

ES

ES

ES



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 2.7.2009
COM(2009) 313 final

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN
AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO**

**Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE
relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a
circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros
(Texto pertinente a efectos del EEE)**

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO

Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (Texto pertinente a efectos del EEE)

1. INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 2008, la Comisión adoptó su informe¹ sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE², que presentaba una amplia descripción de cómo está transpuesta la Directiva al Derecho nacional y de cómo se aplica en la vida diaria.

El informe concluyó que la transposición global de la Directiva era bastante decepcionante, particularmente por lo que se refiere al Capítulo VI (*que establece el derecho de los Estados miembros a restringir el derecho de los ciudadanos de la UE y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública*) y al artículo 35 (*que autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas para prevenir el abuso y el fraude, tal como los matrimonios de conveniencia*).

La Comisión anunciaba en el informe su intención de ofrecer información y ayuda tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos de la UE, emitiendo unas directrices en el primer semestre de 2009 sobre las cuestiones identificadas como problemáticas en la transposición o la aplicación. Esta intención fue acogida con satisfacción por el Consejo³ y por el Parlamento Europeo⁴. Las directrices recogen los puntos de vista de la Comisión y se entienden sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «*el Tribunal*») y su desarrollo.

Esta Comunicación tiene como objetivo proporcionar unas directrices a los Estados miembros sobre cómo aplicar correctamente la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, a fin de aportar una mejora real para todos los ciudadanos de la UE y hacer de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia.

El informe también identificó problemas frecuentes relativos al derecho de entrada y de residencia de miembros de la familia de ciudadanos de la UE procedentes de terceros países, y a los requisitos de presentar junto con las solicitudes de residencia documentos adicionales no previstos en la Directiva. La Comisión anunciaba en el informe que intensificaría sus esfuerzos para garantizar la correcta transposición y aplicación de la Directiva. Para alcanzar este objetivo, la Comisión continuará informando a los ciudadanos sobre sus derechos en

¹ COM(2008) 840 final.

² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

³ Conclusiones de las reuniones del consejo JAI de noviembre de 2008 y febrero de 2009.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE (2008/2184(INI)).

virtud de la Directiva, en particular mediante la distribución de una guía simplificada para los ciudadanos de la UE y a través de Internet. Además, la Comisión se reunirá bilateralmente con los Estados miembros para discutir cuestiones de aplicación y ejecución, y utilizará plenamente los poderes que le confiere el Tratado.

En la actualidad, más de 8 millones de ciudadanos de la Unión han hecho uso de su derecho de libre circulación y residencia, y viven ahora en otro Estado miembro de la Unión. La libre circulación de los ciudadanos constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior y es el núcleo del proyecto europeo. La Directiva 2004/38/CE codificó y revisó los instrumentos comunitarios existentes a fin de simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia para los ciudadanos de la Unión y sus familiares. Como observación general, la Comisión recuerda que la Directiva debe interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales⁵, en especial el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el principio de no discriminación, los derechos del niño y el derecho a un recurso efectivo tal como garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos (*CEDH*) y se refleja en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

La libre circulación de personas es una de las bases de la UE. Por tanto, las excepciones a este principio deben interpretarse de forma estricta⁶. No obstante, el derecho de libre circulación en la UE no es ilimitado y conlleva obligaciones por parte de sus beneficiarios, lo que implica obedecer las leyes del país de acogida

2. CIUDADANOS DE LA UE Y MIEMBROS DE SU FAMILIA QUE SEAN NACIONALES DE UN PAÍS TERCERO - ENTRADA Y RESIDENCIA

La Directiva⁷ se aplica solamente a cualquier ciudadano de la UE que se traslade o resida en un Estado miembro distinto del Estado cuya nacionalidad posee, así como a los miembros de su familia que le acompañen o se reúnan con él.

T., nacional un país tercero, reside en el Estado miembro de acogida durante algún tiempo. Desea reunirse allí con su cónyuge, nacional de un país tercero. Como ninguno de ellos es ciudadano de la UE, la pareja no puede beneficiarse de los derechos conforme a la Directiva y depende totalmente del Estado miembro en cuestión establecer normas sobre el derecho de los cónyuges de terceros países a reunirse con otros nacionales de terceros países, teniendo debidamente en cuenta, en su caso, otros instrumentos del Derecho comunitario.

Los ciudadanos de la UE que residen en el Estado miembro del que son nacionales no se benefician normalmente de los derechos concedidos por el Derecho comunitario en materia de libre circulación de personas, y sus familiares de terceros países están sujetos a las normas nacionales de inmigración. Sin embargo, los ciudadanos de la UE que vuelven a su Estado miembro de origen después de residir en otro Estado miembro⁸, y en determinadas circunstancias también los ciudadanos de la UE que han ejercido su derecho a la libre circulación en otro Estado miembro sin residir en él⁹ (*por ejemplo, prestando servicios en*

⁵ Asuntos C-482/01 y C-493/01 *Orfanopoulos y Oliveri* (apartados 97 y 98) y C-127/08 *Metock* (apartado 79).

⁶ Asuntos 139/85 *Kempf* (apartado 13) y C-33/07 *Jipa* (apartado 23).

⁷ Artículo 3, apartado 1.

⁸ Asuntos C-370/90 *Singh* y C-291/05 *Eind*.

⁹ Asunto C-60/00 *Carpenter*.

otro Estado miembro sin residir en él) se benefician también de las normas sobre libre circulación de personas.

