

# Familia y derecho comunitario europeo

Aída Kemelmajer de Carlucci

*“Conocí al profesor Clóvis do Couto e Silva en Francia, en 1988. Por entonces, él era el gran embajador de la civilística brasileña en la Universidad de Paris XII. Desde entonces, y hasta su muerte, él me honró con su amistad. Adhiero fervorosamente al homenaje que hoy se le brinda, prueba acabada de que el Brasil no olvida a sus grandes hombres.”*

Nada es posible sin los hombres; nada es durable sin las instituciones. (Jean Monet)

*El permanente tejer y destejer de la construcción europea precisa la continua aportación de las dos virtudes de Penélope, a saber, la esperanza y la perseverancia<sup>1</sup>.*

---

*Familia no rima necesariamente con patria.<sup>2</sup>*

*En una sociedad democrática, la ley tiene por importante función prever medidas que protejan a los niños, especialmente a aquellos que por su edad son más vulnerables a los peligros y sufrimientos mentales que resultan, por ej., del divorcio de sus padres<sup>3</sup>.*

---

<sup>1</sup> Barón Crespo, Enrique, prólogo al libro dirigido por Carlos F. Molina del Pozo, Comentarios al proyecto de constitución europea, Granada, ed. Comares, 1996, pág. XI.

<sup>2</sup> Turpin, Dominique, La protection de la vie familiale des étrangers en France, en Perspectives du Droit International et Européen, Recueil d'Études à la mémoire de Gilbert Apollis, Paris, ed. Pedone, 1992, pág. 165.

<sup>3</sup> CEDH, Berrehab c/ Pays Bas, cit. por Grataloup, Sylvain, L'enfant et sa famille dans les normes européennes, Paris, LGDJ, pág. 205.

## 1. Preliminares: Familia, Derechos Humanos y Derecho Comunitario. Dos casos del TEDH sobre ingresos ilegales con distinto resultado.

He explicado en otro artículo monográfico cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incide fuertemente en el derecho de familia<sup>4</sup>. Hoy me propongo informar sobre algunas de las relaciones entre Derecho Comunitario y D. de Familia. De cualquier modo, señalo que ambas parejas (Familia - Derechos Humanos, y Familia - Derecho Comunitario) no están desvinculadas. Por el contrario, el Derecho Comunitario ha receptado la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que el Art. 8 de la Convención, que habla del “derecho a la vida íntima y familiar” incide cada vez más, en las soluciones comunitarias.

Una prueba de lo expuesto es que la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho al reagrupamiento familiar que pretende regular esta figura a partir del 2002, comienza afirmando que el Tratado de Ámsterdam impone establecer un “*espacio de libertad, seguridad y justicia*”.

Otra evidencia es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza los días 7 y 8 de Diciembre del año 2000, que establece: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*” (Art. 7)<sup>5</sup>. “Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio” (Art. 9); “Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño (Art. 33). “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses” (Art. 24)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Derechos Humanos y Derecho de familia, Ponencia al XI Congreso Internacional de Derecho de Familia. “Familia de hoy y familia de futuro”, Bogotá, Septiembre de 2000. El trabajo ha sido reproducido en la obra coordinada por Fernando Hinestrosa y publicada por la Universidad del Externado bajo el título Aspectos constitucionales y derecho fundamentales, pág. 57 y ss.

<sup>5</sup> Adviértase la coincidencia del texto con el Art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Para un análisis de este documento ver Alonso García, Ricardo, La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, en Rev. de Derecho administrativo, año 12, n° 33/35, pág. 67 y ss; Cannella, Giovanni, La carta dei diritti: un passo verso un' Europa democratica, en *Questione Giustizia*, Milano, 2001/1 pág. 148; De Siervo, Ugo, L'ambigua redazione della carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea, en *Diritto Pubblico*, 2001 n° 1 pág. 33 y ss. Para los antecedentes de su gestación, Carrillo Salcedo, Juan A., Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en Rev. de Derecho Comunitario Europeo, 2001, año 5, n° 9, pág. 7.

Dada esta íntima conexión del Derecho Comunitario y el Derecho Europeo de los Derechos Humanos, y aunque estas líneas están destinadas al Derecho comunitario, vale la pena comentar una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, recaída in re *Jabari c/ Turquía*, del 11/10/2000<sup>7</sup>: en 1995, una ciudadana iraní que tenía 22 años se enamoró de un hombre (X). Decidieron casarse, pero la familia de él se oponía al matrimonio. En 1997 él se casó con otra mujer. Sin embargo, la pareja siguió manteniendo relaciones sexuales. En Octubre de 1997, al ser encontrados juntos, fueron detenidos por la policía; durante la detención, ella fue sometida a un control de virginidad. Pocos días después, gracias al auxilio de su familia fue dejada en libertad. En noviembre de 1997, ella entró clandestinamente en Turquía e intentó escapar a Canadá, vía Francia, con un pasaporte canadiense falso. Cuando aterrizó en París, las autoridades francesas detectaron que el pasaporte era falso y la enviaron nuevamente a Turquía. Allí fue puesta a disposición del Departamento de la Dirección de Seguridad, quien dispuso su expulsión. Ella reveló su verdadera identidad, dijo ser ciudadana iraquí y pidió asilo político. Gracias a la intervención de Naciones Unidas (Comisión para los refugiados) fue colocada en un albergue y obtuvo el *status* de refugiada. Argumentaba que si era expulsada a Irán sería sometida a penas inhumanas, como es la muerte por lapidación. Sin embargo, el tribunal administrativo de Ankara rechazó su petición, por lo que ella denunció a Turquía ante el TEDH. En esa sede probó que conforme el Art. 102 del código penal islámico la lapidación del adúltero o adúltera es ejecutada después que la persona condenada ha sido puesta en un pozo y recubierta de tierra. La Corte recordó que los Estados tienen el derecho de controlar el ingreso, la estadia y la expulsión de extranjeros, pero que, en el caso, las autoridades turcas no habían verificado los posibles riesgos a correr por la recurrente. Es verdad que la mujer no pidió asilo cuando las leyes turcas se le imponían (apenas ingresada, la primera vez), pero ese error no era más fuerte que el riesgo a correr con el retorno a su país de origen. En suma, el tribunal de Ankara se había limitado a la mera legalidad, ignorando el riesgo corrido. La CEDH dio gran credibilidad a lo informado por el Alto Comisariado y al informe de *Amnesty Internacional* sobre las penas sufridas por la mujer adúltera en Irán, no contestado por el gobierno iraní, por lo que consideró que la orden de expulsión era violatoria del convenio<sup>8</sup>.

Un malasio homosexual, en cambio, no tuvo tanta suerte. La CEDH justificó que un extranjero que ingresó ilegalmente fuese expulsado del país, aunque sea conviviente homosexual de otra persona que reside legalmente, no habiéndose acreditado otras circunstancias excepcionales que justifiquen apartarse del principio. El pretensor vivía con un ciudadano británico en Gran Bretaña; una orden de deportación se libró contra el malasio; se quejaron a la Comisión, quien manifestó que “no obstante la moderna evolución de las aptitudes hacia los homosexuales, la Comisión entiende que las relaciones de los denunciantes no encuadran dentro de los fines del derecho asegurado en el Art. 8”.

<sup>7</sup> Ver *Il Corriere giuridico*, 2001 n° 3 pág. 407.

<sup>8</sup> La decisión se reproduce, resumida, en *Il Corriere Giuridico* 2001-3 con comentario de Bultrini, Antonio, Osservatorio della Corte europea dei diritti dell uomo.

La sentencia razona del siguiente modo:

– Las relaciones homosexuales se encuentran enmarcadas en la noción de “vida privada” pero no encuadran en la noción de “vida familiar” a los términos del Art. 8 de la Convención.

- No existe un verdadero derecho subjetivo a decidir en qué país se va a vivir y los denunciantes no habían probado que vivir en Inglaterra fuese un elemento esencial de la relación.

La solución fue criticada por los defensores de la “causa gay”; señalaron que:

- la CEDH no advirtió que la pareja encontraba dificultades para vivir en Malasia, donde la ley musulmana prohíbe el homosexualismo

- no hay una explicación razonable de por qué se protege el concubinato heterosexual y no la unión de homosexuales<sup>9</sup>.

- El trato degradante hacia el homosexual no es impensable (basta reflexionar sobre la situación en Irán).

Volveré sobre el tema de la noción de vida familiar y la homosexualidad al comentar algunos fallos del Tribunal Europeo de la Unión Europea con sede en Luxemburgo<sup>10</sup>. Por ahora interesa reseñar que las decisiones de la CEDH, con sede en Estrasburgo tienen poderosa influencia en el TJUE, que tiene asiento en Luxemburgo. En función de los casos que acabo de mencionar, hasta ahora, la jurisprudencia del TJUE ha negado el derecho al reagrupamiento familiar a las parejas homosexuales. En el *caso X and Y c/ United Kingdom*, el tribunal estimó que tener una pareja homosexual es algo vinculado a la vida privada pero las leyes de deportación no deben ser visualizadas como una interferencia en la vida privada sino, simplemente, como un derecho de cada Estado de poner límites y control a la inmigración. Se trataba de dos lesbianas (una inglesa y otra australiana); la australiana tenía una hija nacida de fecundación asistida; no obstante la vida en común con la inglesa, se estimó legítima la orden de la administración británica de deportar a Australia a madre e hija. Un caso parecido se dio respecto de un chipriota que probó que tenía junto a su pareja comunitaria una cuenta común en el banco, un departamento, negocios comunes, etc.<sup>11</sup>; tampoco en este caso se consideró contraria al derecho comunitario la conducta de la autoridad administrativa que dispuso la expulsión.

<sup>9</sup> Caso citado por Lundström, Karin, *Family life and the freedom of movement of workers in the European Union*, en *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 10, n 3, 1996, pág. 266. La crítica no es certera pues tanto en el Derecho de los Derechos Humanos como en el Derecho Comunitario, el concubinato se protege sólo si tiene amparo también en el país de acogida.

<sup>10</sup> Me he referido a esta jurisprudencia en mi artículo *Derecho y homosexualismo en el derecho comparado*, *Rev. de Derecho de Familia* n° 13, 1998, pág. 185. Para jurisprudencia más reciente, me remito al libro de Graciela Medina, *Uniones de Hecho. Homosexualismo*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2001. Aclaro que cito al tribunal europeo con distintas siglas (TJCE, TJUE), en razón de los diversos nombres que ha ido recibiendo antes y después de la constitución de la Unión Europea.

