

INMIGRACIÓN Y DERECHO A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿MÍNIMO COMÚN DENOMINADOR DE LAS POLÍTICAS NACIONALES?

POR JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN¹

I.- INTRODUCCIÓN

La práctica muestra a veces desequilibrios y disfunciones entre los compromisos que los Estados aceptan para salvaguardar los derechos humanos y su efectiva protección, en particular, cuando estos derechos entran en conflicto con los intereses estatales en el ámbito de la inmigración. Esta tensión suele ser particularmente importante en el ámbito de la reunificación familiar de los inmigrantes², a pesar de que la importancia de la unidad familiar como núcleo merecedor de especial protección ha sido reconocida por los principales instrumentos, tanto universales como regionales, dirigidos a la protección de los derechos humanos.

El origen de esta tensión quizás deba buscarse en un viejo principio bien establecido y generalmente aceptado de Derecho internacional, según el cual, la reglamentación de la entrada y admisión de extranjeros en el territorio de un determinado país ha sido siempre competencia exclusiva del Estado, constituyendo una prerrogativa más que dímata de su soberanía territorial³. Por ello, salvo que existan limitaciones en tratados internacionales⁴,

¹Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Este trabajo pretende contribuir al recuerdo y la memoria de un amigo entrañable que nos dejó hace unos meses: D. Ricardo Franco Rojas, Técnico del Centro de Documentación de la Universidad de Sevilla. Tuve la gran suerte de conocer a Ricardo en mi época de becario de investigación del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla y desde entonces me he enorgullecido de compartir su amistad y el buen humor con el que siempre nos deleitaba.

²Vid. G. BRINKMANN. "Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers", en E. Guild, C. Harlow, (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 241-266 (243): "Family reunification [can] be seen, on the one hand, as a humanitarian of human rights issue, and, in the other hand, as an immigration matter which might place a strain on the labour market and social facilities, such as housing, education and medical facilities".

³CARRILLO SALCEDO J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2ª reimpresión, 1994, p. 265. Como manifestara el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) en su Dictamen de 7.2.1923, en el asunto "*Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*": "(...) en el estado actual del Derecho internacional (...) las cuestiones de nacionalidad se encuentran, en principio, comprendidas en la esfera de competencia exclusiva del Estado". TPJI, Serie B, nº 4, p. 24.

⁴TPJI, asunto "*Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*", *cit.*, pp. 23-24: "(...) Sin embargo, la libertad del Estado para disponer según su propia voluntad se encuentra restringida por los compromisos que éste haya asumido con los demás Estados. En este caso, la competencia del Estado, en principio, exclusiva, se encuentra limitada por reglas de Derecho internacional". Vid., igualmente, CIJ, asunto "*Interhandel*". Rec. 1969 p. 24; asunto "*Nottebohm*", segunda fase. Rec. 1955, pp. 20-21; asunto "*Derecho de paso por territorio indio*". Rec. 1960, p. 33.

el Estado goza de una amplia discrecionalidad a la hora de decidir la entrada y admisión de los extranjeros en su territorio o su expulsión, no existiendo por tanto un derecho general para que los extranjeros accedan al territorio de un país⁵. Desde hace años, sin embargo, este sustrato competencial que tradicionalmente ha pertenecido al núcleo duro de la soberanía estatal se encuentra sujeto a factores de cambio debido a circunstancias de muy distinta índole. De un lado, la extraordinaria influencia que en toda esta materia ejercen las normas internacionales protectoras de los derechos humanos⁶, las cuales reconocen la importancia de la unidad familiar y, en cierta medida, están proyectando también esta protección hacia la reunificación familiar de los inmigrantes como hecho que puede contribuir a su estabilidad socioemocional y a su integración en el país de acogida. El segundo factor que está ejerciendo una influencia fundamental en esta materia es de dimensión regional y está constituido por el proceso de integración como el que simboliza la Unión Europea. En Derecho comunitario europeo, la reunificación familiar fue reconocida desde época temprana como un auténtico derecho para los nacionales de los Estados miembro que ejercieran la libre circulación en el territorio comunitario y sólo de forma refleja para los nacionales de terceros países que tuvieran algún vínculo familiar con ciudadano comunitarios. Recientemente, sin embargo, este derecho ha sido reconocido de forma autónoma a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de algún Estado miembro a través de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar⁷.

Adoptada en el marco del Título IV del Tratado CE relativo a los visados, el asilo, la inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, esta Directiva constituye uno de los primeros desarrollos sobresalientes de la estrategia de la Unión Europea en materia de inmigración, siguiendo la agenda que fuera establecida por el Tratado de Amsterdam con el fin de instaurar progresivamente un Espacio de Libertad Seguridad y Justicia. Su adopción debe ser bienvenida porque reconoce oficialmente la existencia de un derecho a la reunificación familiar para los inmigrantes, lo que constituye un desarrollo de la máxima importancia. No obstante, un análisis atento de sus disposiciones nos lleva a plantearnos la posibilidad de que este derecho se convierta en superfluo debido a las estrictas condiciones impuestas para su efectivo ejercicio. El objeto de este trabajo es analizar estas condiciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre el respeto a la vida familiar. Para ello, examinaremos en primer término e

⁵Sólo aquellas personas que ostentan la nacionalidad de un país y quizás también los residentes de larga duración tienen reconocido este derecho. En efecto, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la expresión "entrar en su propio país" de art. 12.4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se aplica también a los residentes de larga duración que han establecido vínculos estrechos y perdurables con el país de acogida. vid. Comité de Derechos Humanos, 67ª Sesión, 1999 Comentario General nº 27 sobre el art. 12, apdo. 20, en *International Human Rights Instruments, Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, NN.UU. Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, d. 26.4.2001.

⁶ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA P./ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L. I./ GONZÁLEZ CAMPOS J.D.J *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, 6ª edición (primera en Civitas), Madrid, 1998, p. 415.

⁷Directiva (CE) nº 2003/86 del Consejo, de 22.9.2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *DOUE* nº 251/12, d. 3.10.2003.

marco jurídico internacional de la reunificación familiar, a continuación realizaremos un breve análisis de la reunificación familiar de los ciudadanos comunitarios que ejercen la libre circulación y, finalmente, centraremos nuestra atención en el ámbito de aplicación personal y material de esta Directiva.

II.- EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR.

La regulación de la reunificación familiar de la población inmigrante trasciende parcialmente la legislación nacional puesto que desde hace años viene siendo abordada en el marco jurídico internacional. Hace ya bastante tiempo que la importancia de la unidad familiar como núcleo merecedor de especial protección fue reconocida por los principales instrumentos universales dirigidos a la protección de los derechos humanos. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸ como los Pactos internacionales sobre los derechos civiles y políticos⁹ y sobre los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰ reconocen que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad que debe recibir la protección y el apoyo de los Estados. Y esta protección otorgada a la unidad familiar desde la perspectiva de los Derechos humanos desde hace algún tiempo viene proyectándose hacia la reunificación familiar de los inmigrantes, de forma que paulatinamente está ganando un cierto reconocimiento internacional como un derecho merecedor de especial protección.

Así, en el plano universal puede destacarse el Convenio internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1990.¹¹ Se trata de un importante instrumento que tiene como objetivo proteger los derechos humanos y la dignidad de las personas que emigran por motivos económicos o laborales en todo el mundo, codificando de manera integral y universal los derechos de los trabajadores inmigrantes y de sus familias sobre la base del principio de igualdad de trato. Para ello, el Convenio define los derechos que se han de aplicar a los inmigrantes en situación regular e irregular, fija estándares mínimos de protección con respecto a los derechos civiles, políticos y sociales; y reconoce que los trabajadores inmigrantes deben gozar de determinados derechos fundamentales que han de

⁸Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*". Aunque la Declaración constituye ciertamente un instrumento jurídico contenido en una Resolución sin valor jurídico obligatorio, ofrece, sin duda, la convicción jurídica reiterada de los Estados en la materia, vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 4ª ed., 1998, p. 166.

⁹Art. 23 del Pacto internacional sobre los Derechos civiles y políticos.

¹⁰Art. 10 del Pacto internacional sobre los Derechos económicos, sociales y culturales.

¹¹Resolución de la Asamblea General nº 45/118 de 18.12.1990 por la que se aprueba el Convenio sobre la protección de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias.

protegerse a través de normas internacionales.¹² A pesar del carácter progresista de la mayoría de sus disposiciones, este Convenio ha sido objeto de escasas ratificaciones y sólo a duras penas logró entrar en vigor en 2003,¹³ con la notable ausencia de los principales países receptores de grandes flujos de inmigración.¹⁴

También hay que mencionar en este ámbito el Convenio sobre los derechos del niño de 1989,¹⁵ instrumento que si bien se centra de forma primordial en la protección de la infancia, prevé también importantes disposiciones en materia de reunificación familiar. En este sentido, el Convenio estipula que los Estados velarán para que el niño no esté separado de sus padres¹⁶ y, de conformidad con esta obligación, insta a los Estados Partes atender de manera positiva, humanitaria y expeditiva toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia.¹⁷ Asimismo, el Convenio n° 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes invita a los Estados Parte a adoptar todas las medidas necesarias para facilitar la reunificación familiar de todos los trabajadores inmigrantes que residan legalmente en su territorio,¹⁸

¹²En el marco de los instrumentos internacionales de carácter universal, cabría citar también la Convención internacional sobre el estatuto de los refugiados de 1951. Aunque es cierto que las disposiciones de este Convenio no contemplan este derecho, se reconoció, no obstante, en el Acta Final de la Conferencia que procedió a su aprobación en 1951. Además, el Comité Ejecutivo del Alto Comisariado para los Refugiados (ACNUR) ha recordado en diversas ocasiones a los Estados que el principio de la unidad de la familia está consagrado en los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos y que los Gobiernos deben adoptar las medidas que sean oportunas para garantizar la unidad familiar. Respecto de la definición de la familia y sus miembros, conviene señalar que el Comité Ejecutivo del ACNUR ha abogado por un enfoque pragmático y flexible, que tenga en cuenta los aspectos de dependencia física, financiera y psicológica del núcleo constituido por padres e hijos, vid. Conclusiones n° 9 (XXVIII), n° 24 (XXXII), n° 84 (XLVIII), n° 85 (XLIX) y Conclusiones de la 50ª Sesión de 1999. También fue abordada la reunificación familiar en el Programa de Acción de la Conferencia internacional sobre población y desarrollo, foro en el que se destacó la importancia de la reunificación familiar como un factor esencial de las migraciones internacionales, vid. *Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 5-13 septembre 1994*, Nations Unies, F.95.XIII.18, cap. I, Resolución n° 1, anexo. Asimismo, la Asamblea General recordó recientemente la importancia de esta cuestión en una Resolución sobre el respeto a la libertad universal de circulación y la importancia capital de la reunificación familiar, vid. Resolución A/RES/55/100, de 13.2001, en la que instaba a la comunidad internacional, en particular, a los gobiernos de los países receptores de grandes flujos de inmigración, a reconocer la importancia capital de la reunificación familiar y lograr la integración de este principio en los ordenamientos jurídicos nacionales a fin de asegurar la protección de la unidad familiar de los inmigrantes en situación regular. La Resolución exigía, asimismo, el compromiso de todos los Estados para que se abstuvieran de promulgar leyes, o derogaran las ya aprobadas, que establecieran un trato discriminatorio con respecto a los inmigrantes en situación regular o que obstaculizaran la reunificación familiar.

¹³Entre los pocos países que hasta el año 2004 han ratificado este Convenio se encuentran: Azerbaiyán, Bangladesh, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Comoras, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, Kirguistán, Malí, Marruecos, México, Paraguay, Filipinas, Jamahiriya Árabe Libia, Senegal, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Sri Lanka, Tayikistán, Timor Oriental, Togo, Turquía, Uganda y Uruguay. Como puede observarse, todos estos países son emisores de población emigrante más que receptores, con lo que deja sin resolverse en la práctica el problema de la efectividad del derecho a la reunificación familiar. Ningún Estado miembro de la Unión Europea ha ratificado hasta el momento este Convenio a pesar de que la Comisión Europea recomendó a los Estados miembros en 1994, en su Libro Blanco sobre la política social europea (COM(1994) 333 final), la ratificación de la Convención. Recientemente, un Dictamen del Comité Económico y Social también instaba a los Estados miembros a adherirse a este Convenio, vid. *DOUE* n° C 302/49, de 7.12.2004.

¹⁴En Norteamérica y Europa occidental residen el 55% del total de los inmigrantes y, sin embargo, ningún Estado miembro de la Unión Europea ni Estados Unidos han ratificado, ni firmado este Convenio hasta la fecha. Tampoco lo han hecho Canadá, Australia, Japón ni los demás países occidentales que son receptores de gran número de inmigrantes.

¹⁵BOE, n° 313, de 31.12. 1990. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado este Convenio.

¹⁶Vid. Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del niño.

