia de circulación de personas.

En igual situación se encuentra el ciudadano de la Unión que casado con un nacional de un país tercero, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en este un trabajo por cuenta ajena. Si el cónyuge dispone de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, se aplica el Artículo 10 del Reglamento 1612/68, a fin de no disuadir al ciudadano de la Unión de que ejerza su libertad de circulación y regrese al Estado miembro del que es nacional. Si el cónyuge no dispone del citado derecho de residencia en otro Estado miembro, el ciudadano comunitario no debe renunciar a instalarse en su Estado de origen y ejercitar los derechos que, en este sentido, le eran reconocidos antes de la aplicación del Artículo 10 del Reglamento.

Por consiguiente, el TJCE termina recordando que en este tipo de asuntos sería aplicable el CEDH tal y como ha sido interpretado por el TEDH, y a estos efectos declaró que cuando el matrimonio es auténtico y, en la fecha de regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro del que es nacional, su cónyuge, nacional de un país tercero y con el que convivía en el Estado miembro que abandona, no residen legalmente en el territorio de un Estado miembro, debe tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, como lo señala el Artículo 8 del CEDH.

Más reciente es la sentencia del TJCE (Gran Sala), de 25 de julio de 2008, en el Asunto C-127/08 que tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al Artículo 234 CE, por la High Court (Irlanda) en la que el TJCE consideró que, si bien en sentencia *Akrich*, antes examinada, se llegó a la

conclusión de que para disfrutar de los derechos establecidos en el Artículo 10 del Reglamento 1612/68, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir de forma legal en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra el ciudadano comunitario, esta interpretación debía ser reconsiderada: el disfrute de tales derechos no puede depender de una residencia legal previa del cónyuge en otro Estado miembro.

En este sentido, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, se opone a la normativa de un Estado miembro que exija al nacional de un país tercero, 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 para ampararse en las disposiciones de esa Directiva. Así, del Artículo 3.1 de la Directiva 2004/38 debe interpretarse que el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, que acompaña a ese ciudadano de la Unión o se reúne con este puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, con independencia del lugar o del momento en que hayan contraído matrimonio, o de las circunstancias en que ese ciudadano extracomunitario haya entrado en el Estado miembro de acogida.

Estas sentencias del TJCE son un claro ejemplo de la incidencia del derecho comunitario sobre el derecho de extranjería de los Estados miembros y de la interacción del derecho internacional de los derechos humanos, tanto sobre el derecho comunitario como sobre la legislación estatal interna, siempre que se trate de ponderar el respeto a la vida familiar en las solicitudes de entrada y residencia de los miembros de la familia. Así, en la Sentencia Akrich se ponían en tela de juicio las consecuencias de la libre circulación en relación con la aplicación de los derechos nacionales de extranjería. Para el TJCE no parece posible

supeditar el régimen comunitario a una determinada política de control migratorio, al menos cuando se trata de regresar al Estado miembro del nacional comunitario para ejercer allí un trabajo por cuenta ajena. En todo caso, según se establece en el asunto *Akrich*, las autoridades competentes de primer Estado miembro, al apreciar la solicitud del cónyuge de entrar y residir en su territorio, deberán tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, de acuerdo con el Artículo 8 del Convenio, siempre que el matrimonio sea auténtico.

IV. MODELOS DE RESIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

A. Introducción

Con la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, referente 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, se refunden todas las medidas dispersas en diferentes normas que han venido regulando esta materia. La norma modifica el Reglamento 1612/68 y deroga las directivas³³ que, hasta ese momento, componían un difícil entramado normativo. El objeto de la nueva norma, no es sino facilitar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, y reducir a lo estrictamente necesario los trámites administrativos; también, busca ofrecer una mejor definición del estatuto de los miembros de la familia, que limite la posibilidad de denegar o poner fin a la residencia, e introducir un nuevo derecho de residencia permanente. Este planteamiento normativo beneficia no solo a los ciudadanos, sino también a las administraciones nacionales en la aplicación de sus derechos. El texto comunitario regula tres tipos de residencia y circulación,

33 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

además, determina los supuestos y requisitos³⁴ organizados con base en su duración.