P. reside en el Estado miembro de su nacionalidad. Le gusta vivir allí y no ha residido antes en ningún otro Estado miembro. Cuando desea traer a su cónyuge, originario de un tercer país, la pareja no puede beneficiarse de los derechos conforme a la Directiva y depende totalmente del Estado miembro en cuestión establecer normas sobre el derecho de los cónyuges de países terceros a reunirse con sus propios nacionales.

Los trabajadores fronterizos están cubiertos por el Derecho comunitario en ambos países (como trabajador migrante en el Estado miembro de trabajo y como persona autosuficiente en el Estado miembro de residencia).

2.1. Miembros de la familia y otros beneficiarios

2.1.1. Cónyuges y parejas

Los matrimonios válidamente contraídos en cualquier lugar del mundo deben reconocerse en principio a efectos de la aplicación de la Directiva. Los **matrimonios forzados**, en los que una o ambas partes contraen matrimonio sin su consentimiento o contra su voluntad, no están protegidos por el Derecho internacional¹⁰ ni por el Derecho comunitario. Los matrimonios forzados deben distinguirse de los **matrimonios concertados**, en los que ambas partes consienten plena y libremente al matrimonio, aunque un tercero realice la elección de la pareja, y de los matrimonios de conveniencia, que se definen más adelante en la sección 4.2.

Los Estados miembros no están obligados a reconocer los **matrimonios polígamos**, contraídos legalmente en un tercer país, que pueden estar en conflicto con su propio ordenamiento jurídico¹¹. Esto se entiende sin perjuicio de la obligación de tener en cuenta los intereses de los hijos de estos matrimonios.

La Directiva debe aplicarse de conformidad con el principio de no discriminación consagrado en especial en el artículo 21 de la Carta de la UE.

Las parejas con las que los ciudadanos de la UE tienen una relación de hecho duradera, debidamente certificada, están cubiertas por el artículo 3, apartado 2, letra b). Las personas cubiertas por la Directiva por razón de ser **pareja duradera** deberán presentar justificantes de que son pareja de un ciudadano de la UE y de que la unión es duradera. Podrán presentarse pruebas por cualquier medio adecuado.

El requisito de la durabilidad de la relación debe evaluarse a la luz del objetivo de la Directiva de mantener la unidad de la familia en sentido amplio¹². Las normas nacionales sobre la durabilidad de la unión pueden hacer referencia a un periodo mínimo como criterio para considerar duradera una relación. No obstante, en este caso las normas nacionales deberán prever que se tengan también en cuenta otros aspectos relevantes (*por ejemplo, la existencia*

¹⁰ Entre otros, el artículo 16, apartado 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el artículo 16, apartado 1, letra b), de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

¹¹ TEDH, asunto *Alilouch El Abasse contra Países Bajos*, sentencia de 6 de enero de 1992.

¹² Considerando 6.

de una hipoteca conjunta para comprar un hogar). Toda denegación de la entrada o residencia debe justificarse por escrito y ser susceptible de recurso.

2.1.2. Miembros de la familia en línea directa

Sin perjuicio de las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de decisiones de las autoridades nacionales, el concepto de **parientes directos en líneas descendente y ascendente** se amplía a las relaciones adoptivas¹³ o a los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente. Los niños y padres de acogida con custodia temporal pueden tener derechos conforme a la Directiva, dependiendo de la fuerza de los vínculos en cada caso particular. No hay ninguna restricción en cuanto al grado de parentesco. Las autoridades nacionales podrán pedir pruebas de la relación familiar alegada.

Al aplicar la Directiva, los Estados miembros deben actuar siempre en **interés del niño**, conforme a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

2.1.3. Otros miembros de la familia

El artículo 3, apartado 2, letra a), no establece ninguna restricción en cuanto al grado de parentesco al hacer referencia a **«otros miembros de la familia»**.

2.1.4. Miembros de la familia dependientes

Según la jurisprudencia¹⁴ del Tribunal, la condición de miembro de la familia **«dependiente»** es el resultado de una situación de hecho caracterizada por el hecho de que el **sostén material**¹⁵ de ese miembro de la familia lo proporciona el ciudadano de la UE o su cónyuge o pareja. La condición de miembros de la familia dependientes no presupone un derecho al mantenimiento. No es necesario examinar si los miembros de la familia en cuestión podrían teóricamente mantenerse a sí mismos, por ejemplo desempeñando un empleo remunerado.

Para determinar si los miembros de la familia son dependientes, debe evaluarse en cada caso si, teniendo en cuenta su situación financiera y social, necesitan ayuda material para cubrir sus necesidades básicas en su país de origen o en el país de procedencia en el momento de solicitar la reunificación con el ciudadano de la UE (*es decir, no en el Estado miembro de acogida donde reside el ciudadano de la UE*). En sus sentencias sobre el concepto de dependencia, el Tribunal no hace referencia al nivel de vida para determinar la necesidad de ayuda financiera por el ciudadano de la UE¹⁶.

¹³ Los niños adoptivos están plenamente protegidos por el artículo 8 del CEDH (*TEDH, asuntos X contra Bélgica y Países Bajos (10 de julio de 1970); X contra Francia (5 de octubre de 1982); y X, Y y Z contra UK (22 de abril de 1997)*).

¹⁴ Asuntos 316/85 *Lebon* (apartado 22) y C-1/05 *Jia* (apartados 36 y 37).