<sup>11</sup> Cit. por Clapham, A and Weiler, J., *Lesbian and gay men in the European Community Legal Order*, en *Homosexuality: a European Community Issue*, London, ed. Martinus Nijhoff, 1993, pág. 49 nota 107.

## 2. Primera actitud del Derecho Comunitario frente al Derecho de Familia: “Familia, yo te ignoro”. Su rápido abandono.

Ingresando al tema en análisis, se podría parafrasear una fórmula muy trillada del derecho comunitario, y decir solemnemente: “Familia, yo te ignoro”. En efecto, *prima facie*, derecho comunitario y familia no tienen nada en común, a punto tal que hasta hace veinte años nadie se preguntaba sobre las relaciones o interacción recíproca<sup>12</sup>.

Sin embargo, aún en los orígenes, esta actitud mereció críticas; en tal sentido se dijo: “En muchos de sus aspectos, el proceso de integración europeo tiene repercusión directa sobre la situación vital de los niños y, sin embargo, los organismos comunitarios apenas los tienen en cuenta en sus decisiones”<sup>13</sup>.

Por eso, y aunque reciente, hoy se visualiza un interés cierto de los organismos europeos e internacionales por el derecho de familia y de las personas<sup>14</sup>. Quizás, el ejemplo más cercano es la directiva 96/34, aprobada el 3/6/1996, dictada en cumplimiento del Protocolo Social de Maastricht de 1992, por la cual se dispone que los Estados instrumentarán, entre otros derechos de los trabajadores, una licencia por nacimiento o por la adopción de un niño, como “*instrumento para conciliar las responsabilidades profesionales y familiares*”<sup>15</sup>.

En realidad, a poco de andar el Tratado de Roma, se advirtió que el derecho que nacía de la Comunidad no podía encerrarse en el derecho económico y que no hay una separación rígida entre las cuestiones personales y las familiares de un lado, y el mundo económico del otro. “El proceso de integración económica no puede quedar confinado a la gestión de la riqueza; por el contrario, implica necesariamente, extenderse a los valores de la sociedad, valores que expresan, especialmente, el derecho de la persona y el de la familia”<sup>16</sup>. Piénsese, por ej., en la filiación y los temas relativos a la sangre: los productos que de ella derivan tienen un valor apreciable en dinero; la fecundación asistida tiene un costo para el Estado, etc.<sup>17</sup>.

Comenzó, de este modo, la vinculación a la que antes he hecho referencia entre Familia y Derecho Comunitario a través de los Derechos Humanos. Señalo, sin embargo, que según algunos autores el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo protege el *derecho a la vida familiar* sólo con fines económicos, y no con propósitos sociales o humanos<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Fallon, Marc, *Droit familial et droit des Communautés européennes*, Rev. Trim. de Droit Familial, 1998/3 pág. 361.

<sup>13</sup> Moya Escudero, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, ed. Comares, 1998, pág. 3.

<sup>14</sup> Grataloup, Sylvain, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, pág. 16.

<sup>15</sup> Compulsar Calafà, Laura, *Tra diritto comunitario e nazionale: il caso dei congedi parentali*, en *Questione Giustizia*, Milano, 2000/3, pág. 552 y ss.

<sup>16</sup> Fallon, Marc, *Droit familial et droit des Communautés européennes*, Rev. Trim. de Droit Familial, 1998/3 pág. 362.

<sup>17</sup> Gaudemet-Tallon, Hélène, *La famille face au droit communautaire*, en obra colectiva *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1996, pág. 87.

<sup>18</sup> Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2º ed., Barcelona, ed. Bosch, 1999, pág. 112.

### 3. La protección de la familia en la normativa europea

Las normas emanadas de los diversos órganos comunitarios vinculadas a la materia son numerosas. Mencionaré sólo algunas.

#### a) Parlamento europeo.

Algunos autores citan como “prolegómenos” de la política familiar comunitaria dos Resoluciones del Parlamento Europeo: “*La política familiar en la comunidad*”, aprobada en 1983, y “*Las familias monoparentales*”, de 1986<sup>19</sup>.

A los fines de estas líneas, bastaría rememorar el Art. 7 de la Declaración de Derechos y libertades fundamentales del Parlamento Europeo de 1989, que en su Art. 7 dispone: “*Se protegerá a la familia en los ámbitos jurídico, económico y social*”.

Sin embargo, no debe dejarse pasar la ocasión sin señalar la constante preocupación del Parlamento Europeo por los niños; ejemplo paradigmático de este desvelo es la Resolución n° 20 del 20/1/1997 que exhorta a los Estados a coordinar esfuerzos e intercambiar experiencias para erradicar el fracaso escolar, prevenir y luchar contra el secuestro y el tráfico de niños; en ese camino, propone ampliar el mandato de la actual Unidad de Drogas de Europol al tráfico de seres humanos, apoyar las iniciativas tendientes a mejorar el estado de salud de los niños mediante información a los padres y un mayor desarrollo de la medicina escolar; propicia se redacte un protocolo adicional al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos que tome en consideración las necesidades específicas de los niños; insta a que se respeten los derechos de los niños a su propia imagen en el ámbito publicitario; afirma que el pluralismo cultural de la sociedad democrática se protegerá, entre otras vías, promoviendo un sistema escolar pluralista que conserve la riqueza cultural europea, pero que al mismo tiempo fomente, a través de intercambio de escolares, el conocimiento de las distintas culturas europeas y consolide con ello la construcción de la Casa Europea; exhorta a los Estados a admitir en su territorio a los refugiados menores de edad no acompañados con miras a la reunificación familiar y concedan a tales niños cuidados equivalentes a los que reciben los niños del Estado de acogida; pide que impongan a las personas que se ocupan de los niños una formación especial; que si aún no lo han hecho, patrocinen y apoyen económicamente la creación de un servicio telefónico gratuito (como por ej., el teléfono azul, en Italia) para que los niños de toda la Unión Europea puedan tener acceso inmediato a ayuda e información, etc. El mismo día, el Parlamento dictó otra Resolución referida a la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Garrido Gómez, María I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 114.

<sup>20</sup> Ver ambas resoluciones en *Anuario de Derecho Civil*, t. L, fascículo III, Julio-Septiembre 1997 págs. 1380/1386

Tampoco debe ignorarse la permanente preocupación de los órganos comunitarios por la violencia familiar. La decisión n° 293/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo aprobó un programa de acción comunitaria (programa *Daphne*), que comprende el período 2000-2003, y que establece medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres. El objetivo del programa es contribuir a garantizar un elevado nivel de protección de la salud física y psíquica de las víctimas de la violencia familiar y ayudar a las organizaciones intergubernamentales (ONG) que trabajan para erradicar este flagelo. Entre otras acciones, el programa prevé: establecer redes pluridisciplinarias transnacionales; asegurar el intercambio de información, buenas prácticas y cooperación; sensibilizar al público; contribuir financieramente en veinte millones de euros para todo el período<sup>21</sup>, etc.

#### b) Consejo de Ministros.

En su reunión del 29/9/1989, el Consejo de Ministros dijo que “La legitimidad del interés comunitario por el tema de la familia no reposa en bases ideológicas sino en el reconocimiento de hechos objetivos, como son el rol económico de la familia, la responsabilidad de las familias en la educación de los niños, la importancia de la familia como primer lugar de la solidaridad entre generaciones, la preocupación irreversible de la igualdad de hombres y mujeres y el deseo de las mujeres de acceder plenamente a una vida social a fin de asegurar un ambiente apropiado a la familia que le permita un desarrollo armonioso de sus miembros en el respeto a la libre elección del número de hijos. La acción comunitaria, sigue diciendo, debe ser pragmática, con el fin de respetar las especificidades de diferentes políticas nacionales ya asumidas y los diversos contextos socio económicos en los cuales esas políticas han tomado lugar”<sup>22</sup>.

#### c) Proyecto de Constitución europea

Dados estos precedentes, no debe extrañar que el proyecto de Constitución europea exprese: “*Toda persona tiene derecho a fundar una familia. Se protegerá a la familia en el plano jurídico, económico y social. También se protegerán la paternidad y la maternidad, así como los derechos del niño*”.

Obviamente, ese proyecto ha tenido especialmente en cuenta las Constituciones de muchos países que conforman la Unión Europea (por ej., Alemania, Portugal, Italia, etc.) que expresamente reconocen amparo a la familia.

La protección a la que se alude es jurídica, económica y social, tal como corresponde a un Estado democrático. Se reconoce a la familia como una de las columnas de la

<sup>21</sup> Ver noticia en Rev. Comunidad Europea, ed. Aranzadi, año XXVII n° 3, Marzo 2000 pág.17.

<sup>22</sup> Fallon, Marc, Droit familial et droit des Communautés européennes, Rev. Trim. de Droit Familial, 1998/3, pág. 363.

sociedad, y como unidad afectiva, educativa, cultural, social y económica; se la menciona como el elemento de renovación de las generaciones, como “el primer núcleo de educación de los niños y de los futuros productores, además de ser la principal unidad de consumo”<sup>23</sup>.

#### 4. Noción de familia

No es fácil dar un concepto de familia. En la Unión Europea (la situación es idéntica en el Mercosur) no existe un modelo único de familia, ni consecuentemente hay una definición jurídica que sirva de guía<sup>24</sup>. De cualquier modo, algunos documentos comunitarios contienen algunas nociones elementales. Así por ej., la Resolución del 9/6/1983 del Parlamento Europeo se refiere a la familia como la *unidad afectiva, educativa, cultural, social y económica, usuaria y consumidora de bienes y de servicios, así como una realidad en evolución*<sup>25</sup>.

Por otro lado, muchos actos comunitarios relativos a la circulación de las personas utilizan conceptos vinculados al *status* personal del sujeto. La definición de estos conceptos aparece entonces como una noción previa, de derecho privado, vinculada a la materia. Tal sucede, por ej., con las nociones de identidad, matrimonio, etc.