Es importante destacar aquí que la Directiva, al regular el derecho de residencia de familiares de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, ha tomado en cuenta la jurisprudencia del TJCE³⁵ que había interpretado las diferentes nociones contenidas en el Artículo 10 del Reglamento 1612/68 y referidas a los conceptos de cónyuge, hijo a cargo y ascendiente. Estos conceptos gozan, pues, de una interpretación automática en el ámbito del derecho comunitario, esto es, no diferida de cada uno de los ordenamientos nacionales. Ahora bien, no es que el TJCE haya precisado el contenido de las nociones, sino que se limita a diseñar sus contornos jurídicos e indicar unas pautas de actuación. Por ejemplo, en el caso del cónyuge, y en interpretación del Reglamento 1612/68, el Tribunal ha entendido que no es el compañero sino la persona casada, lo cual implica un matrimonio válido, a lo que añadió que ha de tratarse de un matrimonio actual, esto es, no disuelto por autoridad competente³⁶.

B. Modelos de residencia en la Directiva 2004/38/CE

Como se acaba de señalar, la Directiva 2004/38/CE establece los modelos de circulación y residencia en el territorio de la UE. En cualquiera de los casos, la norma establece que todos los ciudadanos de la Unión Europea que sean titulares del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente, así como los miembros de su familia, gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado receptor en el ámbito de aplicación del Tratado. En relación con este derecho, se matiza que el Es-

34 Ver en general sobre la Directiva, A. Pérez, *La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE*, en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, 113-160 (J. Martínez, Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008).

35 TJCE. Sentencia Asunto C-59/85. Reed vs. Países Bajos (17 de abril, 1986) y [TJCE] Sentencia Asunto C-249/96. Lisa Grant vs. South West Trains Ltd. (17 de febrero, 1998).

36 TJCE. Sentencia Asunto C-267/83. Diatta vs. Land Berlin (13 de febrero, 1983).

tado de residencia no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia a las personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los miembros de su familia.

1. Derecho de circulación y de residencia de hasta tres meses

Según establece el Artículo 6 de la Directiva todo ciudadano de la Unión Europea que disponga de un documento de identidad o de un pasaporte válido tiene derecho a desplazarse a otro Estado miembro sin que las autoridades del Estado receptor, puedan exigirle un visado de entrada ni de salida. En este aspecto, si el ciudadano en cuestión no dispone de documento de viaje, dicho Estado le proporcionará todos los medios para que pueda obtener los documentos requeridos. Este derecho se extiende a los familiares que acompañan al ciudadano cuando no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro. Estos últimos solo podrán estar sujetos a la obligación de obtener un visado para residencia de breve duración, según lo dispuesto en el Reglamento 539/2001, de esta manera, la tarjeta de residente se considerará equivalente al visado para residencia de breve duración. Por tanto, para residencias cuya duración sea inferior a tres meses, la única formalidad que se requiere de un ciudadano de la Unión es estar en posesión de un documento de identidad o de un pasaporte válidos. El Estado miembro anfitrión podrá pedir al interesado que dé parte de su presencia en su territorio en un plazo razonable y no discriminatorio.

2. Derecho de residencia de duración superior a tres meses

El Artículo 7 regula el derecho de residencia por un período superior a tres meses y establece como condiciones para este que el sujeto ejerza una actividad económica por cuenta ajena o propia, o bien disponer de recursos suficientes y tener un seguro de enfermedad que evite carga económica durante su período de residencia en el país receptor. Respecto a esta última

posibilidad, los Estados miembros no podrán fijar el importe de los recursos que consideren suficientes, sino que deberán tener en cuenta la situación personal del interesado.