¹⁷Ibid., art. 10.

¹⁸Vid. artículo 13 del Convenio n° 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes.

aclarando que este deber se refiere al cónyuge del trabajador y, en la medida en que esté a su cargo, a los hijos y a sus ascendientes.¹⁹ No obstante, al igual que ha ocurrido con el Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, este Convenio de la OIT ha sido objeto de escasas ratificaciones y los pocos países que han aceptado incorporarlo a su ordenamiento son en su gran mayoría emisores de emigración antes que receptores, por lo que tampoco ha sido un instrumento adecuado para dignificar la situación de las familias de inmigrantes.²⁰

En el marco regional europeo, dos instrumentos adoptados en el marco del Consejo de Europa contemplan específicamente la cuestión de la reunificación familiar de los inmigrantes: la Carta Social Europea y el Convenio europeo de 1977 relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante. Mientras que el primero de ellos insta a los Estados partes a facilitar, en la medida de lo posible, la reunión del trabajador inmigrante autorizado a establecerse en sus territorios con su familia;²¹ el segundo dispone que el cónyuge y los hijos no casados mientras se les considere como menores por la legislación pertinente del Estado de acogida y dependan del padre están autorizados a reunirse con el trabajador migrante ya residente en el territorio de una Parte Contratante,²² siempre que éste disponga de una vivienda para su familia considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado.

Si, de una parte, es posible reconocer la importancia capital concedida en el marco de estos convenios a la reunificación familiar de los inmigrantes, conviene no hacerse una idea equivocada sobre su efectividad en la práctica. Ya sea la limitación de sus disposiciones, especialmente la exigencia de reciprocidad establecida en algunos de ellos; la ausencia de mecanismos que controlen su efectiva aplicación en la práctica,²³ la posibilidad de que los Estados puedan supeditar la reunificación a la condición de que el trabajador disponga de recursos suficientes para subvenir a las necesidades de su familia;²⁴ la posibilidad de que Estados puedan derogar temporalmente la obligación de conceder la autorización para la reunificación familiar en una o varias partes de su territorio nacional²⁵ o, espe-

¹⁹Ibid., art. 13.2.

²⁰Este Convenio ha sido ratificado únicamente por Eslovenia, Ex-Republika Yugoslava de Macedonia, Serbia y Montenegro, Guinea, Italia, Kenia, Noruega, Portugal, San Marino, Suecia, Togo, Uganda y Venezuela.

²¹Art. 19.6 de la Carta Social Europea, adoptada en el marco del Consejo de Europa en 1961 y modificada en 1996. Fue ratificada por España el 6.5.1980. BOE, n° 153, de 26 de junio de 1980 (entrada en vigor 5.6.1980) [Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia]: "A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio".

²²Vid. art. 12 del Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los trabajadores emigrantes de 24.11.1977.

²³Al margen de mecanismos laxos como la presentación de informes ante un Comité de Expertos independientes, como establece la Carta Social Europea. Puede compararse a este respecto las críticas de Robin R. Churchill / Urfan Khaliq, "The Collective Complaints System of the European Social Charter - An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?", *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), n° 3, pp. 417-456; con la reflexión de DE SCHUTTER O., "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Revue du droit des étrangers*, n° 90 Colloque 17-18 octobre 1996, pp. 531-554 (542), para quien el sistema del Comité de Expertos independientes establecido en la Carta Social Europea permite un ajuste permanente de la jurisprudencia (*sic*) del Comité a la evolución social, así como una lectura de la Carta que se aleja a veces de la letra del texto para tomar más en consideración su espíritu.

²⁴Art. 12.2 del Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los trabajadores emigrantes.

²⁵Ibid., art. 12.3.

cialmente, la no ratificación por parte de los principales países receptores de grandes flujos de inmigración porque consideran el reconocimiento de este derecho una insostenible injerencia en su soberanía; lo cierto es que la regulación jurídico internacional de la reunificación familiar y, en particular, su respaldo en la práctica es hoy por hoy bastante precaria e insuficiente.

III.- LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS INMIGRANTES EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Un instrumento que dentro del marco regional europeo puede considerarse efectivo y que presenta una importancia decisiva en la protección de este derecho a la reunificación familiar de los inmigrantes es el Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), cuyo artículo 8 protege el derecho al respeto de la vida familiar y su artículo 12 el derecho a casarse y fundar una familia. La interpretación de estas disposiciones por parte del TEDH ha dado lugar a una amplia jurisprudencia en la que se establecen importantes garantías dirigidas a salvaguardar la vida familiar de los extranjeros, garantías que han ido poco a poco erosionando la potestad discrecional de la que han gozado tradicionalmente los Estados Partes a la hora de reglamentar esta materia.²⁶

Aunque es cierto que el Convenio no garantiza ningún derecho absoluto para entrar o residir en el territorio de un país determinado, no permitir la entrada o la permanencia de un extranjero en el país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en su vida familiar.²⁷ En la interpretación del artículo 8.1 CEDH, el Tribunal ha señalado que esta disposición está dirigida esencialmente a proteger a las personas contra injerencias arbitrarias por parte de los poderes públicos, pudiendo engendrar obligaciones positivas a cargo de los Estados Partes que son inherentes al respeto efectivo de la vida familiar.²⁸ Ciertamente es que el Tribunal ha aceptado que la noción de “*respeto*” carece de cla-

²⁶En palabras de la Comisión Europea de Derechos Humanos, debe entenderse que un Estado que ha firmado y ratificado el CEDH acepta restringir el libre ejercicio de sus prerrogativas bajo el Derecho internacional general, incluida la potestad de controlar la entrada y salida de los extranjeros, hasta el grado y dentro de los límites de las obligaciones que ha aceptado en el marco de este Convenio, vid. Demanda n° 434/58, asunto “*X / Suecia*”, (1958/59), *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, n° 2, pp. 372-373. Por su parte, el TEDH ha admitido que los Estados Partes tienen en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido el derecho a controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales, pero esta facultad debe compatibilizarse con el respeto de las obligaciones que se derivan del citado Convenio y de otros tratados internacionales, vid. Sent. TEDH de 17.12.1996, asunto “*Ahmed / Austria*”; Sent. TEDH 28.5.1985, asunto “*Abdulaziz, Cabales y Balkandali*”, Serie A n° 94, apdo. 67. Cabe deducir de todo ello que tanto la entrada y admisión de extranjeros, como su expulsión, pueden poner en juego la responsabilidad internacional de un Estado Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con alguno de los derechos allí garantizados.

²⁷Puede verse, entre otras muchas sentencias del TEDH, la recaída el 15.7.2003, en el asunto “*Mokrani / Francia*”, apdo. 23. Esta injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté “*prevista por la ley*” y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, “*en una sociedad democrática*” sea necesaria, es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

²⁸Sent. TEDH de 13.6.1979, Série A n° 31, p. 15, § 31.

ridad y sus exigencias efectivas varían mucho de un caso a otro, teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas seguidas y de las condiciones que existen en cada uno de los Estados Partes. Por tanto, se trata de un ámbito en el que los Estados disfrutaban de un amplio margen de apreciación para determinar en función de las necesidades y de los recursos de la comunidad²⁹ y de los individuos las medidas que pueden adoptar para observar el cumplimiento de las disposiciones del Convenio,³⁰ de lo que cabe deducir que la extensión de la obligación para un Estado Parte de admitir en su territorio los parientes de un inmigrante dependerá de la situación de los interesados y de las circunstancias del caso.

Tratándose de la reunificación del cónyuge de un inmigrante, que invoca el derecho a vivir junto a su marido o su mujer en el territorio de un Estado Parte, el TEDH ha juzgado que el artículo 8 no debe ser interpretado en el sentido de implicar una obligación general de respetar la elección de un domicilio común por parte de una pareja casada,³¹ lo que parece cerrar la puerta a cualquier perspectiva de fundar la reunificación familiar de los esposos sobre el derecho a una vida familiar.³² Más recientemente, sin embargo, el TEDH ha reconocido que el artículo 8 CEDH sitúa a los Estados Partes bajo una obligación de admitir a un miembro de la familia en una situación en la que no puede esperarse razonablemente que la familia se traslade a su país de origen.³³ El punto de partida de esta doctrina parece que hay que buscarlo en el asunto “*Boultif*”³⁴ en el que el Alto Tribunal estableció una nueva interpretación del art. 8 en asuntos que afectaban a inmigrantes casados con un nacional del país de acogida o con el que le unen vínculos estrechos. Hasta este asunto, la preocupación del Tribunal se centraba principalmente en equilibrar los intereses del país de acogida con los del inmigrante que iba a ser expulsado. Pero a partir de la Sentencia del Tribunal en el asunto “*Boultif*”, el Tribunal ha comenzado a prestar una mayor atención a la situación en la que quedan los demás miembros de la familia. Así, en este asunto el Tribunal encontró más dignos de protección los intereses de la esposa suiza de Boultif que los del propio Estado suizo. La aplicación de esta doctrina en el supuesto de matrimonio en el que los dos cónyuges son nacionales de un tercer país, aunque la esposa haya nacido en el país de acogida y vivido allí durante toda su vida, se produjo en el asunto “*Yildiz / Austria*”.³⁵ En este asunto, Austria no logró demostrar si consumada la

²⁹La protección del mercado laboral, la fuerte densidad de población en el territorio nacional, así como, en menor medida, la promoción de la tranquilidad pública, pueden ser objetivos legítimos de una política de inmigración, vid. Sent. TEDH “*Abdulaziz, Cabales y Balkandali*”, Serie A n° 94; Sent. TEDH 21.6.1988, asunto “*Berrehab / Países Bajos*”, A n° 138, apdo. 26. Estas finalidades pueden, en consecuencia, fundamentar una medida de no admisión que el Estado es por otra parte libre de adoptar cuando nada se opone a que todos los miembros de la familia puedan vivir o continuar viviendo en su país de origen, Sent. TEDH DE 20.3.1991, asunto “*Cruz Varas y otros*”, Serie A n° 201, apdo. 88.

³⁰Vid., entre otros, *mutatis mutandis*, Sent. TEDH de 27.10.1975, “*Sindicato Nacional de Policía / Bélgica*”, Serie A n° 19, p. 18, apdo. 39; Sent. TEDH de 28.11.1984, “*Rasmussen*”, Serie A n° 87, p. 15, apdo. 40.

³¹Sent. TEDH 28.5.1985, asunto “*Abdulaziz, Cabales y Balkandali*”, Serie A n° 94, apdo. 68.

³²Téngase en cuenta, no obstante, que en este asunto el matrimonio fue posterior a la instalación regular de cada una de las mujeres que exigían el respeto a la vida familiar sobre el territorio británico.

³³Sent. TEDH de 21.12.2001, asunto “*Sen / Países Bajos*”, demanda n° 31465/96, <http://cmiskp.echr.coe.int>; Sent. TEDH de 31.10.2002, asunto “*Yildiz / Austria*”, demanda n° 37295/97, <http://cmiskp.echr.coe.int>.

³⁴*European Journal of Migration Law* 2002, p. 262.

³⁵Sent. TEDH de 31.10.2002, asunto “*Yildiz / Austria*”, *cit.*

expulsión la esposa podría razonablemente seguir a su marido a Turquía, si hablaba la lengua de este país o si aún mantenía algún tipo de vínculo con este territorio, ante lo que el TEDH afirmó que los Estados Partes tenían la obligación de investigar estos extremos e en caso de expulsión de algún miembro de la familia.

Cabe deducir de todo ello que la expulsión de un extranjero debe ser acorde con el derecho a la vida familiar. Al adoptar una resolución de expulsión del territorio, los Estados Partes deben tomar en consideración las circunstancias específicas en las que se encuentra el interesado, debiendo ponderar de modo equilibrado los intereses del Estado y los de la persona afectada y sus parientes próximos. De la jurisprudencia del TEDH se derivan una serie de criterios, entre los que cabe destacar: el grado de integración social y cultural en el país de acogida; los vínculos con los parientes próximos que viven en el país de acogida; los vínculos con el país de acogida; si el nacional del país tercero ha emigrado en su juventud al país de acogida; la duración de la residencia del interesado en el país de acogida; su estado de salud; su edad; su situación familiar y económica; sus vínculos con su país de origen; y, finalmente, si existe riesgo de que sea maltratado en caso de regreso a su país de origen.³⁶

Si el extranjero se encuentra en situación irregular en el país, la defensa del orden y un motivo legítimo de expulsión; y su vida familiar no será un obstáculo a su expulsión si ha contraído matrimonio con pleno conocimiento de su precaria situación. Sin embargo, en el asunto "*Berrehab / Países Bajos*", en el que se debatía la proporcionalidad de una medida de expulsión dictada por las autoridades neerlandesas contra un extranjero, el TEDH estimó que un motivo de expulsión basado en el bienestar económico del país³⁷ constituyó una injerencia desproporcionada en su vida familiar, al tratarse de un extranjero instalado en el territorio nacional que trabajaba normalmente y que mantenía con su hija unos vínculos afectivos que amenazaban con romperse si la medida de expulsión llegaba efectivamente a ejecutarse.³⁸

Antes de finalizar este apartado, conviene reflexionar, aunque sea brevemente, sobre las consecuencias que sobre toda esta cuestión tendrá la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

³⁶Vid. Sent. TEDH de 18.2.1991, asunto "*Moustaquim / Bélgica*", Serie A n° 193; de 13.7.1995, asunto "*Nasri / Francia*", Serie A n. 320-B; 24.4.1996, asunto "*Boughanemi / Francia*" *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, 7.8.1996, asunto "*C. / Bélgica*", *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III; y de 29.1.1996, "*Bouchekia / Francia*", *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

³⁷Sent. TEDH asunto "*Berrehab*", *cit.*, apdo. 26.

