

MEMORANDO OPEX Nº 149/2010

AUTORA: CRISTINA J. GORTÁZAR ROTAECHE, Titular de la Cátedra Jean Monnet sobre Derecho de Inmigración y Asilo en la UE. Directora del Instituto Universitario de estudios sobre Migraciones. Profesora Ordinaria de Derecho Internacional Público. Universidad Pontificia Comillas.

PARA: OPEX **FECHA:** 21/10/2010

ASUNTO: UNIÓN EUROPEA: LA MEDIDA DE EXPULSIÓN COMO EXCEPCIÓN AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE CIUDADANOS DE LA UE

Área: Unión Europea

Coordinadora: Raquel Montes

www.falternativas.org/opex

Depósito Legal: M-54881-2008

ISSN: 1989-2845



Director: Nicolás Sartorius

Subdirector: Vicente Palacio

Coordinadores de Área: Mario Esteban (Asia-Pacífico); Rafael Bustos (Magreb-Oriente Medio); Raquel Montes (Unión Europea); Manuel de la Rocha Vázquez (Economía Internacional y África Subsahariana); Vicente Palacio (Relaciones Transatlánticas); Luis Simon (Seguridad y Defensa); Katty Cascante (Cooperación al desarrollo); Érika M. Rodríguez Pinzón (América Latina).

Introducción

El pasado 16 de septiembre se producía una situación sin precedentes de abierta tensión entre el Presidente de Francia, Nicolás Sarkozy, y el Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso. Los intercambios verbales más duros tenían lugar entre el Presidente francés y la Comisaria de Justicia, Viviane Reding.

El conflicto arrancaba a propósito de las expulsiones de gitanos rumanos (y búlgaros) a las que había procedido Francia desde el pasado mes de agosto y que habían disparado las alarmas sobre el posible incumplimiento por Francia del Derecho comunitario sobre libre circulación de ciudadanos de la UE.

La Comisión Europea, finalmente, pedía a Francia que enviara documentación detallada sobre el *statu quo* del Derecho francés en cuanto a la correcta transposición de la principal normativa comunitaria en la materia (Directiva 2004/38/CE), así como sobre cualquier propuesta de modificación del citado Derecho interno francés para el supuesto de que las normas de la UE no se hubieran transpuesto aún correctamente. La Comisión requería dicha información para antes de las doce de la noche del 15 de octubre de 2010 y, en consecuencia, proceder -o no proceder- a presentar un recurso de infracción contra Francia ante el Tribunal de Justicia de la UE.

Pocas horas antes de terminar el ultimátum que la Comisión Europea había dado a Francia, Matthew Newman, portavoz de la Comisión para asuntos de justicia y derechos fundamentales de los ciudadanos, declaraba que se había recibido la documentación y que se procedería a su estudio durante los días 16 y 17 de octubre por parte de juristas especialistas¹.

El dossier francés presentado a la Comisión contiene una propuesta de modificación legislativa para incluir las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE en la que se especifican los requisitos procedimentales y las garantías que debe reunir cualquier expulsión de un ciudadano de la UE: dichas estipulaciones se incluirán en un proyecto de ley de inmigración ya existente en Francia, cuyo texto llegará al Senado francés a final de 2010 o primeros de 2011.

¹ http://www.lemonde.fr/depeches/2010/10/15/roms-vers-un-armistice-entre-la-france-et-la-commission-europeenne_3214_236_43633848.html

Todo parece indicar que estos acontecimientos y su posterior puesta en práctica podrían conducir a los comisarios europeos a renunciar al procedimiento de infracción contra Francia ante el Tribunal de Justicia de la UE².

Sin embargo, quizá sea este el momento idóneo para presentar sucintamente en qué consiste el derecho de libre circulación de los ciudadanos de la UE tal y cómo lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El derecho de libre circulación de los ciudadanos de la UE

Aunque el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 establece entre sus principales objetivos alcanzar la libre circulación de mano de obra entre los estados parte (entonces seis); sólo en la década de los ochenta se comienza la marcha hacia un verdadero mercado único en el que mercancías, servicios, capitales y personas se puedan mover sin obstáculo alguno. Principal impulsor de este fin es J. Delors, antiguo ministro de economía francés, nombrado presidente de la Comisión Europea en 1985 y para muchos el mejor presidente de dicha institución hasta nuestros días

Poco después el Acta Única Europea (firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia) propone para el 1 de enero de 1993 la remoción de todas las barreras, físicas, técnicas y fiscales que impidan el establecimiento de un mercado interior en el que mercancías, servicios capitales y personas³ circulen libremente.