¹⁵ La dependencia emocional no se tiene en cuenta, véase AG Tizzano en el asunto C-200/02 *Zhu y Chen*, apartado 84.

¹⁶ La prueba de la dependencia debe consistir fundamentalmente en determinar si, habida cuenta de sus circunstancias personales, los medios económicos de los miembros de la familia les permiten vivir al nivel mínimo de subsistencia en su país de residencia habitual (AG Geelhoed en el asunto C-1/05 *Jia*, apartado 96).

La Directiva no establece ningún requisito en cuanto a la duración mínima de la dependencia o a la cantidad de ayuda material proporcionada, siempre que la dependencia sea auténtica y de carácter estructural.

Los miembros de la familia dependientes deberán presentar justificantes de su dependencia. Las pruebas podrán ser aducidas por cualquier medio adecuado, según ha confirmado el Tribunal¹⁷. En los casos en que los miembros en cuestión de la familia puedan proporcionar pruebas de su dependencia por medios distintos de un justificante expedido por la autoridad competente del país de origen o del país de procedencia de los miembros de la familia, el Estado miembro de acogida no podrá negarse a reconocer sus derechos. Sin embargo, un simple compromiso del ciudadano de la UE a ayudar al miembro de la familia en cuestión no es suficiente para establecer la existencia de dependencia.

De conformidad con el **artículo 3, apartado 2**, los Estados miembros tienen un cierto grado de discrecionalidad para establecer los criterios que deben tenerse en cuenta al decidir si conceder los beneficios de la Directiva a «**otros miembros de la familia dependientes**». Sin embargo, los Estados miembros no tienen plena libertad para establecer tales criterios. A fin de mantener la unidad de la familia en sentido amplio, la legislación nacional debe prever un examen detallado de las circunstancias personales de los solicitantes, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la UE u otras circunstancias como su dependencia financiera o física, según lo establecido en el considerando 6.

Toda decisión negativa estará sujeta a las garantías materiales y procesales de la Directiva. Deberá justificarse por escrito y ser susceptible de recurso.

2.2. Entrada y residencia de miembros de la familia nacionales de países terceros

2.2.1. Visados de entrada

Tal como se prevé en el artículo 5, apartado 2, los Estados miembros podrán exigir el visado de entrada a los miembros de la familia nacionales de países terceros a los que se aplique la Directiva, que se trasladen o reúnan con un ciudadano de la UE. Estos miembros de la familia no sólo tienen derecho a entrar en el territorio del Estado miembro, sino también **derecho a obtener un visado de entrada**¹⁸. Esto los distingue de otros nacionales de países terceros, que no tienen tal derecho.

A los miembros de la familia nacionales de países terceros deberá expedirse **cuanto antes y mediante un procedimiento acelerado un visado de entrada gratuito para estancias de corta duración**. Por analogía con el artículo 23 del Código sobre Visados¹⁹, la Comisión considera que los retrasos de más de cuatro semanas no son razonables. Las autoridades de los Estados miembros deberán orientar a los miembros de la familia en cuanto al tipo de visado que deben solicitar, y no podrán exigirles que soliciten visados para estancias de larga duración, de residencia, o de reunificación familiar. Los Estados miembros deberán conceder a tales miembros de la familia facilidades para obtener los visados necesarios. Los Estados miembros podrán utilizar líneas dedicadas o los servicios de una empresa externa para fijar

¹⁷ Asuntos C-215/03 *Oulane* (apartado 53) y C-1/05 *Jia* (apartado 41).

¹⁸ Asunto C-503/03, *Comisión contra España* (apartado 42).

¹⁹ COM(2006) 403 final/2.

una cita, pero deben ofrecer la posibilidad de acceso directo al consulado a los miembros de la familia nacionales de países terceros.

Como el derecho a la expedición de un visado de entrada se deriva del vínculo familiar con el ciudadano de la UE, los Estados miembros solamente podrán exigir la **presentación de un pasaporte válido y pruebas del vínculo familiar**²⁰ (y, en su caso, también de la dependencia, razones de salud graves o de la duración de la relación). No podrán exigirse documentos adicionales, tales como prueba de alojamiento, recursos suficientes, una carta de invitación o un billete de vuelta.

Los Estados miembros podrán fomentar la integración de los ciudadanos de la UE y de los miembros de su familia nacionales de países terceros ofreciendo cursos de lengua y otros cursos específicos de forma voluntaria²¹. La negativa a asistir a los mismos no podrá acarrear consecuencias.

Las tarjetas de residencia expedidas de conformidad con el artículo 10 de la Directiva *a un familiar de un ciudadano de la Unión que resida en el Estado miembro de acogida*, incluidas las expedidas por otros Estados miembros, eximirán a sus titulares del requisito de visado cuando viajen con el ciudadano de la UE o se reúnan con éste en el Estado miembro de acogida.

Las tarjetas de la residencia no expedidas conforme a la Directiva podrán eximir al titular del requisito de visado con arreglo a las normas de Schengen²².

2.2.2. Tarjetas de residencia

Según lo establecido en el artículo 10, apartado 1, el derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro será reconocido mediante la expedición de un documento denominado «*tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión*». La denominación de esta tarjeta de residencia no debe desviarse de la redacción prescrita por la Directiva, pues las diferencias de nombres harían materialmente imposible que la tarjeta de residencia se reconociera en otros Estados miembros a efectos de eximir a su titular del requisito de visado de conformidad con el artículo 5, apartado 2.