³⁸*Ibid.*, apdo. 29.

³⁹Como se sabe, nos encontramos ante un momento crucial del proceso de integración europea. Uno de los principales temas que fueron planteados ante la Convención encargada de redactar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa fue el estatuto jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales, proclamada en Niza en el año 2000, pero que carece hasta el momento de carácter normativo, así como la posibilidad de que la Unión Europea se adhiera al CEDH. El Grupo de Trabajo encargado de estas dos cuestiones recomendó tanto la incorporación de la Carta al Tratado, como la introducción de una autorización constitucional que permita la adhesión al CEDH, desarrollos ambos introducidos en la versión definitiva del Tratado aprobado ad referendum en Roma, el pasado 29 de octubre de 2004.

En contraste con los instrumentos internacionales citados, la Carta guarda silencio sobre el derecho a la reunificación familiar, limitándose a reconocer en su artículo 7 el respeto a la vida privada y familiar. No obstante, el mismo silencio guardaba el CEDH y, sin embargo, esta simple mención a la vida privada y familiar ha sido suficiente para que el TEDH desarrolle una amplia jurisprudencia que ha ido limitando progresivamente y de manera efectiva la discrecionalidad de la que han gozado tradicionalmente los Estados en esta materia. De hecho, las explicaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales realizadas por el *Praesidium*⁴⁰ de la Convención ponen de relieve que de conformidad con lo dispuesto en el artículo II-112(3) del Tratado constitucional, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el artículo correspondiente del CEDH.⁴¹

3.- EL DERECHO A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS.

A pesar del silencio de los Tratados sobre esta cuestión, la reglamentación comunitaria europea reconoció desde época temprana el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de los Estados miembros que ejercieran la libre circulación, ya fuera para ejercer una actividad como asalariado⁴² o como profesional independiente,⁴³ de manera que las condiciones de integración de la familia han constituido desde los mismos inicios del proceso de integración europea un requisito previo indispensable para el ejercicio de la libre circulación en condiciones de libertad y dignidad.⁴⁴

⁴⁰Vid. Declaración n° 12 anexa al Tratado por el que establece una Constitución para Europa sobre la Carta de los Derechos Fundamentales.

⁴¹Vid. art. II-112 (3) del Tratado constitucional: "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". Explicaciones de la Carta realizadas por el *Praesidium* de la Convención. Pueden consultarse en http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/04473_es.pdf.

⁴²Para facilitar la libre circulación de trabajadores se 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 (DOCE n° L 257/2; EE 05/01, p. 77), que regula el estatuto jurídico de los miembros de la familia del trabajador, en particular, en los artículos 10, 11 y 12.

⁴³Directiva n° 73/148/CEE de 21.5.1973. DOCE n° L 172/14, de 28.6.1973.

⁴⁴Los miembros de la familia de estas personas disfrutan del derecho a permanecer en el territorio del país de acogida, bajo determinadas condiciones, aún después del cese de la actividad económica o del fallecimiento del ciudadano de la Unión de quien dependen. vid. Reglamento (CEE) n° 1251/70 de 29.6.1970, DOCE n° L 142/24, de 30.6.1970, y Directiva 75/34/CEE de 17.12.1974, DOCE n° L 14/28, de 20.1.1975. Toda esta normativa ha sido refundida en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29.4.2004 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 por la 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, DOUE n° L 158/ 77, de 30.4.2004. El derecho a la reunificación familiar se concede igualmente a los ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores, asalariados o no, que disfrutan de un derecho de residencia en otro Estado miembro, siempre que tengan recursos suficientes y un seguro de enfermedad, vid. Directiva 90/364/CEE de 28.6.1990. DOCE n° L 180/26, de 13.7.1990; Directiva 90/365/CEE de 28.6.1990, DOCE n° L 180/28, de 13.7.1990; Directiva 2004/38/CE, DOUE n° L 158/ 77, de 30.4.2004. Los miembros de la familia a que se hace referencia son el cónyuge y los descendientes menores de 21 años o a su cargo y los ascendientes a su cargo, aunque la nueva Directiva 2004/38/CE, que refunde toda la normativa anterior, amplía el ámbito de los beneficiarios de este derecho, al establecer en su art. 3.2 que el Estado miembro de acogida facilitará la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que 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; y la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

Al menos, originalmente, la razón que llevó al legislador a establecer derechos relativamente extensos para los miembros de la familia no parece que estuviera fundamentada en una preocupación de carácter humanitario,⁴⁵ sino que la motivación inicial parece que hay que buscarla en la economía del mercado común, hoy mercado único, mediante el que se pretendía establecer un área de libre circulación de factores de producción. El objetivo de establecer este mercado común era reproducir las libertades existentes en los mercados nacionales, donde los factores de producción se desplazan allí donde dicta la ley de la oferta y la demanda. Las personas, sin embargo, son normalmente más reticentes a la libre circulación que los demás factores de producción. Una importante realidad en este contexto es que si no se hubiesen conferido derechos razonablemente extensos a los miembros de las familias de los trabajadores para que éstos pudieran también emigrar, probablemente habrían fracasado las disposiciones dirigidas a asegurar la libre circulación que la Comunidad necesitaba aplicar con objeto de hacer una realidad el mercado común.⁴⁶

Desde que se adoptara toda aquella reglamentación dirigida a facilitar la reunificación familiar de los ciudadanos comunitarios se han venido experimentando dos tendencias de carácter económico. La primera es que estas normas se adoptaron en el punto álgido de la producción en serie, en el cual las relaciones laborales tenían, en general, un carácter relativamente estable. El legislador comunitario podía partir de la idea de que la relación laboral tenía cierta duración. Sin embargo, en el contexto económico actual, los cambios de empleo y de lugar de trabajo son mucho más frecuentes. La segunda tendencia económica es la globalización. En el “*global village*”, la organización y las actividades de las empresas tienen un carácter cada vez más internacional, tanto dentro de la Unión Europea como fuera de ella, cada vez son más frecuentes situaciones en las que un trabajador que reside en el Estado miembro A, trabaja en un tercer país para una empresa del Estado miembro B. De este modo, se han hecho cada vez más frecuentes familias con miembros de diferentes nacionalidades, incluso de terceros países, una movilidad profesional cada vez más intensa y la disociación entre el lugar de residencia y el lugar en el que se ejercen las actividades profesionales. Una evolución también importante para la libre circulación de personas está relacionada con el aumento de la importancia de las cuestiones relativas a la inmigración de nacionales de terceros países. Ninguno de estos fenómenos es nuevo, sólo su intensidad y su alcance han aumentado. No obstante, la reglamentación comunitaria relativa al estatuto jurídico de los miembros de la familia del trabajador pasa en silencio sobre las consecuencias de la evolución descrita, aunque ello no ha sido óbice para que en los diversos asuntos que se le han ido presentando el Tribunal de Justicia haya ido interpretando sus disposiciones de forma extensiva y dicha interpretación ha beneficiado a los miembros de las familias de los ciudadanos comunitarios que ejercen la libre circulación incluso a aquéllos que ostentan la nacionalidad de terceros países.⁴⁷

⁴⁵BARRETT G., ‘Family Matters: European Community Law and Third Countries Family Members’, *CMLRev.* vol. 40, pp. 369-421 (375), estima que si se hubiese tratado realmente de una preocupación humanitaria se plantearía la paradoja de que habría sido más digna de protección la familia de un destinatario privilegiado del Derecho comunitario que la de los nacionales de terceros países.

⁴⁶Vid. quinto considerando del preámbulo del Reglamento (CEE) nº 1612/68, *cit.*

⁴⁷Para un tratamiento sistemático del derecho a la reunificación familiar en el contexto del Reglamento (CEE) nº 1612/68 vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, 2ª ed. actualizada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba – Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Córdoba, 2004, pp. 339 y ss.

Así, si nos detenemos a observar brevemente la interpretación que ha realizado el TJCE del ámbito de aplicación personal del Reglamento (CEE) n° 1612/68 que regula el estatuto jurídico de los miembros de la familia del trabajador, puede observarse, por ejemplo, que la noción de descendientes del trabajador que figura en su 10 ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el sentido de incluir los descendientes de cualquiera de los dos esposos, en lugar de los descendientes comunes a ambos esposos.⁴⁸ Sin duda, semejante interpretación favorece la integración de los hijos que ostentan la nacionalidad de un tercer país, pudiendo implicar, por ejemplo, que un hijo adoptado por parte de un nacional comunitario, cuyos verdaderos padres no son nacionales comunitarios, puede beneficiarse de las ventajas previstas en esta disposición.⁴⁹

Igualmente, el concepto de esposa que figura en el artículo 10 de este Reglamento ha sido interpretado de forma extensiva por el Tribunal. Si bien, en el asunto “Reed”,⁵⁰ el Tribunal consideró que esta disposición se refería exclusivamente a una relación conyugal y no podía ser interpretada en el sentido de incluir también una pareja de hecho en una relación estable,⁵¹ en otros asuntos este concepto ha sido interpretado de forma más amplia de lo que en principio pudiera esperarse. De esta forma, en el asunto “Diatta”,⁵² que hacía referencia a una mujer senegalesa que vivía en Alemania y que estaba casada con un nacional francés, de quien se había separado con la intención de divorciarse, el TJCE sostuvo que el artículo 10 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 no requería que el miembro de la familia al que se aplicaba esta disposición tuviera que vivir permanentemente con el trabajador comunitario, añadiendo que: “no puede decirse que la relación marital se haya disuelto hasta tanto se haya puesto fin a ésta por la autoridad competente. Éste no es el caso de los esposos que viven simplemente de forma separada, incluso aunque pretendar divorciarse posteriormente”.⁵³ Un enfoque aún más amplio fue sostenido por el TJCE en el asunto “Singh”,⁵⁴ que hacía referencia a un matrimonio compuesto por un nacional hindú y una británica, que habían desarrollado durante un tiempo una actividad laboral por cuenta ajena en Alemania. Tras volver al Reino Unido para gestionar un establecimiento comer-

⁴⁸Sent. TJCE de 17.9.2002, as. C-413/99 “Baumbast, R / Secretary of State for the Home Department”. Rec. 2002 p. I-7091 apdos. 57 y 63. Un enfoque similar fue seguido en cuanto al alcance del art. 12 de este Reglamento, que establece la obligación de los Estados miembros de admitir a los hijos de los trabajadores inmigrantes en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, *Ibid.*, apdo. 63.

⁴⁹Sent. TJCE asunto C-413/99 “Baumbast”, cit., apdos. 57 y 63.

⁵⁰Sent. TJCE de 17.4.1986, asunto 59/85 “Países Bajos / Reed”, Rec. 1986, p. 1283.

⁵¹En este asunto se planteaba el rechazo por parte de las autoridades holandesas a otorgar un permiso de residencia a la compañera de un trabajador de nacionalidad británica que se encontraba trabajando en este país. Se trataba de una relación duradera aunque la señora Reed no cumplía la condición de “cónyuge” del art. 10 del Reglamento (CEE) n° 1612/68, lo que imposibilitaba que se le aplicara esta disposición. Sin embargo, una interpretación extensiva del concepto de ventaja social establecido en el artículo 7(2) de este Reglamento vino en su auxilio, porque de acuerdo con la Ley holandesa la compañera estable de un nacional holandés tenía derecho a la residencia en este país, lo que implicaba una discriminación entre las ventajas que disfrutaban los nacionales y los trabajadores de otros Estados miembros. Este confinamiento de la aplicación del art. 10 a las partes de un matrimonio civil debe considerarse una restricción, dadas las posibles relaciones que cada día son más comunes fuera del matrimonio civil y que son socialmente aceptadas.

⁵²Sent. TJCE de 13.2.1985, asunto 267/83 “Diatta / Land Berlin”, Rec. 1985, p. 567.

⁵³Sent. TJCE, asunto “Diatta”, cit. apdo. 20.