Dentro de esta modalidad de residencia el apartado c) del Artículo 7.1 de la Directiva regula la residencia por estudios. Esta norma determina que podrá residir por un periodo superior a tres meses todo sujeto que, siendo estudiante en un Centro público o privado del Estado receptor, disponga de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad para no convertirse en una carga para el Estado anfitrión durante su periodo de residencia. El apartado d) del precepto incluye en el supuesto del derecho de residencia superior a tres meses, a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que cumpla las condiciones del Artículo 7.1. a) b) y c).

La Directiva suprime la necesidad de tener un permiso de residencia para los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, el Artículo 8 determina que los Estados miembros podrán pedir al interesado que se registre ante las autoridades competentes en un plazo no inferior a los tres meses a partir de su llegada. La prueba de tal registro en el país anfitrión será un certificado que se expedirá con carácter inmediato, previa presentación de la documentación que determina el Artículo 8.5 de la norma: un documento de identidad o un pasaporte válidos y una prueba de que cumple los requisitos de los apartados a) y b) del Artículo 7.1 de la Directiva, a saber, ejercer una actividad económica por cuenta ajena o propia, o disponer de recursos suficientes y tener un seguro de enfermedad³⁷. A los ciudadanos de la Unión que ejerciten el derecho de acuerdo con la norma del 7.1 c), cursar estudios, les bastará con demostrar mediante una declaración, o cualquier otro medio a elección suya, que disponen de recursos suficientes para sí y su familia, es decir, que no suponen una carga para el Estado miembro donde se instalan.

37 A. Pérez, *La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE*, en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, 125 (J. Martínez, Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008).

El Artículo 7.2 regula el supuesto de los integrantes de la familia de un ciudadano de la Unión que no tienen la nacionalidad de ningún Estado miembro. En este caso, estos familiares deberán solicitar un permiso de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión, que tendrá una validez de cinco años desde su expedición. En determinadas condiciones, como establecen los artículos 12 y 13 de la Directiva, ni el fallecimiento, ni la salida del territorio del Estado miembro anfitrión del ciudadano de la Unión, ni el divorcio, ni la anulación del matrimonio, ni el fin de la unión registrada afectan al derecho de residencia de los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro.

3. Derecho de residencia permanente

El Capítulo IV de la Directiva regula, en los artículos 16 a 21, la residencia permanente. Sobre esto la norma establece que todo ciudadano de la Unión, tras haber residido de forma legal en el Estado miembro anfitrión durante un período continuado de cinco años, obtiene el derecho de residencia permanente en ese Estado, a condición de que no haya sido objeto de ninguna medida de expulsión.

Este derecho deja de estar sujeto a cualquier tipo de condición. Importante resulta el hecho de que la Directiva extienda el derecho en iguales condiciones a los familiares que no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro y que hayan residido durante cinco años con un ciudadano de la Unión (Artículo 16.2). Una vez obtenida la residencia permanente, el derecho solo puede perderse en caso de una ausencia del Estado miembro anfitrión superior a dos años consecutivos. En este sentido, la continuidad de la residencia no se verá afectada por ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año, ni de mayor duración si se deben al cumplimiento de obligaciones militares, ni si son superiores a doce meses consecutivos por motivos como el embarazo, parto, enfermedad grave, realiza-

ción de estudios o traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro, o a un tercer país como determina el Artículo 16.3.

El Artículo 17 establece una serie de excepciones por las que, aun sin cumplir las condiciones establecidas en la norma general del Artículo 16, un sujeto podrá ejercitar el derecho de residencia permanente con anterioridad a un periodo de residencia de cinco años. Las excepciones serán las del trabajador por cuenta propia o ajena que, en el momento de cesar su actividad, haya alcanzado la edad prevista por la legislación de este Estado miembro para adquirir el derecho a una pensión de jubilación o el trabajador por cuenta ajena que deje de ocupar la actividad remunerada con motivo de una jubilación anticipada, cuando haya ejercido su actividad en ese Estado miembro durante al menos los últimos doce meses, y haya residido en este de forma continuada durante más de tres años.

