CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. L.A. GEELHOED
presentadas el 27 de abril de 2006 [1]

I. Introducción

1. En este asunto se plantea de nuevo el sensible problema de los requisitos que los nacionales de Estados que no pertenecen a la Unión Europea y que son miembros de la familia de ciudadanos comunitarios tienen que cumplir para tener derecho a residir en un Estado miembro de la Unión Europea. En particular, versa sobre si estas personas deben ya tener residencia legal en la Unión Europea para poder invocar los derechos que les confiere el Derecho comunitario derivado, tal y como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Akrich [2] o si, por el contrario, basta con que demuestren su relación de parentesco con un ciudadano de la Unión Europea, tal y como el Tribunal de Justicia sostuvo en la sentencia MRAX. [3]

2. En mis conclusiones en el asunto Akrich hice referencia al dilema básico que se plantea sobre el estatuto jurídico y los derechos de estas personas. Por un lado, los nacionales de terceros países familiares de ciudadanos comunitarios tienen derechos derivados de las disposiciones que regulan la libre circulación de personas dentro de la Comunidad. Por otro lado, a falta de una armonización completa en materia de inmigración, como todavía sucede, los Estados miembros conservan la competencia para regular la primera admisión de nacionales de países terceros en su territorio e, *ipso facto,* en el territorio de la Unión Europea.

3. Este mismo dilema se plantea en el caso de autos, aunque con unos antecedentes de hecho completamente distintos de los que subyacen en el asunto Akrich. Hay diferencias entre el caso del Sr. Akrich y el de la Sra. Yunying Jia en el modo en el que cada uno entró en el territorio del Estado miembro de que se trata, en la relación de parentesco que media, en el comportamiento personal del nacional del país tercero que reclama el derecho de residencia y en las disposiciones de Derecho comunitario aplicables.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Sentencia de 23 de septiembre de 2003 (C-109/01, Rec. p. I-9607).

3 — Sentencia de 25 de julio de 2002 (C-459/99, Rec. p. I-6591).

II. Disposiciones comunitarias pertinentes

4. Este asunto aborda la cuestión de los derechos que tienen en virtud de la Directiva 73/148/CEE [4] los nacionales de países terceros, miembros de la familia de ciudadanos comunitarios que han ejercitado su derecho de establecimiento con arreglo al artículo 43 CE. Las siguientes disposiciones de esta Directiva resultan aplicables:

Artículo 1, apartado 1:

«Los Estados miembros suprimirán, en las condiciones previstas por la presente Directiva, las restricciones al desplazamiento y a la estancia:

a) de los nacionales de un Estado miembro que se hayan establecido o quieran establecerse en otro Estado miembro con objeto de ejercer en él una actividad por cuenta propia o que quieran llevar a cabo en el mismo una prestación de servicios;

[...]

d) de los ascendientes y descendientes de dichos nacionales y de su cónyuge que estén a su cargo, sea cual fuere su nacionalidad.»

Artículo 3:

«1. Los Estados miembros admitirán en su territorio a las personas mencionadas en el artículo 1 con la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido.

2. No podrá exigirse ningún visado de entrada ni otra obligación equivalente, salvo a los miembros de una familia que no posean la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros. Los Estados miembros darán a dichas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisen.»

4 — Directiva del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, p.14; EE 06/01, p. 132).

Artículo 4, apartado 3:

«Cuando un miembro de la familia no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, se le expedirá un documento de residencia que tenga la misma validez que el expedido al nacional de quien dependa.»

Artículo 6:

«Para la expedición de la tarjeta y el permiso de residencia, el Estado miembro únicamente podrá exigir al solicitante que:

a) presente el documento que le haya permitido entrar en su territorio;

b) aporte la prueba de que está incluido en alguna de las categorías contempladas en los artículos 1 y 4.»

Artículo 8:

«Los Estados miembros únicamente podrán establecer excepciones de la presente Directiva por razones de orden público, seguridad o salud públicas.»

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

5. La demandante en el procedimiento principal, Sra. Jia, es nacional china nacida en 1940 y actualmente es pensionista. Su hijo, el Sr. Shenzhi Li, quien también es nacional chino, está casado con la Sra. Svanja Schallehn, de nacionalidad alemana. La Sra. Schallehn regenta una agencia de viajes como trabajadora por cuenta propia en Suecia. El matrimonio ha residido legalmente en Suecia desde 1995 y ambos tienen permiso de residencia válido hasta el 3 de julio de 2006.

6. El 2 de mayo de 2003 la Embajada de Suecia en Pekín otorgó a la Sra. Jia un visado de visita válido para una entrada en los Estados parte del Acuerdo de Schengen, con una estancia de 90 días como máximo, que expiraba el 21 de agosto de 2003. El 13 de mayo de 2003 la Sra. Jia entró en los Estados parte del Acuerdo de Schengen a través del

aeropuerto de Arlanda, en Estocolmo, con su propio pasaporte válido y el visado de visita. El 7 de agosto de 2003, poco tiempo antes de que su visado expirase, la Sra. Jia solicitó al Migrationsverket (autoridad sueca competente en materia de inmigración) un permiso de residencia, alegando que es familiar de un nacional de la Unión Europea y que está a su cargo.

7. La Sra. Jia se refirió a su situación económica en China para respaldar su solicitud. Su marido y ella reciben de China pensiones de aproximadamente 1.000 a 1.100 coronas suecas (SEK) al mes (que equivalen aproximadamente a entre 110 y 120 EUR), cantidad que no les resulta suficiente para vivir. Puesto que las autoridades chinas no les conceden ninguna otra ayuda económica, no podrían subsistir sin la aportación económica de su hijo y de la mujer de éste. La Sra. Jia presentó un certificado de parentesco entre ella y su hijo expedido por el Bejing Notary Public Office, así como un certificado de la China Forestry Publishing House en el que se declara que ella depende económicamente de su hijo y de su nuera.

8. El 7 de abril de 2004, el Migrationsverket decidió desestimar la solicitud de permiso de residencia formulada por la Sra. Jia y ordenó su repatriación o su traslado a otro país si demostraba que éste la acogía. Consideró que para demostrar la dependencia económica debería haberse presentado un documento expedido por la autoridad competente en el país de origen, que probase que el solicitante depende de la ayuda de su familiar que vive en Suecia. El certificado aportado por la Sra. Jia no había sido expedido por la autoridad competente. El mero hecho de que su hijo le envíe dinero y le preste otro tipo de ayuda no constituye un motivo suficiente para poder considerar que ella está a cargo de su hijo del modo exigido por la ley. Tampoco puede considerarse que el hecho de que el nivel de vida de la Sra. Jia sería superior en Suecia implique la existencia de dependencia económica.

9. El 14 de mayo de 2004, la Sra. Jia interpuso ante el Utlänningsnämnden (órgano de apelación en materia de inmigración) un recurso contra la resolución del Migrationsverket.

10. El 3 de septiembre de 2003, el Migrationsverket concedió al Sr. Yupu Li, marido de la Sra. Jia, un visado válido para una entrada en Suecia y una estancia de 180 días como máximo. El 10 de marzo de 2004 él solicitó un permiso de residencia invocando el mismo motivo que su esposa. El Migrationsverket desestimó su solicitud el 17 de septiembre de 2004. El Sr. Li interpuso un recurso contra la resolución del Migrationsverket ante el Utlänningsnämnden.

11. Después de que el Migrationsverket desestimara la solicitud de permiso de residencia formulada por la Sra. Jia, ésta

sometió el caso a la Comisión Europea. En una carta de 7 de mayo de 2004, dirigida a la Representación Permanente de Suecia en la Unión Europea, la Comisión señaló que la resolución del Migrationsverket no parecía conforme con los artículos 1, apartado 1, letra d), y 4, apartado 3, de la Directiva 73/148, ni con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH»), ni con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular con la sentencia MRAX. [5] Por tanto, la Comisión opinaba que la Sra. Jia tenía derecho a obtener un permiso de residencia que tuviera el mismo período de validez que el ya expedido a su nuera alemana y a su hijo chino.

12. A raíz del escrito de la Comisión, el Migrationsverket señaló que la expresión «a cargo» implica que debe existir una necesidad real de dinero u otra ayuda que el familiar que reside en un Estado miembro satisface con regularidad y que es la necesidad de manutención en el país de origen la que debe ser el elemento determinante, y no la necesidad de manutención en caso de un eventual traslado a un Estado miembro. Asimismo, la relación de dependencia debe poder probarse mediante un certificado u otro documento, preferentemente mediante un certificado de dependencia expedido por las autoridades del país de origen. El mero compromiso, asumido por un nacional de la Unión o por su cónyuge, de mantener a sus progenitores no es suficiente, porque para otorgar un permiso de residencia es necesario que exista la mencionada relación de dependencia. El Gobierno sueco comunicó esta postura a la Comisión mediante una carta de 21 de junio de 2004.

13. En su resolución de remisión, el Utlänningsnämnden planteó la cuestión de si el fallo del Tribunal de Justicia en el asunto Akrich, [6] según el cual el nacional de un país tercero debe residir legalmente en la Comunidad para poder disfrutar de los derechos establecidos en el artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68, debe aplicarse fuera del caso objeto de litigio en el asunto Akrich. En otros términos, ¿expresa la sentencia un principio de alcance general que implica que sólo cabe hablar de derechos de entrada y residencia de un nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, reconocidos en el Tratado CE o en el Derecho comunitario derivado, cuando este nacional de un país tercero reside legalmente en un Estado miembro con arreglo a la legislación nacional de éste y, en ese caso, está facultado para acompañar o establecerse con el ciudadano de la Unión que ejercita su derecho de libre circulación, no sólo como trabajador por cuenta ajena, sino también como trabajador por cuenta propia? Además, otra cuestión fundamental que se plantea a raíz de la sentencia Akrich, antes citada, es qué alcance tiene el concepto de «residir legalmente». El Utlänningsnämnden se pregunta además qué debe entenderse por relación de dependencia de hecho y si con arreglo al artículo 6 de la Directiva 73/148, además de un certificado

5 — Citada en la nota 3.