El formato de la tarjeta de residencia no está fijado, por lo que los Estados miembros son libres de fijarlo como deseen²³. No obstante, la tarjeta de residencia debe expedirse como documento independiente y no en forma de una etiqueta en el pasaporte, pues esto podría limitar la validez de la tarjeta, en cumplimiento del artículo 11, apartado 1.

²⁰ Artículos 8, apartado 5, y 10, apartado 2.

²¹ Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Multilingüismo: una ventaja para Europa y un compromiso compartido (COM (2008) 566).

²² Artículo 5 del Reglamento (CE) n° 562/2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

²³ El Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, no se aplica a los miembros de las familias de los ciudadanos de la Unión que ejerciten el derecho a la libre circulación (*artículo 5*) y artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

La tarjeta de residencia debe **expedirse en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la solicitud**. Este plazo debe interpretarse a la luz del artículo 10 del Tratado CE y el período máximo de seis meses se justifica solamente en caso de que el examen de la solicitud implique consideraciones de orden público²⁴.

La **lista de documentos**²⁵ que deben presentarse con la solicitud de una tarjeta de residencia es exhaustiva, según confirma el considerando 14. No puede pedirse ningún documento adicional.

Los Estados miembros podrán requerir que los documentos estén **traducidos, compulsados o legalizados** cuando la autoridad nacional competente no comprenda la lengua en que está escrito el documento, o albergue sospechas sobre la autenticidad del organismo emisor.

2.3. Residencia de los ciudadanos de la UE durante más de tres meses

Los ciudadanos de la UE tienen derecho a residir en el Estado miembro de acogida si ejercen en él una actividad económica. Los estudiantes y los ciudadanos de la UE que no ejerzan tal actividad deberán tener **suficientes recursos** para que ellos mismos y los miembros de su familia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de su residencia, y tener cobertura **sanitaria total**.

La **lista de documentos** que deben presentarse con la solicitud de residencia es exhaustiva. No podrán solicitarse documentos adicionales.

2.3.1. Recursos suficientes

El concepto de «recursos suficientes» debe interpretarse a la luz del objetivo de la Directiva, que es facilitar la libre circulación, siempre que los beneficiarios del derecho de residencia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

El primer paso para evaluar la existencia de suficientes recursos debería ser si el ciudadano de la UE (*y los miembros de su familia que derivan de él su derecho de residencia*) cumple los criterios nacionales para que se le conceda una **prestación social básica**.

Los ciudadanos de la UE tienen suficientes recursos cuando el nivel de éstos es superior al umbral por debajo del cual se concede la prestación social básica en el Estado miembro de acogida. Cuando este criterio no es aplicable, deberá tenerse en cuenta la pensión mínima de la seguridad social.

El artículo 8, apartado 4, prohíbe a los Estados miembros establecer un importe fijo correspondiente a lo que consideran «recursos suficientes», directa o indirectamente, por debajo del cual el derecho de residencia puede denegarse automáticamente. Las autoridades de los Estados miembros deben tener en cuenta la situación personal de la persona en cuestión. Deberán aceptarse los recursos de una tercera persona²⁶.

Las autoridades nacionales pueden, cuando sea necesario, realizar controles sobre la existencia de recursos, su legitimidad, importe y disponibilidad. Los recursos no tienen que

²⁴ COM(1999)372 (apartado 3.2).

²⁵ Artículo 10, apartado 2.

²⁶ Asunto C-408/03 *Comisión contra Bélgica* (apartado 40 y ss.).

ser periódicos y pueden revestir la forma de capital acumulado. Las pruebas de los recursos suficientes no pueden ser limitadas²⁷.

Para evaluar si una persona cuyos recursos ya no pueden considerarse suficientes y a quien se ha concedido ayuda social es o se ha convertido en una **carga excesiva**, las autoridades de los Estados miembros deberán realizar una prueba de proporcionalidad. Con este fin, los Estados miembros podrán desarrollar, por ejemplo, un sistema de puntos como indicador. El considerando 16 de la Directiva 2004/38 proporciona **tres grupos de criterios** con este fin:

1) Duración

- ¿Durante cuánto tiempo se ha concedido la ayuda social?
- Perspectiva: ¿es probable que el ciudadano de la UE pueda prescindir pronto de la red de seguridad?
- ¿Cuánto tiempo ha durado la residencia en el Estado miembro de acogida?

2) Situación personal

- ¿Cuál es el nivel de relación del ciudadano de la UE y sus familiares con la sociedad del Estado miembro de acogida?
- ¿Existen consideraciones relativas a la edad, estado de salud, familia y situación económica que deban tenerse en cuenta?

3) Importe

- ¿Cuál es el importe total de la ayuda concedida?
- ¿Tiene el ciudadano de la UE antecedentes de gran dependencia de la asistencia social?
- ¿Tiene el ciudadano de la UE antecedentes de contribuir a la financiación de la asistencia social en el Estado miembro de acogida?

Los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida²⁸.

Solamente la recepción de subsidios sociales puede considerarse pertinente para determinar si la persona en cuestión representa una carga para la asistencia social.

2.3.2. Seguro de enfermedad

Cualquier seguro privado o público, contratado en el Estado miembro de acogida u otra parte, es en principio aceptable, siempre que proporcione una **cobertura completa** y no suponga una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida. Para proteger sus finanzas públicas evaluando al mismo tiempo la amplitud del seguro de enfermedad, los

²⁷ Asunto C-424/98, *Comisión contra Italia* (apartado 37).