#### 5. Libre circulación de las personas, principio de igualdad y familia del trabajador

La libre circulación de las personas provenientes de países que conforman la Unión Europea incluye no sólo la propia movilidad, sino también la de la familia, pues de nada valdría que el trabajador tenga libre circulación si tiene que dejar hijos y cónyuge en otro país. La regla es indiscutida: dado que la libre circulación de los servicios debe ser garantizada dentro del respeto a la libertad y dignidad, exige como complemento condiciones óptimas de integración de la familia del trabajador comunitario en el Estado de acogida. En otros términos, el principio de igualdad del trabajador comunitario se extiende a su ámbito familiar, pues se estima que las desigualdades pueden alcanzarlo no sólo en cuanto persona individual, sino como integrante del grupo en el cual se desarrolla; de allí que el Reglamento 1612/68 extienda el principio de libre circulación del trabajador a la familia del trabajador migratorio<sup>26</sup>. Dice el mencionado ordenamiento: “el derecho a la libre

---

<sup>23</sup> Molina del Pozo, Carlos, Comentarios al proyecto de constitución europea, Granada, ed. Comares, 1996, pág. 520.

<sup>24</sup> Garrido Gómez, María I., La política social de la familia en la Unión Europea, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 45.

<sup>25</sup> Fallon, Marc, Droit familial et droit des Communautés européennes, Rev. Trim. de Droit Familial, 1998/3, pág. 362.

<sup>26</sup> “De acuerdo a las últimas disposiciones convencionales se debe entender por trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (Albanese, Susana, Los trabajadores migratorios y los nuevos instrumentos internacionales. El derecho a recibir información, ED 159-905).



circulación requiere que sean eliminados los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, especialmente en lo que concierne al derecho del trabajador de reencontrarse con su familia y las condiciones de integración de esta familia". El Tribunal de la Comunidad tiene reiteradamente dicho que "el objetivo de ese Reglamento, la libre circulación de los servicios, exige para que ésta se garantice dentro del respeto a la libertad y dignidad, condiciones óptimas de integración de la familia del trabajador comunitario en el medio del Estado miembro de acogida"<sup>27</sup>. De modo coincidente, la doctrina más caracterizada insiste en que "la reunificación familiar es premisa fundamental *sine qua non* de la libertad de circulación de los trabajadores, y los derechos de la familia se convierten en derecho derivados. La protección de la familia adquiere cada día mayor importancia; prueba de ello es la creación de un Observatorio europeo de la política familiar, que se reúne desde 1989, con el fin de redactar informes referentes a la situación de las familias en los Estados miembros. "Fundar una familia conlleva el tener posibilidades para mantenerla en condiciones dignas"<sup>28</sup>.

De cualquier modo, cabe señalar que a pesar del principio de la libre circulación de las personas y trabajadores, las corrientes migratorias de un país a otro de la Unión Europea son escasas. Menos del 2% de los súbditos de un Estado de la Unión Europea viven en otro país de la Unión. Francia, Bélgica y Alemania son los principales países de acogida de súbditos de países que pertenecen a la Unión. Portugal e Irlanda son los países de los que emigran más personas a otros países de la Unión. Pero el fenómeno es interesante para estas reflexiones pues el tipo de inmigración comunitaria es muy particular; no se trata esencialmente de una migración profesional, sino principalmente de migraciones familiares o conyugales<sup>29</sup>.

## 6. Diferentes supuestos según la nacionalidad del inmigrante<sup>30</sup>

Vengo explicando el sistema comunitario. Pero a los países europeos emigran no sólo intracomunitarios. Pueden presentarse diferentes supuestos. Explicaré algunos:

### a) Trabajador proveniente de un país con el que existen convenios de inmigración.

La Unión Europea y algunos países que la conforman tienen suscrito convenios de inmigración con algunos países, especialmente los de ciertos territorios del llamado

<sup>27</sup> TCU, 11/4/2000, Arben Kaba c/ Secretary of State for the Home Department, en Boletín Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera instancia de las comunidades europeas, n° 13/00, 10/14/4, y en Comunidad Europea, año XXVII, n° 7 pág. 46.

<sup>28</sup> Molina del Pozo, Carlos, Comentarios al proyecto de constitución europea, Granada, ed. Comares, 1996, pág. 519.

<sup>29</sup> Grataloup, Sylvain, L'enfant et sa famille dans les normes européennes, Paris, LGDJ, pág. 180.

<sup>30</sup> La palabra "*migrante*" no aparece en el diccionario de la Real Academia Española. Sin embargo, es la expresión que se utiliza en todas las traducciones al español de los documentos comunitarios. Por eso la utilizo en el texto.

“mundo árabe”, por ej., Marruecos, Turquía, etc<sup>31</sup>. Esos acuerdos también ponen en juego el derecho al reagrupamiento familiar. Uno de los temas preocupantes es si estos trabajadores merecen el mismo trato que los comunitarios o si, por el contrario, son una categoría intermedia entre los comunitarios y los extracomunitarios.

En este último sentido, el TJCE resolvió en el caso *Selva Kadiman* (17/4/1997) que “el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía no se opone, en principio, a que las autoridades competentes de un Estado exijan que los miembros de la familia de un trabajador turco vivan con él durante el período de tres años para ser titulares del derecho de residencia en ese Estado. No obstante, razones objetivas pueden justificar que un miembro de la familia viva separado del trabajador migrante turco (por ej., si la distancia entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo del miembro de su familia o del centro de formación profesional al que este último asistiera obligara al interesado a buscar un alojamiento separado). Pero es al órgano jurisdiccional nacional al único que compete comprobar y apreciar si los hechos del litigio que se le ha sometido configuran las circunstancias objetivas que puedan justificar que el miembro de la familia y el trabajador migrante turco vivan por separado”<sup>32</sup>.

Otro caso muy singular fue resuelto en favor del reagrupamiento familiar de un trabajador turco: la Sra. Eyüp, ciudadana turca, se había casado en 1983, en Austria, con un trabajador turco, que desde 1975 formaba parte del mercado laboral austriaco. El 13/11/1985 un tribunal turco pronunció el divorcio. Sin embargo, la pareja siguió viviendo *more uxorio*, de modo que su vida en común en Austria perduró, a punto tal que cuatro de los siete hijos de la pareja nacieron durante el período en el que convivían sin estar casados. En 1993 ella se volvió a casar con su esposo. Durante todo el tiempo, se dedicó exclusivamente a labores domésticas, salvo algunos empleos de corta duración. El gobierno austriaco consideró que ella no estaba autorizada para residir en Austria porque desde que se pronunció el divorcio, no tenía el requisito de la residencia legal de al menos tres años en el Estado miembro de acogida. El tribunal europeo, en cambio, dijo que el Art. 7 párrafo primero de la decisión n° 1/80 del 19/9/1980 debe interpretarse en el sentido que contempla la situación de una nacional turca que, como la demandante, fue autorizada, como cónyuge de un trabajador turco perteneciente al mercado de trabajo legal del Estado miembro de acogida, a reunirse allí con él, que se divorció antes de cumplirse el período de tres años previsto en el primer guión de dicha disposición, pero de hecho siguió viviendo de modo ininterrumpido con su antiguo esposo hasta la fecha en que los dos ex cónyuges se volvieron a casar. Por tanto, la persona de nacionalidad turca, debe considerarse residente legal de dicho Estado miembro, pudiendo invocar su derecho<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Para el convenio suscripto con Turquía, ver O'Leary, Siofra, *Employment and residence for turkish workers and their families: analogies with the case-law of the Court of Justice on article 48 EC*, en Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Milano, ed. Giuffrè, 1998, t. II pág. 731.

<sup>32</sup> Trib. Just. Comunidad Europea, 17/4/1997, caso *Selma Kadiman*, Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia de las comunidades europeas, n° 11/1997, pág. 26.

<sup>33</sup> TCU, 22/6/2000, en Boletín Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera instancia de las comunidades europeas, n° 19/00, 29/6/200.

b) La determinación de la nacionalidad.

A veces, en los supuestos de doble nacionalidad, no es fácil ubicar a una persona entre los ciudadanos comunitarios o extracomunitarios. En la decisión recaída *in re Micheletti* (7/7/1992) el TJUE se enfrentó al caso de una persona que era argentina, pero también italiana. Su nacionalidad efectiva era la República Argentina, donde residía habitualmente, pero según sus dichos, “se quería establecer en España”. Sostuvo que por su nacionalidad italiana tenía derecho de libre circulación y establecimiento en los países europeos. España respondió con una ley interna, conforme la cual cuando una persona tiene doble nacionalidad debe estarse a la nacionalidad efectiva. El TJCE dijo que desde que un país de la Comunidad da la nacionalidad a una persona, ésta tiene su nacionalidad en toda Europa. Algunos autores han criticado el fallo; sostienen que se trata de una inmisión intolerable del derecho comunitario en el derecho de las nacionalidades, de calidad eminentemente local. Más allá de las críticas, lo verdaderamente importante para los extracomunitarios es que, como resultado de esta sentencia, se otorgaron al nacional argentino todos los derechos derivados del reagrupamiento familiar de un comunitario<sup>34</sup>.

**7. El derecho al reagrupamiento familiar de un trabajador intracomunitario o proveniente de un país con el cual existen tratados específicos de inmigración.**

a) Preliminares

Como he dicho, desde hace años, el principal canal de inmigración legal intracomunitaria lo constituye la entrada y posterior residencia por razones de reagrupamiento familiar. Por eso, muchas normas comunitarias, que están en continua revisión, hacen referencia a la familia y a la reunificación de sus integrantes<sup>35</sup>. En esta primera parte me referiré al derecho de reagrupamiento entre personas que pertenecen a la Comunidad o a un país con el cual Europa tiene tratados de inmigración.

b) Concepto

El reagrupamiento familiar ha sido definido como el “*derecho que tienen los trabajadores que ejercitan la libertad de circulación a hacerse acompañar por su familia al Estado al que acceden, y el de su familia a acompañarle*”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Gaudemet-Tallon, Hélène, La famille face au droit communautaire, en obra colectiva *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1996, pág. 96.

<sup>35</sup> Por ej., Francia dictó el decreto 99-566 del 6/7/1999 por el que regula el reagrupamiento familiar de extranjeros. Ver texto completo en *Recueil Dalloz* 26/8/1999, Legislación pág. 355.