Así, para cuando en 1992 se celebra el Tratado de Maastricht, la libertad de circulación, residencia y trabajo a través del territorio de los diferentes estados miembros, constituye el núcleo duro de la ciudadanía europea que crea dicho tratado. Por su parte, el Tratado de Ámsterdam (1997), convierte la libre circulación de personas en la razón de ser del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que decide establecer. Por fin, el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, consolida dicho Espacio de

² http://www.lemonde.fr/depeches/2010/10/16/roms-positif-que-la-france-reponde-mais-il-faut-analyser-sa-reponse-reding_3214_236_43634953.html

³ A pesar de la denominación, el Derecho comunitario nunca ha reconocido la libre circulación de las personas con independencia total de su capacidad o independencia económica. Por otra parte, tampoco –salvo de manera restringida y para supuestos concretos- ha viabilizado la libre circulación de personas que no sean ciudadanos de la UE.

Libertad, Seguridad y Justicia y refuerza la legitimidad democrática de la UE⁴. Sin embargo, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no se modifican apenas los artículos 39 y siguientes del Tratado de la Comunidad Europea relativos a la libre circulación de trabajadores, los cuales pasan a ser los artículos 45 y siguientes del Tratado de Funcionamiento⁵. La libre circulación de trabajadores se recoge en el artículo 45 del citado tratado, el cual:

- elimina toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto *al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*¹ ;
- recoge expresamente *los derechos de desplazamiento, residencia y permanencia de los trabajadores comunitarios*;
- excluye la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Administración pública⁶;
- 1
- y, lo que aquí y ahora más nos importa, permite a los estados *miembros limitar la libre circulación por razones de orden público, seguridad pública o salud pública*.

El derecho comunitario derivado⁷ desarrolla el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE distinguiendo entre estancias inferiores y superiores a tres meses. Para periodos inferiores a tres meses, la única formalidad que se requiere de un ciudadano de la Unión consiste en estar en posesión de un documento de identidad o de un pasaporte válido.

⁴ Entre otras acciones dirigidas a tal fin, cabe citar las siguientes: se dota de carácter jurídico-vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; se aumentan significativamente las materias sometidas a procedimiento de co-decisión entre Consejo y Parlamento; se otorga un papel reforzado del Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales y se amplía la competencia del Tribunal de Justicia.

⁵ Tras el Tratado de Lisboa, el Tratado de La Comunidad Europea pasa denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁶ Aunque dicha limitación ha sido fuertemente matizada por el Tribunal de Justicia y por el Derecho comunitario derivado.

⁷ La Directiva 2004/38/CE (que modifica el RTO 1612/68 y deroga nueve directivas), establece que la ciudadanía de la Unión debe ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia. Anteriormente, existían diversos instrumentos comunitarios que trataban separadamente los casos de los trabajadores asalariados y autónomos, estudiantes, jubilados y rentistas.

En la actualidad existe una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión en tramitación, la cual pretende codificar y clarificar toda la normativa vigente de desarrollo sobre dicho derecho de libre circulación. Bruselas, 5.5.2010; COM (2010)204 final; 2010/0110 (COD).

Sin embargo, el derecho de residencia para un período superior a tres meses está sujeto a una de las siguientes condiciones:

-ejercer una *actividad económica por cuenta ajena o propia*;

-disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad con el fin de no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro anfitrión;

-o ser miembro de la familia⁸ de un ciudadano de la Unión que reúna alguna de las condiciones anteriores (cualquiera que sea su nacionalidad: comunitaria o extracomunitaria).

Además, los ciudadanos de la UE (y sus familiares, comunitarios o extracomunitarios) adquieren el derecho de residencia permanente en el Estado miembro de acogida después de haber residido en él legalmente durante un período interrumpido de cinco años, siempre que no se haya dictado ninguna resolución de expulsión. Este derecho de residencia permanente ya no se encuentra sujeto a ninguna condición y únicamente se pierde en caso de ausencia del Estado miembro de acogida durante un período superior a dos años consecutivos.

