CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 5 de julio de 2002 [1]

I. Introducción

1. En este asunto, el Immigration Appeals Tribunal ha planteado al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales para que dilucide en qué medida el Derecho comunitario exige que los Estados miembros respeten el derecho de residencia permanente que asiste a los miembros de la familia de nacionales de la Unión Europea que se han instalado con el trabajador en un Estado miembro de acogida, mientras que desde entonces las circunstancias han cambiado. En particular, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si las personas a las que se ha permitido la entrada en el Reino Unido como miembros de la familia de un trabajador emigrante, en el sentido del Tratado CE, siguen beneficiándose del Derecho comunitario después de haber perdido la condición por la que se les concedió ese derecho (su estado de miembro de la familia del trabajador). Además, el órgano jurisdiccional remitente solicita la interpretación del artículo 18 CE.

2. Se trata de dos asuntos acumulados por el órgano jurisdiccional remitente de cara al procedimiento prejudicial, a saber, el asunto de la familia R [2] y el de la familia Baumbast. En el caso de la familia R, tras el divorcio, los hijos siguieron viviendo con su madre. En el caso de la familia Baumbast, el padre se trasladó por motivos laborales a un tercer país, pero el matrimonio no se disolvió.

II. Marco jurídico

3. Dos partes del Tratado CE son de especial importancia con relación al derecho de residencia sobre el que trata este asunto. En la segunda parte del Tratado y bajo la rúbrica Ciudadanía de la Unión, aparece recogido el artículo 18 CE (antiguo artículo 8 A del Tratado CE) que establece:

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

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — Para proteger la privacidad de los interesados, esta familia se designa con la letra «R».

2. El Consejo podrá adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1. Salvo disposición en contrario del presente Tratado, decidirá con arreglo al procedimiento contemplado en el artículo 251. El Consejo se pronunciará por unanimidad durante todo este procedimiento.»

En el título III de la tercera parte del Tratado se regula la libre circulación de los trabajadores. El artículo 39 CE (antiguo artículo 48 del Tratado CE) reza como sigue:

«1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

[...]

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

[...]»

4. Para facilitar la libre circulación de trabajadores se adoptó el 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.[3] Este Reglamento regula el estatuto jurídico de los miembros de la familia del trabajador, en particular en los siguiente artículos.

«Artículo 10

1. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro:

a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo;

3 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado.

3. A los efectos de los apartados 1 y 2, el trabajador deberá disponer de una vivienda para su familia, considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado, sin que esta disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros Estados miembros.

Artículo 11

Cuando un nacional de un Estado miembro ejerza en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, su cónyuge y los hijos menores de 21 años a su cargo, tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta propia su cónyuge y los hijos menores de 21 años a su cargo, tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, incluso aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Artículo 12

Los hijos de una nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio.

Los Estados miembros fomentarán las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones.»

5. El artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo,[4] ofrece también protección a los miembros de la familia del (antiguo) trabajador. Este artículo dispone lo siguiente:

«1. Los miembros de la familia de un trabajador mencionados en el artículo 1

4 — DO L 142, p. 24; EE 05/01, p. 93.

del presente Reglamento, que residan con él en el territorio de un Estado miembro, tendrán derecho a residir en él a título permanente, si el trabajador ha adquirido el derecho a residir en el territorio de dicho Estado según lo dispuesto en el artículo 2,[5] incluso después de su fallecimiento.

2. Sin embargo, si el trabajador hubiese fallecido en el curso de su vida profesional y antes de haber adquirido el derecho a residir en el territorio del Estado referido, los miembros de la familia tendrán derecho a residir en él a título permanente a condición de:

— que el trabajador, en la fecha de su fallecimiento, haya residido de manera continuada un mínimo de dos años en el territorio de ese Estado miembro;

— o que su fallecimiento se debiese a un accidente de trabajo o enfermedad profesional;

— o que el cónyuge superviviente sea nacional del Estado de residencia o haya perdido la nacionalidad de dicho Estado a resultas de su matrimonio con el trabajador.»

6. A este respecto, también me remito a dos directivas anteriores, pero aún vigentes, que también contienen disposiciones sobre la libre circulación de trabajadores. La Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública,[6] contiene disposiciones relativas, entre otras cosas, a la admisión y expulsión de personas por motivos de orden público, seguridad y salud pública. La Directiva 68/360/CEE 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,[7] incluye una serie de facilidades para las personas a las que corresponden derechos en virtud del Reglamento nº 1612/68. Se trata, entre otras cosas, de la posibilidad de ejercer una actividad asalariada en otro Estado miembro y de normas sobre los títulos de viaje, entre las cuales la prohibición de exigir un visado.

7. Teniendo como objetivo el derecho de residencia, el 28 de junio de 1990, el Consejo adoptó la Directiva 90/364/CEE

5 — Conforme al artículo 2 de este Reglamento, un trabajador conserva, en determinadas circunstancias, su derecho a residir tras su jubilación, en caso de incapacidad laboral permanente y en caso de ir a trabajar a otro Estado miembro, manteniendo su residencia en el Estado miembro en el que trabajó anteriormente.

6 — DO L 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36.

7 — DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88.

relativa al derecho de residencia.[8] El artículo 1 de la misma dispone:

«1. Los Estados miembros concederán el derecho de residencia a los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como a los miembros de su familia tal y como se definen en el apartado 2, siempre que dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

Los recursos contemplados en el párrafo primero se considerarán suficientes cuando sean superiores al nivel de recursos por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder una asistencia social a sus nacionales, habida cuenta de la situación personal del solicitante y, en su caso, de las personas admitidas en aplicación del apartado 2.

Cuando no proceda aplicar el párrafo segundo, los recursos del solicitante se considerarán suficientes cuando superen el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada en el Estado miembro de acogida.

2. Sea cual fuere su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse en otro Estado miembro con el titular del derecho de residencia:

a) su cónyuge y sus descendientes a su cargo;

b) los ascendientes del titular del derecho de residencia y de su cónyuge que estén a su cargo.»

Artículo 3 establece que el derecho de residencia subsistirá mientras los beneficiarios cumplan los requisitos que establece el artículo 1.

III. Hechos y circunstancias

R

8. Los hechos en el asunto R se desarrollan de la siguiente manera. La Sra. R es ciudadana estadounidense. En 1990, se trasladó, junto con su entonces esposo/trabajador de nacionalidad francesa, de los Estados Unidos al Reino Unido. La Sra. R obtuvo un permiso de residencia válido hasta 1995, como esposa de un trabajador que ejercita los derechos que le confiere el Tratado CE. El matrimonio tiene dos hijos con doble nacionalidad (francesa y esta-

8 — DO L 180, p. 26.

dounidense). En septiembre de 1992, obtuvieron el divorcio. La guarda de los hijos se asignó a la madre. El convenio regulador del divorcio establecía un régimen de visitas para el padre, residente en el Reino Unido. Tras el divorcio, los hijos mantuvieron regularmente contacto con su padre, que además había asumido una parte de la responsabilidad en su educación. Durante su residencia en el Reino Unido, la Sra. R creó un negocio de decoración interior. En 1997, se casó con un nacional británico.

9. El divorcio obtenido 1992 no afectó al permiso de residencia de la Sra. R, válido hasta 1995. En octubre de 1995, la Sra. R solicitó al Secretary of State un permiso de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido para ella y para sus hijos, basándose en el Derecho nacional británico. Invocaba la especial situación de la familia, haciendo hincapié en el derecho de los hijos y de sus padres a una vida familiar. El permiso de residencia se concedió a los hijos, pero no a la madre. La Sra. R recurrió contra la decisión del Secretary of State de denegar el permiso de residencia por tiempo indefinido. Basó su recurso en los derechos de los hijos en virtud del Tratado CE y en el derecho a una vida familiar. Además, en su opinión había sido víctima de un trato discriminatorio, ya que los cónyuges de los ciudadanos británicos tienen derecho a un permiso de residencia indefinido al cabo de un año. Este recurso fue desestimado por no estar basado en el National Immigration Rules. El 5 de junio de 1997, el Secretary of State explicó que las circunstancias familiares no eran tan extraordinarias como para justificar que ejercitara sus facultades discrecionales de desviarse de la normativa. Concluyó entre otras cosas que los hijos todavía eran lo bastante jóvenes como para adaptarse a la vida en Estados Unidos si acompañaran a su madre de vuelta a dicho país. A continuación, la Sra. R se dirigió al Immigration Appeals Tribunal. Por otra parte, la Sra. R tiene en la actualidad un permiso de residencia indefinido al estar casada con un nacional británico.

Baumbast

10. En 1990, el señor y la señora Baumbast —él es nacional alemán y era trabajador por cuenta ajena al tiempo de celebrarse el matrimonio y ella es de nacionalidad colombiana— contrajeron matrimonio en el Reino Unido. Tienen dos hijas. La hija mayor, María, nacida de una relación anterior de la Sra. Baumbast, tiene la nacionalidad colombiana. La hija menor, Idanella, tiene la doble nacionalidad (alemana y colombiana). Las partes del procedimiento ante el juez nacional acordaron que procedía tratar a María como miembro de la familia del Sr. Baumbast con vistas al procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

11. La familia obtuvo un permiso de residencia para un período de 5 años, es decir, hasta 1995. Desde 1990, el Sr. Baumbast trabajó para diversas empresas y posteriormente, creó su propia empresa. Tras quebrar su empresa, desde 1993 trabajó tem-

poralmente para diferentes empresas alemanas prestando sus servicios en diversos países, entre otros China y Lesoto. Nunca volvió a residir en Alemania, pero sí recibió tratamiento médico en este país. En diversas ocasiones el Sr. Baumbast buscó trabajo en el Reino Unido, pero no tuvo éxito. Durante dicho período, el matrimonio era propietario de una casa en el Reino Unido, adquirida mediante un préstamo hipotecario y sus hijas asistían en dicho país al colegio. En ningún momento obtuvieron prestaciones sociales. Dado que disponían de un seguro médico completo en Alemania, acudían a dicho país para recibir toda la asistencia sanitaria necesaria.

12. En 1995, la señora Baumbast solicitó un permiso de residencia indefinido para toda la familia. En enero de 1996, el Secretary of State denegó a la Sra. Baumbast y a sus hijas dicho permiso de residencia y no renovó —a toda la familia— la tarjeta de residencia. El 12 de enero de 1998, se sometió el asunto al juez de primera instancia (el «Adjudicator»). Este juez declaró que el Sr. Baumbast ya no podía ser considerado trabajador por cuenta ajena en el sentido del Derecho comunitario, ya que era sumamente improbable que aceptara un empleo en el Reino Unido. Ni el Sr. Baumbast ni su familia podían invocar la aplicación de la Directiva 90/364 relativa al derecho de residencia dado que, al disponer de un seguro médico completo en Alemania, no estaban asegurados en el Reino Unido y, por tanto, no cumplían los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Directiva 90/364. El Sr. Baumbast reconoció estos hechos. Por esa razón, invocó en el desarrollo posterior del procedimiento el artículo 18 CE. A las hijas se les concedió un permiso de residencia en virtud del artículo 12 del Reglamento nº 1612/68. La Sra. Baumbast también obtuvo el permiso —temporal— de residencia en el Reino Unido. Este derecho se derivaba del derecho de sus hijas basado en el mencionado artículo. Según el Adjudicator, el derecho de residencia de la Sra. Baumbast se derivaba de la obligación de los Estados miembros, contenida en el artículo 12 del Reglamento 1612/68, de fomentar las iniciativas que permitan a los hijos de nacionales de la Unión Europea seguir cursos de enseñanza en el Estado de acogida en las mejores condiciones. Este criterio condujo a plantear la segunda cuestión prejudicial.