6 — Citada en la nota 2.

de parentesco, también puede exigirse que se aporte prueba de que existe una relación de dependencia.

14. En estas circunstancias, el Utlänningsnämnden decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, con arreglo al artículo 234 CE:

«1 a) A la luz de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto C-109/01 [sentencia de 23 de septiembre de 2003, Akrich, Rec. p. I-9607] ¿debe interpretarse el artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 [del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77)] en el sentido de que un nacional de un país tercero que es miembro de la familia de un trabajador, con arreglo a dicho artículo, como ocurre en el presente asunto, debe encontrarse legalmente en la Comunidad para tener derecho a residir en dicho territorio con este trabajador y, de modo similar, debe interpretarse el artículo 1 de la Directiva 73/148 en el sentido de que el derecho de residencia de un nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, depende de su estancia legal en la Comunidad?

b) Si la Directiva 73/148 debe interpretarse en el sentido de que, para que los nacionales de un país tercero, que son miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, puedan invocar un derecho de residencia de acuerdo con la Directiva es necesario que se encuentren legalmente en la Comunidad, ¿tiene esto como consecuencia que los miembros de la familia deben tener una tarjeta de residencia válida que les permita o pueda permitirles residir en alguno de los Estados miembros? Si carecen de un permiso de residencia ¿basta con tener un derecho por algún otro motivo para una estancia más corta o más larga, o, como en el caso pendiente ante la Utlänningsnämnden, es suficiente que los miembros de la familia que solicitan la tarjeta de residencia tengan un visado válido?

c) Si los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que son nacionales de un país tercero, no pueden invocar un derecho de residencia al amparo de la Directiva 73/148 porque no se encuentran legalmente en la Comunidad, ¿el hecho de denegarles la tarjeta de residencia constituye una restricción del derecho de establecimiento del ciudadano de la Unión que consagra el artículo 43 CE?

d) Si los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que son nacionales de un país tercero, no pueden invocar un derecho de residencia al amparo de la Directiva 73/148 porque no se encuentran legalmente en la Comunidad, ¿el hecho de expulsarles porque no es

posible concederles una tarjeta de residencia tras su entrada en Suecia constituye una restricción del derecho de establecimiento del ciudadano de la Unión que consagra el artículo 43 CE?

2 a) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, letra d), de la Directiva 73/148 en el sentido de que "[estar] a su cargo" significa que los miembros de la familia del ciudadano de la Unión dependan económicamente de éste para lograr un nivel de vida digno en su país de origen o en aquél en el que residen habitualmente?

b) ¿Debe interpretarse el artículo 6, letra b), de la Directiva 73/148 en el sentido de que los Estados miembros pueden exigir que los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que manifiestan estar a cargo de dicho ciudadano, o del cónyuge de éste, presenten documentos que demuestren la existencia real de la situación de dependencia, aparte de un compromiso de asunción de personas a cargo efectuado por el ciudadano de la Unión?»

15. La Sra. Jia, los Gobiernos belga, eslovaco, sueco, neerlandés y del Reino Unido y la Comisión presentaron observaciones escritas. Todos ellos, salvo los Gobiernos belga y eslovaco, también presentaron observaciones orales en la vista de 21 de febrero de 2006.

IV. Observaciones de las partes principales y coadyuvantes

A. *Sobre la naturaleza jurídica del Utlänningsnämnden en relación con el artículo 234 CE*

16. Antes de abordar las cuestiones prejudiciales planteadas por el Utlänningsnämnden, el Gobierno sueco expone las razones por las que considera que este órgano debe ser considerado «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 234 CE, siendo, por ello, competente para plantear cuestiones prejudiciales en virtud de este artículo. Señala que el Utlänningsnämnden es un órgano administrativo con competencias cuasijurisdiccionales que le permiten conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por el Migrationsverket. Tiene origen legal, carácter permanente y tanto su presidente como sus vicepresidentes deben ser juristas con experiencia jurisdiccional. Las normas sustantivas y de procedimiento que aplica se establecen por ley. Sus resoluciones son vinculantes y no son recurribles. El procedimiento es contradictorio.

El Utlänningsnämnden debe respetar el principio de igualdad ante la ley y garantizar la imparcialidad y la objetividad. Dicta sus resoluciones con absoluta independencia, aunque esté facultado para remitir determinados asuntos al Gobierno en las circunstancias establecidas por la ley.

B. *Sobre el requisito de residencia legal (cuestiones 1a a 1d)*

17. La Sra. Jia intenta diferenciar sus circunstancias de las que dieron lugar a la sentencia Akrich, antes citada, señalando que estaba en posesión de un visado válido cuando solicitó el permiso de residencia y que a ella no se la había expulsado nunca de Suecia. Según la normativa sueca, tenía derecho a permanecer en el territorio sueco mientras se tramitaba su solicitud. Aun así, señala que la normativa comunitaria aplicable no establece un requisito de residencia. El artículo 6 de la Directiva 73/148 no exige que el solicitante esté en posesión de un visado para poder solicitar un permiso de residencia. Este permiso puede solicitarse incluso después de la entrada en el territorio del Estado miembro de que se trate. Alega que denegar la concesión de un permiso de residencia en un caso como el suyo contraviene el artículo 43 CE.

18. Los Gobiernos sueco y eslovaco, además de la Comisión, comparten ampliamente este punto de vista. En su opinión, la posibilidad de que los miembros de la familia de los ciudadanos comunitarios que hayan ejercitado la libertad de circulación invoquen su derecho de residencia no depende de la existencia de residencia legal previa. La Directiva 73/148 no lo establece como requisito. El fallo del Tribunal de Justicia en la sentencia Akrich, antes citada, debe interpretarse restrictivamente y responde a los peculiares antecedentes de hecho de ese asunto. Imponer como condición previa que los miembros de la familia, nacionales de países terceros, que entran en un Estado miembro directamente desde un país tercero, deban obtener un permiso de residencia en el Estado de origen de un ciudadano comunitario supondría una restricción injustificada del derecho de este último a la libre circulación y contravendría los objetivos del artículo 43 CE y de la Directiva 73/148. Tal y como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia MRAX, antes citada, el derecho que tienen estos miembros de la familia a residir con el nacional de un Estado miembro se deriva exclusivamente del vínculo de parentesco. En consecuencia, estas partes proponen responder negativamente a la primera cuestión.

19. Tanto los Gobiernos neerlandés y del Reino Unido opinan lo contrario. El Gobierno neerlandés distingue entre inmigración de nacionales de países terceros en el territorio de la Comunidad y «migración posterior» («doormigratie») a otro Estado miembro dentro de la Comunidad. Mientras la última entra casi en su totalidad dentro del ámbito de competencia de la Comunidad, la

primera sigue siendo una competencia nacional. En su opinión, los Estados miembros son competentes sobre la primera admisión de nacionales de países terceros en el territorio de la Comunidad, basada en el examen particular de cada caso. En este contexto, deben cumplir con las obligaciones que les impone el artículo 8 del CEDH. El Derecho comunitario no debe interpretarse de modo que los nacionales de países terceros que no tengan permiso de residencia válido puedan eludir la aplicación de la normativa nacional en materia de inmigración. Ambos Gobiernos sostienen que la regla sentada en la sentencia Akrich, antes citada, que declara que la residencia legal es un requisito previo exigible a los nacionales de países terceros para poder invocar los derechos que el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 les confiere, también se aplica en el contexto de la Directiva 73/148. Esta Directiva no regula el acceso al territorio de los Estados miembros desde el exterior de la Comunidad. Puesto que la Directiva tiene el objeto de facilitar la libre circulación dentro de la Comunidad, no puede afirmarse en el presente asunto que la denegación del permiso de residencia a la Sra. Jia tuviera un efecto disuasorio sobre su nuera a la hora de ejercitar sus derechos con arreglo al artículo 43 CE.

20. Con respecto al significado de «residencia legal», el Gobierno neerlandés considera que este concepto, en todo caso, se refiere a situaciones en las que el nacional de un país tercero tiene un permiso destinado a obtener la reagrupación familiar con un ciudadano comunitario, es residente de larga duración o tiene un estatuto personal comparable. En cambio, no puede considerarse que tengan residencia legal las personas que simplemente están en posesión de un visado o que están autorizadas a permanecer en el territorio de un Estado miembro hasta que se dicte resolución sobre su solicitud de permiso de residencia. Permitir la libre circulación a personas que se encuentran en tales situaciones significaría que cualquier Estado miembro tendría que admitir a un nacional de un país tercero sin haber tenido la oportunidad de examinar su caso particular. No pudo ser ésta la intención del legislador comunitario. La postura del Gobierno del Reino Unido es todavía más restrictiva y sostiene que debe ser la legislación nacional la que determine lo que constituye «residencia legal». La Directiva 73/148 no puede conferir un derecho más amplio a un nacional de un país tercero en un Estado miembro que el que le fue conferido en otro Estado miembro.

C. Sobre el requisito de estar a cargo (cuestiones 2a y 2b)

21. La Sra. Jia considera que hay una estrecha relación entre los conceptos de «a su cargo» y de «alcanzar un nivel de vida mínimamente aceptable». Desde su punto de vista, «a su cargo» implica que la persona que tiene derecho de residencia asume realmente la responsabilidad de la manutención de un miembro de su familia. Sostiene que ella ha demostrado suficientemente que realmente está a cargo de su hijo y de su nuera.