En segundo lugar, el trabajador que, habiendo residido de forma continuada en el Estado miembro de acogida durante más de dos años, cese en su trabajo por una incapacidad laboral permanente. Y en tercer lugar, cuando el trabajador, después de tres años consecutivos de actividad y residencia en el Estado miembro anfitrión, ejerza una actividad por cuenta propia o ajena en otro Estado miembro, pero conserve su residencia en el Estado miembro de acogida, al que regresa a diario o al menos una vez por semana.

Finalmente, el Artículo 19 establece que a los ciudadanos de la Unión que lo soliciten les será expedido, a la mayor brevedad posible, un documento que certificará su derecho de residencia permanente. Los integrantes de su familia que sean ciudadanos de terceros países obtendrán también de los Estados miembros un permiso de residencia permanente de duración ilimitada y automáticamente renovable cada diez años. Este permiso se expedirá en un plazo de seis meses a partir de la presentación de la solicitud. La continuidad de la residencia podrá acreditarse con cualquier medio de prueba usual en el Estado miembro anfitrión.

C. La residencia en el marco de los acuerdos celebrados con terceros Estados

Debemos destacar que, salvo en el caso de los nacionales de Estados parte del Acuerdo EEE, que se benefician del derecho de residencia en igualdad con los nacionales de los Estados miembros, ningún otro acuerdo llevado a cabo por la Unión o cualquiera de los EEMM con terceros Estados establece derechos de circulación y residencia dentro del territorio de la UE³⁸.

En el marco de los acuerdos europeos, la residencia se confiere al nacional que haya sido previamente contratado para realizar un trabajo por cuenta ajena o vaya establecerse en uno de los Estados miembros. Se presume, en aplicación del criterio general del derecho comunitario por el que cualquier derecho de los familiares es de carácter derivado, que el derecho a residir del cónyuge e hijos del titular del derecho, como únicos familiares autorizados a reunirse con este, estaría sometido a la duración del derecho de residencia de este último. En este ámbito también deberán tenerse en cuenta las normas del Convenio Schengen que regulan la entrada a las personas por las fronteras exteriores de la UE y la legislación comunitaria que haya sobre la materia.

V. LIMITACIONES DEL DERECHO DE ENTRADA Y DE RESIDENCIA POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD PÚBLICA O SANIDAD

El Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE regula los supuestos en que la circulación y residencia puede quedar limitada, así como la posibilidad de expulsión. El principio general aparece

38 Ver en esta cuestión, A. Ferrer, *Libre circulación de nacionales de terceros estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, 67 (Institut Universitari d'Estudis Europeus, Barcelona, 2001). "Dada la recepción por parte de los Estados del EEE de todas las normas de Derecho derivado comunitario y su interpretación por parte del TJCE, con solo algunas excepciones puntuales y que se recogen en los Anexos del Tratado de EEE, las condiciones de ejercicio del derecho de residencia de los nacionales del EEE en un Estado miembro de la UE serán las mismas que las atribuidas a los nacionales comunitarios, en particular por el Reglamento 1612/68 y la Directiva 2004/38/CE".

recogido en el Artículo 27, según el cual, todo ciudadano de la Unión o miembro de su familia puede ser expulsado del territorio del Estado comunitario anfitrión por razones de orden público³⁹, seguridad o sanidad sin que, en ningún caso, pueda tomarse tal decisión fundamentada en razones económicas, y como expone el Artículo 27.2 de la Directiva, respetando en estos supuestos el principio de proporcionalidad, basándose, exclusivamente, en el hecho de que la conducta personal del interesado represente una amenaza grave y real para algún interés fundamental del Estado anfitrión. En este sentido, ni la existencia de condenas penales ni la caducidad del documento que permitió la entrada del interesado podrán justificar automáticamente la expulsión.