⁵⁴Sent. TJCE de 7.7.1992, asunto C-370/90 “The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department”, Rec. 1992, p. I-4265.

cial, el cónyuge de nacionalidad hindú obtuvo un permiso de estancia provisional, que poco después le fue revocado, al pronunciarse respecto a los dos cónyuges una sentencia provisional de divorcio. Esta circunstancia no impidió al TJCE incluir el asunto en el ámbito del Derecho comunitario, observando que "(...) *no se ha alegado que el matrimonio del Sr. y la Sra. Singh haya tenido un carácter ficticio y que, si bien dicho matrimonio fue disuelto por la sentencia definitiva de divorcio pronunciada en 1989, dicha circunstancia no influye sobre la cuestión prejudicial planteada, que se refiere al fundamento del derecho de residencia del interesado por lo que respecta al período anterior a la fecha de dicha sentencia*".⁵⁵

También la noción de estar a cargo del trabajador que figura en el artículo 10 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 ha sido interpretada de forma flexible por el Tribunal de Justicia. Así, en el asunto "*Lebon*"⁵⁶ el Tribunal sostuvo que la dependencia del trabajador, ya fuera por parte de sus hijos o de sus ascendientes, era una cuestión de hecho. De acuerdo con el Tribunal, se trata de un miembro de la familia cuyo mantenimiento viene asegurado por el trabajador, sin que sea necesario determinar las razones de ese mantenimiento, ni preguntarse si el interesado está en condiciones de socorrer sus propias necesidades mediante el ejercicio de una actividad remunerada.⁵⁷

El ámbito de aplicación *ratione personae* del artículo 12 del Reglamento (CEE) n° 1612/68, que garantiza el derecho de los hijos del trabajador a seguir cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en el Estado miembro de acogida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado,⁵⁸ también ha sido objeto de una interpretación extensiva. De este modo, en el asunto "*Gaal*"⁵⁹ el TJCE sentenció que esta disposición se aplicaba incluso a aquellos hijos que se encontraran realizando cursos de educación superior, en este caso de nivel universitario, aunque ya no estuvieran a cargo de sus padres o que su edad fuera superior a los 21 años. De forma semejante, en el asunto "*Echternach y Moritz*"⁶⁰ en el que se debatía la legalidad de la negativa a conceder una beca de estudios por parte de la administración holandesa a dos hijos de trabajadores de nacionalidad alemana que habían ejercido durante largo tiempo la libre circulación de trabajadores en los Países Bajos, aunque ya habían regresado a su país de origen, el Tribunal sostuvo que el hijo de un trabajador comunitario que ha estado empleado en otro Estado miembro, conserva el derecho a continuar la educación en el país de acogida, aunque el padre ya no resida en ese país.⁶¹

⁵⁵Sent. TJCE asunto "*Singh*", *cit.*, apdo. 12.

⁵⁶Sent. TJCE de 18.6.1987, asunto 316/85 "*CPAS de Courcelles / Lebon*", *Rec.* 1987, p. 2811.

⁵⁷Sent. TJCE asunto "*Lebon*", *cit.*, apdo. 22.

⁵⁸Esta disposición ha sido expresamente aplicada a los hijos que ostentan la nacionalidad de un tercer país, *vid.* Sent. TJCE asunto C-413/99 "*Baumbast*", *cit.*, apdo. 56.

⁵⁹Sent. TJCE de 4.5.1995, as. C-7/94 "*Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen / Gaal*", *Rec.* 1995, p. I-1031.

⁶⁰Sent. TJCE de 15.3.1989, as. 389, 390/87, "*Echternach e.a. Moritz / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*", *Rec.* 1989, p. 723.

⁶¹*Vid.*, en el mismo sentido, la Sent. TJCE asunto C-413/99 "*Baumbast*", *cit.*, apdo. 52, en el que el Tribunal sostuvo que: "(...) impedir que el hijo de un ciudadano de la Unión continúe su escolaridad en el Estado miembro de acogida, denegándole un permiso de residencia, podría disuadir a dicho ciudadano de ejercitar los derechos de libre circulación previstos en el artículo 39 CE y crearía, por tanto, un obstáculo al ejercicio efectivo de la libertad garantizada por el Tratado CE".

Si a continuación abordamos brevemente la interpretación que ha realizado el Tribunal de la única condición exigida para el ejercicio del derecho a la reunificación familiar y que consiste, según el artículo 10(3) del Reglamento (CEE) n° 1612/68, en que el trabajador disponga de “una vivienda para su familia, considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado”⁶², puede observarse igualmente que el Tribunal ha realizado una interpretación flexible, al afirmar que esta condición sólo es exigible cuando los familiares acceden por primera vez al territorio del Estado miembro de la familia del trabajador y no durante todo el período de su permanencia.⁶³

También la jurisprudencia reciente parece otorgar una importancia decisiva al cuidado de los hijos para permitir la reunificación familiar. Como es sabido, el Reglamento (CEE) n° 1612/68 basa su ámbito de aplicación en una serie de circunstancias objetivas como el grado de parentesco, la edad, la obligación de prestar alimentos o la convivencia.⁶⁴ El cuidado de los hijos, sin embargo, no se incluye en esta enumeración taxativa. De lo anterior puede deducirse que el legislador comunitario no atribuyó importancia alguna al cuidado de los hijos en este contexto. Sin embargo, la jurisprudencia reciente otorga bastante importancia a esta misión.⁶⁵ hasta el punto de implicar que los derechos de los miembros de la familia que tienen encomendado el cuidado de los hijos no se derivarían de la posición jurídica del trabajador o profesional emigrante con el que poseen algún vínculo, en el sentido del Reglamento (CEE) n° 1612/68, sino de la necesidad de continuar esta tarea.

El Tribunal aplicó esta amplia - y hasta cierto punto aún inespecífica doctrina - en el asunto “*Baumbast*”,⁶⁶ desarrollándose sobre este fundamento un derecho de residencia nuevo, separado e independiente para el miembro de la familia que tiene encomendado el cuidado de los hijos. En este asunto, una jurisdicción británica planteó al Tribunal de Justicia en qué medida el Derecho comunitario exigía que los Estados miembros respetaran el derecho de residencia permanente que asiste a los miembros de la familia de nacionales comunitarios que se han instalado con el trabajador en un Estado miembro cuando la familia del trabajador se divide a causa de un divorcio y los hijos se quedan a cargo del cónyuge que posee la nacionalidad de un tercer país.⁶⁷ El TJCE recordó, en primer lugar

⁶²Vid. art. 10 Reglamento (CEE) n° 1612/68: “(...) sin que esta disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros Estados miembros”.

⁶³En el asunto 249/86 “*Comisión / Alemania*”. Sent. TJCE de 18.5.1989, Rec. 1989, p. 1263, el Tribunal consideró que la legislación alemana era incompatible con el Derecho comunitario, en la medida en que preveía la no renovación de un permiso de residencia (o la reducción a posteriori de la duración de su validez) de un miembro de la familia de un trabajador emigrante debido a que la vivienda de la familia ya no podía considerarse apropiada, conforme a los criterios aplicados en la materia en el lugar de residencia, mientras que, respecto a los propios nacionales, no se preveían sanciones de gravedad comparable. El Tribunal señaló que el Reglamento (CEE) n° 1612/68 debía ser interpretado a la luz de la exigencia de respeto de la vida familiar, respeto que formaba parte de los derechos fundamentales que están reconocidos en Derecho comunitario. Es significativo que con posterioridad a esta sentencia, la Comisión haya propuesto eliminar esta condición en la propuesta de reforma de este Reglamento, presentada en 1998, COM(1998) 394 de 14.10.1998, DOCE n° C 344/9, de 12.11.1998.

⁶⁴La reglamentación comunitaria en materia de establecimiento y de servicios se basa igualmente en circunstancias objetivas vid. Directiva 73/148/CEE, *cit.*

⁶⁵“Primary carer”.

⁶⁶Sent. TJCE asunto C-413/99 “*Baumbast*”, *cit.*

⁶⁷Se trataba de dos asuntos acumulados por el órgano jurisdiccional remitente de cara al procedimiento prejudicial, a saber, el asunto de la familia “R” y el de la familia “Baumbast”. En el primero de ellos se trataba de un matrimonio entre un francés y una americana, los cuales tenían dos hijas de un matrimonio anterior de la madre, que poseían doble nacionalidad, francesa y americana. En 1990, la familia se estableció en el Reino Unido y la esposa fue autorizada a residir en este país como esposa de un

que para que la libre circulación de trabajadores esté garantizada dentro del respeto a la libertad y dignidad, se exigían condiciones óptimas de integración de la familia del trabajador comunitario en el medio del Estado miembro de acogida.⁶⁸ Y para que pudiera lograrse esta integración era indispensable, añadió el Tribunal, que los hijos del trabajador comunitario tuvieran la posibilidad de comenzar su escolaridad y sus estudios en el Estado miembro de acogida⁶⁹ con objeto de concluirlos con éxito,⁷⁰ independientemente de que los padres se hayan divorciado y de que los hijos no vivan permanentemente con el padre que es ciudadano comunitario y que ha ejercido la libre circulación de trabajadores.⁷¹ Una vez afirmado el derecho de residencia de los hijos, se planteaba la cuestión de si el progenitor que tenía encomendada la custodia de los hijos, con independencia de su nacionalidad, tenía también derecho a residir con ellos de forma que se facilitase el ejercicio de ese derecho, aunque los padres se hubiesen divorciado. El Tribunal afirmó que denegar a los progenitores la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos últimos del derecho que el legislador comunitario les ha reconocido para continuar su escolaridad en el Estado miembro de acogida.⁷² Para el Tribunal, reconocer este derecho a los hijos mientras los progenitores responsables de su custodia pueden perder su derecho de residencia podía convertir en iluso-

nacional comunitario. No obstante, dos años más tarde el matrimonio se divorció. En octubre de 1995, fecha en que caducaba el permiso de residencia para la madre, ella y sus dos hijos solicitaron un permiso de residencia por tiempo indefinido con arreglo al Derecho nacional británico, aunque las autoridades únicamente aceptaron conceder este derecho a las hijas, como miembros de la familia de un trabajador inmigrante. La cuestión que se suscitaba en este asunto era si la denegación del permiso a la madre podía vulnerar los derechos que reconoce a sus hijas el Derecho comunitario a ser educadas y a residir en el Reino Unido, así como el derecho a una vida familiar. En el caso de la familia Baumbast, se trataba de un matrimonio compuesto por una colombiana y un alemán que se casaron en el Reino Unido en 1990. Su familia estaba compuesta por dos hijas, la mayor de las cuales era hija natural de la Sra. Baumbast y tenía nacionalidad colombiana, mientras que la menor, poseía doble nacionalidad alemana y colombiana. En junio de 1990, los miembros de la familia Baumbast obtuvieron una tarjeta de residencia en el Reino Unido válida para cinco años. Entre 1990 y 1993, el Sr. Baumbast ejerció una actividad económica en el Reino Unido, aunque tras la quiebra de su empresa a partir de 1993 realizó diversos trabajos para sociedades alemanas que operaban en terceros países. En mayo de 1995, la Sra. Baumbast solicitó un permiso de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido para ella y los demás miembros de su familia, permiso que le fue denegado debido a que el Sr. Baumbast no trabajaba ya en el Reino Unido, ni tampoco poseía un derecho general de residencia en virtud de la Directiva 90/364, puesto que no estaban cubiertos por un seguro de enfermedad completo en el Reino Unido, sino exclusivamente en Alemania, país al que se desplazaban cuando necesitaban recibir cuidados médicos.

⁶⁸Sent. TJCE asunto C-413/99 "*Baumbast*", *cit.*, apdo. 50.

⁶⁹Como dispone explícitamente el artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 1612/68.

⁷⁰Sent. TJCE asunto C-413/99 "*Baumbast*", *cit.*, apdo. 51.

⁷¹*Ibid.*, apdo. 60.