²⁸ Artículo 14, apartado 3.

Estados miembros deben actuar de acuerdo con los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con el principio de proporcionalidad²⁹.

Los pensionistas cumplen la condición de seguro de enfermedad completo si tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado miembro que paga su pensión³⁰.

La tarjeta sanitaria europea ofrece tal cobertura completa cuando el ciudadano de la UE en cuestión no traslada su residencia al Estado miembro de acogida en el sentido del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y tiene intención de volver, por ejemplo por estudios o desplazamiento a otro Estado miembro.

3. RESTRICCIONES DEL DERECHO A TRASLADARSE Y RESIDIR LIBREMENTE POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO O SEGURIDAD PÚBLICA

Esta sección se basa en la Comunicación de 1999³¹ relativa a las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. El contenido de la Comunicación de 1999 sigue siendo válido en general, incluso si hace referencia a la Directiva 64/221, que quedó derogada por la Directiva 2004/38. La finalidad de esta sección es actualizar el contenido de la Comunicación de 1999 a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal, y aclarar ciertas cuestiones planteadas durante el proceso de aplicación de la Directiva.

La libre circulación de personas es uno de los pilares de la UE. Por tanto, las disposiciones que establecen esa libertad deben ser objeto de **una interpretación amplia**, mientras que las excepciones a tal principio deben interpretarse estrictamente³².

3.1. Orden público y seguridad pública

Los Estados miembros pueden restringir la libre circulación de los ciudadanos de la UE por razones de orden público o seguridad pública. El capítulo VI de la Directiva se aplica a toda medida adoptada por razones de orden público o seguridad pública que afecte al derecho de las personas a quienes se aplica la Directiva a entrar y residir libremente en el Estado miembro de acogida en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado³³.

Los Estados miembros son libres para determinar los requisitos de orden público y seguridad pública de conformidad con sus necesidades, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de un período a otro. Sin embargo, cuando lo hacen en el contexto de la aplicación de la Directiva, deben interpretar estrictamente esos requisitos³⁴.

²⁹ Asunto C-413/99 *Baumbast* (apartados 89 a 94).

³⁰ Artículos 27, 28 y 28 bis del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. A partir del 1 de marzo de 2010 será sustituido por el Reglamento (CE) n° 883/04, pero se aplicarán los mismos principios.

³¹ COM(1999)372.

³² Asuntos 139/85 *Kempf* (apartado 13) y C-33/07 *Jipa* (apartado 23).

³³ Asuntos 36/75 *Rutili* (apartados 8-21) y 30/77 *Bouchereau* (apartados 6-24).

³⁴ Asuntos 36/75 *Rutili* (apartado 27), 30/77 *Bouchereau* (apartado 33) y C-33/07 *Jipa* (apartado 23).

Es crucial que los Estados miembros definan claramente los intereses protegidos de la sociedad, y distingan claramente entre orden público y seguridad pública. Esta última no puede ampliarse a medidas que deban estar cubiertas por el primero.

En general, se interpreta que la **seguridad pública** cubre tanto la seguridad interna como externa³⁵ en el sentido de proteger la integridad del territorio de un Estado miembro y sus instituciones. En general, se interpreta que el **orden público** consiste en impedir que se altere el orden social.

Los ciudadanos de la UE podrán ser expulsados únicamente por conductas castigadas por la ley del Estado miembro de acogida o respecto de las cuales se hayan adoptado medidas efectivas para reprimir las actividades de este tipo, según lo confirmado por la jurisprudencia³⁶ del Tribunal.

En cualquier caso, el incumplimiento del requisito de registro no constituye por sí mismo una conducta que amenace a la seguridad pública ni al orden público, y no puede por tanto justificar la expulsión de la persona³⁷.

3.2. Conducta personal y amenaza

Sólo podrán adoptarse medidas restrictivas caso por caso cuando la conducta personal de un individuo represente una amenaza auténtica, real y suficientemente grave que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad del Estado miembro de acogida³⁸. Las medidas restrictivas no podrán basarse solamente en consideraciones relativas a la protección del orden público o de la seguridad pública alegadas por otro Estado miembro³⁹.

El Derecho comunitario impide la adopción de medidas restrictivas por **razones preventivas generales**⁴⁰. Las medidas restrictivas deben basarse en una amenaza real y no pueden justificarse simplemente por un riesgo general⁴¹. Las medidas restrictivas a raíz de una condena penal no pueden ser automáticas y deben tener en cuenta la conducta personal del delincuente y la amenaza que representa para los requisitos del orden público⁴². No pueden invocarse razones ajenas a la **conducta personal** de un individuo. La Directiva no permite las expulsiones automáticas⁴³.

Únicamente pueden restringirse los derechos de las personas si su conducta personal representa una **amenaza**, es decir, indica la probabilidad de un perjuicio grave a los requisitos de orden público o seguridad pública.

Una amenaza que solamente se supone no es **auténtica**. La amenaza debe ser **real**. La conducta pasada puede tenerse en cuenta solamente cuando hay probabilidad de

³⁵ Asuntos C-423/98 *Albore* (apartado 18 y ss.) y C-285/98 *Kreil* (apartado 15).