En cualquier caso, como establece el Artículo 28, antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro donde se encuentra deberá evaluar elementos tales como el tiempo de residencia del interesado, su edad, salud, integración social, situación familiar en el país anfitrión y sus vínculos con su país de origen. Al respecto, solo en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos menores de la Unión o que hubieran residido durante los últimos diez años en el territorio del Estado miembro anfitrión.

En salvaguarda de los derechos fundamentales, y tal y como establece el Artículo 28, toda denegación de entrada o decisión de expulsión deberá ser notificada al interesado en unas condiciones que le permitan entender tanto el contenido como sus efectos. Esta medida deberá ser justificada y se indicará al afectado de tal decisión las vías de recurso y los plazos correspondientes. Por esta razón, el Artículo 30.3 de la Directiva determina que salvo en caso de urgencia, el plazo para abandonar el territorio

39 A. Pérez, *La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE*, en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, 136 (J. Martínez, Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008). Como ha determinado el TJCE en diferentes asuntos “*el recurso al concepto de orden público supone la existencia de una amenaza real y suficientemente grave, que afecte al interés fundamental de la sociedad*”. TJCE. Sentencia Asunto C-503/03. Comisión vs. España, Apartado 46 (31 de enero, 2006).

no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación. Además, nunca podrá un Estado miembro prohibir, de por vida, la entrada y residencia en su territorio al afectado, quien podrá solicitar que se reconsidere su situación tras un período de tres años. El Artículo 31 de la Directiva incluye, para estos supuestos, una serie de garantías procesales que determinarán que las personas afectadas tendrán acceso, en particular, a las vías jurisdiccionales de recurso y, si procede, administrativas en el Estado miembro anfitrión.

Debemos destacar que, en cualquier caso, a pesar de lo que normas como la Directiva 2004/38/CE determinan sobre esta cuestión, en el estado actual del derecho de inmigración de la UE, el régimen jurídico de la expulsión de los nacionales de terceros Estados que no tienen ningún vínculo con el derecho comunitario y que han entrado en la UE, viene determinado por las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de extranjería. Si bien, cuando un nacional de un tercer Estado está amparado por el derecho comunitario, es decir, cumple la condición de miembro de la familia de un nacional comunitario, se le deben aplicar necesariamente los criterios dados por el TJCE para los casos de expulsión de un nacional comunitario que haya ejercido la libre circulación de personas.

Sobre este tema debemos destacar que, si bien los procedimientos de expulsión del nacional de un tercer Estado se regulan por la legislación nacional, los Estados miembros de la UE, aparte del marco comunitario, han alcanzado algún tipo de acuerdo en los siguientes ámbitos: sobre la base del antiguo Artículo K.1 del TUE, el Consejo de la UE adoptó un documento de viaje normalizado para la expulsión de nacionales de terceros países; para la readmisión de los nacionales de terceros países entre un Estado miembro y un tercer Estado, se hicieron recomendaciones que regulan, por un lado, la readmisión, y por otro, los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión; en el ámbito Schengen se establecen algunas normas relativas a la expulsión del nacional o extranjero que no haya cumplido con

los requisitos de la corta estancia⁴⁰, pero que en ningún caso regulan las condiciones y el contenido de la expulsión.

Esta es una materia que cae por completo en la legislación particular de cada Estado miembro de Schengen. Los artículos 23 y 24 del Convenio Schengen solo regulan cuál ha de ser el Estado parte que debe iniciar el procedimiento de expulsión del nacional de un tercer Estado extranjero. Y finalmente, este Convenio determina que este sistema de expulsión no constituirá un obstáculo para la aplicación las disposiciones nacionales relativas al derecho de asilo, la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al estatuto de los refugiados y modificada por el Protocolo de 1967, ni a que el extranjero solicitante de asilo en situación irregular en una de las Partes, la Parte responsable de conocer la solicitud deba de readmitirlo.