22. El Gobierno sueco alega que la relación de dependencia debe considerarse con respecto a la situación en el país de origen y que debe existir una necesidad real y de ayuda económica regular. De lo contrario se privaría de su efecto útil a esta condición, recogida en el artículo 1, apartado 1, letra d),

de la Directiva 73/148, puesto que está destinada a limitar el círculo de miembros de la familia que tienen derecho a residir con el ciudadano comunitario migrante. También en la Directiva 2004/38/CE [7] se mantuvo expresamente esta condición. Debe determinarse si hay una situación de dependencia a la luz de las circunstancias particulares del caso y basándose en hechos concretos y objetivos. Los Estados miembros tienen derecho a exigir que se pruebe la relación de dependencia, particularmente por analogía con el artículo 4, apartado 3, letra e), de la Directiva 68/360/CEE, [8] exigiendo la presentación de un documento expedido por la autoridad competente en el país de origen. No basta la mera declaración del ciudadano comunitario a cuyo cargo está el miembro de su familia. Los Gobiernos belga, eslovaco y del Reino Unido apoyan esta postura.

23. En cambio, la Comisión defiende que es en el Estado miembro en el que el ciudadano comunitario reside en el que debe analizarse si hay relación de dependencia. Si debiera tomarse como punto de referencia el país de origen del miembro de la familia procedente de un país tercero, se limitaría considerablemente el círculo de personas que podrían beneficiarse de la reagrupación familiar con ciudadanos comunitarios y se restringiría su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad. Carece de importancia si la ayuda prestada es o no suficiente para garantizar un nivel de vida decente en el Estado miembro, siendo la dependencia económica el único criterio relevante. Con respecto a la prueba, la Comisión señala que los Estados miembros deben aceptar cualquier medio de prueba que pueda aportarse para demostrar la relación de dependencia económica de hecho. Como puede resultar difícil presentar esta prueba en el mismo momento en el que se presenta la solicitud del permiso de residencia, la única prueba que puede exigirse en ese momento es el compromiso por parte del ciudadano comunitario o de su cónyuge de mantener al miembro de su familia de quien trate. La Comisión estima que en el caso de autos debe considerarse que la Sra. Jia está a cargo de su hijo o de su nuera.

V. Admisibilidad

24. Al tratar la naturaleza jurídica del Utlänningsnämnden en relación con el artículo 234 CE, el Gobierno sueco suscitó implícitamente el tema de la admisibilidad de las cuestiones remitidas por este órgano.

25. Los criterios que el Tribunal de Justicia aplica para determinar si un organismo que plantea cuestiones prejudiciales es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE ya están bien consolidados. Incluyen elementos como el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obliga-

7 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, p. 77).

8 — Directiva del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88).

torio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. [9] Atendiendo a la información suministrada por el Gobierno sueco, no me cabe duda de que el Utlänningsnämnden cumple con estos criterios. Además, parece comparable en estatuto y organización al órgano que planteó las cuestiones prejudiciales en el asunto Abrahamsson, [10] al que el Tribunal de Justicia consideró órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE. Las cuestiones son, por tanto, admisibles.

VI. El problema en un contexto más amplio

A. *Introducción*

26. Tal y como sucedió en el asunto Akrich, el caso de la Sra. Jia revela la tensión básica inherente a la situación jurídica de los nacionales de países terceros que son miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea. Esta tensión se deriva, por una parte, de las competencias de los Estados miembros en materia de inmigración y, por otra parte, de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de personas dentro de la Comunidad. La competencia de los Estados miembros en materia de inmigración implica que la primera admisión en su territorio o en el territorio de la Unión Europea de un nacional de un país tercero está supeditada a un examen previo de sus circunstancias particulares. Sin embargo, el Derecho comunitario en vigor sobre la libre circulación de personas garantiza los derechos de entrada y residencia al cónyuge y a algunos otros miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea que ejercitan su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad, sea cual fuere la nacionalidad de estos familiares.

27. En la sentencia Akrich, parecía que el Tribunal de Justicia había resuelto el problema al declarar que el Reglamento (CEE) nº 1612/68 sólo contempla la libre circulación en el interior de la Comunidad, pero no dice nada sobre los derechos de un nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, en cuanto al acceso al territorio de la Comunidad. A continuación, el Tribunal de Justicia declaró que para poder disfrutar de los derechos conferidos a estos nacionales de países terceros, la persona en cuestión debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión. [11] Sin embargo, tras haber delimitado de este modo las competencias nacionales y comunitarias, el Tribunal de Justicia pasó a determinar el modo en el que debe ejercerse esta competencia nacional, remitiéndose al derecho a la protección de la vida familiar tal y como se establece en el artículo 8 del CEDH.

9 — Véanse, entre otras, las sentencias de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 261); de 19 de octubre de 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361), apartado 9; de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961), apartado 23, y de 30 de noviembre de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Rec. p. I-10497), apartado 24.

10 — Sentencia de 6 de Julio de 2000, Abrahamsson y Anderson (C-407/98, Rec. p. I-5539), véanse los apartados 28 a 38.

11 — Citada en la nota 2, apartados 49 y 50.

28. Esta sentencia contrasta con otras, pronunciadas tanto anterior como posteriormente, en las que el Tribunal de Justicia sostuvo de modo inequívoco que el derecho de un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, a entrar y a residir en el territorio de un Estado miembro se desprende únicamente de su vínculo familiar. [12]

29. Por tanto, continúa existiendo cierto grado de confusión sobre la competencia de los Estados miembros en materia de admisión de nacionales de países terceros que son miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que han ejercitado su derecho a la libre circulación o desean hacerlo. En particular, no está claro si la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Akrich, se explica por las circunstancias específicas que concurrieron en ese asunto o si la regla sentada en esa sentencia tiene alcance general. La cuestión de si los Estados miembros están obligados, *en virtud del Derecho comunitario,* a respetar el derecho a la vida familiar enunciado en el artículo 8 del CEDH, complica aún más la situación. Por ello, creo que es necesario contemplar desde una perspectiva más amplia el problema que plantea el caso de la Sra. Jia y encontrar una solución que sea viable para las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, a la vez que respetuosa con el reparto de competencias en materia de inmigración. Para encontrar esta solución trataré con más detalle los distintos parámetros legales que afectan a este problema. En este contexto también me referiré a la normativa comunitaria más reciente en materia de admisión en el territorio de la Unión de nacionales de países terceros.

B. *Delimitación de competencias*

30. El primero de estos parámetros legales se refiere al reparto de competencias en materia de inmigración en la Unión Europea y de circulación y residencia dentro de la Unión Europea de nacionales de países terceros, incluidos los miembros de la familia de los ciudadanos de los Estados miembros que han ejercitado su derecho a trasladarse dentro de la Unión. El artículo 3 CE, que enumera las medidas que la Comunidad debe adoptar para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 2 CE, establece una clara distinción entre los componentes interno y el externo de la libre circulación de personas. Mientras que el artículo 3 CE, apartado 1, letra c), contempla el establecimiento de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, el artículo 3 CE, apartado 1, letra d), prevé medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del título IV sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

12 — Sentencia MRAX, citada en la nota 3, apartado 59, y sentencia de 14 de abril de 2005, Comisión/España (C-157/03, Rec. p. I-2911), apartado 28.

31. El Derecho comunitario regula íntegramente el aspecto interno. La libre circulación de ciudadanos de la Unión, es decir, de personas que tienen la nacionalidad de un Estado miembro, dentro del territorio de los Estados miembros, queda garantizada en el Tratado por el efecto combinado de los artículos 18 CE, 39 CE, 43 CE y 49 CE, todos los cuales tienen efecto directo, conjunto con el Derecho comunitario derivado adoptado para dar ejecución a estas disposiciones, en particular el Reglamento (CEE) nº 1612/68, la Directiva 68/360, la Directiva 73/148 y las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. [13] Como corolario a los derechos reconocidos a los ciudadanos comunitarios que desarrollan actividades económicas en otros Estados miembros, estos instrumentos comunitarios también establecen el derecho de los miembros de su familia, sea cual fuere su nacionalidad, a trasladarse y residir con el titular principal del derecho conferido por el ordenamiento jurídico comunitario.

32. Por el contrario, el componente externo de esta política, introducido por primera vez en el Tratado CE por el Tratado de Amsterdam (que entró en vigor el 1 de mayo de 1999), no confiere directamente derechos efectivos, sino que sienta las bases de un programa legislativo para la armonización de la legislación nacional que regula, entre otros, la inmigración y los controles en las fronteras exteriores de la Unión. En particular, el artículo 61 CE, letra a), subraya la estrecha relación que existe entre los componentes interno y externo de la libre circulación de personas al dar instrucciones al Consejo para que adopte «medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 14 [CE], conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración». Aunque ya se han dado pasos encaminados a aplicar los acuerdos alcanzados en el Consejo Europeo de Tampere, que tuvo lugar el 15 y 16 de octubre de 1999, y el posterior Programa de la Haya, de noviembre de 2004, [14] la armonización en este ámbito dista mucho de ser completa. Del estado actual del Derecho comunitario se desprende claramente que los Estados miembros conservan la competencia sobre la mayoría de los aspectos de la legislación en materia de inmigración.