³⁶ Asuntos 115/81 *Adoui* y *Cornuaille* (apartados 5-9) y C-268/99 *Jany* (apartado 61).

³⁷ Asunto 48/75 *Royer* (apartado 51).

³⁸ Todos los criterios son acumulativos.

³⁹ Asuntos C-33/07 *Jipa* (apartado 25) y C-503/03 *Comisión contra España* (apartado 62).

⁴⁰ Asunto 67/74 *Bonsignore* (apartados 5-7).

⁴¹ La prevención general en circunstancias específicas, tales como acontecimientos deportivos, está cubierta en la Comunicación de 1999 (véase el punto 3.3).

⁴² Asuntos C-348/96 *Calfa* (apartados 17-27) y 67/74 *Bonsignore* (apartados 5-7).

⁴³ Asunto C-408/03 *Comisión contra Bélgica* (apartados 68-72).

reincidencia⁴⁴. La amenaza debe existir en el momento en que la medida restrictiva es adoptada por las autoridades nacionales o revisada por los tribunales⁴⁵. La suspensión de la sentencia constituye un factor importante en la evaluación de la amenaza, en la medida que sugiere que el individuo en cuestión ya no representa un peligro real.

La **pertenencia actual a una organización** puede tenerse en cuenta cuando el individuo en cuestión participa en las actividades de la organización y se identifica con sus objetivos o finalidades⁴⁶. Los Estados miembros no tienen que criminalizar o prohibir las actividades de una organización para estar en condiciones de restringir los derechos conforme a la Directiva, siempre que existan medidas administrativas dirigidas a contrarrestar las actividades de tal organización. Las asociaciones pasadas⁴⁷ no pueden, en general, constituir una amenaza actual.

Una **condena penal anterior** puede tenerse en cuenta, pero solamente cuando las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto una conducta personal que constituya una amenaza actual para los requisitos del orden público⁴⁸. Las autoridades deben basar su decisión en una evaluación de la conducta futura del individuo en cuestión. El tipo y el número de condenas previas deben constituir un elemento significativo en esta evaluación y debe tenerse especialmente en cuenta la gravedad y frecuencia de los delitos cometidos. Si bien el peligro de reincidencia es de gran importancia, una posibilidad remota de comisión de nuevos delitos no es suficiente⁴⁹.

A. e I. han cumplido una condena de dos años por robo. Las autoridades evalúan si la conducta personal de las dos hermanas representa una amenaza, es decir, si implica la probabilidad de un perjuicio nuevo y grave al orden público.

Ésta era la primera condena de A.. Se comportó bien en prisión. Desde que salió de prisión, ha encontrado un trabajo. Las autoridades no hallan nada en su comportamiento que represente una amenaza auténtica, actual y suficientemente grave.

En cuanto a I., ésta era ya su cuarta condena. La gravedad de sus delitos ha aumentado con el tiempo. Su comportamiento en prisión estuvo lejos de ser ejemplar y sus dos peticiones de libertad condicional fueron denegadas. En menos de dos semanas tras su salida de la cárcel, se la ha cogido planeando otro robo. Las autoridades concluyen que la conducta de I. constituye una amenaza para el orden público.

En determinadas circunstancias, la **pequeña delincuencia persistente** puede representar una amenaza para el orden público, a pesar de que un delito o infracción particular, individualmente, no baste para representar una amenaza suficientemente grave según la definición anterior. Las autoridades nacionales deben demostrar que la conducta personal del

⁴⁴ Asunto 30/77 *Bouchereau* (apartados 25-30).

⁴⁵ Asuntos C-482/01 y C-493/01 *Orfanopoulos y Oliveri* (apartado 82).

⁴⁶ Asunto 41/74 *van Duyn* (apartado 17 y ss.)

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Asuntos C-482/01 y 493/01 *Orfanopoulos y Oliveri* (apartados 82 y 100) y C-50/06 *Comisión contra Países Bajos* (apartados 42-45).

⁴⁹ Por ejemplo, el peligro de reincidencia puede considerarse mayor en el caso de la drogodependencia, si existe un riesgo de que se cometan otros delitos para financiar la dependencia: AG Stix-Hackl en los asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01 *Orfanopoulos y Oliveri*.

individuo en cuestión representa una amenaza para los requisitos del orden público⁵⁰. Al evaluar la existencia de la amenaza para el orden público en estos casos, las autoridades pueden tener en cuenta especialmente los siguientes **factores**:

- la naturaleza de las infracciones;
- su frecuencia;
- los daños causados.

La existencia de múltiples condenas no basta por sí misma.

3.3. Evaluación de la proporcionalidad

El capítulo VI de la Directiva no puede considerarse como una condición previa para la adquisición y el mantenimiento del derecho de entrada y residencia, sino que proporciona exclusivamente la posibilidad de restringir, cuando se justifique, el ejercicio de un derecho derivado directamente del Tratado⁵¹.

Una vez que las autoridades han establecido que la conducta personal del individuo representa una amenaza lo suficientemente grave para autorizar una medida restrictiva, deberán realizar una **evaluación de la proporcionalidad** para decidir si a la persona en cuestión puede denegársele la entrada o expulsársela por razones de orden público o seguridad pública.