13. Por otra parte, durante el procedimiento nacional quedó acreditado que el Sr. Baumbast y su familia residían en el Reino Unido. Tras una decisión del Secretary of State, la Sra. Baumbast y sus dos hijas obtuvieron un permiso de residencia indefinido en el Reino Unido, pero el Sr. Baumbast no lo obtuvo.

IV. Las cuestiones prejudiciales

14. Las situaciones descritas anteriormente constituyen el motivo para plantear las siguientes cuestiones prejudiciales. Observo

al respecto que las cuestiones tercera y cuarta son únicamente relevantes para el asunto Baumbast.

«Primera cuestión

a) Los hijos de un ciudadano de la Unión Europea que son ellos mismos ciudadanos de la Unión y que se han instalado en un Estado miembro durante su enseñanza primaria mientras su padre (o progenitor) ejercitaba su derecho a residir como trabajador en dicho Estado miembro, del que no es nacional ("el país de acogida"), ¿tienen derecho a residir en el país de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo?

b) ¿Qué criterios deben aplicar las autoridades nacionales en caso de que la respuesta a la cuestión anterior pueda variar según que:

i) los padres estén divorciados;

ii) cuando sólo uno de sus progenitores sea ciudadano de la Unión Europea y dicho progenitor ya no sea trabajador en el país de acogida;

iii) cuando los hijos no sean ellos mismos ciudadanos de la Unión Europea?

Segunda cuestión

Cuando los hijos disfrutan del derecho a residir en el país de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general de conformidad con el artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 1612/68, ¿debe interpretarse la obligación, que incumbe al país de acogida, de "fomentar las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones" en el sentido de que permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de los hijos ("primary carer"), sea o no ciudadano de la Unión, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio del mencionado derecho, con independencia de que

i) sus padres estén divorciados, o

ii) su padre, que es ciudadano de la Unión Europea, ya no sea trabajador en el país de acogida?

Tercera cuestión

a) A la vista de los hechos en el asunto Baumbast, ¿puede beneficiarse el Sr. Baumbast, como ciudadano de la Unión Europea, de un derecho de residencia directamente aplicable en otro Estado miembro de la Unión, de conformidad con el artículo 18 CE (antiguo artículo 8 A), una vez que ya no disfruta de un derecho de residencia como trabajador, previsto en el artículo 39 CE (antiguo artículo 48), y que ninguna otra disposición de Derecho comunitario le confiere el derecho a residir en el país de acogida?

b) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿tienen, por consiguiente, su esposa y sus hijas derechos derivados de residencia, de trabajo y otros?

c) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿se benefician de tales derechos sobre la base de los artículos 11 y 12 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 o de otra disposición de Derecho comunitario (y de ser así, cuál)?

Cuarta cuestión

a) En el supuesto de que la respuesta a la cuestión anterior sea desfavorable para el ciudadano de la Unión, ¿conservan los miembros de su familia los derechos derivados que adquirieron inicialmente, como miembros de su familia al instalarse en el Reino Unido con un trabajador?

b) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿qué condiciones se aplican?»

V. Con carácter preliminar: la importancia de las cuestiones para el procedimiento principal

15. La cuestión que se plantea es hasta qué punto es todavía relevante para el procedimiento principal la respuesta del Tribunal de Justicia. Después de todo, la Sr. R ya tiene un permiso de residencia indefinido

en el Reino Unido al estar casada con un nacional británico. Sus hijos obtuvieron dicho permiso con anterioridad. En el asunto Baumbast, las instancias nacionales concedieron un permiso de residencia indefinido a la Sra. Baumbast y a sus dos hijas. Sólo el Sr. Baumbast carecía de dicho permiso.

16. Según el artículo 234 CE, párrafo segundo, es competencia discrecional del órgano jurisdiccional remitente determinar qué cuestiones planteará al Tribunal de Justicia. Recuerdo a este respecto la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, tal como se recoge en la sentencia Giloy: [9]

«20. Es jurisprudencia reiterada que el procedimiento previsto en el artículo 177 del Tratado (actualmente artículo 234 CE) es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales. De ello se deduce que los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen el litigio y deben asumir la responsabilidad de la resolución judicial que ha de recaer son los únicos a quienes corresponde apreciar, en lo que respecta a las características especiales de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder pronunciarse como la procedencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia [...]

21. Por consiguiente, dado que las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales se refieren a la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia, en principio, debe pronunciarse [...]. En efecto, ni del tenor del artículo 177 ni de la finalidad del procedimiento establecido por dicho artículo se desprende que los autores del Tratado hayan pretendido excluir de la competencia del Tribunal de Justicia las remisiones prejudiciales referentes a una disposición comunitaria en el caso concreto en que el Derecho nacional de un Estado miembro se remita al contenido de esa disposición para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de ese Estado [...]

22. En efecto, sólo cabe declarar la inadmisión de una petición de decisión formulada por un órgano jurisdiccional nacional en los supuestos en los que, o bien resulte que el procedimiento del artículo 177 ha sido desviado de su finalidad y se utiliza en realidad para hacer que este Tribunal de Justicia se pronuncie mediante un litigio artificial, o bien sea evidente que la disposición de Derecho comunitario sometida a la interpretación de este Tribunal de Justicia no puede aplicarse, ni directa ni indirectamente, a los hechos del procedimiento principal [...]»

17. En mi opinión está suficientemente claro que en el presente asunto no se trata de un litigio artificial. Las cuestiones se derivan de los procedimientos suscitados ante el juez nacional sobre los permisos de

9 — Sentencia de 17 de julio de 1997 (C-130/95, Rec. p. I-4295).

residencia de las familias R y Baumbast. También está claro que el Derecho comunitario puede aplicarse a las circunstancias de ambos asuntos. Después de todo, ambos litigios se fundamentan en el principio de la libre circulación de personas. Otra cosa es si las cuestiones formuladas aún son relevantes para los procedimientos sobre el fondo ante el juez nacional, puesto que los permisos de residencia solicitados ya habían sido concedidos al tiempo de plantear las cuestiones prejudiciales, con excepción del permiso de residencia del Sr. Baumbast.

18. En mi opinión, es necesario hacer referencia a la competencia discrecional del órgano jurisdiccional nacional. El órgano jurisdiccional remitente puede tener motivos para solicitar que se aclare el contexto de Derecho comunitario del permiso de residencia otorgado conforme al Derecho nacional. Por otra parte, señalo que las cuestiones planteadas tienen interés directo para la posición del Sr. Baumbast.

VI. El contexto de ambos asuntos

Introducción

19. En esencia, ambos asuntos tratan del alcance del principio de libre circulación de personas dentro de la Unión Europea. En el Tratado CEE original, la libre circulación, en principio, iba pareja al desarrollo de actividades económicas empresariales o profesionales. Me remito a los artículos 48, 52 y 59 del Tratado CE (actualmente artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE). Para poder ejercitar efectivamente los derechos que el Tratado confiere, el legislador comunitario estableció una serie de reglamentos. En este contexto, en 1968 se adoptó el Reglamento nº 1612/68. Este Reglamento crea, entre otras cosas, un derecho de residencia a favor del cónyuge y de los demás miembros de la familia del trabajador migrante.

20. A partir de la adopción del Reglamento nº 1612/68 se produjo una importante evolución de la sociedad que puede influir de manera decisiva en la apreciación del carácter y del alcance de las disposiciones allí recogidas. Además, con el transcurso de los años el Derecho comunitario también ha evolucionado en materia de la libre circulación de personas. En mi opinión, al responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, deben tomarse en consideración la evolución social y comunitaria. En caso de que el Tribunal de Justicia no apreciara tales circunstancias, las normas en cuestión correrían el riesgo de perder efectividad.

21. Al respecto considero que en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, los demandantes (R y Baumbast) señalaron que el Derecho comunitario

debía interpretarse a la luz de la evolución social y jurídica producida tras la adopción del Reglamento nº 1612/68.

La evolución de la sociedad

22. En la evolución general de la sociedad que se ha venido experimentando desde los años sesenta y que es de gran relevancia para la interpretación y aplicación del Reglamento nº 1612/68, observo una tendencia socio-cultural y dos tendencias de carácter económico.

23. El Reglamento nº 1612/68 fue adoptado en una época en la que las relaciones familiares eran relativamente estables. La legislación social de los años cincuenta y sesenta —y también dicho Reglamento— crea medidas aplicables a la familia tradicional en la que el hombre es el sostén de la familia y la mujer se encarga de las tareas del hogar y del cuidado de los niños. Naturalmente, esta familia tradicional aún existe, si bien es menos frecuente en la sociedad occidental. Las relaciones familiares y las formas de convivencia son, en la actualidad, menos estables y más variadas. Tanto la familia R —después del divorcio— como la familia Baumbast —en la que el padre convive sólo una parte del tiempo con su familia— constituyen un ejemplo de lo anterior. A esto se añade que, debido a la creciente movilidad de las personas, es cada vez más frecuente encontrar familias en las que los cónyuges tienen nacionalidades diferentes o en las que los hijos tienen nacionalidades distintas. En esta categoría también pueden englobarse miembros con nacionalidades de terceros países, como en el caso de la Sra. R y la Sra. Baumbast. Por dicho motivo, en base al Derecho comunitario, ambas señoras no tienen derecho por sí mismas a un permiso de residencia en el Reino Unido.

24. El Reglamento nº 1612/68 se adoptó en el punto álgido de la producción en serie, en el cual las relaciones laborales tenían, en general, un carácter relativamente estable. El legislador comunitario podía partir de la idea de que la relación laboral tenía cierta duración. En el contexto económico actual, los cambios de empleo —y de lugar de trabajo— son muchos más frecuentes. Tales cambios pueden ser tan frecuentes, como en el caso de la familia Baumbast, que se opte por que la familia no se traslade más.

25. La segunda tendencia económica es la globalización. En el «global village», la organización y las actividades de las empresas tienen un carácter cada vez más internacional, tanto dentro de la Unión Europea como fuera de ella. Cada vez son más frecuentes situaciones como la del Sr. Baumbast, en las que un trabajador que reside en el Estado miembro A, trabaja en

un tercer país para una empresa del Estado miembro B.

La evolución de la legislación comunitaria

26. Observo que el Reglamento nº 1612/68 pasa en silencio las consecuencias de la evolución descrita. Con respecto al presente asunto, se trata de las consecuencias de un divorcio, de la existencia de hijos procedentes de una relación anterior o de familias con miembros de diferentes nacionalidades, también de terceros países, de la movilidad profesional y la disociación entre el lugar de residencia y el lugar en el que se ejercen las actividades profesionales. Ninguno de estos fenómenos es nuevo, sólo su intensidad y su alcance han aumentado en tal medida que el legislador comunitario debe tenerlos en cuenta.

28. En lo referente a la evolución del Derecho comunitario, en mi opinión es relevante que, al tiempo de la adopción del Reglamento, la libre circulación de personas sólo se refería a la libre circulación de personas con la finalidad de ejercer una actividad económica. Sólo las personas que ejercían una actividad de este tipo en un Estado miembro distinto del que eran nacionales se engloban dentro del alcance del Tratado CEE. En los presentes asuntos se trata de los derechos que encuentra su origen en la protección del trabajador migrante en virtud del artículo 39 CE (antiguo artículo 48 del Tratado CE). Dentro del régimen del Tratado CE, dicha protección se basa en el artículo 39 CE en sí y en el derecho derivado en relación con el artículo 40 CE, en particular con el Reglamento nº 1612/68.