33. Esto implica, más concretamente, que corresponde a los Estados miembros decidir sobre la primera admisión en su territorio de personas procedentes de países terceros, con arreglo a los criterios que la legislación nacional establezca. Ello implica que sólo tras un examen del caso concreto de la persona de quien se trate están facultados para admitir a un nacional de un país tercero y, de hecho, ésta es la práctica general en la mayoría de los Estados miembros. Una vez que una persona ha sido admitida en el territorio de un Estado miembro que forme parte del espacio Schengen, tiene derecho a

13 — Reglamento nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77); Directiva 68/360, citada en la nota 8; Directiva 73/148, citada en la nota 4; Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26); Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DO L 180, p. 28), y Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DO L 317, p. 59).

14 — Ambos se encuentran en http://europa.eu.int/comm/justice_home/index_en.htm.

desplazarse atravesando las fronteras interiores entre estos Estados miembros. Sin embargo, el derecho a residir en un Estado miembro se regula, dependiendo de la nacionalidad y del estatuto jurídico de esta persona, o por el Derecho comunitario o por la normativa nacional.

34. En algunas circunstancias, el ejercicio de los derechos que se derivan directamente de los instrumentos comunitarios en favor de los miembros de la familia de un ciudadano comunitario migrante, que sean nacionales de un país tercero, puede invadir la competencia de los Estados miembros en materia de inmigración. Este caso se produce, como en el asunto *a quo,* cuando un familiar de un país tercero entra en un Estado miembro y reivindica el derecho de residencia invocando el Derecho comunitario, aunque la persona en cuestión pueda no haber sido legalmente admitida a residir en el territorio de ese Estado miembro durante un largo período. Teniendo en cuenta esta realidad, hay una clara necesidad de delimitar el alcance de cada ámbito de competencias.

35. No es éste un problema que pueda resolverse simplemente recurriendo al mecanismo de la primacía del Derecho comunitario sobre ley nacional contraria. Más bien, debe situarse en un contexto en el que coexisten esferas de competencia que a su vez son interdependientes. Tal y como reconoce el artículo 61 CE, letra a), existe una evidente relación funcional entre permitir la libre circulación dentro de la Comunidad, en un espacio sin fronteras interiores, tal y como se exige en el artículo 14 CE, y la existencia de controles fiables y seguros en las fronteras exteriores de este espacio. En este sentido, puede establecerse un paralelismo con la relación que existe entre la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad y la existencia del arancel aduanero común y de la política comercial común para las mercancías que se importan en la Comunidad. Incluso aunque las legislaciones nacionales en materia inmigración todavía no hayan sido objeto de una armonización (completa) y puedan continuar existiendo diferencias y disparidades, es evidente que, hasta que se alcance un grado suficiente de armonización, la libre circulación de todas las personas dentro del mercado interior, independientemente de su nacionalidad, dependerá de la confianza que cada Estado miembro tenga en la política y en las prácticas de los demás sobre admisión de nacionales de países terceros en su territorio.

C. Legislación comunitaria existente tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia

36. El segundo punto versa sobre el alcance preciso de los derechos conferidos a los nacionales de países terceros, miembros de la familia de ciudadanos comunitarios, en los diversos instrumentos comunitarios reguladores de la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena o propia y prestadores de servicios. Más específicamente, se refiere a si el derecho a entrar en un Estado miembro y a residir en él se reconoce no sólo independientemente de la nacionalidad del miembro de la familia, sino también independiente-

mente de si entra en el Estado miembro de acogida desde otro Estado miembro o directamente desde un país tercero.

37. Los términos en los que están redactadas las disposiciones que confieren los derechos de entrada y residencia a los miembros de la familia nacionales de países terceros no son concluyentes en esta materia. Tanto el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores, como el artículo 1 de la Directiva 73/148, sobre la libre circulación de trabajadores por cuenta propia, permiten, entre otras cosas, que el cónyuge del trabajador por cuenta ajena o propia y los ascendientes a su cargo, sea cual sea su nacionalidad, se instalen con el trabajador por cuenta ajena nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro o se trasladen y residan con un nacional de un Estado miembro que esté establecido o que desee establecerse en otro Estado miembro para desarrollar allí alguna actividad económica. [15]

38. Tal y como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia no está completamente libre de ambigüedades. El Tribunal de Justicia ha adoptado dos posturas, una generosa y otra restrictiva, con respecto a los requisitos que tienen que cumplirse para que los nacionales de países terceros, miembros de la familia de ciudadanos comunitarios, puedan invocar los derechos que les confiere el Derecho comunitario derivado.

39. La postura generosa se puso de manifiesto en la sentencia MRAX, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el derecho de entrada en el territorio de los Estados miembros de los nacionales de países terceros, cónyuges de nacionales de Estados miembros, se desprende únicamente, conforme al Derecho comunitario, de su vínculo familiar. Aunque señala que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 68/360 y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 73/148 autorizan a los Estados miembros a supeditar el ejercicio de este derecho a encontrarse en posesión de un visado (que está definido como una autorización expedida por un Estado miembro o una decisión tomada por un Estado miembro, exigida para entrar en su territorio), [16] también advierte de que estas mismas disposiciones exigen que los Estados miembros concedan a estas personas toda clase de facilidades para obtener los visados requeridos. La política de un Estado miembro que denegara en su frontera la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intentase entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o de un visado, cuando dicho cónyuge pudiera probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurrieran circunstancias que permitieran demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, contraviene, entre otros, el artículo 3 de la Directiva 68/360 y el artículo 3 de la Directiva 73/148, interpreta-

15 — Lo mismo se aplica a los miembros de la familia de prestadores de servicios, a los que no mencionaré para no sobrecargar el texto principal.

16 — Esta definición se encuentra en el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 2317/95 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (DO L 234, p. 1).

dos a la luz del principio de proporcionalidad. [17] A continuación, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 4 de la Directiva 68/360 y 6 de la Directiva 73/148, deben interpretarse en el sentido de que no autorizan a los Estados miembros a denegar un permiso de residencia ni a adoptar una medida de expulsión en contra de un nacional de un país tercero que pueda aportar la prueba de su identidad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro, por el único motivo de que haya entrado ilegalmente en el territorio del Estado miembro de que se trate. [18]

40. Este fallo choca frontalmente con la sentencia Akrich del Tribunal de Justicia, antes citada, en la que éste adoptó una postura más restrictiva. El asunto versaba sobre un nacional marroquí que había residido ilegalmente en el Reino Unido, allí había cometido delitos y por ello había sido expulsado. El Sr. Akrich regresó ilegalmente al Reino Unido y se casó con una mujer británica. Después de haber trabajado en Irlanda durante seis meses, el matrimonio intentó regresar al Reino Unido, invocando los derechos que el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 confiere a los cónyuges de los trabajadores comunitarios, tal y como había sido interpretado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Singh. [19] En ésta el Tribunal de Justicia subrayó que Reglamento nº 1612/68 sólo se refiere a la libre circulación *en el interior* de la Comunidad y no dice nada sobre los derechos de un nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, en cuanto al acceso al territorio de la Comunidad. Para poder disfrutar, en una situación como la controvertida en el litigio principal, de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión. [20]

41. Sin embargo, en la sentencia Comisión/España, [21] dictada más de un año después de que lo fuera la sentencia Akrich, el Tribunal de Justicia volvió a adoptar la postura de la sentencia MRAX a la hora de enjuiciar las formalidades exigidas por España a los nacionales de países terceros, familiares de ciudadanos comunitarios migrantes, para poder solicitar un permiso de residencia. Reiteró que el derecho de entrada en el territorio de un Estado miembro que se concede al nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, se desprende únicamente de su vínculo familiar. Concluyó que contraviene lo dispuesto por las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 [22] la exigencia de disponer de un visado de residencia que impone la normativa española como requisito previo para la obtención de un permiso de residencia y la denegación de dicho permiso a un nacional de un país tercero, que es miembro de la familia de un nacional comunitario, por no haber solicitado previamente un visado de residencia en el consulado español de su

17 — Sentencia MRAX, citada en la nota 3, apartados 59 a 62.

18 — Sentencia MRAX, *idem*, apartado 80.

19 — Sentencia de 7 de julio de 1992, Surinder Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265).

20 — Sentencia Akrich, citada en la nota 2, apartados 49 y 50.

21 — Citada en la nota 12.

22 — Apartado 38 de la sentencia.

último domicilio. En esta sentencia el Tribunal de Justicia no hizo referencia a la sentencia Akrich.

42. Por tanto, existe una evidente contradicción en la jurisprudencia, que resulta de la divergencia entre la postura adoptada en la sentencias MRAX y Comisión/España por un lado, y en la sentencia Akrich por otro lado. Y es verdaderamente la existencia de estas dos posturas la que impulsa al Utlänningsnämnden a plantear las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

43. La cuestión básica suscitada por la sentencia Akrich radica en saber si lo dispuesto en ella sólo se aplica cuando las autoridades nacionales hayan constatado que el nacional del país tercero de quien se trata reside ilegalmente en el territorio de un Estado miembro. Esto apuntaría a que la regla se aplica no sólo cuando la persona reside legalmente, sino también cuando su presencia en el territorio de un Estado miembro no es contraria a la ley. En este caso y de acuerdo con la sentencia MRAX, la relación de parentesco con un ciudadano de la UE migrante bastaría para invocar el derecho de entrada y residencia en un Estado miembro.

44. Esta lectura tan restrictiva de la sentencia Akrich, podría fundamentarse en el apartado 50 de la misma, en el que el Tribunal de Justicia se refiere expresamente a «una situación como la controvertida en el litigio principal» como el ámbito en el que se aplica lo dispuesto por ella. Sin embargo, apunta en dirección opuesta la consideración del apartado anterior de la sentencia, en el que el Tribunal de Justicia declara de modo inequívoco que las disposiciones comunitarias pertinentes sólo se refieren a la libre circulación en el interior de la Comunidad y nada dicen sobre la admisión en el territorio de la Comunidad.