⁷²*Ibid.*, apdo. 71. El Tribunal se basó implícitamente en el mismo concepto de persona que tiene encomendada el cuidado de los hijos en el asunto "*Carpenter*", Sent. TJCE de 11.7.2002, as. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279, en el que una jurisdicción británica planteó al Tribunal de Justicia si un nacional de un país tercero casado con ciudadano de la Unión podía invocar el principio de libre prestación de servicios para obtener el derecho de residencia en el Estado de origen de su cónyuge. Se trataba de la Sra. Carpenter, de nacionalidad filipina, que obtuvo en 1994 un permiso de entrada como visitante en el Reino Unido por un período de seis meses. En 1996, se casó con el Sr. Carpenter, de nacionalidad británica, el cual dirigía una empresa de publicidad que ofrecía a los editores de revistas diversos servicios relacionados con la publicidad. Aunque la empresa se encontraba establecida en el Reino Unido, una parte considerable del negocio se realizaba con clientes que tenían su sede social en otros Estados miembros. En 1996, a la señora Carpenter se le denegó un permiso de residencia en calidad de cónyuge de un nacional comunitario, dictándose además un orden de expulsión contra ella. Esta decisión fue objeto de un reclamo en la que la Sra. Carpenter alegó que no podía ser expulsada dado que disfrutaba de un derecho de residencia derivado del Derecho Comunitario, puesto que su esposo debía desplazarse a otros Estados miembros por motivos de trabajo para prestar y recibir servicios relacionados con la actividad de su empresa, mientras ella se ocupaba del cuidado de los hijos, de modo que su expulsión restringiría el derecho de su esposo a efectuar y recibir prestaciones de servicios. El razonamiento del TJCE siguió cuatro pasos fundamentales: la determinación de un vínculo con el ordenamiento comunitario, la existencia de un obstáculo a la libre prestación de servicios, el carácter injustificado de este obstáculo y, finalmente, la protección del derecho fundamental al respeto de la vida familiar; alcanzando, finalmente, la conclusión de que el principio de libre prestación de servicios, a la luz de este derecho fundamental, se opone

rio el ejercicio de ese derecho. De ello dedujo el Tribunal que el ejercicio efectivo de ese derecho por parte de los hijos implica necesariamente que puedan estar acompañados por la persona a la que corresponda efectivamente su custodia y, por tanto, que esta persona debe poder residir con ellos en dicho Estado miembro durante sus estudios.⁷³

Esta doctrina del cuidado de los hijos ha sido nuevamente aplicada en la reciente Sentencia del TJCE en el asunto “Chen”,⁷⁴ en el que una jurisdicción británica planteó al Tribunal de Justicia si el Derecho comunitario confería a un progenitor nacional de un país tercero el derecho a residir en un Estado miembro si el hijo menor de edad es nacional comunitario. En el caso en cuestión se trataba de la Sra. Chen, de nacionalidad china, que tratando de evitar la restrictiva política de natalidad vigente en su país acudió a Irlanda para dar a luz a su segundo hijo. De este modo, su hija Catherine adquirió la nacionalidad irlandesa, aunque no tenía derecho a adquirir ni la nacionalidad británica, ni la china. Poco después, la madre y la hija se trasladaron al Reino Unido y solicitaron un permiso de residencia de larga duración, permiso que le fue denegado por las autoridades de este país. Reiterando la jurisprudencia “Baumbast”, el TJCE respondió que denegar a la Sra. Chen el permiso de residencia para residir con su hija en el Reino Unido privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de ésta última. En efecto, dado que se trataba de una niña de corta edad, para que Catherine pudiera realmente disfrutar del derecho de residencia, debía tener derecho a estar acompañada por su madre, que era la persona que se encargaba de su cuidado.⁷⁵

a que el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese mismo Estado, que presta servicios a prestarios establecidos en otros Estados miembros, pueda denegar la residencia en su territorio del cónyuge, nacional de un país tercero, que se encarga del cuidado de los hijos. Aunque puede ser discutible la interpretación amplia que desarrolla el Tribunal de concepto de obstáculo a la libre prestación de servicios, basada en una lectura extensiva del art. 49 CE, vid. las críticas de ACIERO S., “The Carpenter Judgment: Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order”, *ELRev.* 2003, vol. 28, pp. 398-407 (403); TONER H., *European Journal of Migration and Law*, 2003, pp. 163-172; lo que le lleva a incluir en esta noción un medida nacional como la expulsión del territorio, que no posee naturaleza económica, lo que conduce a extender esta libertad más allá de lo razonable, vid. Editorial de *Common Market Law Review*, 2003, p. 537, 541; desde nuestro punto de vista, la conclusión que alcanza el Tribunal no es tan novedosa puesto que hace ya algún tiempo que éste había señalado que quedaban sometidas al principio de libre prestación de servicios aquellas prestaciones en las que no hay desplazamiento ni del prestador ni de prestatario. Lo que de verdad resulta interesante en la resolución de este asunto es la extraordinaria influencia que ejerce la protección de los derechos fundamentales. Cierto es que se trata aún de una protección indirecta del derecho fundamental de la Sra. Carpenter a través de la protección del principio fundamental de Derecho comunitario que disfruta su esposo como nacional comunitario, lo que significa que la inclusión de un nacional de un país tercero dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario depende del estatus de su esposo, nacional comunitario, poniendo de relieve que la protección de los Derechos fundamentales en la Unión no alcanza aún una autonomía propia sino que sigue ejerciéndose como una protección accesoria a las libertades tradicionales de este ordenamiento.

⁷³Sent. TJCE asunto C-413/99 “Baumbast”, *cit.*, apdo. 73. Aparte de esta cuestión, un desarrollo fundamental del asunto “Baumbast” viene constituido por el reconocimiento de la eficacia directa del artículo 18 CE. Por primera vez el Tribunal afirma que como ciudadano de la Unión, el Sr. Baumbast puede disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del art. 18.1 CE. Sent. TJCE asunto C-413/99 “Baumbast”, *cit.*, apdo. 84. Si bien es cierto que este derecho se reconoce con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado CE y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (“Baumbast”, apdo. 85), el Tribunal estima que esto no impide reconocer que se trata de una disposición clara y precisa que otorga derechos a los particulares que pueden alegar ante los tribunales nacionales y que éstos deben tutelar (“Baumbast” apdo. 86). En relación con estas limitaciones, el Tribunal afirma que su aplicación debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular, el principio de proporcionalidad. Lo que significa que las medidas nacionales adoptadas a este respecto deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida (“Baumbast”, apdo. 91).

⁷⁴Sent. TJCE de 19.10.2004, as. C-200/02 “*Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen / Secretary of State for the Home Department*”, (aún no publicada en la Rec.).

⁷⁵Sent. TJCE “Chen”, *cit.*, apdo. 45.

También el concepto de ventaja social que figura en el artículo 7.2 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 ha sido objeto de una interpretación muy amplia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, demostrando ser una fuente de innumerables beneficios de carácter social para los miembros de la familia, incluso de nacionales de terceros países, a pesar de que su tenor literal parecía indicar que no se trataba de una disposición dirigida específicamente a los miembros de la familia del trabajador. Si bien en un primer momento el Tribunal mostró ciertas reticencias a interpretar de forma extensiva esta disposición,⁷⁶ posteriormente ha desarrollado un enfoque amplio. Así lo demostró en el asunto “*Cristini*”,⁷⁷ en el que se discutía el derecho de la viuda de un trabajador italiano residente en Francia a obtener una reducción en las tarifas del transporte por ferrocarril, derecho que le había sido denegado por las autoridades francesas a causa de su nacionalidad. El Tribunal rechazó el argumento de que las ventajas sociales prescritas en el artículo 7(2) del Reglamento (CEE) nº 1612/68 fueran exclusivamente aquéllas que tuvieran alguna conexión con el contrato de trabajo, afirmando que también se encontraban incluidas las ventajas sociales indirectas. Esta interpretación fue desarrollada en el asunto “*Inzirillo*”,⁷⁸ en el que el Tribunal de Justicia sostuvo que la concesión de una pensión de invalidez para el hijo minusválido de un trabajador que nunca había trabajado en el país de residencia del padre constituía una ventaja social indirecta.⁷⁹ Ambos asuntos son importantes en la materia que venimos considerando porque si bien los beneficiarios prioritarios de estas ventajas sociales serán normalmente los trabajadores comunitarios, nada obsta a que los miembros de sus familias, aún siendo nacionales de terceros países, puedan también beneficiarse sustancialmente de estas ventajas.

Es cierto, no obstante, que la definición precisa del concepto de ventaja social en el marco del artículo 7(2) del Reglamento (CEE) nº 1612/68 ha demostrado ser un tanto ambigua, a pesar de que el Tribunal ha ido alumbrando su alcance y su potencial con objeto de mejorar el destino de los miembros de la familia de los trabajadores inmigrantes. Así lo hizo en el asunto “*Reed*”,⁸⁰ en el que se planteaba el rechazo por parte de las autoridades holandesas a otorgar un permiso de residencia a la compañera de un trabajador de nacionalidad británica que se encontraba trabajando en este país. Se trataba de una relación duradera, aunque la Sra. Reed no alcanzaba la condición de “cónyuge” en el sentido del artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68, lo que imposibilitaba que se le aplicara esta disposición. Sin embargo, una interpretación extensiva del concepto de ventaja social indirecta vino en su auxilio porque de acuerdo con la Ley holandesa la compañera estable de

⁷⁶Sent. TJCE de 11.4.1973, as. 76/72 “*Michel S. / Fonds national de reclassement social des handicapés*”. Rec. 1973, p. 457. En este asunto se trataba de un hijo deficiente mental de un trabajador italiano residente en Bélgica, que buscaba obtener ciertos beneficios previstos en la Ley belga para los nacionales de este país. El Tribunal sostuvo que los beneficios previstos en el artículo 7 estaban dirigidos exclusivamente al trabajador y añadió que los beneficios dirigidos a los miembros de la familia estaban excluidos de su ámbito de aplicación.

⁷⁷Sent. TJCE de 30.9.1975, as. 32/75, “*Christini / S.N.C.F.*”, Rec. 1975, p. 1085.

⁷⁸Sent. TJCE de 16.12.1976, as. 63/76, “*Inzirillo / Caisse allocations familiales Lyon*”, Rec. 1976, p. 2057.

⁷⁹*Ibid.*, apdo. 21. En asuntos posteriores, el Tribunal ha admitido incluso que para que tengan derecho a la prestación, ni la esposa ni los hijos tienen que residir en el Estado miembro que confiere esa ventaja social, vid. Sent. TJCE de 8.6.1999, as. C-337/97 “*Meeusen*”, Rec. 1999, p. I-3289.

⁸⁰Sent. TJCE de 17.4.1986, as. 59/85, “*Países Bajos / Reed*”, Rec. 1986, p. 1283.

un nacional holandés tenía derecho a la residencia en ese país, lo que significaba que denegar el mismo trato a nacionales de otros Estados miembros podía constituir un trato discriminatorio.⁸¹ De este modo, el concepto de ventaja social fue interpretado de manera lo suficientemente amplia en este asunto como para otorgar el derecho de residencia a un compañera, a pesar de no tratarse del cónyuge de un nacional comunitario. Si bien es cierto que la nacionalidad de la compañera era británica, nada hace pensar que la solución será distinta si la persona en cuestión ostentase la nacionalidad de un tercer país.

No deben, sin embargo, perderse de vista las circunstancias particulares de este asunto porque el artículo 7(2) sólo es capaz de extender una ventaja ya existente en el país de acogida y en ningún caso establecer *ex nihilo* una nueva ventaja. De este modo, si el país de residencia no dispone de una Ley que otorgue automáticamente la ventaja de la residencia a las parejas de hecho de los nacionales, no cabría basar ningún derecho en esta disposición. Por otra parte, otras sentencias del TJCE revelan los límites del concepto de ventaja social para los miembros de la familia que son nacionales de países terceros. Así, por ejemplo, en el asunto “*Taghavi*”⁸² se discutía si la esposa de nacionalidad iraní de un trabajador italiano, ambos residentes en Bélgica, tenía derecho a recibir una pensión por minusvalía otorgada por el Estado, a pesar de que la Ley belga limitaba su concesión exclusivamente a los nacionales de ese país. El Tribunal rechazó que los trabajadores extranjeros tuvieran derecho a esta pensión y rechazó el punto de vista de la Comisión, según el cual, la pensión constituía una ventaja social.⁸³

Otro asunto más reciente en el cual el concepto de ventaja social no pudo servir de auxilio a un nacional de un país tercero fue el asunto “*Kaba*”⁸⁴, en el que se debatía e rechazó por parte de las autoridades británicas para otorgar un permiso de residencia indefinida a un nacional yugoslavo casado con una francesa que trabajaba en el Reino Unido. En una sentencia escasamente razonada el Tribunal rechazó que un nacional de un tercer país obtuviera a través del matrimonio con un ciudadano comunitario un derecho derivado del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 para obtener un permiso de residencia por tiempo indefinido después de tan solo doce meses de residencia, incluso a pesar de la discriminación que representaba con respecto a los cónyuges de nacionales británicos. El Tribunal admitió que cuando una normativa supedita la concesión de una ventaja al requisito de que el beneficiario sea residente y esté establecido en el territorio nacional, era más fácil que los trabajadores nacionales cumplieran dicho requisito antes que los procedentes de otros Estados miembros,⁸⁵ aceptando que los Estados miembros podían otorgar un trato diferente al cónyuge de un nacional de un Estado miembro que ejerce los derechos que le confiere el Tratado que al cónyuge de una persona establecida en el Reino Unido.⁸⁶

⁸¹ *Ibid.*, apdo. 28.

⁸² Sent. TJCE de 8.7.1992, as. C-243/91, “*Bélgica / Taghavi*”, *Rec.* 1992, p. I-4401.

⁸³ *Ibid.*, 11.

⁸⁴ Sent. TJCE de 11.4.2000, as. C-356/98, “*Kaba*”, *Rec.* 2000, p. I-2623.