27. Una evolución totalmente distinta pero importante para la libre circulación de personas, está relacionada con el aumento de la importancia de las cuestiones relativas a la inmigración de nacionales de terceros países. En sí, este desarrollo no es importante para el presente asunto; tampoco se invoca el título IV de la tercera parte del Tratado CE. No obstante, debe tenerse bien presente que la evolución en la libre circulación de personas dentro de la Unión Europea está a menudo muy unida a la inmigración procedente de terceros países. Así, la Sra. R y la Sra. Baumbast entraron a la Unión Europea procedentes de un tercer país, haciendo uso de las disposiciones relativas a la libre circulación de personas dentro de la Unión Europea.

29. En la época de su adopción, a finales de los años sesenta, el Reglamento debía regular únicamente la forma de establecer el derecho de residencia de los miembros de las familias y no la finalización del mismo. Después de todo, la situación social, en general, era estable. A este fin, el artículo 40 CE establece que el Consejo adoptará, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores. A finales de los sesenta el Consejo había adoptado ya las medidas que aún constituyen el núcleo de la libre circulación de los trabajadores. Se trata del Reglamento nº 1612/68 y de la Directiva 68/360. El artículo 1 del Reglamento nº 1612/68 desarrolla el artículo 39 CE y ofrece a cada nacional de un Estado miembro, sea cual

fuere su lugar de residencia, el derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro. Según el artículo 1 de la Directiva 68/360, los Estados miembros suprimirán las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias. De esta manera, pueden trabajar en otro Estado miembro y no se les puede exigir ningún visado de salida o de entrada.

30. Para asegurar que se pueda ejercer efectivamente el derecho a la libre circulación de los trabajadores, el Reglamento nº 1612/68 confiere también algunos derechos a los miembros de la familia del trabajador. El alcance de estos derechos, recogidos en los artículos 10, 11 y 12 del Reglamento, es el objeto del presente litigio. Las cuestiones primera y segunda planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se refieren a dicho aspecto. Si bien el Reglamento nº 1251/70 ofrece una reglamentación complementaria con respecto al derecho de residencia de los familiares del trabajador tras su fallecimiento, el Reglamento nº 1612/68 nunca ha sido modificado a pesar de la profunda evolución social que ha tenido lugar desde su adopción. Bien es verdad que la Comisión presentó, en 1998, una propuesta de modificación. [10] Sin embargo, el Consejo no trató dicha propuesta. En la vista, la Comisión notificó que dentro de sus servicios circulaba una nueva propuesta para modificar el Reglamento nº 1612/68. A la hora de apreciar las anteriores cuestiones, estas propuesta no son relevantes.

31. Con el transcurso de los años, el significado y el alcance de la libre circulación de personas se ha ido ampliando. En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los años ochenta interpretó ampliamente las disposiciones relativas a la libre circulación de personas, de manera que se declaró aplicable la libre prestación de servicios a los destinatarios de servicios. [11] Se trata, entre otros, de turistas y personas que necesitan tratamiento médico. Dichas personas podían trasladarse a otro Estado miembro para recibir dicho tratamiento. Desde 1990, el alcance personal de la libre circulación de personas se ha ampliado en gran medida con la adopción de tres Directivas que regulan el derecho de residencia de personas que (ya) no ejercen una actividad económica. Se trata, en primer lugar, de la Directiva 90/364 relativa al derecho de residencia, ya mencionada en el punto 5 de estas conclusiones. Muy similares son la Directiva 90/365/CEE [12] y la Directiva 93/96/CEE, [13] que regulan, respectivamente, el derecho de residencia de los jubilados y estudiantes. Estas Directivas reconocen un derecho de residencia, siempre y cuando se cumplan dos criterios: el migrante debe disponer para él mismo y para los miembros de su

10 — Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO 1998, C 344, p. 9).

11 — Véase en particular la sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377).

12 — Directiva 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).

13 — Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DO L 317, p. 59).

familia de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y debe disponer de medios de existencia suficientes.

32. Para finalizar, desde el Tratado de Maastricht, el Tratado CE tiene un parte específica relativa a la ciudadanía de la Unión. El artículo 18 CE establece que todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado.

33. Sobre este punto hago el siguiente resumen que constituirá la base para la continuación de estas conclusiones.

34. La normativa comunitaria en el ámbito de la libre circulación de personas engloba dos complejos de normas. El complejo más antiguo guarda relación con el ejercicio de una actividad económica. Estas son las normas relativas a la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. La legislación derivada, necesaria para hacer posible el ejercicio efectivo de estos derechos económicos (en este asunto, el Reglamento nº 1612/68), se ha adaptado insuficientemente a la evolución socio-cultural y económica experimentada desde los años sesenta. En lo referente a los derechos (derivados) de los miembros de las familias de dichos trabajadores, la legislación comunitaria dispone únicamente la forma de constituir dichos derechos. No existen medidas específicas para situaciones que han experimentado un cambio, lo cual se debe, en mi opinión al hecho de que en la época de la adopción de las normas, a finales de los sesenta, se podía partir de una situación laboral y familiar estable. En el Reglamento nº 1251/70 se adoptó sólo una medida para una modificación específica —y en todo momento previsible— de las circunstancias, es decir, en caso de fallecimiento del trabajador. Las dos primeras cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia guardan estrecha relación con este punto.

35. Además, con la adopción de las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96 —como segundo complejo de normas—, se estableció un derecho de residencia para las personas que (ya) no ejercen una actividad económica. En estas Directivas, su derecho de residencia está unido al requisito de disponer de suficientes medios financieros. De esta manera se evita que un migrante deba recurrir a la asistencia social del Estado miembro de acogida.

36. Con el Tratado de Maastricht se incluyó en el Tratado CE un derecho formulado de manera general para todos los ciudadanos de la Unión Europea. La tercera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente se centra fundamentalmente en dilucidar si esta disposición tiene efecto directo, en particular, a favor de una persona (el Sr. Baumbast) que no puede inferir su derecho a circular y a residir de otras disposiciones del Derecho comunitario. Esta persona no cumple los requisitos específicos establecidos en la Directiva 90/364.

VII. El estado del Derecho comunitario en base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

37. Anteriormente, he señalado algunas evoluciones esenciales para este asunto. A continuación, para poder responder satisfactoriamente a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente será necesario realizar un análisis más profundo del estado actual del Derecho comunitario.

Los artículos 10, 11 y 12 del Reglamento nº 1612/68

38. Las cuestiones primera y segunda planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se centran en los artículos 10 y 12 del Reglamento nº 1612/68. El artículo 11 guarda una estrecha relación con ambos artículos. El Reglamento pretende, como ya se ha mencionado anteriormente, eliminar las restricciones en la movilidad de los trabajadores, en particular, mediante el reconocimiento del derecho de reagrupación familiar, y crear las condiciones para la integración de su familia en el país de acogida.

39. El artículo 10 establece qué miembros de la familia pueden acompañar al trabajador migrante. En primer lugar, se concede el derecho de establecimiento al trabajador migrante y a su cónyuge, entre otros. El Tribunal de Justicia interpreta literalmente el concepto de cónyuge. Así, el Tribunal de Justicia consideró que puede seguir hablándose de cónyuge, en el sentido del Reglamento, mientras no se haya disuelto formalmente el matrimonio, aunque los cónyuges ya estén separados de hecho.[14] En segundo lugar, pueden establecerse con el trabajador migrante los descendientes menores de 21 años, pero también otros descendiente o ascendientes, respecto a los cuales, se aplica la restricción de que deben estar a su cargo.[15] Según el Tribunal de Justicia, la condición de miembro de familia a cargo resulta de una situación de hecho. Debe tratarse de un miembro de la familia que sea mantenido por el trabajador, sin que sea necesario determinar las razones de este mantenimiento y si el interesado es capaz de mantenerse mediante un trabajo remunerado.[16] De la sentencia Diatta[17] se desprende que no es necesario que los miembros de la familia vivan permanentemente con el trabajador.

40. Conforme al artículo 11, cuando un nacional de un Estado miembro ejerza en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, su cónyuge y los hijos menores de 21 años a su cargo, tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, incluso aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro. En mi opinión, este artículo tiene un valor limitado ya que (a pesar de las palabras «incluso aunque» que pueden dar lugar a confusión) sólo tiene efecto para los hijos que no sean nacionales de la Unión Europea. Después de todo, en virtud del artículo 39 CE, los hijos que poseen la nacionalidad de un Estado miembro tienen

14 — Sentencia de 13 de febrero de 1985, Diatta (267/83, Rec. p. 567).

15 — Sentencia de 16 de diciembre de 1976, Inzirillo (63/76, Rec. p. 2057).

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

17 — Citada en la nota 14.

un derecho autónomo a la libre circulación de los trabajadores.

41. El artículo 12 guarda relación con la admisión en los centros de enseñanza general, aprendizaje y formación profesional.[18] El vínculo de conexión para el ejercicio del derecho de los hijos a asistir a los centros de enseñanza no es la condición de trabajador de uno de sus progenitores, sino el criterio más amplio de que uno de ellos ejerce o ha ejercido una actividad. También si el progenitor en cuestión no trabaja por cuenta ajena o ya no está empleado, los hijos tendrán derecho a asistir a los centros de enseñanza. En la sentencia Echternach y Moritz,[19] el Tribunal de Justicia declaró que el hijo de un trabajador de un Estado miembro que haya ocupado un empleo en otro Estado miembro conserva la condición de miembro de la familia de un trabajador, en el sentido del Reglamento nº 1612/68, cuando la familia del hijo regresa al Estado miembro de origen y el hijo permanece en el país de acogida —incluso después de cierta interrupción— con el fin de continuar en el mismo sus estudios que no podía proseguir en el país de origen. En ese asunto, el Tribunal de Justicia apoyó de manera explícita la posición de la Comisión y del Gobierno portugués relativa a «que el principio de igualdad de trato consagrado por las disposiciones comunitarias debe garantizar la máxima integración posible de los trabajadores y los miembros de su familia en el país de acogida».[20] En consecuencia, el Tribunal de Justicia realizó una interpretación extensiva del derecho de los hijos basándose en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68. Incluso tras residir temporalmente en su país de origen, los hijos pueden regresar al país de acogida con el fin de continuar sus estudios. En la sentencia Di Leo[21] el Tribunal de Justicia declaró que los hijos a los que se refiere el artículo 12 deben asimilarse a los nacionales en materia de ayuda a la formación incluso cuando la formación se imparta en el Estado del que son nacionales.

42. Conforme a la letra del artículo 12, la admisión en los centros de enseñanza se limita —resumidamente— a los hijos que forman parte de la familia del trabajador migrante y su cónyuge. No se exige la convivencia del trabajador con los hijos. Más aún, de la sentencia Gaal[22] se desprende que el artículo 12 es aplicable a las ayudas económicas de las que pueden disfrutar los estudiantes que se encuentran en una fase avanzada de sus estudios, aunque ya tengan 21 años o más y no estén ya a cargo de sus progenitores. «Someter la aplicación del artículo 12 a un límite de edad o a que se tenga la condición de hijo a cargo no sólo iría, por tanto, contra la letra de dicha disposición, sino también contra su espíritu.» Sin embargo, no se crearon derechos a favor del hijo de un trabajador, nacido después de que éste

18 — Véase, por ejemplo, Wölker, Ulrich, *Hans von der Groeben e.a./Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, quinta edición, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 1/1148.

19 — Sentencia de 15 de marzo de 1989 (asuntos acumulados 389/87 y 390/87, Rec. p. 723).

20 — Véanse los apartados 19 y 20 de la sentencia.

21 — Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-308/89, Rec. p. I-4185).

22 — Sentencia de 4 de mayo de 1995 (C-7/94, Rec. p. I-1031).

dejara de trabajar y de residir en el Estado miembro de acogida.[23]

El concepto de trabajador y las ventajas sociales

43. Para determinar el alcance de los artículos 10, 11 y 12 del Reglamento nº 1612/68, es importante determinar quién es trabajador y cuándo termina dicho estatuto. Además, el Tribunal de Justicia examinó —independientemente de los artículos 10, 11 y 12— las ventajas sociales que corresponden al trabajador y a su familia.