45. A la luz de estas consideraciones, procede concluir que la legislación relativa a los requisitos necesarios para que los nacionales de países terceros, familiares de ciudadanos migrantes de la UE, puedan invocar los derechos que les confiere el Reglamento nº 1612/68 y la Directiva 73/148, en su estado actual, no resulta plenamente coherente.

D. *Vida familiar y libre circulación*

46. El Tribunal de Justicia, al considerar los derechos de entrada y residencia dentro del territorio de un Estado miembro de los nacionales de países terceros, miembros de la familia de ciudadanos de la Unión, también concedió en su jurisprudencia una gran importancia a la protección de la vida familiar tal y como aparece garantizada en el artículo 8 del CEDH.

47. En la sentencia Carpenter, [23] se preguntó al Tribunal de Justicia si era compatible con el Derecho comunitario la decisión adoptada por las autoridades del Reino Unido de expulsar a una ciudadana de Filipinas que había permanecido en el Reino Unido tras expirar el período de validez de su visado turístico y a continuación se había casado con un nacional del Reino Unido. Como este último prestaba algunos servicios en otros Estados miembros, pero lo hacía desde su país de origen, la Sra. Carpenter no podía invocar los derechos que la Directiva 73/148 confiere a nacionales de países terceros, cónyuges de ciudadanos comunitarios. Por ello, el Tribunal de Justicia pasó a examinar si de los principios o de otras disposiciones de Derecho comunitario podía inferirse un derecho de residencia en favor del cónyuge.

48. Tras haber reconocido que la actividad del Sr. Carpenter entraba dentro del ámbito del artículo 49 CE, el Tribunal de Justicia señaló que «el legislador comunitario ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, como se deduce, en particular, de las disposiciones de los Reglamentos y Directivas del Consejo relativos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Comunidad». [24] A continuación el Tribunal de Justicia declaró que «la separación de los esposos Carpenter causaría un daño a su vida familiar y, por tanto, a las condiciones de ejercicio de una libertad fundamental por el Sr. Carpenter. En efecto, esta libertad no puede producir un efecto pleno si los obstáculos que se ponen, en su país de origen, a la entrada y residencia de su cónyuge impiden al Sr. Carpenter su ejercicio». [25]

49. Sobre la cuestión de si podría justificarse esta restricción a la libre prestación de servicios del Sr. Carpenter, el Tribunal de Justicia declaró que la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituye una injerencia en el ejercicio por el Sr. Carpenter de su derecho al respeto de su vida familiar, en el sentido del artículo 8 del CEDH, y no respetó un justo equilibrio entre los intereses en conflicto. Por ello, la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituyó una injerencia no proporcionada a la finalidad perseguida. [26]

50. En la sentencia Akrich, el Tribunal de Justicia declaró en primer lugar que un nacional de un país tercero, casado con un ciudadano de la Unión que ha ejercido su derecho a la libre circulación, pero que carece de residencia legal en el Estado miembro de origen de su cónyuge, no puede invocar el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 para reivindicar un derecho de residencia en ese Estado miembro. No obstante, matizó su decisión señalando que a la hora de decidir si admitir o no a ese nacional de un país tercero, aunque según la

23 — Sentencia de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279).

24 — Apartado 38 de la sentencia.

25 — Apartado 39 de la sentencia.

26 — Véanse los apartados 41, 43 y 45 de la sentencia.

normativa nacional en materia de inmigración resida ilegalmente, si el matrimonio es auténtico, debe tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del CEDH. «Aunque el [CEDH] no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del [CEDH]. Tal injerencia infringe el [CEDH] si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo [...]» [27] En este punto el Tribunal de Justicia adoptó una postura más reticente que en la sentencia Carpenter, estableciendo que corresponderá al órgano jurisdiccional nacional verificar si los cumple.

51. Por último, me referiré a las sentencias MRAX y Comisión/España, en las que el Tribunal de Justicia reiteró la consideración que ya aparece en la sentencia Carpenter según la cual de los reglamentos del Consejo y de las directivas sobre la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena y propia dentro de la Comunidad se desprende de modo evidente que el legislador comunitario ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. [28]

52. Habiendo concluido al final de la sección anterior que hay un cierto grado de incoherencia en la jurisprudencia sobre el Derecho aplicable a nacionales de países terceros, miembros de la familia de ciudadanos comunitarios migrantes, las consideraciones precedentes apuntan, además, a que el fallo en esos asuntos está en gran parte determinado por los hechos concretos que concurrieron en cada uno de ellos. Sin embargo, en una materia como la inmigración, en la que las decisiones tomadas por las autoridades competentes afectan a las vidas de los particulares de modo determinante, resulta muy necesario delimitar claramente el alcance de los derechos y poder predecir el modo en el que se aplica la ley. Para lograr mayor transparencia y promover la seguridad jurídica es necesario un enfoque más sistemático y estructurado de la interpretación y aplicación de las disposiciones comunitarias pertinentes.

E. *La nueva legislación comunitaria*

53. Creo que es útil referirme a los actos normativos fruto del desarrollo más reciente de la legislación comunitaria sobre el derecho de los nacionales de países terceros a residir en el territorio de los Estados miembros, aunque no resulten directamente pertinentes para dar solución al caso de autos, ya que no son aplicables *ratione temporis*. Las directivas en cuestión abordan

27 — Sentencia Akrich, citada en la nota 2, apartado 59.

28 — Sentencia MRAX, citada en la nota 3, apartado 53, y sentencia Comisión/España, citada en la nota 12, apartado 26.

tanto el componente interno como el externo de la libre circulación de personas.

54. El 29 de abril de 2004, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron una nueva Directiva sobre la base de los artículos 12 CE, 18 CE, 40 CE, 44 CE y 52 CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que viene a sustituir a todas las directivas anteriores sobre esta materia. [29] Esta Directiva codifica y revisa los instrumentos comunitarios existentes, tomando en consideración la interpretación dada a los mismos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De modo similar a como lo hacía el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 y el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 73/148, el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38 confiere a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión, que no sean nacionales de un Estado miembro, el derecho a entrar en el territorio de un Estado miembro, siempre y cuando estén en posesión de un pasaporte válido y de un visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 539/2001 o, en su caso, con la legislación nacional. En virtud del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38 los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no sean nacionales de un Estado miembro tendrán derecho de residencia de más de tres meses, siempre que el ciudadano de la Unión cumpla las condiciones contempladas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva. [30]

55. Las otras dos directivas relativas a los derechos de los nacionales de países terceros se adoptaron sobre la base del artículo 63 CE y son la Directiva 2003/86, sobre el derecho a la reagrupación familiar, [31] y la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. [32]

56. Desde el punto de vista sustantivo, sólo la primera de estas Directivas tiene relación, aunque indirecta, con el caso de autos, pues sólo se aplica a la reagrupación del nacional de un país tercero que ya reside legalmente en un Estado miembro (denominado «reagrupante») con los miembros de su familia y expresamente no se aplica a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión (artículo 3, apartado 3, de la Directiva). El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2003/86 obliga a los Estados miembros a

29 — Citada en la nota 7.

30 — Estas condiciones exigen que el ciudadano de la Unión a) sea un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida o b) disponga, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o c) esté matriculado en un centro público o privado [...] con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional. Además, el ciudadano de la Unión debe contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantice a la autoridad nacional competente [...] que posee recursos suficientes para sí y para los miembros de su familia para no convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia.

31 — Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p. 12).

32 — Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16, p. 44).

autorizar la entrada y residencia de los hijos menores del reagrupante, si se cumplen determinadas condiciones relativas al orden público, seguridad pública y salud pública y, en breve, relativas a la capacidad del reagrupante para mantener a los miembros de su familia de que se trate. En cambio, los Estados miembros no están obligados, pero sí autorizados, a admitir a otros miembros de la familia, incluidos los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen [artículo 4, apartado 2, letra a)]. La Directiva, en su artículo 5, también prevé el procedimiento de presentación y examen detallado de las solicitudes de admisión de los miembros de la familia del reagrupante. La regla general es que la solicitud se presentará y examinará cuando los miembros de la familia residan fuera del territorio del Estado miembro de que se trate, aunque los Estados miembros podrán establecer excepciones a esta regla, cuando las circunstancias lo requieran (artículo 5, apartado 3). El Derecho nacional debía adaptarse a esta Directiva antes del 3 de octubre de 2005.

57. Considerando todos los instrumentos comunitarios, los anteriores y los nuevos, pueden distinguirse tres situaciones de hecho, que, aunque puedan carecer de relevancia desde la perspectiva del nacional de un país tercero, determinan la ley aplicable a su caso concreto y, en consecuencia, sus posibilidades de acceder al territorio de un Estado miembro desde un país tercero y, posteriormente, de adquirir el derecho de residencia. En la primera de estas situaciones se encuentra el nacional de un país tercero que es familiar de un nacional de un Estado miembro que no ha hecho uso de su libertad de trasladarse a otro Estado miembro. En la segunda situación está el nacional de un país tercero que es familiar de un nacional de un Estado miembro que sí ha ejercitado su derecho a trasladarse a otro Estado miembro. En la tercera situación se encuentra el nacional de un país tercero, que es familiar de otro nacional de un país tercero que reside legalmente en un Estado miembro de la Unión Europea.

58. Cuando el nacional de un país tercero que se encuentra en la primera de las situaciones descritas desea entrar en un Estado miembro desde el exterior de la Comunidad, claramente le resulta aplicable la ley nacional en materia de inmigración, pues no hay ningún punto de conexión para que pueda aplicarse el Derecho comunitario. Esto implica que el caso particular de esta persona será objeto de examen previo.