40 Convenio Schengen, artículos 23 y 24.

VI. CONCLUSIÓN

La UE se enfrenta a un difícil reto cuando se trata de establecer y desarrollar políticas relacionadas con los flujos migratorios. Y si bien la Unión respeta, como no puede ser de otra forma, la soberanía de los EEMM en materia de extranjería, lo hace bajo la condición de unificar criterios sobre la entrada, tránsito, estancia, residencia y salida del territorio comunitario. Mantener una frontera externa común implica una gran responsabilidad para la Unión, es decir, de nada serviría el esfuerzo de unos pocos países por fortalecer y controlar los procesos de entrada cuando otros se tornan laxos en el asunto. De este modo, constatamos cómo el derecho de extranjería tiene una predominante dimensión interna pero sus materias han experimentado un fuerte proceso de *comunitarización* sobre la base de diferentes normas que, en este ámbito, han sido aprobadas por la UE o para la mayoría de los EEMM, como los Acuerdos Schengen.

En cuanto al trato jurídico del extranjero no comunitario, encontramos que este, por el natural hecho de no poseer la calidad de nacional de un EEMM, está sujeto a una serie de trabas para entrar en la UE, desplazarse y desempeñar actividades laborales. Estas trabas podemos resumirlas como la necesidad de solicitar visado y permiso laboral cuando el ciudadano no forma parte de la familia de un nacional comunitario. En relación con esto, la protección de la vida en familia y a la intimidad familiar para los nacionales de terceros países que residan en la UE es un principio asentado en la mejor tradición europea, la que identifica la idea de Europa con la democracia y el respeto de los derechos humanos. El acceso al territorio basado en los vínculos familiares y la integración de los miembros de la familia extranjera en el país elegido, son los objetivos que orientan el respeto a la vida en familia en un contexto de inmigración familiar.

En relación con la ya mencionada *comunitarización* de las normas internas se está consiguiendo el establecimiento de criterios unificados en lo que a la residencia y a la limitación de entrada por causas especiales de nacionales extracomunitarios

se refiere, con la repercusión que ambas cuestiones tienen en la política de libre circulación de personas. Así, la transposición de la Directiva 2004/38/CE ha unificado en las regulaciones nacionales de extranjería de los EEMM un modelo común de residencia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Abellán Honrubia, V. & Vilà Costa, B. (dirs.) *Lecciones de derecho comunitario europeo* (6ª Ed., Ariel, Barcelona, 2011).
- Aldecoa Luzarraga, F., *La integración europea: análisis histórico-institucional con textos y documentos* (Tecnos, Madrid, 2002).
- Arriaga, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, 273 (Eunsa, Pamplona, 2003)
- Blázquez Rodríguez, I. & Gutiérrez Castillo V. L., *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo* (Madrid, Dykinson, 2006).
- Duroselle, J. B., *Historia de los europeos* (Aguilar, Madrid, 1990).
- Ferrer Gómez, A., *Libre circulación de nacionales de terceros estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, 29-67 (Institut Universitari d'Estudis Europeos, Barcelona, 2001).
- González Rivas, J. J., *Extranjería y libre circulación de personas* (Comares, Granada, 1995).
- Hanf, D. & Muñoz, R., (Ed.), *La libre circulation des personnes. Etats des lieux et perspectives* (P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2007).
- Jiménez De Parga Maseda, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única europea al Tratado de la Unión Europea* (Tecnos, Madrid, 1994).
- Juárez Pérez, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, 43 (Marcial Pons, Madrid, 1998).
- Lirola, I., *Libre circulación de personas y Unión Europea* (Civitas, Madrid, 1994).
- Mangas Martín, A. & Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (6ª Ed., Tecnos, Madrid, 2010).
- Ortega Martín, E., *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería* (Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006).
- Piedrafito, S., Steinberg, F. & Torreblanca, J. I., *20 años de España en la Unión Europea (1986-2006)* (Real Instituto Elcano, Parlamento Europeo, Madrid, 2006).
- Sanz, S., *La familia en perspectiva internacional y europea* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2006).
- Séché, J. C., *Libre circulación de personas en la Comunidad: entrada y estancia* (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1988).
- Vargas, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, 87 (Aranzadi, Pamplona, 2006).