44. En el asunto Martínez Sala,[24] se solicitó al Tribunal de Justicia que diera una definición comunitaria del concepto de trabajador en el marco de la libre circulación o de la seguridad social. El Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: «En el marco del artículo 48 del Tratado (actualmente artículo 39 CE) y del Reglamento nº 1612/68 debe considerarse trabajador la persona que realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Una vez concluida la relación laboral, el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral [...]»

45. En las conclusiones que precedieron a dicho asunto, el Abogado General La Pergola observó que de las disposiciones del Tratado y de la legislación derivada se deduce que el estatuto de «trabajador» comunitario no está configurado como una situación subjetiva permanente. En principio, la persona pierde dicha condición cuando dejan de reunirse los requisitos exigidos para adquirirla. Según el Abogado General, el Derecho comunitario sólo admite excepciones a esta regla en circunstancias particulares y de modo limitado a determinados efectos.

46. Según el artículo 7 del Reglamento nº 1612/68, un trabajador que es nacional de un Estado miembro tiene derecho a las ventajas sociales en el territorio de otro Estado miembro. Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las financiaciones de estudios concedidas a los hijos de trabajadores migrantes deben calificarse de ventaja social para los trabajadores migrantes a efectos del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68.[25] En la sentencia Bernini, el Tribunal de Justicia declaró al respecto «que la financiación de estudios concedida por un Estado miembro a los hijos de los trabajadores constituye una ventaja social para un trabajador migrante a efectos del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, cuando el trabajador continúe sufragando los gastos de manutención del hijo. En tal caso, el hijo puede invocar el artículo 7, apartado 2, para obtener la financiación de los estudios en las mismas condiciones que se aplican a los hijos de los trabajadores nacionales y, en particular, sin que pueda imponérsele

23 — Sentencia de 21 de junio de 1988, Brown (197/86, Rec. p. 3205).

24 — Sentencia de 12 de mayo de 1998 (C-85/96, Rec. p. I-2691), apartado 32.

25 — Sentencias de 26 de febrero de 1992, Bernini (C-3/90, Rec. p. I-1071), apartados 24 y ss., y de 8 de junio de 1999, Meeusen (C-337/97, Rec. p. I-3289), apartado 19.

una condición suplementaria de residencia.» [26]

47. En la sentencia Christini, [27] el Tribunal de Justicia declaró que no cabe interpretar restrictivamente la referencia a las ventajas sociales del apartado 2 del artículo 7: «que de ello se desprende que, desde el punto de vista de la igualdad de trato perseguida por la norma, el ámbito de la aplicación material debe definirse de modo que abarque todas las ventajas sociales y fiscales, estén ligadas o no al contrato de trabajo [...]»

A la cuestión de si una ventaja de ese tipo debe concederse a la viuda y los hijos tras el fallecimiento del trabajador migrante, el Tribunal de Justicia responde «que sería contrario al espíritu y al fin de la norma comunitaria relativa a la libre circulación de trabajadores, privar a los supervivientes de tal beneficio como consecuencia del fallecimiento del trabajador, ya que este beneficio se concede a los supervivientes de un nacional». A continuación, el Tribunal de Justicia se remite a las disposiciones del Reglamento nº 1251/70, en particular, al artículo 3, apartado 1, que dispone que, si un trabajador ha adquirido el derecho a residir a título permanente en el territorio de un Estado, los miembros de su familia que residan con él tendrán derecho a residir en el mismo tras su fallecimiento, y al artículo 7, que establece que «el derecho a la igualdad de trato, establecido por el Reglamento nº 1612/68, se aplicará también a las personas afectadas por las disposiciones del presente Reglamento».

El artículo 18 CE

48. En la sentencia Martínez Sala, [28] el Tribunal de Justicia examinó el concepto de ciudadanía de la Unión Europea. Sin embargo, a pesar de la amplia exposición al respecto en las conclusiones del Abogado General, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre el alcance del artículo 18 CE. En la sentencia Kaba, [29] el Tribunal de Justicia abordó el carácter del artículo 18 CE, sin pronunciarse explícitamente sobre su posible efecto directo. El Tribunal de Justicia declaró que, en el estado actual del Derecho comunitario, el derecho de los nacionales de un Estado miembro a residir en el territorio de otro Estado miembro no es incondicional. Eso se desprende particularmente del artículo 18 CE que, si bien reconoce que todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros, se remite explícitamente a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

49. En las conclusiones que precedieron al asunto Martínez Sala, el Abogado General Sr. La Pergola observó: «Sin embargo,

26 — Véase también la sentencia Meeusen, citada en la nota 25.

27 — Sentencia de 30 de septiembre de 1975 (32/75, Rec. p. 1085).

28 — Citada en la nota 24.

29 — Sentencia de 11 de abril de 2000 (C-356/98, Rec. p. I-2623).

actualmente contamos con el artículo 8 A del Tratado (actualmente artículo 18 CE). El derecho a circular y residir libremente en toda la Unión está sancionado, con carácter general, en una norma de carácter primario [...] Las limitaciones previstas en el propio artículo 8 A se refieren al ejercicio concreto del derecho, y no a su existencia. A lo sumo, la Directiva 90/364 continúa regulando las condiciones para disfrutar de la libertad establecida en el Tratado.» [30]

50. El Abogado General recuerda la sistematización del derecho sancionado en el artículo 18 CE derivado de los acuerdos de Maastricht. Al respecto, observó lo siguiente: «Por tanto, el artículo 8 A desgajó de las restantes libertades de circulación esta libertad, que vemos ahora convertida en el derecho no sólo a circular, sino también a residir en cualquier Estado miembro: un derecho primario, en efecto, en el sentido de que figura como el primero de los derechos que lleva aparejada la ciudadanía de la Unión. [...] Se trata de un derecho no sólo derivado, sino inseparable de la ciudadanía de la Unión, [...] En virtud de la norma primaria, se confiere directamente a la persona, formalmente reconocida en adelante como sujeto de derecho, la ciudadanía de la Unión, que se adquiere y se pierde junto con la nacionalidad del Estado nacional al que se pertenece, [...] Tal es la situación jurídica, [...] de base, garantizada al ciudadano de cualquier Estado miembro por el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y actualmente de la Unión. [...]» [31]

51. Algunos críticos estiman que el Tribunal de Justicia debería haber abordado la cuestión del efecto del artículo 18 CE. En su opinión, la afirmación del Tribunal de Justicia en la sentencia Martínez Sala de que en ese caso no era necesario examinar si la interesada podía invocar el artículo 18 CE para que se le reconociera un nuevo derecho a residir en el territorio del Estado miembro de que se trataba, puesto que ya fue autorizada a residir en él, no muestra un enfoque sólido. [32]

52. El Abogado General Sr. Cosmas también se pronunció sobre el efecto del artículo 18 CE. En las conclusiones que precedieron al asunto Wijsenbeek, [33] se mostró a favor del efecto directo de dicho artículo. En primer lugar, la formulación literal del artículo 18 CE abogaba por el reconocimiento del efecto directo. El artículo 18 CE reconoce expresamente el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Además, se refirió a la singularidad del artículo 18 CE de instituir en el ordenamiento jurídico comunitario un derecho puramente individual, de forma equivalente al derecho de libre circulación garantizado constitucionalmente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En consecuencia, produce efecto directo, puesto que obliga a las autoridades comunitarias y nacionales a

30 — Conclusiones que precedieron a la sentencia Martínez Sala, citada en la nota 24, punto 18.

31 — Citadas en la nota 30 *supra*.

32 — Véase Tomuschat, Christian, «Commentaar bij zaak C-85/96 María Martínez Sala v. Freistaat Bayern», *Common Market Law Review*, 37, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000, p. 453.

33 — Véase la sentencia de 21 de septiembre de 1999 (C-378/97, Rec. p. I-6207).

respetar el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos y, más concretamente, a abstenerse de establecer restricciones que lesionen la esencia de ese derecho.

53. Según el Abogado General Sr. Cosmas, la reserva del artículo 18 CE, apartado 1, acerca del derecho de libre circulación y de residencia, no basta para enervar el efecto directo atribuido al artículo 18 CE, ya que esta frase no afecta al carácter directo del derecho conferido. Dicho de otra manera, la frase no priva a las disposiciones de su carácter incondicional y preciso. Según el Abogado General, esto significa que con el artículo 8 A del Tratado se introdujo en el Derecho comunitario un derecho personal fundamental con efecto directo, consistente en la posibilidad de que los ciudadanos de la Unión circulen y residan libremente dentro de la Comunidad. El ejercicio de este derecho puede estar sujeto a determinadas limitaciones y condiciones, siempre que tales medidas estén justificadas y no lesionen la esencia de dicho derecho. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre el efecto directo del artículo 18 CE.

54. Para finalizar, me remito a las conclusiones del Abogado General Sr. Léger que precedieron al asunto Kaur,[34] en las que se estableció que debía existir un elemento transfronterizo. Después de todo, el artículo 18 CE regula la libre circulación dentro de la Comunidad. Según el Abogado General, no todos los elementos del procedimiento principal pueden estar englobados en el ámbito de un Estado miembro. «Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las normas en materia de libre circulación de personas sólo son de aplicación a los nacionales de un Estado miembro de la Comunidad que deseen establecerse en el territorio de otro Estado miembro o bien a los nacionales de este mismo Estado que se encuentren en una situación que tenga algún punto de conexión con cualquiera de las situaciones previstas por el Derecho comunitario.»

Discriminación

55. En la última parte de la sentencia Martínez Sala, el Tribunal de Justicia examinó si un ciudadano de la Unión Europea que residía legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida podía invocar el principio de no discriminación recogido en el artículo 12 CE. El Tribunal de Justicia declaró que dicho ciudadano podía invocar el mencionado artículo en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario. La igualdad de trato de los trabajadores migrantes y de los miembros de su familia en un país de acogida es un instrumento importante para realizar la libre circulación de los trabaja-

34 — Conclusiones que precedieron a la sentencia de 20 de febrero de 2001 (C-192/99, Rec. p. I-1237), punto 28.

dores, como se deduce particularmente del artículo 39 CE, apartado 2.

56. La sentencia Kaba [35] aclara que no prospera el recurso a la discriminación de las mujeres de terceros países, casadas con un nacional de otro Estado miembro, frente a mujeres casadas con un nacional del país de acogida. Esta última categoría obtiene ya tras 1 año (al menos en el Reino Unido) un permiso de residencia indefinido. Según el Tribunal de Justicia, los Estados miembros pueden tener en cuenta la diferencia objetiva que existe entre sus propios nacionales y los de los demás Estados miembros, en el momento de fijar las condiciones de concesión de una autorización de residencia por tiempo indefinido en su territorio a los cónyuges de dichas personas. Más concretamente, los Estados miembros, para conceder un derecho de residencia a los cónyuges de personas que no disfrutan de un derecho de residencia incondicional, pueden exigir un período de residencia más largo que el exigido en el caso de los cónyuges de personas que ya tienen tal derecho. En efecto, dado que una vez concedida la autorización de residencia por tiempo indefinido ya no puede imponerse ninguna condición a su titular, las autoridades del Estado miembro de acogida deberán poder exigir en la fase de solicitud que el solicitante haya establecido vínculos suficientemente duraderos con dicho Estado. Dichos vínculos pueden derivarse, en particular, por un lado, del hecho de que su cónyuge posea el derecho de residencia por tiempo indefinido en el territorio nacional o, por otro lado, de la considerable duración de su propia residencia anterior.