59. En la tercera situación y desde el 3 de octubre de 2005, la Directiva 2003/86 determina los derechos de los nacionales de países terceros. Con anterioridad a esa fecha se aplicaba la ley nacional en materia de inmigración. Tal y como anteriormente señalé y teniendo en cuenta la relación de parentesco que media en el caso de autos, según esta Directiva los Estados miembros gozan de discrecionalidad para autorizar o no la entrada y residencia de los ascendientes en línea directa y en primer grado que estén a cargo del reagrupante. La Directiva también obliga a que se realice un examen de las circunstancias particulares del solicitante nacional de un país tercero.

60. La segunda situación descrita se corresponde con la controvertida en el presente asunto y ante ella se pueden adoptar dos posturas, tal y como se señaló anteriormente en los puntos 38 a 40. Si de la Directiva 73/148 se deriva un derecho directo de residencia en favor de los nacionales de países terceros, entonces las circunstancias de éstos no serán objeto de examen particular por parte de las autoridades nacionales en materia de inmigración. En este caso, de conformidad con la sentencia MRAX, la relación de parentesco sería el elemento constitutivo del derecho de residencia. Si, por el contrario y de conformidad con la sentencia Akrich, se sostiene que el nacional de un país tercero debe tener residencia legal en algún Estado miembro para poder invocar los derechos que le confiere la Directiva 73/148, ello implicaría que la ley nacional en materia de inmigración sería aplicable a su situación.

61. Tras este breve análisis resulta evidente que la interpretación generosa de la Directiva 73/148 en la segunda situación da lugar a la creación de un grupo privilegiado de nacionales de países terceros. Cuando estas personas son familiares de ciudadanos comunitarios que han ejercitado su derecho a trasladarse a otro Estado miembro, resultan inmunes a la aplicación de las condiciones para la entrada y residencia impuestas por la ley nacional en materia de inmigración. En las otras situaciones no se produce esto. Suponiendo que, desde el punto de vista del nacional de un país tercero, la relación de parentesco como tal sea análoga en las tres situaciones fácticas y que la única diferencia radique en que el familiar que es nacional de un Estado miembro se ha trasladado a otro Estado miembro, será preciso justificar el tratamiento diferenciado que nace de lo que he denominado interpretación generosa de la Directiva 73/148.

F. *Admisión y residencia de los nacionales de países terceros, miembros de la familia de ciudadanos comunitarios: hacia un enfoque más sistemático*

62. Anteriormente, en el punto 52, señalé que es necesario dar un enfoque más sistemático a la interpretación de las disposiciones comunitarias sobre la admisión de nacionales de países terceros, miembros de la familia, en el territorio de los Estados miembros desde el exterior la Comunidad y sobre su derecho a residir con los nacionales comunitarios. Las incoherencias en la jurisprudencia provocan inseguridad jurídica a estos nacionales de países terceros y confusión a las autoridades nacionales a las que corresponde aplicar estas disposiciones. De hecho, el estado actual de la jurisprudencia provoca incluso desigualdades carentes de toda justificación entre los diversos grupos de nacionales de países terceros. La jurisprudencia también tiene repercusión sobre las competencias nacionales en materia de política de inmigración, pues permite que algunas categorías de nacionales de países terceros puedan entrar y residir en un Estado miembro sin que sus circunstancias particulares hayan sido objeto de un examen previo.

63. En mi opinión, a la hora de interpretar las disposiciones pertinentes de Derecho comunitario derivado, resulta esencial respetar como principio rector el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, tal y como ha establecido el Tratado CE. Debe considerarse que no sólo garantizar la eficacia del Derecho comunitario constituye la misión del Tribunal de Justicia, tal y como dispone el artículo 220 CE, sino también respetar y salvaguardar las competencias que según el Tratado corresponden a los Estados miembros. Esto se aplica tanto en sentido negativo, para delimitar las competencias de la Comunidad frente a los Estados miembros, como en un sentido más positivo, para garantizar que esas competencias nacionales se puedan ejercer de modo efectivo.

64. En la situación actual, está claro que la libre circulación de personas dentro de la Comunidad, como una de las piedras angulares del mercado interior, es íntegramente competencia comunitaria. Resulta igualmente claro que la regulación de la inmigración en las fronteras exteriores de la Unión continúa siendo competencia de los Estados miembros, en tanto no se complete la armonización con arreglo al título IV del Tratado. Me remito a lo expuesto anteriormente en los puntos 30 y siguientes.

65. El fallo del Tribunal de Justicia en la sentencia Akrich, según el cual el Reglamento nº 1612/68 «sólo se refiere a la libre circulación en el interior de la Comunidad» y «nada dice respecto a la existencia de derechos de un nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, en cuanto al acceso al territorio de la Comunidad» [33] concuerda plenamente con este reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Puesto que la Directiva 73/148 persigue los mismos objetivos que el Reglamento nº 1612/68, pero con respecto a otra categoría de personas, lo mismo debe aplicarse a esta Directiva. El hecho de que el ámbito de aplicación de la Directiva queda restringido de modo similar fue reconocido, aunque implícitamente, por el Tribunal de Justicia en la sentencia Carpenter, cuando declaró que «tanto de los objetivos que persigue como de su contenido se deduce que la Directiva regula las circunstancias en las que un nacional de un Estado miembro, así como las demás personas contempladas en el artículo 1, apartado 1, letras c) y d), pueden abandonar el Estado miembro de origen de dicho nacional, y entrar y residir en el territorio de otro Estado miembro, con una de las finalidades enunciadas en el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), durante el período fijado en el artículo 4, apartados 1 o 2». [34]

66. El hecho de que el Reglamento nº 1612/68 y la Directiva 73/148 «nada dicen» con respecto a la primera admisión de un nacional de un país tercero en el territorio de la Comunidad, no implica que estos instrumentos sean neutrales en esta materia. Esta afirmación del Tribunal de

33 — Sentencia Akrich, citada en la nota 2, apartado 49.

34 — Sentencia Carpenter, citada en la nota 23, apartado 35.

Justicia no supone que haya un vacío que pueda llenarse implícitamente mediante una interpretación generosa de estos instrumentos. Sólo puede significar, de conformidad con el reparto de competencias establecido en el Tratado, que corresponde a los Estados miembros decidir sobre la primera admisión de estas personas, de acuerdo con sus leyes en materia de inmigración. Esto necesariamente implica que, tal y como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Akrich, citando libremente, para poder disfrutar de los derechos contemplados en estos instrumentos comunitarios, un nacional de un país tercero, miembro de la familia, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión. [35]

67. Admitir que los nacionales de países terceros que aún no residen legalmente en un Estado miembro y que desean reunirse con nacionales de un Estado miembro que han ejercitado su derecho a la libre circulación, puedan disfrutar de un derecho automático a entrar y residir en el Estado miembro de acogida exclusivamente por razón de su relación de parentesco, sin ninguna intervención de ese Estado miembro, les daría la posibilidad de eludir las leyes nacionales en materia de inmigración. Por tanto, este enfoque menoscaba la potestad que los Estados miembros tienen para controlar la inmigración en sus fronteras externas.

68. De los objetivos perseguidos por los instrumentos comunitarios en materia de libre circulación dentro de la Comunidad también puede inferirse que los derechos otorgados por estos instrumentos a los nacionales de países terceros, miembros de la familia, no son derechos incondicionales.

69. El Reglamento nº 1612/68 y la Directiva 73/148 se adoptaron expresamente para dar ejecución, respectivamente, a los artículos 39 CE y 43 CE. Ambos instrumentos tienen por objeto suprimir los obstáculos que pudieran tener los nacionales de Estados miembros cuando ejercitan los derechos que esas disposiciones del Tratado les reconocen, trasladándose a otros Estados miembros, en calidad de trabajadores por cuenta ajena o propia o de prestadores de servicios. Entre esos obstáculos se incluyen los efectos que pudiera tener la aplicación de la ley nacional en materia de inmigración a los miembros de la familia del titular principal del derecho, en particular cuando estos miembros de la familia no tengan la nacionalidad de un Estado miembro. Si no se garantizara a estos miembros de la familia la entrada y admisión en otro Estado miembro se estaría disuadiendo al trabajador comunitario por cuenta ajena o propia de ejercitar los derechos que el Tratado le reconoce. Por tanto, como corolario al derecho del trabajador comunitario por cuenta ajena o propia, ellos disfrutan también del derecho a trasladarse y a residir en el Estado miembro en el que se va a desarrollar la actividad económica.

70. Considerando que el primer objetivo de estos instrumentos comunitarios es eliminar cualquier tipo de obstáculo derivado de los requisitos nacionales para la entrada o

35 — Sentencia Akrich, citada en la nota 2, apartado 50.

residencia, que pudiera disuadir a un nacional de un Estado miembro de trasladarse a otro Estado miembro por motivos económicos, puede decirse que debería tomarse en consideración la situación familiar existente en el momento en el que el nacional comunitario decide irse a otro Estado miembro. Una vez que esta persona se ha trasladado y establecido en otro Estado miembro, surge una nueva situación en la que su posición jurídica debería ser comparable a la de los nacionales del Estado miembro de acogida que no hayan ejercitado su derecho de libre circulación. Si una persona de esta última categoría desea hacer venir a un nacional de un país tercero, miembro de su familia, desde fuera de la Comunidad, la admisión de éste debe quedar sujeta a las condiciones que establezca la ley nacional en materia de inmigración. Esto mismo debe aplicarse a un nacional que ya ha ejercitado su derecho de libre circulación y al que evidentemente no han disuadido de hacerlo motivos ligados a la no admisión de los miembros de su familia nacionales de países terceros. Dicho de otro modo, no puede afirmarse que el Derecho comunitario reconozca a los nacionales de los Estados miembros un derecho permanente a hacer venir en cualquier momento a sus familiares procedentes de fuera de la Comunidad. A este respecto, no creo que el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 y el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 73/148 puedan ser considerados instrumentos para la reagrupación familiar *a posteriori* entre los nacionales de los Estados miembros y sus familiares procedentes de fuera de la Comunidad.