La expulsión como medida de excepción al derecho de libre circulación de los ciudadanos de la UE

Como he mencionado, el art 45 del Tratado de funcionamiento de la UE permite a los estados miembros limitar la libre circulación por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

El Tribunal de Justicia ha limitado esta excepción a través de una reiterada jurisprudencia⁹ sobre la cual y en favor de concisión cabe decir, al menos, que:

⁸ La Directiva 2004/38/CE ha modificado el Reglamento (CEE) n° 1612/68 ampliando la definición de "miembro de la familia" (que anteriormente se limitaba al cónyuge, los descendientes menores de 21 años o hijos dependientes, así como los ascendientes a su cargo) para incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio. Es preciso insistir en que la nacionalidad extracomunitaria del familiar es intrascendente.

⁹ Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, *Roland Rutili v. Ministre de l'Interieur*; Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *the Queen v. Pierre Bouchereau*; Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, asunto conjunto 115 y 116/81, *Rezguia Adoui* contra el Estado belga y *Villa de*

- las restricciones a la libertad de circulación y de residencia deben estar fundamentadas en el *comportamiento personal del individuo* al que se apliquen;
- la existencia de *condenas penales no justifica de forma automática* tales medidas;
- el comportamiento de la persona a que se decide expulsar deberá representar *una amenaza lo suficientemente grave y real que afecte a los intereses fundamentales del Estado*;
- antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá valorar una serie de elementos como la *duración de la estancia del interesado, su edad, su estado de salud, su integración social, su situación familiar en el país de acogida y los vínculos que mantiene con el país de origen*;
- en ningún caso se podrá adoptar una medida de exclusión del territorio vitalicia *el ciudadano de la UE expulsado podrá presentar una solicitud de revisión de su situación después de un plazo máximo de tres años*.

Con respecto a la libre circulación de los trabajadores ciudadanos de los estados miembros de más reciente incorporación, es preciso recordar que durante un período transitorio de hasta siete años tras la adhesión cabe aplicar restricciones a la libre circulación de trabajadores: en el caso de Bulgaria y Rumanía, el periodo transitorio comenzó el 1 de enero de 2007 (fecha de su incorporación), y puede extenderse hasta el 31 de diciembre de 2013.

Las expulsiones de nacionales rumanos por parte de Francia

Recapitulando: el derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE están limitado por la condición de ejercer una actividad económica o tener medios demostrables de subsistencia. Además, los estados miembros podrán limitar su ejercicio por razones de orden público, seguridad y salud pública, aunque dichos conceptos están sujetos al control judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y han de cumplir los requisitos que ésta ha ido estableciendo.

Liège y Dominique Cornuaille contra el Estado belga; Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1999, asunto C-348/96, asunto de *Donatella Calfa*.

Cuestión diferente es que los Estados tienen prohibidas las expulsiones colectivas, no sólo por el Derecho internacional público sino más específicamente por el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Asimismo, como era de esperar, está prohibida cualquier tipo de discriminación por orígenes étnicos (artículo 21 de dicha Carta).

Francia niega que haya procedido a expulsiones colectivas y afirma que está siguiendo procedimientos individuales que respetan los derechos de recurso de los afectados, y que sus autoridades respetan el principio de no discriminación por razones étnicas. Sin embargo, la propuesta francesa de modificación de su legislación interna en orden a mostrar una mejor y mayor aceptación de los procedimientos y garantías del Derecho de la UE en materia de expulsiones a ciudadanos comunitarios, es indiciaria de que algo incorrecto ha podido tener lugar y que la Comisión como "guardiana de los tratados" tenía motivos para poner orden en el asunto.

En principio la ciudadanía de la Unión otorga *a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro* el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁰ aunque, también es cierto que con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación¹¹.

Sin embargo, cabe afirmar que el Derecho de la UE es mucho más lo que ha venido estableciendo la jurisprudencia del Tribunal que aquello que se recoge *verbatim* en la letra de los tratados o de los actos legislativos diversos.

Pero aún hay algo más: la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su artículo 45 *constitucionaliza* el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros. Evidentemente, la Carta no pretende reconocer derechos más allá de los ya reconocidos por los tratados; no obstante, habremos de estar pendientes de la jurisprudencia del Tribunal, la cual si no es con ocasión del asunto de las expulsiones de ciudadanos rumanos de Francia, será con otro motivo¹²; mas de seguro irá desarrollando progresivamente el derecho de libre circulación.