<sup>36</sup> Garrido Gómez, María I., La política social de la familia en la Unión Europea, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 76.

### c) Fundamento

En sus orígenes, el derecho al reagrupamiento se concebía como un privilegio acordado a los trabajadores migrantes porque se entendía que su productividad aumentaría si estaba rodeado por los miembros de su familia; se trataba de un privilegio concebido en términos funcionales, de mercado y de empleo; la reunión de la familia se fundaba en razones económicas y de integración. Hoy, en cambio, el reagrupamiento es expresión de un fenómeno más amplio; el deseo del extranjero de vivir en compañía de su familia es la expresión legítima de un derecho elemental de la persona, el de tener una vida familiar normal<sup>37</sup>. Se entiende que el reagrupamiento familiar es un medio necesario para conseguir la integración real de los nacionales de terceros países que residen legalmente en los Estados miembros, pues la presencia de los familiares contribuye a una mayor estabilidad y a una mejor inserción de estas personas, al permitirles llevar una vida familiar normal<sup>38</sup>.

Por eso, la nota al Art. 2 de la propuesta de directiva sobre el derecho al reagrupamiento familiar, versión 27/2/2001, dice: "El derecho al reagrupamiento familiar se deriva de la exigencia de proteger la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, así como del derecho al respeto de la vida familiar consagrado por el derecho internacional, en particular por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

En suma, el derecho al reagrupamiento encierra un auténtico derecho a la unidad física de la familia, indispensable para hacer efectivos los demás derechos que son concreciones de la vivencia personal en el ámbito familiar<sup>39</sup>. La regla es, entonces, que los miembros de la familia, especialmente el niño, tienen derecho a reunirse o reencontrarse con quien lo dejó<sup>40</sup>.

### d) Sujetos beneficiados

Se trata de un derecho del trabajador "migrante" y de su "familia".

En razón de esta delimitación, es correcta la decisión de la autoridad holandesa que rechazó a un habitante de Surinam el derecho de residir en los Países Bajos, donde vivían sus hijos, ciudadanos holandeses. Esos hijos no eran trabajadores inmigrantes, sino ciudadanos holandeses, por lo que las reglas que rigen esta figura no eran de aplicación al caso<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Grataloup, Sylvain, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, pág. 214.

<sup>38</sup> Exposición de Motivos de la propuesta de directiva sobre el derecho al reagrupamiento familiar, versión 27/2/2001.

<sup>39</sup> Garrido Gómez, María I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 78.

<sup>40</sup> Grataloup, Sylvain, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, pág. 183.

<sup>41</sup> Blanpain, R., ed Colucci, M., *Il diritto comunitario del lavoro ed il suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano*, Padova, Cedam, 2000, pág. 230.

e) Extensión de la expresión familia

Conforme el Art. 10 de la resolución 1612/68 la expresión *familia* se extiende al *cónyuge*, los *descendientes menores de 21 años o a cargo*, y los *ascendientes del trabajador o de su cónyuge que estén a su cargo*. Todos ellos tienen derecho a instalarse en el territorio del Estado que ha acogido al trabajador migrante si cumple con los requisitos que luego explicaré.

f) Cónyuge y pareja extramatrimonial

La interpretación y aplicación de este reglamento no han sido fáciles. Hasta ahora, podría afirmarse que, en principio, quien pretende este derecho tiene la carga de aportar la prueba del *vínculo conyugal*; en otros términos, como regla, el derecho al “reagrupamiento familiar” no se garantiza a la persona que sólo cohabita con el trabajador, a menos hasta que la evolución social muestre en todos los Estados miembros una tendencia al reconocimiento jurídico de la convivencia *more uxorio* (*Netherlands c/Reed* n°59/85, resuelto en 1986)<sup>42</sup>.

En cambio, las relaciones fácticas son muy importantes en las relaciones paterno-filiales; en otros términos, los hijos extramatrimoniales de un súbdito comunitario pueden y tienen derecho al reagrupamiento.

Algunos autores enseñan que esta solución (que distingue hijos de compañera) puede traer problemas familiares, porque empuja a la división o disolución de la familia desde que los hijos pueden entrar pero la madre no<sup>43</sup>. Por eso, el Parlamento europeo ha propuesto a la comisión, acordar el mismo interés a todas las formas de vida en común, en tanto esté en juego la lucha contra la pobreza, la ayuda a las personas discapacitadas, las iniciativas en materia de empleo y la promoción de recursos humanos<sup>44</sup>.

De cualquier modo, es necesario hacer algunas precisiones respecto de la jurisprudencia del tribunal relativa al derecho de reagrupamiento de las parejas *more uxorio*. En el caso “*Reed*” antes mencionado, el Abogado General Lenz afirmó que el término “*cónyuge*” tiene un significado específico en el derecho comunitario, por lo que no

<sup>42</sup> Citada por Mancini, Federico, La circulación de los trabajadores por cuenta ajena en la jurisprudencia comunitaria, Granada, Universidad de Granada, 1990, pág. 21 y en El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial, obra colectiva dirigida por Rodríguez Iglesias y Liñán Noguerras, Madrid, Civitas, 1993, pág. 811, por Beauthier, Georges H., Les droits du citoyen européen, Luxembourg, Off. De publications officielles des Communautés européennes, 1990, pág. 27, por Fallon, Marc, Droit familial et droit des Communautés européennes, Rev. Trim. de Droit Familial, 1998/3 pág. 382, y por Lundström, Karin, Family life and the freedom of movement of workers in the European Union, en International Journal of Law, Policy and the Family, vol. 10, n° 3, 1996, pág. 254. Por eso, la última autora citada dice: El modo de optimizar la propia movilidad dentro de la Unión Europea es casarse con un ciudadano de la Unión y no divorciarse. La sentencia está parcialmente reproducida en Mengozzi, Paolo, Casi e materiali di Diritto Comunitario, Padova, Cedam, 1994, pág. 438.

<sup>43</sup> Grataloup, Sylvain, L'enfant et sa famille dans les normes européennes, Paris, LGDJ, pág. 195.

<sup>44</sup> Grataloup, Sylvain, L'enfant et sa famille dans les normes européennes, Paris, LGDJ, pág. 195.

corresponde analizar qué significa la palabra familia, ni en el país de origen, ni en el que acoge. Históricamente, dijo, en el derecho comunitario, esposa es la pareja en un matrimonio válido y no corresponde una interpretación dinámica, desde que la noción amplia no es aceptada por la totalidad de los Estados miembros. Sin embargo, la Corte no siguió este razonamiento hasta sus últimas consecuencias y resolvió que aunque en el estado actual de la Comunidad, el término *cónyuge* sólo incluye a las relaciones maritales, un trabajador nacional (por ej., un trabajador alemán) está autorizado para residir en otro país miembro con otra persona con quien cohabita y tiene relaciones estables, si ese país reconoce a este tipo de unión; consecuentemente, se reconoció a una pareja heterosexual británica el derecho al reagrupamiento en Holanda; en el caso, el hombre había conseguido trabajo, pero no la mujer, por lo que Holanda negaba a esta última el derecho de residencia. La Corte dijo que todo trabajador migrante debe tener los mismos derechos que el nacional; en consecuencia, si el Estado que acoge autoriza la unión extramatrimonial de sus nacionales y le da efectos en el ámbito de la seguridad social, del derecho laboral, etc., no puede tratar con otras pautas al trabajador migrante sin violar el principio de igualdad<sup>45</sup>.

Alcanzar el derecho al reagrupamiento familiar se ha constituido en la gran batalla a ganar por los homosexuales europeos. Ellos invocan dos razones esenciales para extender la noción de familia a la pareja homosexual:

– Si el trabajador no puede reunirse con las personas que de él dependen, su voluntad y habilidad para moverse dentro de la comunidad está seriamente comprometida. En otros términos, si no se admite el derecho al reagrupamiento familiar, los homosexuales no tienen un verdadero derecho a la libre circulación.

– Se trata de un derecho humano, íntimamente ligado a la dignidad humana. ¿Es que los homosexuales tienen menor dignidad humana que los heterosexuales?.

Creo que el gran movimiento legislativo sobre la materia acelerará el cambio jurisprudencial<sup>46</sup>.

#### g) Cónyuge y matrimonio simulado

Un problema muy especial presentan los matrimonios simulados o de complacencia. Efectivamente, es conocido que a fin de ser titular del derecho al reagrupamiento familiar, algunos extranjeros se casan con un nacional o con un extranjero que goza de derecho de residencia. Los países han tomado sus propias medidas; así por ej., en Bélgica, el oficial del registro puede rehusarse a celebrar un matrimonio si tiene sospechas fundadas de su falta de realidad. Pero el problema no es sólo de derecho interno; interesa al derecho comunitario porque quien ingresa, luego puede trasladarse a otro país comunitario e invocará el derecho

<sup>45</sup>Citado por Snyder, Francis, *Subsidiarity: an aspect of European Community Law and its relevance to lesbian and gay men*, en obra colectiva *Homosexuality: a European Community Issue*, London, ed. Martinus Nijhoff, 1993, pág. 237 y por De Witte, Bruno, *The freedom of movement of goods and services*, en la misma obra colectiva, pág. 326.

<sup>46</sup>A comienzos del año 2002, el Ministro de Finanzas noruego se casó con su pareja del mismo sexo (Sobre la influencia del caso en el derecho comunitario, ver nota de Biurrum, Fernando, *La boda del ministro*, en *Actualidad Aranzadi*, 31/1/2002, pág. 3).

al reagrupamiento. Por esta razón, el 4/12/1997, el Consejo dictó una Resolución relativa a las medidas a adoptar en la lucha contra los matrimonios de complacencia. La normativa define el matrimonio de complacencia como el “*matrimonio de una persona de un país miembro o de un país tercero, que reside regularmente en un Estado miembro, con una persona de un país tercero, con la sola finalidad de defraudar las reglas relativas a la entrada y estadia de personas de países terceros y para obtener un permiso de estadia o una autorización de residencia en un Estado miembro*”.

En el caso *Kadiman*, del 17/4/1997, luego de reconocer expresamente el derecho del Estado de luchar contra el fraude a la ley, la Corte de Justicia de la Unión Europea dijo que el derecho al reagrupamiento familiar supone una cohabitación efectiva durante un cierto tiempo en comunidad doméstica, por lo que el Acuerdo de Asociación convenido con Turquía no beneficia al trabajador que forma parte del mercado laboral en un país miembro en el que ha permanecido gracias a un matrimonio simulado<sup>47</sup>.