71. La Comisión señala que cuando un ciudadano comunitario desea hacer venir a un nacional de un país tercero, miembro de su familia, al Estado miembro de acogida directamente desde fuera de la Comunidad, supondría una restricción al derecho del primero a la libre circulación dentro de la Comunidad exigir a este miembro de su familia que obtenga un permiso de residencia en el país de origen del ciudadano comunitario. Además del hecho de que exigir la residencia legal en una situación como la del procedimiento principal implica que el miembro de la familia debe obtener una autorización para permanecer en el Estado miembro de acogida, con arreglo a su ley nacional en materia de inmigración, no puede admitirse que la condición a la que se refiere la Comisión entrañe necesariamente una restricción al derecho del ciudadano comunitario a trasladarse a otro Estado miembro. La restricción se produciría si la condición originara una pérdida de derechos. Sin embargo, cuando ese derecho, es decir, el derecho a hacer venir a un miembro de su familia, no existió en el momento en el que se hizo uso de la libre circulación, lógicamente no ha podido producirse una pérdida de derecho que suponga una restricción a la libre circulación.

72. Añado que, aunque resulta claro que el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 y el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 73/148 tienen como *efecto* la protección de la vida familiar, no creo que pueda afirmarse que éste sea un *objetivo* de estas disposiciones. Cuando el Tribunal de Justicia señaló, primero en la sentencia Carpenter y posteriormente en la sentencia MRAX, que al adoptar los reglamentos y directivas «el legislador comunitario ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de

los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado», [36] considerando la época en la que estos actos normativos se aprobaron, esto resultaba ser una consideración meramente implícita y, como mucho, secundaria. Ni la exposición de motivos del Reglamento nº 1612/68 ni la de la Directiva 73/148 se refieren al artículo 8 del CEDH, ni tampoco se hace referencia significativa en su sucesora, la Directiva 2004/38. Esta última sólo menciona, en sentido general, el respeto del CEDH. [37] En cambio, la Directiva en materia de reagrupación familiar, por razones obvias derivadas de su principal objetivo, se refiere expresamente al artículo 8 del CEDH. [38] Por todo ello, considero que la protección de la vida familiar no puede emplearse como directriz para interpretar el alcance y el contenido de las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 1612/68 y de la Directiva 73/148.

73. Dicho esto, es importante determinar la función del artículo 8 del CEDH en este contexto. El artículo 6 UE, apartado 2, establece que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Esta disposición está dirigida a la Unión en sí misma y tiene como destinatarios a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho comunitario y los actos comunitarios, como confirma el artículo II-111, apartado 1, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. [39] Cuando los Estados miembros actúen fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como lo hacen cuando toman la decisión de permitir el acceso a su territorio a nacionales de países terceros, también deben cumplir sus obligaciones según artículo 8 del CEDH, pero no en virtud del Derecho comunitario, sino en calidad de signatarios del CEDH. En este punto me parece discutible la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Carpenter, pues realmente aplicó el artículo 8 del CEDH a los hechos que habían dado origen al litigio.

74. Finalmente, como ya señalé en el punto 61, permitir a nacionales de países terceros que todavía no han sido admitidos en el territorio de un Estado miembro y que tienen un vínculo familiar con un nacional de un Estado miembro, la entrada y residencia en el territorio del Estado miembro de acogida del nacional comunitario migrante, exclusivamente por razón de ese vínculo familiar, genera desigualdad con respecto a los nacionales de países terceros a los que desea hacer venir un miembro de su familia, nacional de un Estado miembro, pero que no se ha desplazado dentro de la Comunidad, o un nacional de un país tercero que ya reside legalmente en un Estado miembro. En estas dos últimas situaciones los nacionales de países terceros deben someterse a un examen de su caso particular antes de ser admitidos, mientras que cuando el miembro de su

36 — Sentencia Carpenter, citada en la nota 23, apartado 38, y sentencia MRAX, citada en la nota 3, párrafo 53.

37 — Véase el trigésimo primer considerando de la exposición de motivos.

38 — Véase el segundo considerando de la exposición de motivos.

39 — DO 2004, C 310.

familia se encuentra en la primera situación no es así. No existe ninguna justificación para que se produzca esta diferencia de trato.

75. Aunque fuera completa la armonización de las normas aplicables a la admisión de nacionales de países terceros en las fronteras exteriores de la Comunidad, el hecho de permitir que ciertas categorías de personas puedan acceder al territorio de un Estado miembro y residir en él, por razón de su relación de parentesco con un ciudadano comunitario que, casualmente, ha ejercitado su derecho a la libre circulación, menoscabaría la eficacia de estas normas comunes y serviría de estímulo a abusos como el que dio lugar al asunto Akrich. Hacer depender la concesión del derecho de residencia de un factor meramente aleatorio, es decir, de que un nacional de un Estado miembro se haya trasladado a otro Estado miembro, resulta injusto y arbitrario, pues discrimina a los ciudadanos comunitarios que no han ejercitado este derecho y a los nacionales de países terceros que no tienen el privilegio de ser familiares de un ciudadano comunitario migrante.

76. Desde esta perspectiva, resulta esencial tratar a continuación lo que constituye «residencia legal» en un Estado miembro. En la fase actual los criterios para su análisis no han sido objeto de armonización. Todavía corresponde a cada Estado miembro determinar cuándo un nacional de un país tercero «reside legalmente» en su territorio. Sin embargo, aunque como tal no sea un concepto comunitario, es necesario identificar algunos rasgos distintivos esenciales del concepto de «residencia legal».

77. «Residir legalmente» en el territorio de un Estado miembro implica que, 1) atendiendo a una solicitud de un nacional de un país tercero 2) las autoridades de un Estado miembro deben dictar una resolución expresa 3) basada en un examen de su caso particular 4) que autorice al solicitante a entrar y permanecer en su territorio 5) por un largo período de tiempo. En modo alguno puede haber «residencia legal», en el sentido de este análisis, cuando la resolución sólo autoriza de modo expreso y evidente una estancia por un corto período o la restringe a una determinada finalidad. Si bastara con invocar estas autorizaciones para tener derecho a la residencia de larga duración o permanente se estaría contraviniendo el auténtico propósito de las mismas.

78. Continuando con la indagación sobre el significado del concepto de residencia legal, puede encontrarse un mínimo grado de contenido en el artículo 3 de la Directiva 2003/86, según el cual el reagrupante, que se define en el artículo 2, letra c), como «la persona nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro», tiene derecho a solicitar la reagrupación familiar con determinados miembros de su familia cuando 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 derecho a la residencia permanente.

79. Desde este punto de vista, un visado de tres meses o una autorización de residencia

válida hasta que se resuelva la solicitud de un permiso de residencia, no constituyen «residencia legal» con entidad suficiente para poder invocar los derechos que el Reglamento nº 1612/68 y la Directiva 73/148 confieren a los miembros de la familia nacionales de países terceros.

80. Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que tomando como punto de partida el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en el ámbito de la libre circulación de personas, los derechos que el Reglamento nº 1612/68 y la Directiva 73/148 confieren a los nacionales de países terceros que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que desea ejercitar o ya ha ejercitado su derecho a trasladarse a otro Estado miembro para desarrollar allí alguna actividad económica, sólo pueden invocarse por estas personas si fueron admitidas en el territorio de un Estado miembro con arreglo a su legislación en materia de inmigración. A la hora de tomar decisiones en este ámbito, los Estados miembros deben cumplir sus obligaciones según el artículo 8 del CEDH, en su calidad de signatarios del mismo y no como una obligación de Derecho comunitario.

81. Sólo delimitando claramente las competencias nacionales y las de la Comunidad se puede establecer nítidamente el alcance de los derechos conferidos por el Reglamento nº 1612/68 y la Directiva 73/148 a los nacionales de países terceros, miembros de la familia de nacionales comunitarios migrantes, y se puede evitar el conflicto de competencias entre el Derecho comunitario y la legislación nacional en materia de inmigración, además de garantizarse la igualdad de trato entre los nacionales de países terceros, miembros de la familia de nacionales comunitarios y provenientes del exterior de la Comunidad.

VII. Respuestas a las cuestiones prejudiciales

A. *Cuestiones 1a a 1d*

82. Aunque la primera cuestión planteada por el Utlänningsnämnden se refiere tanto al artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 como a la Directiva 73/148, resulta de modo evidente de los hechos que subyacen en este asunto que sólo esta última es pertinente.

83. La primera cuestión plantea tres problemas básicos, que ya han sido tratados todos ellos en sentido general en el anterior capítulo de estas Conclusiones. Por tanto, las respuestas a la primera cuestión pueden ser breves.

84. Puede recordarse que el primero de estos problemas [letra a) de la primera cuestión] radica en saber si, a la luz del fallo

del Tribunal de Justicia en la sentencia Akrich, un nacional de un país tercero, familiar de un ciudadano de la Unión que trabaja por cuenta propia en un Estado miembro del que no es nacional, sólo puede reivindicar el derecho a la residencia permanente en el Estado miembro de acogida si ya reside legalmente en la Comunidad.

85. Por los motivos expuestos en los puntos 62 y siguientes, queda claro que considero que el artículo 1 de la Directiva 73/148 debe interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia permanente de un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que es nacional de un país tercero, presupone de hecho que este nacional de un país tercero resida legalmente en la Comunidad. Esto implica que considero que la regla sentada en la sentencia Akrich es de aplicación general.