¹⁰ Artículo 20 del tratado de Funcionamiento de la UE

¹¹ Artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE

¹² El dossier francés, presentado el 14 de octubre de 2010 contiene una propuesta de modificación legislativa para incluir las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE en la que se especifican los requisitos, procedimientos y las garantías que debe reunir cualquier expulsión de un ciudadano de la UE: todo conduce a

De momento, no es descabellado afirmar que en la jurisprudencia del Tribunal el derecho de libre circulación cada vez aparece más y más unido a la ciudadanía de la Unión y menos apegado a la situación de independencia económica de la persona o personas en cuestión.

pensar que la respuesta francesa y la promesa de modificación legislativa conducirán a los comisarios europeos a renunciar al procedimiento de infracción contra Francia.

Memorandos Opex de reciente publicación

- 148/2010. **The G20 summit at Seoul. Time to deliver: agreements and agenda for Global economic governance.** Manuel De la Rocha Vázquez, Stephany Griffith-Jones, Domenec Ruíz Devesa
- 147/2010. **A market alternative to fiscal discipline in Europe; a proposal for a Eurobond facility.** Erik Jones
- 146/2010. **Elecciones presidenciales en Colombia: el triunfo de Juan Manuel Santos, una política de continuidad frente una oportunidad para el cambio.** Érika M. Rodríguez Pinzón
- 145/2010. **Consideraciones preliminares acerca de la reciente VI Cumbre ALC-UE.** Facundo Nejamkis
- 144/2010. **La Cumbre del G20 de Toronto ante la crisis económica internacional, propuestas para la UE.** Manuel De la Rocha Vázquez y Domenec Ruíz Devesa.
- 143/2010. **¿Cómo se financian y cuánto le cuestan a España las misiones internacionales de paz?** Paulina Correa.
- 142/2010. **Philippine elections 2010: definitely not more of the same, but can the same be said of the next administration?** Herman Joseph S. Kraft.
- 141/2010. **El mecanismo Europeo de estabilización: ¿hacia un fondo monetario europeo?** Domènec Ruíz Devesa.
- 140/2010. **Equidad de género. Un objetivo prioritario del Gobierno español en la Presidencia de la Unión Europea.** Ana Lydia Fernández-Layos.
- 139/2010. **La crisis del Euro.** Santiago Fernández de Lis y Emilio Ontiveros.
- 138/2010. **La cooperación con América Latina: hacia una estrategia europea comprometida con la calidad.** Anna Ayuso y Christian Freres
- 137/2010. **2ª Cumbre UE-Pakistán: el reto de la relevancia europea.** Rubén Campos Palarea
- 136/2010. **Mejorar la gobernanza económica de la zona euro con dos piezas: el procedimiento de rescate y la coordinación económica.** Clara Crespo.
- 135/2010. **El Estatuto avanzado UE-Marruecos y la Presidencia española de la UE.** Irene Fernández-Molina y Rafael Bustos.
- 134/2010. **Posición española para el Acuerdo de Asociación Centroamérica - Unión Europea.** Ángeles Sánchez y Kattya Cascante
- 133/2010. **Ucrania tras la elección de Yanukovich: entre la UE y Rusia.** Javier Morales Hernández y Rubén Ruíz Ramas
- 132/2009. **La Presidencia española de la Unión Europea y la Agenda Transatlántica.** Vicente Palacio, Ángel Pascual Ramsay y Charles Powell
- 131/2009. **Continuidad en Mozambique: tendencias y expectativas.** Marcos Suárez Sipmann
- 130/2009. **La agenda hacia Asia y el Pacífico de la Presidencia Española de la UE.** Mario Esteban, Gracia Abad, Rubén Campos, Alfredo Crespo, Javier Gil, Ana María Goy, Nicolás de Pedro, Eunsook Yang
- 129/2009. **Yukio Hatoyama: ¿Una nueva política exterior para Japón?** Mario Esteban Rodríguez
- 128/2009. **Aportaciones a la política de desarrollo europea desde la Presidencia española.** Veronique Andrieux Araujo

Para consultar los memorandos anteriores en pdf, pueden visitar nuestra página web <http://www.falternativas.org/opex>