#### h) Extensión de la expresión trabajador migrante

La palabra *trabajador migrante* resulta suficientemente amplia y permite ser aplicada a toda persona que realiza cualquier actividad subordinada que tenga significado económico, aunque sea reducido<sup>48</sup>.

En Italia se presentó la siguiente cuestión: el Ministerio del Interior negó autorización para el ingreso del hijo extramatrimonial de una ama de casa brasileña, casada con un italiano, residente en Italia, que quería traer a vivir con ella a un hijo menor extramatrimonial, fruto de otra unión, que habitaba en Brasil. El argumento de la autoridad administrativa era: por ser sólo ama de casa, no cumple con el requisito exigido por la ley de ser *trabajador migrante*: el extracomunitario residente en Italia puede reunirse con sus hijos menores si tiene *normali condizioni di vita*, expresión que debe entenderse como tener *trabajo remunerado*. Por su lado, en cambio, la mujer sostenía que la labor del ama de casa debía ser equiparada a la de un trabajador; la Corte de Casación compartió el criterio de la Administración. La ciudadana brasileña acudió ante la Corte Constitucional italiana y denunció la vulneración de los artículos 29 (que tutela la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio) y 30 (que equipara a todos los hijos, nacidos dentro y fuera del matrimonio) de la Constitución italiana.

El Tribunal Constitucional italiano acogió el recurso y razonó de la siguiente manera:

\* Hay que distinguir el *permiso de estadia*, meramente temporario, que la administración puede o no conceder, del derecho de *reunificación*, verdadero derecho del trabajador migrante que dura el mismo período por el cual el propio trabajador ha sido admitido y siempre y cuando éste esté en condiciones de asegurar la normal condición de vida.

\* La noción de *trabajador subordinado* no debe ser analizada aisladamente, sino en vinculación con la figura del reagrupamiento familiar, un instituto a través del cual se

<sup>47</sup> Citado por Fallon, Marc, *Droit familial et droit des Communautés européennes*, Rev. Trim. de Droit Familial, 1998/3 pág. 386.

<sup>48</sup> Ballestrero, Maria Vittoria, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza, en Lavoro e discriminazione*, Atti dell'XI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Gubbio, 1994, Milano, Giuffrè, 1996, pág. 99.

protegen derechos que, como los de la familia y los del menor, están tutelados por la Constitución y reconocidos por una serie de instrumentos internacionales a partir de la Declaración de los derechos del hombre.

\* El único requisito es la convivencia dentro de la familia, protección que se debe, sobre todo, al hijo menor. Hay un derecho y un deber de tener al hijo con uno; hay un derecho de los padres a la vida en común, signo de la unidad de la familia, derecho que también esperan tener los extranjeros, cuando llegan a Italia.

\* Una interpretación correcta manda hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal y accesorio. En el derecho al reagrupamiento asume un rol fundamental la garantía del progenitor interesado de ofrecer al propio hijo una normal condición de vida (*normali condizioni di vita*); que el trabajo que tenga ese progenitor sea o no remunerado, no debe alterar lo sustancial.

\* Consecuentemente, el trabajo realizado dentro de la casa, en el interno de la familia también tiene su valor social y económico, y por eso está tutelado por la Constitución, que asegura el trabajo en todas sus formas.

Adviértanse dos cuestiones importantes:

\* El caso exigió interpretar una “cláusula general”, como es la noción de “*normales condiciones de vida*”, que el Tribunal Constitucional debió individualizar, mostrando una vez más que el derecho comunitario está edificado sobre conceptos jurídicos indeterminados.

\* El Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional la norma local que transpone los principios del derecho comunitario, sino la interpretación que de ella se había hecho<sup>49</sup>.

La sentencia recibió aplausos y críticas. Entre las últimas, se afirmó que el Tribunal Constitucional analizó todo lo relativo al trabajo, pero no se detuvo sobre la cláusula general (*normali condizioni di vita*) desde que no tomó en cuenta otros elementos, tales como: el interés del menor; el consentimiento del marido; eventualmente, el consentimiento del otro progenitor; las posibilidades de la madre de mantenerlo, etc. Del mismo modo que se atiende al derecho de la peticionante, se dijo, hay que ver si ese reagrupamiento no producía un atentado a la unidad, a la serenidad, al equilibrio y a la propia sobrevivencia de la familia italiana fundada en el matrimonio.

i) Algunos requisitos: vivienda adecuada y capacidad del trabajador de subvenir a las necesidades con recursos estables y suficientes

Algunas legislaciones internas no exigen que el trabajador que pretende el reagrupamiento tenga vivienda adecuada para albergar al grupo familiar (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Suecia).

<sup>49</sup> Corte Costituzionale, 19/1/1995, Il Foro Italiano, anno CXX n° 7/8, Luglio-Agosto 1995, pág. 2070; Il Corriere giuridico, Giugno 1995 n° 6, pág. 673 con nota de Vaccaro, Maria J., Il lavoro delle casalingue tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione; Il diritto di Famiglia e delle persone, anno XXIV, 1995, pág. 889, y nota de Sciancalepore, Giovanni, en 6 n° 4, p. Il diritto di Famiglia e delle persone, anno XXV, 1996 n° 4, pág. 1279.



Sin embargo, el Reglamento 1612/68 determina que la familia del trabajador migrante tiene derecho a instalarse en el país de acogida a condición de que el trabajador tenga una *vivienda adecuada*. El requisito expresa la preocupación europea por la gran cantidad de extranjeros que viven mal, y el intento de limitar la proliferación de casos de personas que viven como mendigos (*clochardisation*)<sup>50</sup>.

Una Resolución de 1978 establece que las exigencias sobre la calidad del alojamiento deben limitarse a aquellas consideradas como “normales” para los trabajadores nacionales en la región donde están empleados. También prevé que el Consejo de Europa debe asegurar a los trabajadores inmigrantes el acceso a alojamientos sociales sobre un pie de igualdad con los trabajadores nacionales, lo que implica sistemas apropiados para el financiamiento.

Obviamente, la *adecuación* de la vivienda depende de los *standards* locales, y las legislaciones locales varían en cuanto a las características que debe reunir. En algunos países la “*vivienda suficiente para poder alojar la familia en condiciones aceptables*” equivale a “*alojamiento social*” (Alemania); en otros es la “*vivienda considerada normal para los nacionales*” (Francia, Portugal, Países Bajos); algunos aplican criterios como el tamaño, la higiene, la seguridad (Grecia, Italia, Austria, Reino Unido).

La normativa comunitaria también requiere que el trabajador tenga la *capacidad de subvenir a las necesidades de su familia con recursos estables y suficientes*, no debiéndose computar los que provienen de los subsidios por desempleo<sup>51</sup>. Las legislaciones internas también varían sobre este tópico. En Francia, Portugal y España, equivale a salario mínimo; en Inglaterra, que no se recurra a fondos públicos; Francia y los Países Bajos requieren además, que sean permanentes y estables; Austria que los miembros de la familia estén cubiertos por los seguros sociales, etc.

#### j) Los tiempos de espera

Algunos países imponen un plazo de espera a la familia que pretende unirse. La duración de ese período varía, oscilando entre 1 año (Francia y España), 3 (Dinamarca) y 5 (Grecia). Otros no imponen plazos, pero sí un régimen de cuotas, lo que impone, en los hechos, tener que esperar períodos considerables (Austria).

#### k) La prueba del estado civil

El ejercicio de los derechos derivados de la libre circulación de los trabajadores no es posible sin la presentación de documentos probatorios del estado civil, documentos que normalmente son extendidos por el Estado de origen del trabajador. La cuestión a resolver es, entonces, si la aplicación de la regla nacional para la extensión de ese documento crea una restricción tal que, de hecho, se constituye en una violación al libre ejercicio de la libertad de circulación. Algunos casos resueltos por el TJUE dan pautas que pueden ser aplicadas.

Así por ej., en el caso Dafeki del 2/12/1997, el Tribunal de Justicia declaró: «En los procedimientos destinados a determinar los derechos a prestaciones sociales de un trabajador

<sup>50</sup> Grataloup, Sylvain, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, pág. 216.

<sup>51</sup> Grataloup, Sylvain, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, pág. 217.

migrante nacional comunitario, las instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado miembro *están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud*». En el caso, a la peticionante, una griega que trabajaba en Alemania, la autoridad germana le había negado la jubilación porque el certificado que presentó tenía la fecha de nacimiento modificada por una decisión judicial de su país, dictada en un procedimiento aplicable a supuestos en los que han desaparecido los archivos. De este modo, en el documento originario decía que había nacido en 1933, y en el corregido, en 1929. La señora pretendió acogerse a una jubilación anticipada, prevista para mujeres mayores de sesenta años; tenía esa edad según el certificado de modificación, pero no según el originario<sup>52</sup>. La decisión del tribunal implicó que las autoridades alemanas confirieran la pensión solicitada.