86. El segundo problema, enunciado en la letra b) de la primera cuestión prejudicial, versa sobre si el requisito de «residencia legal» implica que el nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano comunitario, debe tener un permiso de estancia válido que le permita o pueda permitirle residir en alguno de los Estados miembros. Si la respuesta es negativa, se pregunta si basta con estar en posesión de una autorización concedida por algún otro motivo para una estancia más corta o más larga, o incluso, si basta con que tenga un visado válido.

87. Tal y como señalé en los puntos 76 a 79, el requisito de residencia legal implica que el nacional del país tercero de quien se trata haya sido admitido en el territorio de un Estado miembro por un período suficientemente largo como para tener la expectativa de adquirir un estatuto de residencia más permanente. Del artículo 3 de la Directiva 2003/86 se desprende que un período de un año bastaría a estos efectos. Cuando el permiso de entrada en el territorio de un Estado miembro se haya limitado a un corto período o a una finalidad determinada, como sucede con un visado turístico, éste no puede considerarse constitutivo de residencia legal.

88. El tercer problema se plantea en las letras c) y d) de la primera cuestión remitida por el Utlänningsnämnden: Si a un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que no es un ciudadano de un Estado miembro, se le niega el derecho a la residencia permanente en el Estado miembro en el que el este último está establecido o se le expulsa de ese Estado miembro, ¿se restringe con ello el derecho de libre establecimiento del ciudadano de la Unión previsto en el artículo 43 CE?

89. El artículo 43 CE exige la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento. Según jurisprudencia reiterada, deben considerarse restricciones de esta índole todas las medidas que prohíban,

obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad.[40] La Directiva 73/148 regula las condiciones que se aplican al desplazamiento y la estancia dentro de la Comunidad, de los nacionales de Estados miembros y de los miembros de sus familias, sea cual sea su nacionalidad. En la medida en que pueda considerarse que las medidas nacionales relativas a la estancia de estas personas constituyen restricciones en el sentido del artículo 43 CE, deberán ser analizados en el contexto de la Directiva 73/148.

90. Tal y como se recordó en los puntos 69 y 70, el principal objetivo de esta Directiva es la supresión de los obstáculos derivados de los requisitos nacionales de entrada y residencia que pudieran disuadir a un nacional de un Estado miembro que deseara trasladarse a otro Estado miembro para desarrollar allí alguna actividad económica. Una vez que se ha hecho uso de la libertad prevista en el artículo 43 CE, no puede afirmarse que una decisión adoptada en relación con el estatuto de residencia de los miembros de la familia que son nacionales de países terceros y que no era previsible en el momento de trasladarse al Estado miembro de acogida, tiene, por definición, este carácter disuasorio y por ello no puede considerarse restricción en el sentido del artículo 43 CE.

91. A la hora de adoptar esas decisiones, las autoridades nacionales, evidentemente, deben cumplir con sus obligaciones según el artículo 8 del CEDH. Sin embargo, verificar esto corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales.

B. *Cuestiones 2a y 2b*

92. La primera parte de la segunda cuestión tiene por objeto determinar si el concepto de «a cargo», del artículo 1, letra d), de la Directiva 73/148, hace referencia a que el nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, depende de éste económicamente para poder alcanzar el nivel de vida mínimo aceptable en su país de origen o en el país en el que reside habitualmente. La segunda parte de esta cuestión trata el aspecto de la prueba que puede exigirse con arreglo al artículo 6, letra b), de la Directiva 73/148. ¿Puede el Estado miembro de acogida exigir que presenten documentos que acrediten la existencia de una relación de dependencia de hecho, aparte de una declaración del ciudadano de la Unión por la que se compromete a mantener al miembro de su familia?

93. Con respecto a la primera parte, procede señalar que el Tribunal de Justicia, interpretando el mismo concepto de estar a cargo, del artículo 10 del Reglamento nº 1612/68,

40 — Véanse, entre otras, las sentencias de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37, y de 5 de octubre de 2004, Caixa-Bank France (C-442/02, Rec. p. I-8961), apartado 11.

en la sentencia Lebon,[41] declaró que la calidad de miembro de la familia a cargo resulta de una situación de hecho –mantenimiento por el trabajador– sin que sea necesario determinar las razones del recurso a ese mantenimiento o preguntarse si el interesado está en condiciones de subvenir a sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad remunerada.[42] Esta definición fue repetida en términos similares en la sentencia Zhu y Chen,[43] en el contexto de la Directiva 90/364,[44] en la que el Tribunal de Justicia de nuevo señaló que la condición de miembro de la familia «a cargo» resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia.[45]

94. El Tribunal de Justicia no hizo referencia en ninguna de estas dos sentencias a un nivel de vida concreto para determinar si era necesaria la ayuda económica del ciudadano comunitario. Al contrario, en la sentencia Lebon sostuvo que no es necesario indagar sobre los motivos por los que se presta la ayuda económica o sobre la capacidad del familiar a cargo para mantenerse por sus propios medios.

95. Dicho esto, en un asunto como el del litigio principal, en el que la relación de dependencia es un criterio que determina que si un nacional de un país tercero tiene derecho a residir con un ciudadano comunitario en un Estado miembro, parece necesario para que así sea que quede acreditado que verdaderamente hay necesidad de ayuda económica y que esto se demuestre mediante prueba documentaria suficiente.

96. Debería establecerse de modo objetivo si se cumple o no la condición de que exista una relación de dependencia como tal, tomando en consideración las circunstancias particulares y las necesidades personales de la persona que precisa ayuda. Creo que, ante todo, se debería verificar si, a la luz de esas circunstancias personales, los medios económicos de la persona a cargo le permiten alcanzar el nivel mínimo de subsistencia en el país en el que habitualmente reside, suponiendo que éste sea distinto del Estado miembro en el que trata de obtener la residencia. Además, debería acreditarse que no se trata de una situación coyuntural, sino que tiene carácter estructural.

97. Según el artículo 6, letra b), de la Directiva 73/148, el solicitante de un permiso de residencia debe aportar la prueba de que pertenece a una de las categorías de personas contempladas en los artículos 1 y 4 de la Directiva. Esto incluye el requisito de ser miembro de la familia a cargo del ciudadano comunitario de quien se trate.

41 — Sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon (316/85, Rec. p. 2811).

42 — Apartado 22 de la sentencia.

43 — Sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925).

44 — Citada en la nota 13.

45 — Apartado 43 de la sentencia.

Para ello, la disposición paralela en la Directiva 68/360, que es el artículo 4, apartado 3, letra e), exige que se aporte un documento expedido por la autoridad competente del Estado de origen o de procedencia, en el que se acredite que está a cargo del trabajador o que viven bajo el mismo techo en ese país. La Directiva 2004/38, en su artículo 10, apartado 2, letra e), contiene este mismo requisito para los miembros de la familia de cualquier ciudadano de la Unión que sean nacionales de países terceros.

98. Lo más importante en este contexto es que a las autoridades nacionales competentes les conste la existencia de una relación de dependencia de hecho. En este sentido, un documento expedido por las autoridades nacionales del país de origen es ciertamente un medio de prueba valioso, aunque puede que no siempre sea decisivo. Por ello, no puede descartarse que cuando, según las autoridades nacionales, esta declaración oficial no baste, éstas puedan exigir otras pruebas. Tampoco debería descartarse que, a falta de esta declaración oficial, el solicitante nacional de un país tercero pueda demostrar su relación de dependencia por otros medios. Una simple declaración hecha por el ciudadano comunitario en la que afirma que en el pasado se ocupó de la manutención de su familiar y se compromete a continuar haciéndolo en el futuro, no es, en sí misma, suficientemente objetiva para poder determinar si está «a su cargo» en el sentido del artículo 1, letra d), de la Directiva 73/148.

VIII. Conclusión

99. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo que el Tribunal de Justicia dé las siguientes respuestas a las cuestiones planteadas por el Utlänningsnämnden de Suecia:

«— El artículo 1 de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de un nacional de un país tercero, que es miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, a establecerse con éste presupone que el nacional del país tercero resida legalmente en la Comunidad.

— La residencia legal dentro de la Comunidad implica que el nacional de un país tercero de quien se trate haya sido admitido en el territorio de un Estado miembro por un período de al menos un año, suficiente para tener la expectativa de obtener un estatuto de residencia más permanente. Cuando el permiso de entrada en el territorio de un Estado miembro se haya limitado a un corto período de tiempo o a una finalidad determinada, como sucede con un visado turístico, éste no puede considerarse constitutivo de residencia legal.

— Si un nacional de un país tercero que es miembro de la familia de un ciudadano de la Unión no puede invocar el derecho a establecerse con él de acuerdo con la Directiva 73/148 porque no reside legalmente en la Comunidad, ni el hecho de negar al miembro de la familia el permiso de residencia permanente ni la decisión de expulsarlo restringen el derecho de libre establecimiento del ciudadano de la Unión previsto en el artículo 43 CE.

— El artículo 1, letra d), de la Directiva 73/148 debe interpretarse en el sentido de que «a cargo» hace referencia a una situación en la que el miembro de la familia del ciudadano de la Unión depende de éste económicamente para poder alcanzar el nivel de vida mínimo aceptable en el país en el que reside habitualmente, que no sea el Estado miembro en el que trata de obtener la residencia, y que esta situación tiene carácter estructural.

— El artículo 6, letra b), de la Directiva 73/148 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden exigir que el miembro de la familia del ciudadano de la Unión que invoca estar a cargo de este ciudadano o del cónyuge de éste, presente documentos que acrediten la existencia de una relación de dependencia de hecho, aparte de una declaración del ciudadano de la Unión.»