⁸⁵ *Ibid.*, apdo. 28.

⁸⁶ *Ibid.*, apdo. 32. La solución dada por el Tribunal es criticada por PEERS S., “Dazed and Confused: Family Members Residence Rights and the Court of Justice”, *ELRev.*, vol. 26-2001, pp. 76 y ss. Obsérvese que poco tiempo después de que se planteara la cuestión prejudicial, este matrimonio se divorció, vid. Conclusiones del Abogado General La Pergola en el asunto C-356/98, “*Kaba*”, apdo. 18.

Asuntos como “*Taghavi*” y “*Kaba*” parecen reflejar la intención del Tribunal de poner ciertos límites a la transformación judicial del artículo 7(2) del Reglamento (CEE) n° 1612/68 desde una cláusula dirigida a asegurar un trato no discriminatorio a los trabajadores comunitarios hasta un poderoso instrumento para imponer la igualdad en relación con un enorme variedad de asuntos entre trabajadores comunitarios (o familiares de terceros países) y nacionales. De estos asuntos cabe deducir que la concesión de derechos a los familiares de los trabajadores comunitarios a través del concepto de ventaja social nunca será más que un beneficio derivado del principal objetivo de esta cláusula, que no es otro que asegurar la igualdad y la no discriminación (en términos de ventajas sociales y fiscales) del trabajador comunitario.

IV.- EL DERECHO A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES.

De la jurisprudencia que acabamos de exponer puede deducirse que el TJCE ha desarrollado una interpretación amplia de la reglamentación comunitaria relativa al estatuto jurídico de los miembros de la familia del trabajador, protegiendo el respeto a la vida familiar incluso de forma más amplia que la jurisprudencia más tradicional del TEDH.⁸⁷ Sin embargo, continúa existiendo una cierta incoherencia en toda esta materia porque un ciudadano comunitario que quiere contraer matrimonio y vivir con una persona que tiene la nacionalidad de un país tercero no tiene derecho, sin más, a que su cónyuge entre en dicho Estado miembro. Si este ciudadano comunitario se establece en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, el cónyuge estará excluido del ámbito de aplicación de la legislación nacional en materia de inmigración y será admitido automáticamente con arreglo al Derecho comunitario.⁸⁸ Sin embargo, si este ciudadano comunitario no ejerce la libre circulación, su situación se ha considerado hasta el momento una situación puramente interna y, en consecuencia, regulada exclusivamente por el derecho nacional.⁸⁹ Ello quiere decir que el cónyuge sólo será admitido tras un examen individual, con arreglo a las normas estrictas de las autoridades nacionales de inmigración.

Por otra parte, tratándose de nacionales de terceros países que no ostentan ningún vínculo familiar con un ciudadano comunitario, serán estas normas nacionales las que se apliquen a la reunificación familiar. La disparidad de estas normas, junto con el aumento de la importancia de las cuestiones relativas a la inmigración de nacionales de terceros países, hacía necesaria una cierta ordenación de esta materia a nivel comunitario. Consciente de

⁸⁷Vid. en este sentido, BARRETT G., ‘Family Matters: European Community Law and Third Countries Family Members’, *op. cit.*, p. 389; REICH N., ‘Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons’, *CMLRev.* 2003, vol. 40, n. 3, 615-638 (628).

⁸⁸La situación sólo es distinta si el cónyuge constituye una amenaza seria para el orden público, la salud o la seguridad pública.

⁸⁹Como declaró el Tribunal de Justicia en la Sent. TJCE de 27.10.1982, as. ac. 35/82 y 36/82, “*Morson y Jhanjan*”, *Rec.* p. 3723, el Derecho comunitario en el ámbito de la libre circulación de personas no es aplicable a esta situación. Vid., asimismo, Sent. TJCE de 16.12.1992, as. C-206/91 “*Koua Poirrez*”, *Rec.* p. I-6685, apdo. 13; y las Conclusiones de la Abogada General Sux-Hackl, presentadas el 13.9.2001, en el asunto C-459/99, “*MRAX / Bélgica*”, apdo. 31.

estos problemas, el Consejo Europeo afirmó en su reunión de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999 que la Unión Europea debía garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.⁹⁰ Los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron también que una política de integración más decidida debería encaminarse a conceder a los inmigrantes derechos y obligaciones “*comparables*” a los de los ciudadanos de la Unión Europea.⁹¹ Estas afirmaciones llevaron a la Comisión a presentar en 1999 una propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar⁹² sobre la base del artículo 63 CE, en el marco del Título IV del Tratado relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. En el memorándum presentado junto a esta propuesta, la Comisión explicaba que se trataba de aproximar las legislaciones nacionales en esta materia con objeto de garantizar la seguridad jurídica de los nacionales de terceros países que, de este modo, podrían disfrutar de condiciones de reunificación familiar muy similares, independientemente del Estado miembro en el que se les hubiera admitido a residir,⁹³ reduciéndose de este modo el riesgo de que la elección del Estado miembro se efectuara en función de las condiciones exigidas por cada Estado miembro.⁹⁴

Tras cuatro años de intensos debates, el texto fue adoptado formalmente por el Consejo en septiembre de 2003,⁹⁵ lográndose de este modo uno de los primeros desarrollos sobresalientes de la estrategia de la Unión Europea en materia de inmigración,⁹⁶ siguiendo la agenda que fuera establecida por el Tratado de Amsterdam. Tratándose del primer resultado de esta estrategia y teniendo en cuenta las ambiciosas palabras que en relación con la población inmigrante habían sido expresadas por los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Tampere, podía esperarse legítimamente que esta Directiva constituiría un primer paso hacia un enfoque comunitario realista y de carácter digno y humanitario en mate-

⁹⁰Conclusiones de la Presidencia, apartado 18.

⁹¹*Ibid.*

⁹²Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM (1999) 638 final, de 1.12.1999. *DOCE* n° C 116 E/66, de 26.4.2000.

⁹³COM (1999) 638 final.

⁹⁴*Ibid.*

⁹⁵Directiva (CE) n° 2003/86 del Consejo, de 22.11.2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, *DOUE* n° 251, de 3.10.2003, pp. 12-18. Sobre esta Directiva, puede verse el comentario crítico de VARGAS GÓMEZ-URRUTIA M., “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”, en CALVO CARAVACA A. L. / CASTELLANOS RUIZ E. (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Editorial Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843.

⁹⁶En 1993 el Consejo adoptó una Resolución del Consejo sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar, vid. Documento del Consejo SN 2828/1/93 WGI 1497 REV 1. Aparte de carecer de fuerza jurídica vinculante, su ámbito personal era muy reducido porque se aplicaba únicamente a los nacionales de terceros países que se encontrasen a la espera de un permiso de residencia permanente, asunto que tenía que ser dilucidado por las normas nacionales y la política seguida por los Estados miembros en este ámbito. También establecía la Resolución, al igual que esta Directiva, que los Estados miembros podían rechazar el permiso de reunificación si la presencia de la familia en el territorio nacional podría constituir un peligro para la seguridad nacional o el orden público, así como que los Estados miembros podían exigir que el reagrupante dispusiera de un seguro médico, alojamiento y suficientes recursos para mantener a la familia. En otros aspectos, sin embargo, la Resolución parecía ser menos restrictiva que la Directiva en cuanto que establecía que estas condiciones no tenían que ser exigidas antes de que se presentara la solicitud de reunificación, como establece la Directiva. No obstante, la redacción era lo suficientemente amplia como para poder amparar una interpretación más restrictiva. La Resolución también establecía que los Estados miembros podían exigir un período de residencia por parte del reagrupante antes de concederle el permiso, aunque su extensión se dejaba a la discrecionalidad de los Estados miembros.

ria de reunificación familiar de nacionales de terceros países, plasmado del mismo principio de dignidad que ha inspirado al Tribunal de Justicia cuando ha tenido que enfrentarse a la interpretación del estatuto jurídico de los miembros de la familia de los trabajadores comunitarios. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Tras los debates del Consejo y las necesarias transacciones para lograr la unanimidad requerida para aprobar este acto,⁹⁷ el objetivo inicial de lograr el reconocimiento de la reunificación familiar se ha limitado a la mera definición de una base común mínima de condiciones en las que se ejerce este derecho, basada en el mínimo común denominador de las políticas que los Estados miembros han desarrollado hasta este momento en este ámbito. El resultado alcanzado es una Directiva poco ambiciosa, que no ofrece ningún avance en relación con las exigencias actuales a nivel nacional y, en especial, que no cumple el objetivo de lograr los ansiados objetivos de claridad y, especialmente, de humanidad en materia de inmigración.

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL.

En términos generales, la Directiva establece dos regímenes para la admisión de los miembros de la familia: uno para los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los países miembros participantes⁹⁸ y otro para aquellos que tengan el estatuto legal de refugiados.⁹⁹ Con respecto a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los países miembros participantes, la Directiva establece que la reunificación se aplicará cuando el nacional de un tercer país sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año y tenga una perspectiva fundada de obtener un permiso de residencia permanente,¹⁰⁰ lo que no permite ningún margen de maniobra cuando se trata de permisos de validez inferior al año. La situación será especialmente difícil en aquellos Estados miembros en los que el permiso de residencia se encuentra vinculado al contrato de trabajo y el inmigrante tiene un contrato de duración breve. En estas circunstancias, el inmigrante no llegará nunca a tener una “*perspectiva fundada de obtener un permiso de residencia permanente*” en el sentido exigido por la Directiva y, por consiguiente, el derecho a la reunificación familiar corre el peligro de no poder ejercitarse nunca.

⁹⁷Esta Directiva se adoptó por el procedimiento previsto en el artículo 67 del Tratado CE, según el cual, durante un período transitorio de cinco años, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo.

⁹⁸El Título IV del Tratado CE no es aplicable al Reino Unido ni a Irlanda, a menos que estos dos países decidan lo contrario según las modalidades indicadas en el protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo a los Tratados. Tampoco este Título del Tratado es aplicable a Dinamarca, en virtud del Protocolo sobre la posición de la Dinamarca anejo a los Tratados. Lo considerandos 17 y 18 de la Directiva establecen que estos países han decidido no participar en la adopción de esta Directiva.

⁹⁹Prescindimos, por considerarlo excepcional, del estudio del régimen de acogida y estancia en la Unión Europea de los refugiados. Vid. a este respecto la Directiva sobre el estatuto de los refugiados, DOCE n° C 62, de 27.2.2001, así como la monografía de J.J. MARTÍN ARRIBAS, *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, 2000, pp 111-233; y A. VALLE GÁLVEZ, “La libre circulación de personas en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (II)”, en M LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coords.), *Derecho Comunitario Material*, Madrid, 2000, pp 51-63.

¹⁰⁰Art. 1 Directiva 2003/86/CE.

El artículo 4 establece además que la admisión de los miembros de la familia sólo es obligatoria con respecto a las familias tradicionales o nucleares, es decir, al cónyuge del reagrupante y sus hijos menores, incluidos los adoptivos, lo cual implica que en otro tipo de familias podrán aplicarse normas diferentes según el trato que los Estados miembros decidan conferirle al realizar la transposición.¹⁰¹ De este modo, con respecto a los ascendientes en línea directa,¹⁰² los hijos mayores solteros,¹⁰³ las parejas de hecho,¹⁰⁴ los esposos menores de veintinueve años¹⁰⁵ y los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante,¹⁰⁶ la Directiva otorga una potestad discrecional a los Estados miembros para que decidan lo que crean conveniente conforme a su legislación, lo que puede dar lugar a confusión en cuanto al efectivo ejercicio del derecho y a una diferencia de trato entre los diversos Estados miembros.¹⁰⁷ Pero lo que resulta más preocupante es que si un Estado miembro decide aceptar la reunificación familiar de estas personas, esta autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los demás países miembros, que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en estos supuestos, no concedan a dichas personas la consideración de miembros de familia por lo que respecta al derecho a residir en su territorio.¹⁰⁸ El balance es aún más desolador si se compara el ámbito de aplicación personal de esta Directiva con la nueva regulación del derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios en el territorio de los Estados miembros, puesto que la Directiva 2004/38/CE no sólo unifica el concepto de "miembros de la familia" para todos los beneficiarios del derechos

¹⁰¹Considerando nº 10 de la Directiva 2003/86/CE y art. 4, apdos. 2, 3 y 4.

¹⁰²Obsérvese que frente al carácter potestativo que establece la Directiva en relación con la reunificación familiar de los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, el TEDH ha declarado que el art. 8 CEDH incluye al menos los vínculos entre parientes cercanos, por ejemplo, entre abuelos y nietos, desde el momento en que esos parientes pueden desempeñar una parte considerable de la vida familiar. Sent. TEDH de 13.6.1979, asunto "*Marck / Bélgica*", Serie A, nº 31, p. 21, apdo. 45: "*Aux yeux de la Cour, la 'vie familiale' au sens de l'article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants*".