CAPÍTULOS DE LIBROS

- Cuartero Rubio, M.V., *Libre circulación de personas. Libre circulación de trabajadores*, en *Estudios de la Unión Europea*, 103-120 (L. Ortega Álvarez & S. Sierra Morón, dirs., Centro de Estudios Europeos, Toledo, 2011).
- Mangas Martín, A., *La ciudadanía de la Unión Europea*, en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, 17-68 (Universidad Carlos III de Madrid, El Defensor del Pueblo, Madrid, 1993).
- Pérez Vera, E., *La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht*, en *Hacia un nuevo orden internacional y comunitario, Homenaje a D. Manuel Díez de Velasco*, 1123-1148 (Tecnos, Madrid, 1993).
- Pérez van Kappel, A., *La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE*, en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, 113-160 (J. Martínez, Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008).

REVISTAS

- Deknop, P., *Schengen, mars 95: ébauche d'une libre circulation en Europe*, 397 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 282-286 (1996).
- Jiménez, P., *Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea*, 2 *La Ley*, 1761-1784 (2003).
- Lasagabaster, I., *Ciudadanía y Tratado de Schengen: Naturaleza jurídica de las disposiciones del comité ejecutivo*, 23 *Revista de instituciones europeas*, Nº 1, 33-64 (1996).
- Lecocq, V., *La Convention de Schengen*, 3 *Défense nationale*, 91-99 (1992).
- Luque González, J. M., *Schengen: un espacio de libertad, seguridad y justicia*, 21 *Revista de Derecho*, 139-149 (2004).
- Mayer, F.C., *La charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, 39 *Revue Trimestrielle du Droit européenne*, 175-196 (2003).
- Miguel, A., *La armonización de las políticas europeas de inmigración y asilo*, 55 *Tiempo de paz*, 50-57 (1999).
- Pérez Martín, E., *La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, Asunto "Akrich", C-109/01)*, 3 *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 123-156 (2004).
- Tryfonidou, A., *Family Reunification Of (Migrant) Union Citizens: Towards A More Liberal Approche*, 15 *European Law Journal*, 634-653 (2009).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. United Kingdom [TEDH] 15/1983/71/107-109 de 28 de mayo de 1985/8 y 21 de diciembre de 2001.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TJCE. Sentencia Asunto C-267/83. Diatta vs. Land Berlin (13 de febrero, 1983).

TJCE. Sentencia Asunto C-59/85. Reed vs. Países Bajos (17 de abril, 1986)

TJCE. Sentencia Asunto C-376/89 . Giagounidis vs. Ayuntamiento de la ciudad de Reutlingen (5 de marzo, 1991).

TJCE. Sentencia Asunto C-370/90. The Queen vs. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh ex Secretary of State for the Home Department (7 de julio, 1992).

TJCE. Sentencia Asunto C-249/96. Lisa Grant vs. South West Trains Ltd. (17 de febrero, 1998).

TJCE. Sentencia Asunto C-459/99. Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Xenophobie vs. ASBL (MRAX vs. État Belge) (25 de julio, 2002).

TJCE. Sentencia Asunto C-413/1999. Baumbast, R. vs. Secretary of State for the Home Department. (17 de septiembre, 2002).

TJCE. Sentencia Asunto C-109/01. Secretary of State for the Home Department vs. Hacene Akrich (23 de septiembre, 2003).

TJCE. Sentencia Asunto C-157/03. Comisión vs. Reino Unido (14 de abril, 2005).

TJCE. Sentencia Asunto C-503/03. Comisión vs. España, Apartado 46 (31 de enero, 2006).