El tribunal ha afirmado que un Estado miembro no puede imponer restricciones probatorias discriminatorias para acreditar determinados requisitos. Por esta razón, entendió que Italia violaba

---

<sup>52</sup> La cuestión se planteó en estos términos: "El artículo 66 de la Ley relativa al estado de las personas de Alemania dispone que los documentos relativos al estado civil de las personas tienen, en materia de prueba, el mismo valor que los libros del Registro Civil; según el apartado 1 del artículo 60 de esta Ley, en caso de que ellos se lleven de modo adecuado, estos libros dan fe, en principio, de los matrimonios, nacimientos e indicaciones proporcionadas a este respecto. No obstante, esta presunción de exactitud admite prueba en contrario. Según la jurisprudencia y en opinión de la doctrina, el artículo 66 de la ley sólo se aplica a los documentos alemanes, pero no a los extranjeros, incluidos los relativos a rectificaciones ulteriores. De ello se deduce que, cuando las certificaciones se han expedido en otro país, no disfrutan de la presunción de exactitud, de forma que el tribunal al que se ha sometido el asunto procede al examen de los documentos que se le presentan según la regla de la libre apreciación de las pruebas. En el marco de ese examen el tribunal debe tener en cuenta una regla jurisprudencial que establece una presunción conforme a la cual, en caso de conflicto entre varios documentos sucesivos, el cronológicamente más próximo es el que, en general y si no existen otras pruebas suficientes, prevalece. Por tanto, en el presente asunto; el documento que prevalece es la primera certificación en extracto de la inscripción de nacimiento. El Sozialgericht Hamburg se pregunta si la aplicación de la norma de la libre apreciación de pruebas relativas al valor probatorio de las certificaciones de estado civil no es incompatible con el Derecho comunitario, especialmente con los artículos 48 y 51 del Tratado, en la medida en que constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. En efecto, si la Sra. Dafeki hubiera presentado documentos que emanaran del Registro Civil alemán, su fecha de nacimiento rectificada habría sido admitida sin más examen. El tribunal europeo entendió que las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro no están obligadas, en virtud del Derecho comunitario, a mantener la equivalencia entre las rectificaciones ulteriores de las certificaciones de estado civil efectuadas por las autoridades competentes de su propio Estado y las que emanen de las autoridades competentes de otro Estado miembro. No obstante, debe señalarse que no es posible ejercer los derechos derivados de la libre circulación de los trabajadores sin presentar documentos relativos al estado civil de las personas, que generalmente son expedidos por el Estado de origen del trabajador. De ello se deduce que las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro están obligadas a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud. En estas circunstancias, una norma nacional que establezca la presunción general y abstracta conforme a la cual, en caso de conflicto entre varios documentos sucesivos, prevalece el cronológicamente más próximo al acontecimiento que debe probarse, si no existen otras pruebas suficientes, no puede justificar la negativa a tener en cuenta una rectificación efectuada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

el derecho comunitario al limitar los medios de prueba que pueden ser propuestos y, en particular, al establecer que determinados documentos deben ser expedidos o visados por una autoridad de otro Estado miembro; en tan sentido, se entendió que ese país violaba la directiva 93/96 al exigir a los estudiantes (nacionales de otros Estados miembros que solicitaban el reconocimiento de su derecho de residencia y el de los miembros de su familia) que garantizaran a las autoridades italianas que disponían de recursos de una determinada cuantía sin permitirles claramente optar entre la declaración y cualquier otro medio equivalente<sup>53</sup>.

l) Carácter derivado de los derechos del familiar; las vicisitudes del matrimonio y el derecho al reagrupamiento.

El derecho a la movilidad territorial de los miembros de la familia es un derecho **derivado** del derecho originario del que es titular la persona que ejerce la libertad de circulación; es decir, en principio, no se mantiene en forma autónoma, ni se reconoce de manera independiente<sup>54</sup>.

Por eso, el TJUE ha dicho que el derecho al reagrupamiento familiar, en principio, sólo rige mientras la persona no comunitaria sea familiar; o sea, si el no comunitario se divorcia, o queda viudo, en principio cesa la libertad de circulación<sup>55</sup>. En otros términos, el divorcio presenta inconvenientes para el cónyuge que no es ciudadano de un Estado miembro y que, consecuentemente, no puede invocar un derecho independiente. Sin embargo, como el Estado no puede ejercer injerencias arbitrarias en la vida familiar, el derecho de residencia de la esposa del trabajador migrante debe ser reconocido aun cuando no convivan y ambos hayan manifestado su intención de divorciarse, *mientras no exista el correspondiente pronunciamiento por parte de la autoridad competente que disuelva el vínculo matrimonial*<sup>56</sup> (en el caso, un francés que trabajaba en Berlín estaba casado con una senegalesa; los esposos se habían separado de hecho y tenían intenciones de divorciarse; el *land* alemán le había negado a la mujer la renovación de su carta de residencia porque los esposos ya no vivían juntos; la decisión administrativa se consideró contraria al derecho comunitario por no existir sentencia de divorcio). En otros términos, el matrimonio no puede considerarse disuelto por el hecho de que los cónyuges vivan separados. La sentencia también es significativa porque afirma que teniendo en cuenta el contexto y la finalidad perseguida, la disposición no puede ser interpretada con criterio restrictivo. Un autor entiende que del caso *Diatta*, que acabo de relatar, se deriva que no es requisito del

<sup>53</sup> 25/5/2000, Comisión de las Comunidades Europeas c/ República Italiana, en Boletín Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera instancia de las comunidades europeas, n° 1 6/00, 22/5/2000.

<sup>54</sup> Lirola Delgado, Isabel, Libre circulación de personas y Unión Europea, Madrid, Civitas, 1994, pág. 156.

<sup>55</sup> Ver Lirola Delgado, María, Libre circulación de personas y Unión Europea, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, 1994, pág. 155.

<sup>56</sup> *Diatta c/ Land de Berlin* (13/2/1985), relatado por Lundström, Karin, Family life and the freedom of movement of workers in the European Union, en International Journal of Law, Policy and the Family, vol. 10, n° 3, 1996, pág. 254, por Emmert, Frank, The Family Policy of the European Community, en Homosexuality. A European Community Issue, Netherlands, M.Nijhoff Publishers, 1993, pág. 372 y por Gaudemet-Tallon, Hélène, La famille face au droit communautaire, pág. 90. La sentencia está reproducida, resumida, en Mengozzi, Paolo, Casi e materiali di Diritto Comunitario, Padova, Cedam, 1994, pág. 435.

derecho al reagrupamiento que el miembro de la familia del trabajador habite permanentemente en la vivienda de éste. Por eso, claramente, la separación no hace cesar el derecho. Reconoce, sin embargo, que las expresiones utilizadas parecerían inducir, *a contrario sensu*, que si el divorcio se declaró, si el matrimonio está disuelto también se extingue el derecho. Y se pregunta: si esto es así para el divorcio, ¿No lo es para la viuda? Si la respuesta es afirmativa, ¿No es una solución demasiado cruel para el sobreviviente?<sup>57</sup>.

### 1) Límites

Los Estados miembros pueden imponer límites al ejercicio de los derechos de entrada y residencia de los miembros de la familia por razones de orden público, seguridad interior o salud pública.

En este sentido, el TJUE ha dicho que al momento de fijar las condiciones de concesión de una autorización de residencia por tiempo indefinido en su territorio, los Estados miembros pueden tener en cuenta las diferencias *objetivas* existentes entre sus propios nacionales y los de los demás Estados miembros. Por lo tanto, entendió que no constituye una discriminación contraria a la norma comunitaria relativa a la libre circulación de los trabajadores una disposición inglesa que para solicitar una autorización de residencia por tiempo indefinido exige al cónyuge de trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, que haya residido durante *cuatro años* en el territorio de dicho Estado miembro, mientras que impone una obligación de residencia de tan solo doce meses a los cónyuges de personas establecidas en el citado territorio<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Fallon, Marc, *Droit familial et droit des Communautés européennes*, Rev. Trim. de Droit Familial, 1998/3 pág. 387.

<sup>58</sup> TJUE, 11/4/2000, Arben Kaba c/ Secretary of State for the Home Department. Los hechos eran los siguientes: El 4/5/1994, el Sr. Kaba, originario de Yugoslavia, contrajo matrimonio con la Srta. Virginie Michonneau, nacional francesa, a la que había conocido en 1993 cuando trabajaba en el Reino Unido. Ambos vivieron juntos desde que contrajeron matrimonio. La Sra. Michonneau, que volvió provisionalmente a Francia, regresó al Reino Unido en enero de 1994 como solicitante de empleo y encontró trabajo en abril de 1994. En noviembre de 1994, obtuvo un permiso de residencia de cinco años válido hasta el 2 de noviembre de 1999. El Sr. Kaba obtuvo una autorización de residencia en el territorio del Reino Unido durante el mismo período, en calidad de cónyuge de una nacional comunitaria que ejerce en el Reino Unido los derechos que le reconoce el Tratado CE. Esa autorización estaba basada en el artículo 4, apartado 4, de 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 que dispone: «Cuando un miembro de la familia no posea la nacionalidad de un Estado miembro, se le expedirá un documento de estancia que habrá de tener la misma validez que el expedido al trabajador de quien dependa».

El 23 de enero de 1996, el Sr. Kaba presentó una solicitud de autorización de residencia por tiempo indefinido en el territorio del Reino Unido.

Su solicitud fue denegada por la Secretary of State for the Home Department de 9 de septiembre de 1996 porque el Sr. Kaba no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 255 de las Immigration Rules, ya que su esposa residía tan sólo desde hacía un año y diez meses en el Reino Unido. La pregunta del organismo inglés al tribunal europeo fue: El requisito impuesto a los cónyuges de nacionales comunitarios de haber residido en el Reino Unido durante cuatro años para poder presentar una solicitud de autorización de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido y para que dicha solicitud se tramite (véase el artículo 255 de las United Kingdom Immigration Rules, House of Commons Paper 395), frente al requisito de doce meses de residencia para poder presentar dicha solicitud exigido a los nacionales británicos y a los cónyuges de las personas residentes y establecidas en el Reino Unido (artículo 287 de las United Kingdom Immigration Rules, House of Commons Paper 395), ¿constituye una discriminación ilegal contraria al artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n. 1612/68?».

Un resumen de la sentencia puede verse en Boletín Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera instancia de las comunidades europeas, n° 13/00, 10/14/4, y en Comunidad Europea, año XXVII, n° 7 pág. 46.

II) Efectos del derecho al reagrupamiento familiar, especialmente en el derecho de la seguridad social y en el régimen fiscal

El Art. 7 del reglamento 1612/68 establece que en el territorio de otros Estados miembros, *el trabajador nacional de un Estado miembro se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales*. Esta fórmula está directamente relacionada con el principio fundamental de no discriminación entre trabajadores comunitarios. Estas ventajas sociales comprenden todas las circunstancias beneficiosas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los nacionales por razón de su condición objetiva de trabajador. En tal sentido, el TJUE ha dicho que el “trabajador comunitario asalariado debe estar *integrado en la vida social* del país de acogida”<sup>59</sup>.

Sin embargo, la aplicación de la norma no está exenta de inconvenientes: desde finales del siglo pasado, el problema de ofrecer seguridad social a los trabajadores inmigrantes ha crecido junto al problema mismo de la seguridad social<sup>60</sup>.