¹⁰³Art. 4.2 b) de la Directiva 2003/86/CE.

¹⁰⁴El TEDH ha declarado que el derecho a la vida familiar también incluye las parejas de hecho, vid. Decisión de Comisión, asunto "*X, Y / Suiza*", 1977, 9 D. & R. 57. Las parejas de homosexuales han sido excluidas del concepto de vida familiar por la Comisión, aunque han sido protegidas bajo el concepto de vida privada, vid. Demanda nº 9369/81, asunto "*X, Y / Reino Unido*", 1983, R. & D. 220; Demanda nº 12513/86 *X / Reino Unido*, 1989, 11 *European Human Rights Recueil* 49. Para el TEDH, los grados de parentesco y de dependencia entre los miembros de la familia son los factores determinantes a la hora de determinar si la "vida familiar" ha sido establecida en el marco del art. 8 CEDH. La Comisión ve el concepto de dependencia más en términos financieros y materiales, apareciendo el concepto de dependencia emocional como insuficiente para que este órgano desplegara la protección del art. 8 CEDH, vid. Demanda nº 10375/83, asunto "*S. S. / Reino Unido*", 1985, 40 D. & R. 196.

¹⁰⁵Art. 4.5 de la Directiva: "*Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante*".

¹⁰⁶Art. 4.4 de la Directiva 2003/86/CE.

¹⁰⁷Es curioso observar por ejemplo que ante el silencio de la Directiva, la situación de una pareja de novios que desea contraer matrimonio en el país miembro en el que se encuentra residiendo uno de ellos se asimila a las parejas de hecho y por lo tanto los Estados miembros podrán decidir si autorizan o no la reunificación familiar en estas circunstancias. Debe observarse, sin embargo, que el derecho a casarse y encontrar una familia se encuentra protegido en el art. 12 CEDH. Es cierto que ni la Comisión Derechos Humanos, ni el TEDH han encontrado que este derecho se infrinja porque un solicitante de residencia haya tenido que abandonar el país o haya sido rechazada su entrada. En la mayoría de los casos la pareja pudo casarse y vivir en otro lugar, Demanda nº 7175/75, asunto "*X / Alemania*", 1976, 6 D. & R. 138. Sin embargo, la lectura conjunta de los artículos 8 y 12 del CEDH podría interpretarse en el sentido de imponer una obligación para admitir en el territorio de un Estado parte el prometido/a o la pareja de hecho de un residente si el matrimonio o la vida en común de ambos en otro lugar llega a ser considerada imposible, vid., en este sentido, PLENDER R., *International Migration Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, (2ª ed., Revisada), p. 235.

¹⁰⁸Considerando nº 10 de la Directiva 2003/86/CE.

de residencia, eliminando de esta forma la que había sido denominada por O'KEFFE “class of second rate Community citizens”,¹⁰⁹ sino que amplía el ámbito de los beneficiarios al establecer que el Estado miembro de acogida facilitará la entrada y la residencia de cualquier miembro de la familia que 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; así como la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.¹¹

Resulta preocupante, asimismo, que los hijos a los que obligatoriamente todos los Estados miembros participantes tienen que concederle el derecho a la reunificación familiar deben tener una edad inferior a la mayoría de edad legal en el Estado miembro de acogida y no estar casados.¹¹¹ Aparte de la discriminación que supone con respecto a los ciudadanos comunitarios,¹¹² pueden plantearse problemas en cuanto a los hijos mayores que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.¹¹³

Igualmente problemático es el apartado d) del párrafo primero del artículo 4, según el cual, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro podrá verificar, antes de autorizar su entrada, si cumple algún criterio de integración ya previsto en su legislación. Esta vaga formulación parece responder a las exigencias de algunos Estados miembros que exigen el conocimiento de la lengua del país de acogida como condición para el ejercicio de este derecho.¹¹⁴ Se trata de una condición cuya aplicación discrecional se presta a importantes criterios de elasticidad política, pudiendo dar lugar a importantes discriminaciones en perjuicio de los menores. Cabría plantearse si esta condición resulta totalmente coherente con el Convenio sobre los derechos del niño, al que ya hemos hecho referencia cuando exponíamos el marco jurídico internacional de la reunificación familiar, en particular, con la obligación allí estableci-

¹⁰⁹D. O'KEFFE, “Comments on the Free Movement of Various Categories of Persons”, en SCHERMERS, H. G./ FLIN, T. M. C. [et al.] (eds.), *Free Movement of Persons in Europe: Legal Problems and Experiences*, T.M.C. Asser Institute Colloquium on European Law, The Hague, Sept. 12-13 1991, Martinus Nijhoff, The Hague, 1993, pp. 515-520.

¹¹⁰Art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE. Sobre las novedades que aporta esta nueva Directiva, vid. BLÁZQUEZ PEINADIC, M. D.: “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, último desarrollo normativo: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”. *Gaceta Jurídica de la UE*, n° 233, septiembre – octubre, 2004 pp. 18 y ss.

¹¹¹Art. 4(1) in fine Directiva 2003/86/CE.

¹¹²Art. 10(1) del Reglamento (CEE) n° 1612/68.

¹¹³El art. 4.2 de la Directiva 2003/86/CE establece una potestad discrecional para que los Estados miembros autoricen la entrada de estos hijos, pero en ningún caso será obligatorio para todos los Estados miembros.

¹¹⁴En el considerando 12 de la Directiva se establece que la posibilidad de limitar el derecho a la reagrupación familiar a los niños de edad superior a 12 años cuya residencia principal no es la misma que la del reagrupante, pretende reflejar la capacidad de integración de los niños en edad temprana, garantizando que adquieran en el colegio la educación y los conocimientos lingüísticos necesarios. En su segundo Dictamen sobre la propuesta de Directiva, el Comité Económico y Social afirmó que esta exigencia respondía al deseo de algunos Estados miembros de realizar una selección cada vez mayor de las potencialidades de los inmigrantes más jóvenes en relación con sus necesidades productivas, *DOCE* n° C 241/108, de 7.10.2002.

da de que los Estados velen para que el niño no esté separado de sus padres,¹¹⁵ así como con la obligación de que los Estados partes atiendan de manera positiva, humanitaria y expeditiva toda solicitud hecha por un niño para entrar en un Estado Parte a los efectos de la reunificación familiar.¹¹⁶

Tampoco logra la Directiva anular la diferencia de trato que existe en la actualidad entre la situación de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión que residen en el país de su nacionalidad y no hayan ejercido la libre circulación y aquéllos que sí ejercen este derecho, a pesar de que la Comisión había propuesto suprimir esta diferencia de trato con objeto de que los ciudadanos de la Unión, independientemente de que se desplacen o no, pudieran beneficiarse de sus disposiciones. Por consiguiente, continuará existiendo entre los ciudadanos de la Unión una diferencia de trato según ejerzan o no la libre circulación.

B) CONDICIONES MATERIALES PARA EL EJERCICIO DE LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR.

Las principales condiciones que los Estados miembros pueden imponer a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países se encuentran en el artículo 7 de la Directiva. Aparte de no lograrse la plena igualdad de trato con los ciudadanos comunitarios, el efecto de estas condiciones es limitar el derecho considerablemente, dotándose además, a los Estados miembros de altos poderes discrecionales. Según esta disposición los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante disponga de una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región;¹¹⁷ un seguro de enfermedad para sí mismo y los miembros de su familia que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los nacionales;¹¹⁸ y recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y la de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro en el que se pretenda llevar a cabo la reunificación.¹¹⁹ El objetivo que persigue la imposición de estas condiciones no es otro que asegurar que el solicitante pueda satisfacer las necesidades de su familia sin tener que recurrir a la asistencia social del Estado miembro.

¹¹⁵Vid. Art. 9 del Convenio sobre los derechos del niño.

¹¹⁶Vid. Art. 10 de la Directiva sobre los derechos del niño. El Parlamento Europeo ha presentado un recurso de anulación contra este apartado de la Directiva que se encuentra pendiente de resolución por el Tribunal de Justicia, vid. asunto C-540/03 "Parlamento Europeo / Consejo", DOUE n° C 47/21, de 21.2.2004. El Parlamento impugna además el art. 6.4, según el cual, "[...] los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar".

¹¹⁷Y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate, vid. art. 7(a) de la Directiva 2003/86/CE.

¹¹⁸*Ibid.*.

¹¹⁹*Ibid.* Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia. Asimismo, el segundo apartado del art. 7 dispone que: "Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional".

bro. Se trata de condiciones difíciles de satisfacer, especialmente, para aquellos inmigrantes que ocupan trabajos de baja cualificación poco remunerados. Es de desear, no obstante, que con objeto de no hacer más gravoso el ejercicio de este derecho para este tipo de trabajadores, los Estados miembros apliquen estas condiciones respetando el principio de proporcionalidad, como así lo exigió el TJCE en el asunto “*Baumbast*” con respecto a los ciudadanos comunitarios.¹²⁰ Esta condición de proporcionalidad era exigida en varias disposiciones de la propuesta, por ejemplo, en relación con el requisito de ingresos mínimos. De esta forma, en caso de que el reagrupante no pudiera cumplir con esta condición, los Estados miembros debían tener en cuenta la posible contribución de los restantes miembros de la familia al sostenimiento del hogar familiar.¹²¹ Sin embargo, en la versión finalmente aprobada, el Estado miembro sólo deberá tener en cuenta estas contribuciones de los demás miembros de la familia cuando se vaya a renovar el permiso de residencia, pero no cuando se solicite por primera vez este derecho.¹²²

Otra condición adicional exigida en el artículo 8 de la Directiva hace referencia al tiempo de residencia legal que los Estados miembros pueden exigir al nacional de un tercer país antes de reagrupar a los miembros de su familia con él y que los Estados miembros podrán alargar hasta un máximo de dos años,¹²³ o incluso tres, si en la fecha de adopción de esta Directiva la legislación existente en un Estado miembro tiene en cuenta su capacidad de acogida.¹²⁴ Si de una parte es posible pensar que esta condición puede justificarse en la necesidad de exigir al reagrupante una cierta estabilidad de residencia en el país de acogida, no hay que olvidar que a este periodo habrá de sumarse en todo caso el tiempo que los Estados miembros tardan en examinar la solicitud y que puede tener una duración de hasta nueve meses;¹²⁵ lo que a la postre puede someter al nacional de un tercer país a un insostenible periodo de espera de casi tres años antes de ver cumplida el ansiado reencuentro con su familia, aparte de entorpecer la integración perseguida. Resulta preocupante que el Consejo ampliara el período que había sido propuesto por la Comisión y que se limitaba como máximo a un año, porque éste se encontraba más en sintonía con la opinión del Comité de Expertos independientes encargado de supervisar la ejecución de la Carta Social Europea,¹²⁶ en cuyo artículo 19(6) se establece la obligación para los Estados Partes de “*facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio*”. Sin bien este Comité ha admitido que esta disposición admite que el reagrupante pueda ser sometido a un cierto

¹²⁰Sent. TJCE asunto C-413/99 “*Baumbast*”, *cit.*, apdo. 94.

¹²¹COM (1999) 638 final, de 1.12.1999.

¹²²Art. 16(1) apdo. a) de la Directiva 2003/86/CE.

¹²³Art. 8 de la Directiva 2003/86/CE.

¹²⁴*Ibid.* Algunos Estados miembros como Alemania o Austria eran partidarios incluso de ampliar este plazo a cinco años, *vid.* Documento del Grupo de Trabajo del Consejo “*Migration et éloignement*”, n.º 14272/01, de 26.11.2002. La legalidad de este artículo de la Directiva también ha sido impugnada por el Parlamento Europeo, *vid.* asunto C-540/03 “*Parlamento Europeo / Consejo*”, *DOUE* n.º C 47/21, de 21.2.2004.

¹²⁵Art. 5.4 de la Directiva 2003/86/CE.