57. También es posible otro razonamiento. [36] La diferencia objetiva entre el estatuto legal de los propios nacionales y el de los nacionales de otros Estados miembros no conduce necesariamente a que los miembros de la familia de éstos últimos puedan ser tratados de manera distinta a los miembros de la familia de los propios nacionales. Aunque las normas del Reino Unido relativas al derecho de residencia distinguen entre los miembros de la familia de personas que se encuentran en el Reino Unido y tienen su domicilio permanente en este último y los nacionales de los Estados miembros y los miembros de sus familias que no cumplen este requisito, el Tribunal de Justicia habría podido comparar las situaciones de los familiares.

El artículo 8 del CEDH

58. Conforme al artículo 6 del Tratado UE, la Unión respetará los derechos fundamen-

35 — Citada en la nota 29.

36 — Véase, en particular, Peers, Steve, «Dazed and confused: family members' residence rights and the Court of Justice», *European Law Review*, 26, Sweet & Maxwell, Reino Unido, 2001, p. 76.

tales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como principios generales del Derecho comunitario. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales del CEDH «forman una parte constitutiva [...] de los principios generales del Derecho cuyo respecto asegura el Tribunal de Justicia, pero sólo en caso de que el ámbito a que se refiere el asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia se encuadre dentro del Derecho comunitario». [37] La sentencia Comisión/Alemania [38] tiene un interés más concreto para el presente asunto. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró: «Debe recordarse, además, que es preciso interpretar el Reglamento nº 1612/68 a la luz de la exigencia de respeto de la vida familiar mencionado en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.»

59. El artículo 8 del CEDH establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar. Un principio general es que siempre se trata de una vida privada y familiar en caso de un matrimonio de derecho. Otras relaciones suficientemente duraderas se equiparan al matrimonio. Además, el vínculo familiar sólo puede romperse en situaciones extraordinarias debidas a circunstancias acaecidas posteriormente. Señalo que también el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [39] reconoce el respeto a la vida privada y familiar. Sin embargo, en el estado actual del Derecho comunitario, esta Carta no tiene efecto vinculante.

60. También se ha desarrollado una serie de principios en relación con la migración. [40] Uno de dichos principios es que el alcance de la obligación de un Estado de permitir en su territorio la entrada de los familiares de inmigrantes ya establecidos, varía según la situación particular de los interesados y del interés general. Según las normas de Derecho internacional generalmente admitidas, un Estado tiene derecho a controlar, observando las obligaciones que se derivan de los Tratados, la entrada de extranjeros en su territorio. En lo que se refiere a la inmigración, el artículo 8 del CEDH no impone al Estado la obligación de respetar la elección del país donde establecerán el domicilio conyugal y de aprobar la reunificación familiar en su territorio.

Resumen

61. En base a lo expuesto anteriormente, resumiré en líneas generales el estado del Derecho comunitario.

37 — Véase, en particular, la nota 16 de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger que precedieron a la sentencia de 20 de febrero de 2001, Kaur (citada en la nota 34), en las que se remite en particular a la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925).

38 — Sentencia de 18 de mayo de 1989 (249/86, Rec. p. 1263), apartado 10.

39 — DO 2000, C 364, p. 1.

40 — TEDH de 28 de noviembre de 1996, Reports 1996-VI, Ahmut.

62. En principio, la libre circulación de los trabajadores se refiere al período en el que el trabajador está empleado. No obstante, las ventajas sociales para los familiares que se derivan de la libre circulación de los trabajadores en virtud del Reglamento nº 1612/68 pueden subsistir después de concluir la relación laboral. Esto está explícitamente regulado, en caso de fallecimiento del trabajador, en particular. Más específicamente, el artículo 10 del Reglamento ofrece una ventaja social —constituida por el derecho de residencia— para los hijos que conviven con el trabajador. El artículo 12 del Reglamento otorga a dichos hijos el derecho de continuar sus estudios, también después de la finalización de la relación laboral de su progenitor. Además, el artículo 12 no exige que (aún) exista una relación familiar. En la sentencia Echternach y Moritz,[41] el Tribunal de Justicia da una interpretación extensiva a este derecho de los hijos al permitirles regresar al país de acogida, incluso después de una estancia temporal en el país de origen. De la jurisprudencia relativa al artículo 7 del Reglamento nº 1612/68 deduzco que el Tribunal de Justicia interpreta extensivamente los derechos de los miembros de la familia del trabajador.

63. A pesar de algunos alegatos en este sentido, en particular, en las conclusiones de los Abogados Generales, el Tribunal no se ha pronunciado sobre el posible efecto directo del artículo 18 CE. En mi opinión, sí resulta un hecho probado que el artículo 18 CE produce ciertos efectos jurídicos. La amplitud y el alcance de éstos aún no se conocen.

64. La prohibición de discriminación es un instrumento importante para realizar la libre circulación de los trabajadores, pero no es tan extenso como para que los familiares de personas de otro Estado miembro deban obtener un derecho de residencia igual al de los familiares de un nacional del país de acogida. Para finalizar, el derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el CEDH forma parte del Derecho comunitario, base del presente asunto. El derecho no es tan amplio que un Estado miembro deba aprobar la reagrupación familiar en su territorio.

VIII. Apreciación

Tratamiento

65. Los demandantes en el procedimiento principal ante el órgano jurisdiccional

41 — Véase el punto 41 de estas conclusiones.

remitente (R y Baumbast; en lo sucesivo, «demandantes»), la Comisión y el Gobierno del Reino Unido presentaron sus observaciones ante el Tribunal de Justicia. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia el 6 de marzo de 2001, los demandantes, la Comisión y el Gobierno del Reino Unido precisaron sus posturas. Dada la amplitud de los elementos aportados, me limitaré a representar los puntos más significativos. Tras reproducir dichos puntos, expondré mis conclusiones al respecto. Como punto de partida en mi apreciación utilizaré, por un lado, lo expuesto en la parte VI de estas conclusiones y, por otro, el estado del Derecho comunitario, como he descrito en la parte VII.

Las dos primeras cuestiones

Observaciones

67. En el asunto R, los demandantes señalan que los hijos entraron en el Reino Unido en calidad de miembros de la familia de un trabajador migrante y que conservan el derecho de establecimiento en virtud del artículo 10, apartado 1, del Reglamento nº 1612/68. No es relevante el hecho de que, entre tanto, sus padres se hayan divorciado.

66. Para responder las cuestiones, diferenciaré entre las dos primeras cuestiones, que guardan relación con el Reglamento nº 1612/68, y la tercera cuestión, que se refiere a la interpretación del artículo 18 CE, apartado 1. La respuesta a las primeras dos cuestiones se centra, en particular, el estado obsoleto de la legislación comunitaria. La normativa en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores —véase también el punto 34 de estas conclusiones— no se ha adaptado suficientemente a la evolución social. En mi opinión, esto obliga al Tribunal de Justicia, al interpretar la legislación específica en este ámbito, en particular los artículos 10, 11 y 12 del Reglamento nº 1612/68, a no tomar en consideración exclusivamente el texto de las propias disposiciones, sino también las situaciones que han sufrido alguna modificación.

68. En el asunto Baumbast, los demandantes reconocen que el Sr. Baumbast, como trabajador, ya no tiene derecho a protección en el Reino Unido dado que ya no busca trabajo en dicho país. No obstante, sigue conservando la condición de trabajador en el sentido del artículo 39 CE ya que trabaja para una empresa —alemana—, establecida en la Unión Europea, que le ha destinado a trabajar fuera de la Unión, mientras que, además, mantiene a su familia en el Estado miembro de acogida donde anteriormente trabajó y donde aún tiene su domicilio principal. Cada vez que este trabajador realiza su desplazamiento regular a su domicilio principal —y el de su familia—, ejerce los derechos que le otorga el Tratado CE. De esto los demandantes deducen que también los hijos de la familia Baumbast conservan el derecho de establecimiento en virtud del artículo 10, apartado 1, del Reglamento nº 1612/68.

69. A continuación, los demandantes señalan que el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 está vinculado al artículo 10. El artículo 12 se refiere únicamente a los hijos que podían establecerse en virtud del artículo 10. Los demandantes alegan que en ambos asuntos los hijos cumplen los criterios establecidos en el artículo 12, reconociendo que el derecho a establecerse y a seguir cursos de enseñanza no es ilimitado. En el asunto R, los hijos siguen siendo miembros de la familia del trabajador migrante, que sigue residiendo en el Estado miembro de acogida. En el asunto Baumbast la situación es similar, con la diferencia que el padre ya no está empleado en el Reino Unido. Sin embargo, en la sentencia Echternach y Moritz, [42] el Tribunal de Justicia consideró irrelevante tal hecho para la subsistencia del derecho de los hijos en virtud del artículo 12. Además, los demandantes observan que, en ambos asuntos, los hijos no podían trasladarse al país del que son nacionales. No tienen familia allí y además no hablan francés (los hijos de la familia R) o alemán (los hijos de la familia Baumbast). Un traslado pondría en peligro la continuidad de los estudios.

70. En ambos asuntos, los demandantes infieren el derecho de residencia de la madre de la siguiente disposición: el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 exige que los Estados miembros garanticen la admisión en los cursos de enseñanza general «en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado» y que fomenten «las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones». Para los hijos en edades tempranas de una familia de padres divorciados y que permanecen bajo la guarda de la madre, poder quedarse con su madre es la única forma imaginable para seguir cursos de enseñanza.

71. Además, los demandantes alegan que los hijos de la familia Baumbast y R se ven perjudicados materialmente en comparación con los hijos de un matrimonio entre un nacional británico y una mujer extranjera. La madre de éstos obtendrá ya un permiso de residencia indefinido trascurridos 12 meses, independientemente de la situación familiar posterior. Esta es una ventaja muy valiosa para el trabajador que sabe que su vida familiar en caso de divorcio no sufrirá consecuencias negativas debido a problemas de inmigración.

72. En el asunto Baumbast, según los demandantes, el Adjudicator reconoció lo absurdo de conceder a los hijos un derecho de residencia quitándoles, al mismo tiempo, la oportunidad de disfrutar efectivamente de dicho derecho al denegar a la madre el derecho de residencia. El Derecho comunitario debe interpretarse ampliamente, sobre todo en casos como los presentes en los que están en juego derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a una vida familiar. Según los demandantes, denegar el permiso de residencia a la madre constituye un obstáculo desproporcionado a la vida familiar y es contrario al CEDH.

42 — Citada en la nota 19.

73. Como ya he observado en los puntos 34 y 66 de las presentes conclusiones, los demandantes alegaron que el Derecho comunitario debe interpretarse a la luz de la evolución social y jurídica que se ha venido produciendo desde la adopción del Reglamento nº 1612/68.

74. De modo más general, los demandantes insisten en el derecho a continuar residiendo de las personas que, en virtud del artículo 10, tenían el derecho de establecimiento en un país de acogida. El artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 habla de «instalarse» con el trabajador. El «instalarse» debe considerarse una acción única, no una acción duradera. Por consiguiente, no necesitan seguir instalados con el trabajador. Tampoco necesitan —tras su establecimiento— seguir cumpliendo los criterios establecidos en el artículo 10. En el asunto Gaal, [43] el Tribunal de Justicia reconoció el derecho de admisión en cursos de enseñanza general de un hijo mayor de 21 años de un trabajador y que ya no dependía de éste. En este punto, los demandantes también citan como ejemplo el fallecimiento del trabajador. En algunas situaciones, el Derecho comunitario reconoce el derecho del cónyuge superviviente a continuar residiendo (véanse el artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1251/70 y la sentencia Christini [44]).