Más allá de estas dificultades, interesa señalar que la familia del trabajador migrante está beneficiada por la libre circulación en diversos ámbitos. Así por ej.,

- En el caso *Casagrande* del 3/7/1984, el Tribunal resolvió que es contraria al derecho comunitario, por trato discriminatorio, una reglamentación por la cual se exigía la calidad de ciudadano alemán para ser beneficiario de una beca para ingresar a los colegios secundarios de Baviera; en el caso, quien peticionaba la beca era el hijo de un trabajador italiano que vivía en Alemania. El tribunal afirmó que “los hijos de un nacional de un Estado miembro que es o ha sido empleado en el territorio de otro Estado miembro tiene derecho a ser admitido en los cursos de enseñanza en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida”<sup>61</sup>.

- En el mismo sentido se ha decidido que viola el principio de igualdad una disposición belga que exige, para que los jóvenes trabajadores en busca de su primer empleo sean beneficiarios de los llamados “*subsídios de espera*”, que hayan terminado sus estudios secundarios en un centro docente subvencionado o reconocido por el Estado belga (o por una de sus Comunidades). El tribunal entendió que en el caso había una discriminación indirecta pues el requisito es más fácil de cumplir por un belga que por el hijo del trabajador migrante, porque implica un período de residencia en el país<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Reig Fabado, Isabel, comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas del 12/5/1998 en el asunto C-85/96, en Rev. General del Derecho n° 649/650, Octubre-Nov. de 1998, pág. 12.920.

<sup>60</sup> Holloway, citado por Reig Fabado, Isabel, comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas del 12/5/1998 en el asunto C-85/96, en Rev. General del Derecho n° 649/650, Octubre-Nov. de 1998, pág. 12.926.

<sup>61</sup> El fallo puede compulsarse en López Garrido, Diego, Código de la Comunidad Europea, Madrid, Eurojuris, 1992, t. II pág. 1246.

<sup>62</sup> TJCE 12/9/1996, asunto C-2787/94, Rev. Comunidad europea, año XXIII n° 12, Diciembre 1996, pág. 59..

- Con igual criterio, en sentencia del 12/5/1998, en el caso *María Martínez Sala v/ Freistaat Bayern*, se resolvió que es contrario al derecho comunitario que un Estado miembro exija un documento de residencia para la concesión de una ayuda para la educación, si a los nacionales sólo les exige tener domicilio o residencia habitual en el Estado miembro. La plataforma fáctica de la sentencia es la siguiente: María Martínez Sala, de nacionalidad española, reside en Alemania. Realizó en ese país diversas actividades asalariadas no continuadas durante los años 1976 a 1989. Durante todo ese tiempo, recibió diversas prestaciones de asistencia social; hasta 1984 fue poseedora de diversos y sucesivos permisos de residencia. En 1994 le fue concedido un permiso de residencia por un año que fue prorrogado por un año más. En 1993, o sea, cuando carecía de permiso de residencia, la Sra. Martínez solicitó una “*prestación por crianza*” en favor de su hija, nacida en enero de ese mismo año. Le fue denegado por la autoridad alemana argumentando que, al momento de la solicitud, la requirente no tenía nacionalidad alemana ni permiso de residencia. El tribunal Europeo consideró que esa normativa era contraria al derecho comunitario. La parte dispositiva de la sentencia dice concretamente: *El Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro exija a los nacionales de los demás Estados miembros autorizados a residir en su territorio que presenten un título de residencia debidamente expedido por la Administración nacional para poder percibir una prestación por crianza, mientras que sus propios nacionales únicamente están obligados a tener su domicilio o su lugar de residencia habitual en ese Estado miembro*<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> La ley alemana relativa a la concesión de prestaciones y permisos de crianza de 1985, modificada en los años 1989 y 1990 dispone que puede solicitar una prestación por crianza cualquier persona que: 1) tenga su domicilio o su residencia habitual en el ámbito de aplicación territorial de esta Ley, 2) tenga en su familia un hijo a cargo, 3) se ocupe del cuidado y de la educación de este hijo y 4) no ejerza actividad ni profesión en jornada completa. Esa ley también dispone que «todo extranjero que desee percibir la prestación deberá estar en posesión de un permiso de estancia o un permiso de residencia».

Según jurisprudencia alemana reiterada, sólo quien presenta un documento expedido por las autoridades de extranjería que acredite debidamente el derecho de residencia desde el principio del período de prestación está «en posesión» de un permiso de estancia; la mera certificación de que se ha presentado la solicitud de un permiso de residencia y que, por lo tanto, la estancia está autorizada, no basta para considerar que la persona de que se trate está en posesión de un permiso de estancia en el sentido de la citada disposición.

Mediante resolución de 21 de enero de 1993 el Freistaat Bayern desestimó la solicitud debido a que la interesada no poseía ni la nacionalidad alemana, ni un permiso de estancia ni un permiso de residencia. La pregunta del órgano alemán al comunitario fue: Es acorde con el Derecho de la Unión Europea que se exija a los nacionales de un Estado miembro para la concesión de la prestación de crianza que estén en posesión de un permiso de residencia debidamente expedido, aunque su estancia en Alemania sea legal?». La decisión ha merecido diversos comentarios. Puede compulsarse Reig Fabado, Isabel, comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas del 12/5/1998 en el asunto C-85/96, en Rev. General del Derecho n° 649/650, Octubre-Nov. de 1998, pág. 12.921 y ss. El fallo también es comentado por O'Leary, Siofra, *Employment and residence for turkish workers and their families: analogies with the case-law of the Court of Justice on article 48 EC*, en Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Milano, ed. Giuffrè, 1998, t. II pág. 759.

– La extensión de la protección a la familia del trabajador alcanza también al momento de la muerte. En efecto, la sentencia del TJUE del 23/5/1996 resolvió que es contraria a la directiva comunitaria relativa a la libre circulación de los trabajadores, una disposición inglesa que supedita la concesión de una prestación que cubre los gastos de sepelio soportados por un trabajador migrante al requisito de que la inhumación o la incineración haya tenido lugar en el territorio del Estado miembro cuya legislación prevé la concesión de dicha prestación. En el caso, el hijo de un irlandés que vivía en el Reino Unido, falleció en el Reino Unido pero lo enterraron en Irlanda. El organismo de la seguridad social se negaba a pagar los gastos de inhumación pero la decisión debió ser modificada por su contrariedad con el derecho comunitario.

– El derecho al reagrupamiento familiar también ha permitido fundar la exención del visado para trasladar la residencia a España. En el caso, se tuvo en consideración que el recurrente, de nacionalidad marroquí, pretendía reunirse y convivir con su esposa, de igual nacionalidad, que ya disfrutaba de permiso de trabajo y residencia en España. El tribunal entendió que enfrentaba un supuesto de reagrupamiento familiar excepcional, expresamente incluido en la normativa migratoria emanada de la Administración como uno de los casos en que puede eximirse de la obligación general de visado<sup>64</sup>.

## 8. El reagrupamiento familiar y los terceros no integrantes de la comunidad europea. Las políticas inmigratorias. El trabajador proveniente de un país que tolera la poligamia

El reagrupamiento familiar representa uno de los aspectos más controvertidos, pero al mismo tiempo de tratamiento ineludible, de la normativa relativa a la inmigración.

Un problema adicional presenta el trabajador que proviene de un país que tolera la poligamia; su derecho a la familia ha hecho escribir en la propaganda xenófoba la frase “Tomamos uno, llegan diez” (*Ne prendiamo uno, ne arrivano dieci*)<sup>65</sup>.

El reglamento 1620 de 1986 se refiere al *cónyuge* (en singular). No podría ser de otro modo, ya que este reglamento regula el reagrupamiento familiar entre comunitarios, y en todos los países de la Unión la poligamia está prohibida. Pero si el país de origen acepta la poligamia, ¿Puede el trabajador pedir el reagrupamiento familiar con sus cuatro esposas? Si trajo a una, puede reclamar que se le permita ingresar la segunda, la tercera o la cuarta?

Al comienzo, entre jueces y autoridad administrativa por un lado, y doctrina por el otro, existía una brecha ideológica. Para los comentaristas, benévulos y aperturistas, el reagrupamiento con una pluralidad de esposas debe ser analizado como una unión de hecho y, consecuentemente, autorizar el ingreso si se dan los elementos requeridos para la

<sup>64</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 23/1/1998, en Rev. General del Derecho, año LIV, n° 645, Junio de 1998, pág. 7883

<sup>65</sup> Galoppini, Annamaria, Ricongiungimento familiare e poligamia, en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 2000, pág. 739.

unión extramatrimonial heterosexual. La autoridad administrativa y el juez, en cambio, impedían el ingreso de más de una “rama”. El hombre medio de la sociedad europea acompañó la posición del poder administrador; entiende que una costumbre que mantiene una visión paternalista de la familia y que da al hombre la posibilidad de repudiar a la esposa vulnera el orden público interno del país y, consecuentemente, no tiene por qué ser merecedora del otorgamiento de derechos que, finalmente, recaen sobre el sistema de la seguridad social.

Sin embargo, más recientemente, el Consejo de Estado francés resolvió que no puede rechazarse el permiso de estadía de la segunda esposa de un extranjero polígamo con fundamento en que se viola el orden público interno. Entendió que este derecho se rige por la ley personal y, consecuentemente, no puede ser rechazado por mera aplicación de la ley francesa. Aclaro que aunque la autoridad no impidió el reagrupamiento, puso un valladar a la adquisición de la ciudadanía francesa por naturalización; para ello, argumentó que el mantenimiento de esta costumbre puede llegar a ser manifestación clara de un defecto de asimilación. Obviamente, la tendencia doctrinal aperturista criticó la última parte de la solución, considerándola violatoria del derecho a la vida íntima, expresamente previsto en el Art. 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

## **9. Una nueva política comunitaria frente al trabajador no comunitario que emigra a la Unión Europea**

### **a) Preliminares**

Hasta el momento de la redacción de este trabajo, el Derecho comunitario no contiene normas vigentes sobre reagrupamiento familiar de los nacionales de terceros países, ni de los refugiados, ni de otras categorías de emigrantes. Sin embargo, el reagrupamiento familiar figuró como tema prioritario del “Programa para la armonización de las políticas de inmigración”, adoptado por los Ministros responsables de la inmigración y ratificado por el Consejo Europeo de Maastricht de 1991.