¹²⁶Sobre la que la propia Directiva establece que sus disposiciones se entenderán sin perjuicio de las disposiciones más favorables de este instrumento, *vid.* art. 3.4 b) Directiva 2003/86/CE.

período de espera, en ningún caso puede ser excesivo como sería el supuesto de un período de espera de tres años.¹²⁷

No fue éste el único cambio que el Consejo realizó en la propuesta de Directiva. As en relación con la exigencia de que reagrupante disponga de una vivienda, la propuesta de la Comisión establecía que ésta fuera equivalente en tamaño a las proporcionadas por la asistencia social del Estado de acogida, mientras que el Consejo cambió la redacción de esta disposición para exigir “una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región [...]”, lo que inevitablemente introduce una diferenciación en función de la región en la que resida el inmigrante y dificulta su establecimiento en aquellas áreas en las que la residencia resulta más onerosa, a pesar de que, paradójicamente, suelen ser las que demandan una mayor cantidad de mano de obra. Requerir un vivienda adecuada para acoger la familia antes de conceder el derecho a la reunificación constituye una condición que ha venido siendo exigida tradicionalmente por la mayoría de los países receptores de inmigración, aunque la escasa oferta de vivienda a precios asequibles que se da en estos países representa un obstáculo considerable. Para hacer frente a esta dificultad, el Comité de Expertos independientes encargados de supervisar la aplicación de la Carta Social Europea ha interpretado que la expresión “*facilitar el reagrupamiento familiar*” que figura en el artículo 19.6 de este instrumento debe ser interpretada en el sentido de implicar una obligación positiva para asistir a los trabajadores inmigrantes y sus familias a encontrar una vivienda adecuada, ya sea privada o pública.¹²⁸ De esta forma el Comité ha afirmado que la práctica de los Estados consistente en establecer condiciones severas de residencia para poder adquirir una vivienda de promoción pública, no resulta conforme con la Carta porque no facilita el ejercicio del derecho a la reunificación familiar.¹²⁹

También agravó el Consejo la condición relativa a la disponibilidad de recursos fijos regulares suficientes para la propia manutención del reagrupante y su familia, al añadir la propuesta que: “*Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia*”. Aparte de su vaguedad esta última formulación impide claramente la reunificación familiar en los supuestos en los que el reagrupante ocupe trabajos temporales, incluso si estos recursos son suficientes para mantener a los miembros de su familia en el país miembro de acogida.

¹²⁷La proporcionalidad de estas condiciones tiene aún que ser evaluada por el TEDH bajo el art. 8 CEDH. Seguramente como opina CHOLEWINSKI R. “The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe”, *International and Comparative Law Quarterly* 43 (1994), 568-598 (588), incluso si las condiciones que los Estados exigen para la reunificación podrían ser contrarias en algún supuesto al art. 8(1) del CEDH, muchas de ellas se encontrarían finalmente justificadas, son proporcionadas, bajo el art. 8(2).

¹²⁸Council of Europe, Committee of Independent Experts of the European Social Charter. Conclusions I, p. 85; *Conclusion II*, p. 69, *Conclusions III*, p. 94-96, *Conclusions IV*, pp. 124-126 y *Conclusions V*, pp. 136-137, en Council of Europe, *Social Affairs, Case Law on the European Social Charter*, 1982, pp. 163-167.

¹²⁹El Comité ha denunciado así la situación establecida en Noruega, país en el que los inmigrantes tenían que esperar diez años antes de poder acceder a una vivienda de promoción pública, vid. Council of Europe, Committee of Independent Experts of the European Social Charter, *Conclusions XI-I* (1989), p. 163. La necesidad de que los Estados Partes adopten medidas especiales en favor de la población inmigrante y sus familias en el ámbito de la vivienda es claramente una extensión del principio de no discriminación entre inmigrantes y nacionales con respecto al alojamiento bajo el art. 19(4), apartado e), de la Carta Social Europea.

Finalmente, la Directiva señala una serie de motivos por los que los Estados miembros pueden legítimamente rechazar la entrada y residencia de los miembros de la familia. Cabe destacar, entre ellos, las razones de orden público, seguridad o salud pública,¹³⁰ nociones bien conocidas en materia de libre circulación de ciudadanos comunitarios¹³¹ y bien delimitadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque el fundamento y las condiciones de aplicación de estas nociones para los familiares de los nacionales de terceros países difieren en cierta medida de las nociones comunitarias aplicadas tradicionalmente a los ciudadanos comunitarios. En particular, el considerando nº 14 de la Directiva establece que el concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave,¹³² contradiciéndose de esta forma la jurisprudencia del TJCE que ha afirmado respecto a los ciudadanos comunitarios que: “*la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público*”. A lo que el Tribunal ha añadido que: “*(...) únicamente puede adoptarse una medida de expulsión contra una nacional comunitaria (...) si, además de haber infringido la Ley (...) su comportamiento personal crea una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*”.¹³³ Asimismo, los conceptos de orden público y seguridad pública incluyen los casos en que un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de este tipo o tiene objetivos extremistas.¹³⁴ No obstante, se omiten las garantías previstas para los ciudadanos comunitarios, en particular, que las medidas adoptadas por razones de orden público o de seguridad pública deban basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado; que la existencia de condenas penales anteriores no puede constituir por sí sola una razón para adoptar dichas medidas; que la conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad o, finalmente, que no pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.¹³⁵ Ello, no obstante, la Directiva no exime a los Estados miembros de la obligación de considerar la proporcionalidad entre una medida de rechazo de acceso al territorio de un familiar o de retirada de su permiso de residencia y la gravedad de la infracción con-

¹³⁰ Art. 6 de la Directiva 2003/86/CE.

¹³¹ Art. 39.3 CE y art. 3, apdos. 1 y 2 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25.2.1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, DOCE 1964, p. 850; EE 05/01, p. 36, hoy codificadas en los art. 27 y sig. de la Directiva nº 2004/38/CE, DOUE nº L 158/77 de 30.4.2004.

¹³² Vid., asimismo, considerando nº 8 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25.11.2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DOUE nº 16/44, de 23.1.2004, en la que también se establece que el concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave.

¹³³ Sent. TJCE de 27.10.1977, as. 30/77 “*Bouchereau*”, Rec. p. 1999, apdo. 29; Sent. TJCE de 19.1.1999, as. C-348/96 “*Donatella Calfa*”, Rec. 1999, p. I-11, apdos. 24-25.

¹³⁴ Considerando nº 14 de la Directiva 2003/86/CE. Durante los debates de la propuesta en el Consejo, Dinamarca y Austria exigieron que se introdujera en esta disposición, que la conducta del sujeto constituyera “*una amenaza para las relaciones internacionales*”, aunque finalmente esta opción fue desechada. El Servicio jurídico del Consejo informó que la categoría “seguridad pública” no incluía la noción de amenaza para las relaciones internacionales”, vid. doc. del Grupo de Trabajo del Consejo “*Migration et éloignement*”, nº 14272/01, de 26.11.2002.

¹³⁵ Art. 27(2) de la Directiva nº 2004/38/CE.

tra el orden público o la seguridad pública o el peligro que implique dicha persona,¹³⁶ de un lado, y la naturaleza y la solidez de sus vínculos familiares, la duración de su residencia en el Estado miembro en el que se encuentre, la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen; etc.¹³⁷

La Directiva autoriza, asimismo, a los Estados miembros a denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reunificación familiar o, en su caso, retirar el permiso de residencia, cuando el reagrupante y los miembros de su familia hayan dejado de hacer vida familiar efectiva.¹³⁸ No sólo se trata de una nueva diferencia de trato con respecto al estatuto jurídico de los miembros de la familia de los ciudadanos comunitarios,¹³⁹ sino que además esta cláusula se encuentra en clara contradicción con la jurisprudencia del TEDH que rechaza subordinar el derecho a la reunificación familiar del hijo menor a la efectividad de la vida familiar.¹⁴⁰ Finalmente, la posibilidad de que las autoridades de los Estados miembros puedan efectuar en todo momento controles sobre la efectividad de la vida conyugal parece una injerencia totalmente desproporcionada en la vida familiar de los solicitantes del derecho a la reunificación familiar.

V. CONCLUSIONES

El emergente consenso oficial que poco a poco está surgiendo entre los Estados miembros de la Unión Europea y entre las instituciones comunitarias acerca de la necesidad económica que constituye la admisión de inmigrantes de terceros países no debería hacer olvidar la dimensión humana del problema y las necesidades que esas mujeres y hombres tienen, aunque sólo sea porque esas personas ofrecen día a día su capacidad laboral para hacer que la Unión mantenga su prosperidad económica. Y la reunificación familiar permanece siendo un componente clave de esa dimensión humana de la inmigración y contribuir a que se pueda llevar a cabo en condiciones óptimas es contribuir a humanizar la globalización. Sin embargo, con actos como la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar no se contribuye a humanizar la globalización,¹⁴¹ sino todo lo contrario por cuanto de su articulado no puede inferirse más que una percepción estrecha de este derecho, a través del establecimiento de condiciones estrictas, sujetas, además, a la discrecionalidad política de los Estados miembros. Percepción estrecha que contrasta, de una parte, con la amplia interpretación que ha desarrollado el TJCE cuando ha tenido que

¹³⁶Art. 6(2) *in fine* de la Directiva 2003/86/CE.

¹³⁷Art. 17 de la Directiva 2003/86/CE. Sí parecen en cambio retomarse las garantías previstas para los ciudadanos comunitarios lo establecido en el art. 6 respecto a la salud pública, al establecerse que las enfermedades o minusvalías sobrevenidas después de la expedición del permiso de residencia no podrán justificar la denegación de la renovación del permiso.

¹³⁸Art. 16.1 b) de la Directiva n° 2004/38/CE.

¹³⁹Sent. TJCE asunto “*Driatta*”, cit. apdo. 20.

¹⁴⁰Sent. TEDH de 19.2.1996, asunto “*Gul / Suiza*”, *Rec.* 1996-I, pp. 173-174, apdo. 32; Sent. TEDH de 24.4.1996, asunto “*Boughanemi / Francia*”, *Rec.* 1996-I, p. 608, apdo. 35.

¹⁴¹En el sentido expresado por el Profesor CARRILLO SALCEDO en *Globalización y Orden internacional*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2004 (Lección inaugural del curso académico 2004-2005).

enfrentarse a la delimitación conceptual del estatuto jurídico de los miembros de la familia de los trabajadores comunitarios, incluida la reunificación familiar; y, de otra, con el reconocimiento internacional que poco a poco está surgiendo alrededor de este derecho. La Directiva 2003/86/CE constituye una medida poco ambiciosa, que no ofrece ningún avance en relación con las exigencias actuales a nivel nacional, que no cumple el objetivo de lograr los ansiados objetivos de claridad y, especialmente, de humanidad en materia de inmigración; y que consolida la discriminación entre nacionales de terceros países y ciudadanos comunitarios, lo que difícilmente es compatible con el deseo afirmado por los Jefes de Estados y de Gobierno en la Cumbre de Tampere de que los inmigrantes gocen de derechos y obligaciones “*comparables*” a los de los ciudadanos comunitarios, lo que hace pensar que la verdadera motivación que ha movido a las instituciones comunitarias a adoptar este acto nace esencialmente de una necesidad económica, más que de un principio de carácter humanitario.

Este evidente intento de aplicar a los familiares de terceros países selectivamente sólo algunas de las garantías previstas para los ciudadanos comunitarios y sin referencia alguna al Derecho comunitario planteará sin duda problemas en un sector de fundamental importancia como es el de la reunificación familiar de nacionales de terceros países. No se encuentra ninguna razón sólida que justifique que los ciudadanos comunitarios sean tratados de forma más favorable que los nacionales de terceros países. Aunque tal vez en los diversos asuntos que se le vayan presentando el TJCE interprete de forma restrictiva la discrecionalidad dejada en manos de los Estados miembros en este ámbito, como así lo ha venido haciendo con respecto al estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios, no hay que olvidar que la razón que movió al Tribunal en todos aquellos asuntos ha sido la de facilitar la libre circulación de trabajadores, objetivo primordial del proceso de integración mientras que aquí se trata de la promoción de la reunificación familiar de los nacionales de terceros países, objetivo conexo con el Mercado Interior, aunque no imprescindible para su efectiva realización.

Aunque la mayoría de las difíciles condiciones establecidas en esta Directiva tienen carácter discrecional y en ningún caso constituyen una obligación para los Estados miembros, no existiendo, al menos en teoría, una obligación para que los Estados miembros sometan el derecho a la reunificación familiar a ninguna condición, del tenor de las negociaciones desarrolladas en el Consejo de Ministros puede deducirse que es improbable que las administraciones nacionales adopten un enfoque protector de este derecho al transponer la Directiva en sus respectivos ordenamientos internos. Por el contrario, lo más probable es que algunos Estados miembros aprovechen la transposición para endurecer las condiciones para el ejercicio de la reunificación familiar que ya existían en su ordenamiento.¹⁴²

¹⁴²En su Dictamen sobre la propuesta, el Parlamento propuso una cláusula *stand still* para que en ningún caso la transposición de esta Directiva pudiera ser aprovechada por los Estados miembros para reducir la protección que ya se otorga a nivel nacional en el ejercicio de este derecho, vid. Res. PE 293.751, de 6.9.2000, aunque fue rechazada por la Comisión sobre la base de que no era compatible con el objetivo de aproximar las legislaciones nacionales. Así pues, la versión finalmente aprobada permite a los Estados miembros introducir cláusulas más favorables a la reunificación, aunque al mismo tiempo, y esto es lo preocupante, nada les impide aprovechar la transposición para endurecer las condiciones, vid., en este sentido, CHOLEWINSKI R., ‘Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling Fundamental Human Rights’, *European Journal of Migration Law*, vol. 4-2002, pp. 271-290 (287).