75. Las alegaciones de los demandantes pueden resumirse de la siguiente manera: en caso de que los familiares se hayan establecido legalmente con un trabajador en un país de acogida y, a continuación, residan legalmente en dicho país una serie de años, una modificación de la situación no les privará del derecho a continuar su residencia. Para ello se requiere la existencia de un vínculo suficiente y efectivo entre los miembros de la familia y el ejercicio, por el trabajador, de sus derechos deducidos del Tratado CE.

76. La Comisión señala que el derecho recogido en el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 es un derecho derivado, dependiente del derecho del trabajador. El artículo 12 —relativo a la asistencia a cursos de enseñanza general— no constituye un derecho de residencia autónomo, sino que sólo vela por que los hijos del trabajador sean admitidos en los cursos de enseñanza en las mismas condiciones que los hijos de los nacionales de los Estados miembros de acogida.

77. Según la Comisión, debe distinguirse entre el caso en el que uno de los progenitores sigue empleado en el país de acogida (R) y el caso de en el que el progenitor ya no trabaja (Baumbast). En el primer caso, los hijos conservan su derecho de residencia en virtud de su propia relación con el trabajador. Esta conclusión no varía por el hecho de que los hijos no residan en el mismo hogar que su padre. [45] El segundo caso es más complejo. Falta el requisito esencial del derecho de residencia, a saber, la relación con el trabajador. Queda pendiente la cuestión compleja de

43 — Citado en la nota 22.
44 — Citada en la nota 27.
45 — En este punto, la Comisión se remite a la sentencia Diatta, citada en la nota 14.

si el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 puede atribuir por sí mismo un derecho de residencia. En la sentencia Echternach y Moritz, [46] el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 12 ampliamente. La protección de los hijos, en virtud del artículo 12, no depende de la subsistencia de la condición de trabajador migrante del progenitor. Según la Comisión, el efecto de la sentencia Echternach y Moritz es que un hijo de un antiguo trabajador pueda residir en el Estado miembro de acogida para disfrutar del derecho que el artículo 12 le confiere. El asunto Baumbast es similar al asunto Echternach y Moritz. No existe motivo para excluir a los hijos de la familia Baumbast del derecho que fue concedido en la sentencia Echternach y Moritz. La Comisión también se remite al principio de igualdad de trato que debe garantizar la integración más completa posible de los trabajadores y de los miembros de sus familias en el Estado de acogida.

78. En ambos asuntos, la Comisión se niega a plantearse la cuestión del derecho de residencia de la madre. La Sra. R ya no es miembro de la familia, por lo tanto no puede disfrutar del derecho de residencia. La Sra. Baumbast tampoco puede disfrutar de dicho derecho al desaparecer la *conditio sine qua non* de su derecho, es decir, la condición de trabajador de su marido. La Comisión es consciente de la clara consecuencia de esta conclusión con respecto al derecho de residencia de los hijos.

46 — Véase también el punto 41 de las presentes conclusiones.

79. El Gobierno del Reino Unido alega que, en virtud del artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, los hijos de la familia Baumbast conservan el derecho a continuar asistiendo a cursos de enseñanza hasta que se complete su educación, a pesar de que su padre ya no conserve su condición de trabajador en el sentido de este Reglamento. En el asunto R, los hijos conservan sus derechos en virtud del artículo 12, ya que su padre permanece en el Reino Unido como trabajador migrante. Los factores mencionados en la letra b) de la primera cuestión no son relevantes para la respuesta.

80. A continuación, el Gobierno del Reino Unido opina que la obligación de los Estados miembros, en virtud del artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, de fomentar las iniciativas que les permitan seguir cursos de enseñanza general «en las mejores condiciones» no implica que deba admitirse también al progenitor que tenga efectivamente la custodia de los hijos. Fundamenta esta postura de la siguiente manera:

— las palabras «en las mejores condiciones» se refieren a las posibilidades de enseñanza, no a la situación privada del hijo;

— en el Derecho nacional, los hijos que son nacionales británicos no tienen el derecho a exigir del Estado que admita a sus progenitores o a quienes tengan su guarda y no sean británicos. El hecho de tener que admitir a la persona

que tiene la guarda de niños procedentes de otro Estado miembro situaría a estos niños no en una posición igual, sino superior a la de los hijos británicos;

— una respuesta afirmativa a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente conduciría a un resultado absurdo, es decir, que personas como el Sr. Baumbast obtendrían un derecho de residencia derivado, que a su vez se deriva del derecho de sus hijos, derivado a su vez de él.

81. Según el Gobierno alemán, los hijos de un trabajador migrante conservan sus derechos en virtud del artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 tras la marcha de los progenitores del Estado miembro de acogida, siempre que la educación no pueda continuarse en el país de origen. Además, la letra b) de la primera cuestión no necesita respuesta, ya que los factores mencionados en la misma no son decisivos a la hora de adoptar las autoridades nacionales una decisión. Según el Gobierno alemán, no le corresponde a la madre un derecho de residencia. Después de todo, el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 únicamente contempla la admisión de los hijos de trabajadores migrantes.

Apreciación

82. La primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere al derecho de los hijos de la familia R y de la familia Baumbast a residir en el Reino Unido.

83. Con respecto a los hijos de la familia R, la respuesta a esta cuestión es sencilla, ya que tienen un derecho de residencia en virtud del artículo 10 del Reglamento nº 1612/68. Este derecho continua existiendo incluso tras el divorcio de sus progenitores, mientras el padre siga siendo trabajador en el sentido del artículo 39 CE. En la sentencia Diatta,[47] el Tribunal de Justicia declaró que no es necesario que los hijos vivan en la misma casa que su padre.

84. Con respecto a los hijos de la familia Baumbast, llego a la misma conclusión. También conservan su derecho de residencia. Sin embargo, su derecho no se basa en el artículo 10, sino en el artículo 12 del Reglamento. Al respecto, argumento lo siguiente: en virtud del artículo 10, los hijos tenían derecho a instalarse en el Reino Unido basándose en la condición de trabajador de su padre, el Sr. Baumbast. Dicha condición, en el sentido del artículo 39 CE, ya no existe. Sin embargo, el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 dispone que los hijos de la persona que —como trabajador migrante en el sentido del artículo 39 CE— haya estado empleado, también serán admitidos en los cursos de enseñanza

47 — Citada en la nota 14.

general, si esos hijos residen en el territorio del Estado miembro en cuestión (en el presente caso el Reino Unido). De la sentencia Echternach y Moritz se desprende que los hijos cuyo progenitor/trabajador ha abandonado el país, tienen derecho a continuar, en el país de acogida, la educación que ya habían empezado. Como declaró el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, en tal caso los hijos conservan la condición de miembro de la familia del trabajador en el sentido del Reglamento nº 1612/68, y con ello su derecho de residencia.

85. En mi opinión, este razonamiento también es aplicable a los hijos de la familia R, en el caso —hipotético— de que su padre ya no resida en el Reino Unido como trabajador en el sentido del artículo 39 CE. Después de todo, el derecho de residencia de los hijos de la familia R también puede basarse en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, ya que a efectos de la aplicación del artículo 12, su situación es absolutamente igual a la de los hijos de la familia Baumbast.

86. De manera muy resumida, la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es si el derecho de residencia subsiste en ese caso también para las madres. Éstas ya no pueden invocar directamente el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68, sino que tendrían que derivar su derecho del derecho de residencia de sus hijos. Esta cuestión es mucho más difícil de responder, sólo por el hecho de que las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia difieren enormemente.

87. Para responder esta cuestión, no puedo limitarme a analizar el texto del Reglamento, como aparece interpretado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como he expuesto en el punto 34 de estas conclusiones, el legislador comunitario no ha prestado atención a los casos en los que la situación familiar o la situación laboral se ha visto modificada después del establecimiento en el país de acogida, como es el caso de las familias R y Baumbast. Sólo para el caso de fallecimiento del trabajador hay una medida en el Reglamento nº 1251/70. Con respecto a este punto, la legislación comunitaria en materia de libre circulación de los trabajadores ya no responde a las exigencias actuales. En otras palabras, es obsoleta.

88. Por esta razón, es necesario una interpretación del Derecho comunitario que tome en consideración los cambios producidos en la sociedad. Una interpretación así puede evitar que las lagunas en la legislación comunitaria, que existen debido a la situación obsoleta, produzcan consecuencia jurídicas indeseadas.

89. En mi opinión es fundamental que el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, tal y como el Tribunal de Justicia lo ha interpretado, reconozca incondicionalmente el derecho de los hijos a continuar su educación en el Estado de acogida. De este reconocimiento del derecho de los hijos deduzco un derecho de residencia —limitado— para la(s) madre(s). Para ello, estimo decisivos dos argumentos que guardan entre sí una relación muy estrecha.

90. En primer lugar, la interpretación del Reglamento nº 1612/68 debe respetar la finalidad principal del Reglamento, que resumo como el facilitar la realización de los objetivos del artículo 39 CE. Debe evitarse que eventuales complicaciones posteriores relativas a las posibilidades de residencia de su familia, disuadan al trabajador a trasladarse a otro Estado miembro para trabajar. Con respecto a la ponderación que un trabajador realiza sobre si trasladarse o no a otro Estado miembro para trabajar, la (in)seguridad relativa a la educación de sus hijos jugará, en muchas ocasiones, un papel importante. Por consiguiente, es esencial —con vistas al fomento de la libre circulación de los trabajadores— que el Derecho comunitario garantice, de la mejor manera, dicha educación.

91. En segundo lugar, en caso de que el progenitor que tiene la guarda no pudiera quedarse en el Estado miembro de acogida, el derecho de residencia de los hijos en virtud del artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 sería ilusorio. Recuerdo que en el procedimiento nacional del asunto Baumbast, el Adjudicator también tomó en consideración la posible consecuencia de un derecho de residencia ilusorio para los hijos. Esta consecuencia le llevó a conceder a la Sra. Baumbast un permiso de residencia —temporal— en el Reino Unido.[48] Dicho de otra manera, se trata del efecto útil de lo establecido en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68. El derecho de los hijos a poder continuar su educación en el Estado de acogida debe poder ejercitarse de manera efectiva, teniendo en cuenta que la segunda frase del artículo 12 anima a que estos hijos puedan seguir los cursos de enseñanza general en las mejores condiciones.

92. A este respecto, me remito a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. En la sentencia Martínez Sala,[49] el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que un ciudadano de la Unión Europea, que se encuentra legalmente en el territorio de otro Estado miembro, puede invocar esa prohibición en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación material del Derecho comunitario. Además, recuerdo de nuevo la sentencia Echternach y Moritz.[50] El Tribunal de Justicia declaró que el trato en las mismas condiciones que los nacionales debe fomentar la integración de los hijos en el Estado miembro de acogida. De ambas sentencias, en una lectura comparada, se puede deducir que el derecho de residencia del progenitor que tenga la guarda puede derivarse del derecho a la igualdad de trato de los hijos.

93. Para finalizar, el reconocimiento del derecho de residencia al progenitor que guarda también es importante en relación con el CEDH y, en particular, con el artículo 8 de este Convenio, que reconoce

48 — Véase el punto 12 de estas conclusiones; véase también la observación de los demandantes, mencionada anteriormente.

49 — Véase el punto 55 de estas conclusiones.

50 — Véase, al respecto, el punto 41 de estas conclusiones.

el derecho al respeto de la vida familiar. [51] Sobre este extremo, me remito a la postura de los demandantes de que la denegación del derecho de residencia a una madre de hijos pequeños constituye un obstáculo desproporcionado para la vida familiar y, por tanto, es contrario al CEDH. Opino que el Tribunal de Justicia no necesita pronunciarse sobre la cuestión de si la denegación del derecho de residencia al progenitor que tiene la guarda constituye un obstáculo desproporcionado, pero sí observo que una decisión de conceder este derecho de residencia respeta lo establecido en el artículo 8 del CEDH.