En Septiembre del año 2000, el pleno del Parlamento Europeo dio el visto bueno a la Directiva que establecerá para el año 2002 criterios mínimos para el reagrupamiento familiar de los inmigrantes en la Unión Europea. Votó en contra el Grupo Popular Europeo y otras formaciones conservadoras. La propuesta se aprobó por 327 votos a favor, 212 en contra y 33 abstenciones. Los que rechazaron la propuesta se opusieron porque el proyecto extiende la noción de familia a los ascendientes (padres y abuelos del inmigrante) y a las parejas de hecho. La directiva, que aún debe ser respaldadas por los ministros del interior, reconoce el derecho de reunificación familiar de la pareja, casada o de hecho, siempre que la legislación del Estado miembro asimile la situación de ambos tipos de pareja. No obstante, el derecho al reagrupamiento puede rechazarse por motivos de orden público, seguridad o salud pública. Pero en ese caso, el país que rechaza deberá motivar



detalladamente la decisión, siendo insuficiente invocar la causa genérica. La resolución denegatoria es recurrible<sup>66</sup>.

Me interesa resaltar, en primer lugar, que este proyecto contempla no sólo al trabajador migrante de países terceros, sino también el derecho de ciudadanos de la unión que no ejercen su derecho a la libre circulación.

Intentaré analizar esta propuesta, según la última modificación producida el 27/2/2001. Ruego al lector que compare las soluciones con las que he señalado en los puntos anteriores para los nacionales intracomunitarios o de países con los cuales Europa tiene suscrito convenios especiales.

#### b) Fundamentos y fines

En definitiva, la propuesta de directiva promueve una política común de inmigración. La Exposición de Motivos menciona específicamente la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de 1977 e insiste en la necesidad de armonizar las reglas sobre entrada y residencia de nacionales de terceros países en los Estados miembros. Se persigue garantizar la seguridad jurídica de los nacionales de terceros países, que de este modo podrán disfrutar de condiciones de reagrupamiento muy similares, cualquiera sea el Estado miembro que les haya admitido. Además, se intenta reducir el riesgo de que la elección del Estado se funde en las condiciones más favorables que un país pueda ofrecerle, generando de este modo diferencias entre los países de la Unión.

#### c) Elementos a tener en cuenta para armonizar

Las normas internas deben considerar especialmente:

- La capacidad de acogida del Estado miembro
- Los vínculos históricos y culturales con el país de origen del trabajador.

#### d) Rechazo a la política de inmigración "cero"

La propuesta de directiva implica rechazar de plano la política conocida como "inmigración cero". Esta política, llevada a cabo en otros tiempos por países europeos, no es ni realista ni oportuna por las siguientes razones:

- Al poco tiempo de instalarse, debieron abrirse algunos canales, como por ej., el reagrupamiento familiar
- Determinados sectores son deficitarios de mano de obra, siendo necesario traer inmigrantes.

<sup>66</sup> Noticia aparecida en Noticiario Jurídico Aranzadi, año II n° 79, 28/9/2000, pág. 2.

- Los Estados europeos no desean prescindir de su apertura al mundo, en particular a través del mantenimiento de relaciones privilegiadas con determinados países terceros.

- Factores demográficos, como el envejecimiento de la población europea, obligan a un cierto margen de apertura.

- Es necesario compatibilizar todos los intereses en juego. Es verdad que la tasa de desempleo es alta, pero los flujos inmigratorios no deben de terminarse exclusivamente por razones de orden económico, sino también por factores sociales, culturales o históricos.

#### e) Sujetos beneficiados

- El Art. 5 del proyecto se refiere al *cónyuge* del reagrupante o a su *pareja de hecho*, incluida la pareja del mismo sexo, pero se aplica solamente en aquellos Estados miembros cuyo sistema jurídico asimile la situación de las parejas de hecho a las casadas. Por eso, esta norma no obliga a los países a armonizar en favor de la pareja de hecho sino que sólo permite aplicar el principio de igualdad de trato. Con el fin de evitar abusos, se exige que la pareja de hecho esté vinculada por una relación duradera, lo que puede demostrarse mediante la prueba de la cohabitación o testimonios fidedignos. Aplica, de este modo, la doctrina del caso *Reed*: un Estado miembro que permite a sus propios nacionales obtener que su pareja de hecho nacional de otro Estado miembro resida en su territorio, no puede rechazar estas ventajas a los trabajadores migrantes, nacionales de otros Estados miembros.

- En cuanto a los hijos, no se hace ninguna distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Si se trata de niños adoptados, la adopción debe ser reconocida conforme las normas de Derecho Internacional privado. La entrada de "*niños confiados*" según algunas costumbres, no es posible, salvo si la autoridad competente del Estado miembro reconoce que estas costumbres producen los mismos efectos que la adopción.

Los hijos de uno de los *cónyuges* o de la pareja de hecho, entran también en la categoría de personas que pueden reagruparse. No obstante, el *cónyuge* o la pareja de hecho que pide el reagrupamiento debe tener un derecho de custodia efectivo de estos hijos y tenerlos a su cargo. Si el derecho de custodia está compartido, se requiere la autorización del otro progenitor. Esta norma permite evitar que el reagrupamiento anule, de hecho, el derecho de custodia del otro progenitor.

En principio, debe tratarse de hijos menores de edad, que no estén casados. También se comprenden a los hijos mayores de edad en los supuestos en que necesiten de cuidados y de apoyo material y emocional de su familia (por ej., debido a una minusvalía grave).

- Se admiten los parientes colaterales sólo cuando se trata de menores que no tienen padres, o cuando es imposible encontrarlos.

- El problema de los matrimonios polígamos se explica de la siguiente manera: en general, no son compatibles con los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; sin embargo, en la medida que estos matrimonios se han contraído válidamente en un tercer país, conviene tener en cuenta algunos de sus efectos; prohibir el reagrupamiento de modo absoluto equivaldría a privar al *cónyuge* residente en un

Estado miembro de la posibilidad de llevar una vida familiar. Por lo tanto, se prohíbe el reagrupamiento familiar de varios cónyuges, pero se consiente el reagrupamiento de una esposa y sus hijos. El reagrupamiento de los hijos de una segunda esposa es posible sólo cuando el interés del hijo prevalece sobre otras exigencias, por ej., en caso de muerte de la madre biológica.

- Los extranjeros estudiantes también tienen derecho a la vida familiar. Pero el derecho al reagrupamiento no comprende los ascendientes, sino sólo el cónyuge o la pareja de hecho, los hijos menores de edad y los hijos mayores dependientes. Se tiene en cuenta que la residencia del estudiante dura un período limitado.

#### f) Normas de procedimiento

Los Estados tienen poder discrecional para decidir acerca de la entrada y residencia de los nacionales de terceros países cuando están en juego razones de orden público, seguridad interior y salud pública. No obstante, esa discrecionalidad no es ilimitada y es necesaria cierta transparencia. Las razones de orden público, seguridad interior y salud pública deben delimitarse y estar motivadas.

Las razones de orden público o seguridad deben fundarse, exclusivamente, en el comportamiento *personal* del miembro de la familia al que se aplique la norma restrictiva. Esta regla no exime a los Estados de la obligación de efectuar el examen de *proporcionalidad* entre la gravedad de los hechos alegados y la obligación de respeto del derecho al reagrupamiento familiar.

#### g) Requisitos

Se puede imponer como recaudo tener una vivienda adecuada, mas el requisito no puede ser discriminatorio. Los criterios relativos al tamaño o a las normas sanitarias y de seguridad no pueden ser más estrictos que cuando se trata de una vivienda habitada, en la misma región, por una familia nacional comparable desde el punto de vista del número de personas y de la situación social.

También puede exigirse que tenga un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos. Este requisito tiene por finalidad que la persona no se convierta en una carga para la seguridad social del país de recepción.

Los recursos estables y suficientes exigidos como garantía de que el reagrupante está en condiciones de subvenir a las necesidades de su familia no puede ser superior al salario mínimo garantizado por el Estado.

Se admite que los Estados fijen un plazo de espera, pero no puede ser superior a un año. El plazo tampoco es exigible si se trata de un refugiado.

## h) Efectos

Todos los miembros de la familia se benefician del acceso a la educación, que incluye no sólo el acceso a la enseñanza general, primaria y secundaria, sino también el acceso a enseñanzas especializadas y a los estudios universitarios, en las mismas condiciones que los nacionales.

El acceso a un estatuto *autónomo* permite a los miembros de la familia no depender ya del permiso de residencia del reagrupante; si el reagrupante deja el Estado miembro de residencia, o se rompen los lazos familiares, los Estados miembros no pueden retirar el permiso de residencia de los miembros de la familia nuclear. El permiso de residencia autónomo se concede, como máximo, después de cuatro años de residencia.

La muerte, separación, divorcio autoriza a los miembros de la familia a presentar una solicitud de estatuto autónomo antes del vencimiento de los cuatro años. Después de un año de residencia y cuando el solicitante se encuentre en una situación especialmente difícil, los Estados miembros tienen la obligación de conceder un permiso de residencia autónomo. Se trata de una disposición que no está prevista en el derecho comunitario existente y cuya finalidad es proteger a las mujeres víctimas de violencia familiar, que no pueden ser penalizadas con la retirada de su permiso de residencia si deciden dejar su hogar; también protege a las mujeres viudas, divorciadas o repudiadas que se encontrarían en situaciones especialmente dolorosas si se vieran obligadas a volver a su país de origen.

La propuesta contiene normas sobre matrimonios fraudulentos, simulados, adopciones y reconocimientos simulados o fraudulentos, etc. No obstante, los controles destinados a luchar contra los abusos no pueden implicar una intromisión arbitraria de las autoridades públicas en la vida privada y familiar, por lo que no pueden ser sistemáticos; se efectúan cuando existe una presunción fundada de ilegalidad.

---

## 10. Breves líneas conclusivas

Como surge de lo informado en estas líneas, pese a las dificultades económicas por las que pasan todos los países, Europa marca un camino jalonado por medidas concretas en pro del mejoramiento de las relaciones familiares; no se trata de meras declaraciones, sino de instrumentos eficientes para evitar la dispersión familiar. Ojalá el Mercosur comience a caminar por el mismo rumbo.