Las autoridades nacionales deben establecer cuáles son los intereses protegidos. A la luz de estos intereses, deben llevar a cabo un análisis de las características de la amenaza. Además, podrán tenerse en cuenta los **factores** siguientes:

- el grado de peligro social resultante de la presencia de la persona en cuestión en el territorio de ese Estado miembro;
- la naturaleza de las actividades delictivas, su frecuencia, peligro acumulativo y daños causados;
- el tiempo transcurrido desde la comisión de los actos y el comportamiento de la persona en cuestión (*NB: también pueden tenerse en cuenta la buena conducta en prisión y la posible libertad condicional*).

La situación personal y familiar del individuo en cuestión debe evaluarse cuidadosamente con objeto de establecer si la medida prevista es apropiada y no va más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo perseguido, y si hay medidas menos restrictivas para lograr ese objetivo. Los siguientes **factores**, resumidos en una lista orientativa en el artículo 28, apartado 1, deberán tenerse en cuenta⁵²:

⁵⁰ Asunto C-349/06 *Polat* (apartado 35).

⁵¹ Asunto 321/87 *Comisión contra Bélgica* (apartado 10).

⁵² En relación con los derechos fundamentales, véase la jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Berrehab, Moustaqim, Beldjoudi, Boujlifa, El Boujaidi* y *Dalia*.

- impacto de la expulsión en la situación económica, personal y familiar del individuo (*incluyendo en los otros miembros de la familia que tengan derecho a permanecer en el Estado miembro de acogida*);
- la gravedad de las dificultades a que el cónyuge o pareja y cualquiera de sus hijos se enfrentarían en el país de origen de la persona en cuestión;
- importancia de los vínculos (*parientes, visitas, conocimientos lingüísticos*) - o falta de vínculos - con su país de origen y con el Estado miembro de acogida (*por ejemplo, si la persona en cuestión nació en el Estado miembro de acogida o vivió allí desde una edad temprana*);
- duración de la residencia en el Estado miembro de acogida (*la situación de un turista es diferente de la situación de alguien que ha vivido durante muchos años en el Estado miembro de acogida*);
- edad y estado de salud.

3.4. Mayor protección contra la expulsión

Los ciudadanos de la UE y sus familiares que residan permanentemente (*más de cinco años*) en el Estado miembro de acogida sólo podrán ser expulsados por razones graves de orden público o de seguridad pública. Los ciudadanos de la UE que residan durante más de diez años y los niños sólo podrán ser expulsados por razones imperativas de seguridad pública (*no de orden público*). Debe haber una distinción clara entre las razones normales, «graves» e «imperativas» por las que puede tomarse una decisión de expulsión.

Por regla general, los Estados miembros no están obligados a tener en cuenta el **tiempo realmente pasado en prisión** al calcular la duración de la residencia de conformidad con el artículo 28 cuando no existen vínculos con el Estado miembro de acogida.

3.5. Urgencia

De conformidad con el artículo 30, apartado 3, el tiempo que se concede para salir del territorio debe ser de al menos un mes, salvo en casos **urgentes** debidamente justificados. La justificación de un traslado urgente debe ser auténtica y proporcionada⁵³. Para evaluar la necesidad de reducir este tiempo en casos de urgencia, las autoridades deben tener en cuenta el impacto de un traslado inmediato o urgente en la vida personal y familiar de la persona en cuestión (*por ejemplo, necesidad de avisar en el trabajo, rescindir un contrato de arrendamiento, organizar el traslado de las pertenencias personales a la nueva residencia, la educación de los niños, etc.*). La adopción de una medida de expulsión por razones graves o imperativas no significa necesariamente que exista urgencia. La evaluación de la urgencia debe justificarse claramente y por separado.

3.6. Garantías procesales

Debe notificarse siempre a la persona en cuestión cualquier medida que se tome por razones de orden público o seguridad pública, de acuerdo con el artículo 30.

⁵³ AG Stix-Hackl en el asunto C-441/02 *Comisión contra Alemania*.

Las decisiones deben motivarse totalmente y enumerar todos las razones específicas de hecho y de derecho por las que se adoptan, de modo que la persona en cuestión pueda tomar medidas efectivas para garantizar su defensa⁵⁴ y los tribunales nacionales puedan revisar el caso de conformidad con el derecho a un recurso efectivo, que es un principio general del Derecho comunitario reflejado en el artículo 47 de la Carta de la UE. A este respecto, podrán utilizarse impresos para notificar las decisiones, pero deberán justificarse plenamente las razones por las que se adopta la decisión (*no es aceptable limitarse a señalar una o más opciones marcando una casilla*).

4. ABUSO Y FRAUDE

El Derecho comunitario no puede aplicarse en casos de abuso⁵⁵. El artículo 35 permite a los Estados miembros tomar medidas efectivas y necesarias para luchar contra el abuso y el fraude en áreas que corresponden al ámbito material del Derecho comunitario sobre la libre circulación de personas, denegando, extinguiendo o retirando cualquier derecho conferido por la Directiva en caso de abuso de derecho o de fraude, como los matrimonios de conveniencia. Estas medidas serán proporcionadas y estarán sometidas a las garantías procesales contempladas en la Directiva⁵⁶.

El Derecho comunitario promueve la movilidad de los ciudadanos de la UE y protege a quienes han hecho uso de ella⁵⁷. No existe abuso cuando los ciudadanos de la UE y sus familiares obtienen un derecho de residencia conforme al Derecho comunitario en un Estado miembro distinto al de la nacionalidad del ciudadano de la UE, dado que se están beneficiando de una ventaja inherente al ejercicio del derecho de libre circulación protegido por el Tratado⁵⁸, independientemente de la finalidad de su traslado a ese Estado⁵⁹. Por la misma razón, el Derecho comunitario protege a los ciudadanos de la UE que regresan al hogar después de ejercer su derecho a la libre circulación.