94. Lo anterior conduce a reconocer al progenitor que tiene la guarda un derecho de residencia que se deriva del derecho de los hijos a continuar su educación en el país de acogida. Con esta conclusión doy aplicación a la interpretación extensiva que el Tribunal de Justicia dio, en la sentencia Echternach y Moritz, al artículo 12 del Reglamento nº 1612/68. Con esto resulta probado que el Tribunal de Justicia considera como un instrumento importante para el fomento de la libre circulación de los trabajadores, el derecho de los hijos a continuar su educación. Los hijos deben poder disfrutar plenamente de ese derecho. No puede ser que una laguna en la normativa comunitaria prive de todo valor a un instrumento tan importante (en algunas circunstancias). El carácter derivado del derecho de residencia del progenitor que tiene la guarda sí significa que un Estado miembro puede limitar ese derecho en virtud de su Derecho nacional, por ejemplo, hasta que finalice la educación o hasta que termine la guarda de los hijos.

95. Concluyo afirmando que, ya que el Derecho comunitario otorga —para fomentar la libre circulación de los trabajadores— determinados derechos y privilegios a los miembros de las familias de los trabajadores migrantes, en este caso, los hijos de los trabajadores, dicho derecho deberá interpretarse de tal manera que también pueda ejercitarse. Esto significa que el progenitor que tenga la guarda también debe poder permanecer, si ello es necesario para que los hijos ejerciten el derecho.

La tercera cuestión

Las observaciones presentadas

96. Los demandantes consideran que el artículo 18 CE tiene efecto directo. Para ello se remiten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a la doctrina. El hecho de que el derecho de residencia se

51 — En el punto 58 de estas conclusiones he abordado el significado para el Derecho comunitario de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH. Véase además del artículo 8 del CEDH, el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, similar pero no vinculante.

aplique «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en este Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación» no influye en su efecto directo. Las demás disposiciones del Tratado CE tan sólo fijan el contenido del derecho de residencia. El hecho de que el derecho de residencia deba ser interpretado en el contexto de las medidas tomadas para facilitar su ejercicio tampoco incide en el efecto directo del mismo. El artículo 18 CE no es menos condicional y preciso que el artículo 39 CE. El artículo 18 CE no crea ningún derecho autónomo que haga obsoleto al artículo 39 CE y a las normas basadas en éste, sino que constituye un complemento a las demás disposiciones del Tratado, como las relativas a la libre circulación de los trabajadores.

97. Los demandantes alegan que el Sr. Baumbast ya no ejercita un derecho en virtud del artículo 39 CE. En su caso, el artículo 18 CE debe interpretarse de manera que conserve su derecho de residencia en el Reino Unido durante el tiempo en el que tiene la condición de trabajador fuera de la Unión Europea. Este derecho, en virtud del artículo 18 CE, sirve de puente para el período en el que está ausente físicamente del Reino Unido. Se trata del período comprendido entre su salida —como trabajador en el sentido del artículo 39 CE— y su regreso definitivo al Reino Unido. Sobre este punto, los demandantes señalan también que los problemas de la familia Baumbast no habrían surgido, si se hubiera tratado de miembros de la familia de un nacional británico. El hecho de no reconocerse el derecho de residencia a la esposa del Sr. Baumbast constituye una discriminación prohibida, tal como se establece en el artículo 12 CE, en relación con el derecho de residencia del Sr. Baumbast, que está basado en el artículo 18 CE.

98. La Comisión subraya el interés fundamental del artículo 18 CE. Sin embargo, el derecho a circular y residir no es absoluto, sino que está vinculado a los instrumentos jurídicos comunitarios existentes. El derecho de residencia siempre está vinculado bien a una actividad económica o bien a la posesión de recursos económicos suficientes. La Comisión concluye afirmando que el artículo 18 CE no puede otorgar al Sr. Baumbast un derecho de residencia. Para ello, la Comisión se remite, en particular, a la sentencia Wijsenbeek. [52]

99. El Gobierno del Reino Unido se remite a la salvedad recogida en el artículo 18 CE, apartado 1. De ésta se deduce que el artículo 18 CE no crea un derecho universal y absoluto a circular y residir que vaya más allá de los derechos concedidos en otra parte del Tratado CE y en la legislación derivada. Esto no significa que el artículo 18 CE no tenga consecuencias jurídicas. Eleva los derechos que emanan de la legislación derivada a la categoría de derechos del propio Tratado CE y otorga al Consejo la competencia para adoptar medi-

52 — Véase el punto 52 de estas conclusiones.

das que puedan facilitar el ejercicio del derecho de circulación y residencia. [53]

100. En opinión del Gobierno británico, el artículo 18 CE no tiene efecto directo debido, en particular, a que dicho artículo no tiene carácter incondicional. El Gobierno alemán también opina que el derecho de residencia no puede deducirse directamente del artículo 18 CE.

Apreciación

101. En primer lugar, la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere al efecto directo del artículo 18 CE. En los puntos 49 y siguientes de las presentes conclusiones me he remitido a las conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola en el asunto Martínez Sala y a las del Abogado General Sr. Cosmas en el asunto Wijsenbeek. Ambos se pronunciaron a favor del reconocimiento del efecto directo. El Abogado General Sr. La Pergola sostuvo que el derecho de circulación y residencia es un derecho vinculado inseparablemente a la ciudadanía. En su opinión, las limitaciones mencionadas en el artículo 18 CE, apartado 1, se refieren al ejercicio específico del derecho y no a la existencia del derecho en sí. En particular, el Abogado General Sr. Cosmas basa el efecto directo en la formulación literal del artículo 18 CE, apartado 1. A continuación, observa que se puede supeditar el derecho a una serie de limitaciones y requisitos, siempre que estén justificados y no afecten a la esencia del derecho.

102. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia no ha tenido que responder a la cuestión del efecto directo. De la sentencia Kaba [54] se desprende que el Tribunal de Justicia, tomando en consideración la segunda frase del apartado 1 del artículo 18 CE, estima que este artículo no crea un derecho de circulación y residencia incondicional para el ciudadano de la Unión Europea. De esta sentencia, deduzco que, suponiendo que el artículo 18 CE tenga efecto directo, el derecho de circulación y residencia que se infiere de dicho artículo no es en todo caso ilimitado.

103. En mi opinión, la cuestión principal con respecto al carácter jurídico del artículo 18 CE, apartado 1, es la siguiente: ¿tiene un ciudadano, en virtud del artículo 18 CE, apartado 1, un derecho a circular y residir en cualquier lugar del territorio de la Unión Europea, o el articulo 18 CE, apartado 1, debe calificarse como un principio de derecho, que necesita ser concretado y desarrollado en otra parte del Derecho comunitario? Habida cuenta de la letra del artículo 18 CE, apartado 1, esta cuestión sólo puede responderse de una forma. Esta disposición crea para el ciudadano de la Unión Europea un derecho de circulación y de residencia. En mi opinión, la formulación clara e incondicional de la primera frase del artículo 18 CE, apartado 1, no puede interpretarse de otra manera. Las actividades —«circular» y «residir»— a las que se refiere esta disposición

53 — El Reino Unido se remite en particular a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de abril de 1997, Küchlenz-Winter/Comisión (T-66/95, Rec. p. II-637), apartado 47.

54 — Véase el punto 52 de estas conclusiones.

no necesitan mayor descripción. Opino que, con ello, el artículo 18 CE, apartado 1, tiene consiguientemente efecto directo. Éste era también el razonamiento del Abogado General Sr. Cosmas.

104. De la sistemática del Tratado CE y de la normativa derivada, deduzco un segundo argumento en pro del efecto directo. La legislación comunitaria en materia de libre circulación de personas va dirigida a dos categorías distintas de destinatarios.[55] La primera categoría está compuesta por las personas que, en el marco de una actividad económica, circulan o residen dentro de la Unión Europea. Sus derechos específicos están regulados por o en virtud de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores (artículos 39 CE y siguientes), a la libertad de establecimiento (artículos 43 CE y siguientes) y a la libre prestación de servicios (artículos 49 CE y siguientes). Posteriormente, me referiré a ellos como personas activas (económicamente). La segunda categoría está formada por las personas que circulan o residen dentro de la Unión Europea, independientemente de una actividad económica, las personas no activas económicamente, como por ejemplo, los estudiantes o los jubilados. Sus derechos se basan en el Derecho comunitario derivado, en la Directiva 90/364 y en las Directivas conexas 90/365 y 93/96. Por consiguiente, para ambas categorías se han adoptado distintos conjuntos de normas que no guardan una relación directa entre ellos.

55 — Véase también el punto 34 de mis conclusiones.

105. El artículo 18 CE añade a ambos conjuntos de normas un derecho de residencia general para el ciudadano de la Unión Europea. Este derecho —según el Abogado General Sr. La Pergola— está vinculado indisolublemente a la ciudadanía. El artículo 18 CE constituye —en mi opinión— la confirmación de un derecho fundamental para el ciudadano de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea. Constituye el denominador común del derecho de circulación y residencia de los ciudadanos activos y no activos. Además, para las personas que no ejercen una actividad económica, el artículo 18 CE tiene un significado adicional. Desde la introducción del artículo 18 CE —por el Tratado de Maastricht— también las personas no activas infieren su derecho de circulación y residencia directamente del Tratado y, por consiguiente, este derecho ya no depende completamente de la apreciación del legislador del Derecho derivado.

106. Un tercer argumento en favor del efecto directo es de naturaleza teleológica. Si el derecho de circulación y residencia dependiera completamente de los derechos específicos desarrollados por o en virtud del Tratado CE, este derecho podría perder su significado o, dicho de otra manera, podría carecer de efecto útil. Una disposición formulada de manera general, como es el caso del artículo 18 CE, apartado 1, que no distingue entre las distintas (sub)categorías de destinatarios, cumple una función necesaria para garantizar el objetivo perseguido

por el legislador comunitario: la libre circulación de todos los ciudadanos.

107. Todavía no he abordado la cuestión del significado material del artículo 18 CE. En efecto, la segunda frase del apartado 1 del artículo 18 CE, vincula el derecho de circulación y residencia con las limitaciones y condiciones establecidas en otra parte del Derecho comunitario. De este modo, las demás disposiciones del Derecho comunitario, como por ejemplo el artículo 39 CE determinan, en principio, la amplitud del derecho enunciado en el artículo 18 CE.

108. Por consiguiente, comparto el punto de vista del Tribunal de Justicia en el asunto Kaba (citado en la nota 29), de que los derechos conferidos por el artículo 18 CE, apartado 1, no son ilimitados. Justamente, cuando se atribuye a dichas disposiciones efecto directo, las condiciones y limitaciones a las que está supeditado el ejercicio del derecho de circulación y residencia deben establecerse con precisión. En efecto, estas condiciones y limitaciones sirven para proteger intereses públicos evidentes, como por ejemplo, el orden público y la seguridad, la salud pública y los intereses económicos de los Estados miembros.

109. De las consideraciones anteriores deduzco que el artículo 18 CE, apartado 1, tiene significado material respecto a dos extremos que representan el valor que el artículo 18 CE añade a las demás disposiciones de la normativa comunitaria en materia de libre circulación de personas.

110. En primer lugar, el carácter incondicional de la primera frase del apartado 1 del artículo 18 CE implica que el derecho de residencia debe tener significado para el ciudadano. De esta manera, el artículo 18 CE constituye una norma de garantía. El artículo establece requisitos al contenido del Derecho comunitario en materia de libre circulación de personas. Los requisitos establecidos por el Derecho comunitario no pueden ser arbitrarios ni pueden privar al derecho de residencia de su contenido material. Así, me adhiero a la postura del Abogado General Sr. Cosmas que impone una serie de exigencias a las condiciones y limitaciones del derecho de residencia. Además, me veo apoyado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 45 de dicha Carta —como ya he dicho, no vinculante— reconoce el derecho de residencia del ciudadano de la Unión,[56] mientras que el artículo 52, apartado 1, establece, con respecto a las limitaciones del ejercicio de los derechos reconocidos por la Carta, lo siguiente: éstas deben «respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan

56 — Este artículo es una reproducción literal de la primera frase del apartado 1 del artículo 18 CE.

efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión [...]»

111. En segundo lugar, el artículo 18 CE, apartado 1, obliga al legislador comunitario a velar por que el ciudadano de la Unión Europea pueda disfrutar efectivamente del derecho que le confiere el artículo 18 CE. Esta obligación es aún más importante, ya que el Derecho comunitario en materia de libre circulación de personas está formado por dos conjuntos de normas, teniendo de esa manera carácter un tanto fragmentado. No existe, pues, una normativa general exhaustiva.

112. En concreto, todo lo anterior viene a significar lo siguiente.

113. Para el ciudadano económicamente activo, el propio Tratado —y las disposiciones de él derivadas— recoge un régimen de libre circulación que ofrece al ciudadano las garantías necesarias. En principio, el artículo 18 CE no añade nada. Bien es cierto que las normas relativas a la libre circulación de los trabajadores no están adaptadas en todos los casos a las circunstancias sociales que se han visto modificadas (véase el punto 34 de las presentes conclusiones). En mi opinión, al interpretar las disposiciones del Derecho comunitario en cuestión, el Tribunal de Justicia deberá tomar en consideración, en la medida de lo posible, estas circunstancias modificadas. El artículo 18 CE no tiene, en este caso, ninguna función.

114. Las normas aplicables al ciudadano no activo económicamente aparecen recogidas en la Directiva 90/364 y en las dos Directivas conexas 90/365 y 93/96. Los derechos que corresponden a este grupo de ciudadanos sobre la base de dichas Directivas, obtienen, en virtud del artículo 18 CE, la condición de Derecho comunitario. Para este grupo es importante, en particular, que el artículo 18 CE tiene carácter de garantía. El legislador comunitario está obligado a crear y mantener un derecho que tenga significado.

115. Para finalizar, el carácter inequívoco del artículo 18 CE, apartado 1, segunda frase, puede dar lugar a que una persona a la que no le corresponde un derecho de residencia en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, en determinadas circunstancias pueda adquirir ese derecho invocando el artículo 18 CE. Dado que no existe en el Derecho comunitario una regulación —exhaustiva— general del ejercicio del derecho de residencia, en relación con las personas para las que el legislador comunitario no adoptó ninguna medida, habrá de recurrirse al artículo 18 CE. Sin embargo, esto no significa que a estas situaciones —especiales— les corresponda un derecho de residencia incondicional. Los requisitos y limitaciones establecidos en el Derecho comunitario deben aplicarse lo más analógicamente posible a las personas que infieren su derecho de residencia directamente del artículo 18 CE. La base para

ello se encuentra en la segunda frase del apartado 1 del artículo 18 CE.

116. El órgano jurisdiccional remitente dirige su cuestión a la situación específica del Sr. Baumbast. El Sr. Baumbast ya no es un trabajador que pueda invocar el artículo 39 CE. Su derecho de residencia podría basarse eventualmente en la Directiva 90/364, que establece una regulación aplicable a las personas que (ya) no trabajan o no están en activo. Sin embargo, el Sr. Baumbast no cumple los requisitos establecidos en la Directiva 90/634 para el derecho de residencia. El Sr. Baumbast dispone de un seguro de enfermedad obligatorio en Alemania y por ello no dispone de un seguro médico que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, tal como requiere la Directiva. Visto de esa manera, debe denegársele el permiso de residencia, ya que el Sr. Baumbast no cumple uno de los criterios de la Directiva 90/364.

117. Sin embargo, existe un motivo mucho más importante por el que el Sr. Baumbast no puede inferir un derecho de residencia de la Directiva 90/364. A saber, el Sr. Baumbast sigue ejerciendo una actividad como trabajador, sólo que ya no trabaja en el Reino Unido. Por este motivo, es lógico aplicar por analogía el marco normativo de las personas activas y no el marco normativo de las personas no activas.

118. El requisito de un seguro de enfermedad en el Estado miembro de acogida no se aplica a las personas económicamente activas. La razón de este requisito reside en evitar que un ciudadano migrante de la Unión Europea constituya una carga excesiva para el erario del Estado miembro de acogida. [57] Este riesgo no se presenta en las personas económicamente activas, ya que se espera que dispongan de recursos económicos suficientes derivados de su actividad. Por tanto, no está justificado denegar al Sr. Baumbast el derecho de residencia por no disponer de un seguro de enfermedad en el Estado miembro de acogida.

119. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia deberá apreciar si el Sr. Baumbast puede inferir del artículo 18 CE su derecho de residencia basándose en la aplicación por analogía del marco normativo aplicable a las personas activas, en particular, el artículo 39 CE y el Reglamento nº 1612/68.

120. El motivo por el que el Sr. Baumbast no puede inferir un derecho del artículo 39 CE y del Reglamento nº 1612/68 guarda relación con la situación obsoleta del marco normativo en materia de libre circulación de personas. Este marco se creó a finales de los años sesenta y posteriormente no se adaptó a la evolución social. Anteriormente he expuesto detalladamente esta problemática (puntos 22 y

57 — Véase el cuarto considerando de la Directiva 90/364.

siguientes). Evidentemente, al adoptar el Reglamento, no se consideró el caso en el que una persona tiene su domicilio principal en un Estado miembro mientras desempeña, en lugares diferentes, trabajos de breve duración para una empresa establecida en otro Estado miembro.

121. En este caso se trata de una situación no prevista por el legislador comunitario. Falta un marco normativo que sirva de base para poder ejercitar el derecho de residencia. Por este motivo, aplico por analogía el marco normativo de las personas activas. Excepto la circunstancia, no prevista por el legislador comunitario, de no estar empleado en el país de acogida, el Sr. Baumbast cumple todos los requisitos establecidos para residir en el Reino Unido: es nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, es trabajador, reside en otro Estado miembro de la Unión Europea (Reino Unido) y su familia goza de un derecho de residencia en virtud del Reglamento nº 1612/68.

122. Por lo tanto, concluyo afirmando que al Sr. Baumbast le corresponde un derecho de residencia en el Reino Unido, basado en el artículo 18 CE, en relación con el artículo 39 CE y con el Reglamento nº 1612/68.

123. En las letras b) y c) de la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente analizó también los derechos de los miembros de la familia del Sr. Baumbast. En mi opinión, la respuesta a estas letras puede ser breve. El derecho de residencia que el Sr. Baumbast infiere del artículo 18 CE corresponde también a su esposa y a sus hijos. Sin embargo, por lo que respecta a la situación de éstos en el presente asunto, esta observación no es relevante, dado que, en mi opinión, los hijos ya disfrutan de un derecho de residencia en virtud del Reglamento nº 1612/68.

124. Para finalizar, me remitiré al derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH.[58] La normativa comunitaria relativa al derecho de residencia, en particular, el Reglamento nº 1612/68 toma suficientemente en consideración lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH, ya que el derecho de residencia de un trabajador es también aplicable a los miembros de su familia. En mi opinión, en el asunto Baumbast en particular, esto no es diferente si el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que, en virtud del Derecho comunitario, el Sr. Baumbast no tiene derecho a residir en el Reino Unido.

58 — También en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no vinculante; véase el punto 59 de estas conclusiones.

125. Ya he deducido del Reglamento nº 1612/68 el derecho del progenitor que tiene la guarda a residir en el Estado miembro de acogida por necesidades de la educación de los hijos en circunstancias descritas específicamente. En mi opinión, iría demasiado lejos crear tal derecho también para el progenitor que no tiene la guarda. El Derecho comunitario no ofrece ningún punto de conexión al respecto. Tampoco lo ofrece el derecho del respeto a la vida familiar como parte constitutiva del Derecho comunitario. Para la familia Baumbast existen alternativas reales para poder vivir en familia, por ejemplo, si la familia acompaña al padre en sus diversas actividades laborales o si se establecen en Alemania. Me remito a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que se desprende que el artículo 8 del CEDH no obliga a un Estado a respetar la elección del país de domicilio de un matrimonio y a aprobar la reagrupación familiar en su territorio.

126. Resumo lo anterior de la siguiente forma. El artículo 18 CE, apartado 1, concede al ciudadano el derecho a circular y residir en el territorio de la Unión Europea. Las condiciones y limitaciones establecidas por o en virtud del Tratado CE determinan la amplitud de este derecho. Sin embargo, estas condiciones y limitaciones no pueden tener como consecuencia que se prive de contenido material al derecho del ciudadano. El carácter inequívoco del apartado 1 del artículo 18 CE puede conducir a que, en casos especiales, como el del Sr. Baumbast, en los que no existe un derecho de circulación y residencia en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, el derecho a circular y residir se derive directamente del artículo 18 CE, apartado 1. La amplitud del derecho del Sr. Baumbast se determina mediante la aplicación por analogía de las condiciones y limitaciones establecidas para la libre circulación de los trabajadores.

Sobre la cuarta cuestión

127. Opino que no procede responder a la cuarta cuestión. Si el Tribunal de Justicia sigue mi conclusión sobre la tercera cuestión, en el sentido de que el Sr. Baumbast tiene un derecho de residencia como ciudadano de la Unión Europea, no procede responder a la cuarta cuestión. Sin embargo, si el Tribunal de Justicia tiene otra opinión sobre la tercera cuestión, entonces la respuesta a la cuarta cuestión sólo será una repetición de las respuestas a las cuestiones primera y segunda.

IX. Conclusión

128. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Immigration Appeals Tribunal:

«Con respecto a la primera cuestión: Los hijos que se establecieron en un Estado miembro de acogida, en virtud del 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, en relación con el hecho de que uno de sus progenitores estaba empleado como trabajador en dicho Estado miembro, conservan, en virtud del artículo 12 del Reglamento, el derecho a continuar la educación ya iniciada en el Estado miembro de acogida y, para ello, el derecho a residir en dicho Estado miembro. Mientras esté empleado uno de los progenitores, los hijos basan también su derecho de residencia en el artículo 10 del Reglamento, incluso en caso de que los progenitores estén divorciados y los hijos no convivan con el progenitor/trabajador.

Con respecto a la segunda cuestión: En la situación descrita en la respuesta a la primera cuestión, en la que los hijos tienen un derecho de residencia con vistas a continuar su educación, también le corresponde el derecho de residencia al progenitor que tiene la guarda, si ello es necesario para que los hijos ejerciten el derecho.

Con respecto a la tercera cuestión: El artículo 18 CE, apartado 1, concede al ciudadano el derecho a circular y residir en el territorio de la Unión Europea. Las

condiciones y limitaciones establecidas por o en virtud del Tratado CE determinan la amplitud de este derecho. Sin embargo, estas condiciones y limitaciones no pueden tener como consecuencia que se prive de contenido material al derecho del ciudadano. El carácter inequívoco del apartado 1 del artículo 18 CE puede conducir a que, en casos especiales, como el del Sr. Baumbast, en los que no existe un derecho de circulación y residencia en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, el derecho a circular y residir se derive directamente del artículo 18 CE, apartado 1. La amplitud del derecho del Sr. Baumbast se determina mediante la aplicación por analogia de las condiciones y limitaciones establecidas para la libre circulación de los trabajadores.

Con respecto a la cuarta cuestión: No procede responder a esta cuestión.»