4.1. Conceptos de abuso y fraude

4.1.1. Fraude

A efectos de la Directiva, el **fraude** puede definirse como un engaño o artificio deliberado con el fin de obtener el derecho de libre circulación y residencia conforme a la Directiva. En el contexto de la Directiva, es probable que el fraude se limite a la falsificación de documentos o a la representación falsa de un hecho material referente a las condiciones vinculadas al derecho de residencia. Podrá denegarse, extinguirse o retirarse sus derechos en virtud de la Directiva a las personas a las que se haya expedido un documento de residencia a consecuencia de una conducta fraudulenta respecto de la que hayan sido condenadas⁶⁰.

⁵⁴ Asunto 36/75 *Rutili* (apartados 37-39).

⁵⁵ Asuntos 33/74 *van Binsbergen* (apartado 13), C-370/90 *Singh* (apartado 24) y C-212/97 *Centros* (apartados 24-25).

⁵⁶ Asunto C-127/08 *Metock* (apartados 74-75).

⁵⁷ Asuntos C-370/90 *Singh*, C-291/05 *Eind* y C-60/00 *Carpenter*.

⁵⁸ Asuntos C-212/97 *Centros* (apartado 27) y C-147/03 *Comisión contra Austria* (apartados 67-68).

⁵⁹ Asuntos C-109/01 *Akrich* (apartado 55) y C-1/05 *Jia* (apartado 31).

⁶⁰ Asuntos C-285/95 *Kol* (apartado 29) y C-63/99 *Gloszczuk* (apartado 75).

4.1.2. Abuso

A efectos de la Directiva, el **abuso** puede definirse como una conducta artificial que se comete **solamente** con objeto de obtener el derecho de libre circulación y residencia conforme al Derecho comunitario que, si bien formalmente cumple las condiciones fijadas por las normas comunitarias, no cumple la finalidad de esas normas⁶¹.

4.2. Matrimonios de conveniencia

El considerando 28 define los **matrimonios de conveniencia** a efectos de la Directiva como matrimonios contraídos con el **único** objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia conforme a la Directiva que no se tendría de otro modo. Un matrimonio no puede considerarse matrimonio de conveniencia sólo porque conlleve una ventaja de inmigración o cualquier otra ventaja. La calidad de la relación es irrelevante para la aplicación del artículo 35.

La definición de matrimonios de conveniencia puede ampliarse por analogía a otras formas de relaciones contraídas con el único propósito de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia, como las uniones de hecho (registradas) de conveniencia, las adopciones falsas o cuando un ciudadano de la UE declara ser un padre de un niño de un tercer país para dar la nacionalidad y el derecho de residencia al niño y a su madre, sabiendo que no es el padre y sin estar dispuesto a asumir las responsabilidades parentales.

Las medidas tomadas por los Estados miembros para luchar contra los matrimonios de conveniencia no deben ser tales que disuadan a los ciudadanos de la UE y sus familiares de hacer uso de su derecho a la libre circulación o que limiten indebidamente sus derechos legítimos. No deben socavar la eficacia del Derecho comunitario ni discriminar por razones de nacionalidad.

Al interpretar el concepto del abuso en el contexto de la Directiva, debe prestarse atención a la situación de los ciudadanos de la UE. De conformidad con el principio de supremacía del Derecho comunitario, la evaluación de si se ha abusado del Derecho comunitario debe realizarse en el marco del Derecho comunitario, y no en el marco de las legislaciones nacionales sobre migración. La Directiva no impide que los Estados miembros **investiguen los casos individuales** en los que existe una **sospecha razonable de abuso**. Sin embargo, el Derecho comunitario prohíbe los controles sistemáticos⁶². Los Estados miembros pueden basarse en análisis previos y experiencia que muestren una correlación clara entre los casos de abuso probados y determinadas características de estos casos.

Para evitar crear cargas y obstáculos innecesarios, es posible establecer **un conjunto de criterios orientativos** que sugieren que sea poco probable la existencia de un abuso de los derechos comunitarios:

- el cónyuge del tercer país no tendría ningún problema en obtener un derecho de residencia por sí mismo, o ya ha residido legalmente antes en el Estado miembro del ciudadano de la UE;

⁶¹ Asuntos C-110/99 *Emsland-Stärke* (apartados 52 y ss.) y C-212/97 *Centros* (apartado 25).

⁶² La prohibición incluye no sólo los controles a todos los emigrantes, sino también los controles a clases enteras de emigrantes (por ejemplo, los de un origen étnico determinado).

- la pareja mantenía su relación desde hace mucho tiempo;
- la pareja tenía desde hace mucho tiempo un domicilio u hogar común⁶³;
- la pareja ya tenía un compromiso jurídico o financiero a largo plazo serio con responsabilidades compartidas (*hipoteca para comprar un hogar, etc*);
- el matrimonio ha durado mucho tiempo.

Los Estados miembros pueden definir **un conjunto de criterios orientativos** que sugieran la posible intención de abusar de los derechos conferidos por la Directiva con el único propósito de burlar las leyes nacionales sobre inmigración. Las autoridades nacionales pueden tener en cuenta en particular los siguientes factores:

- la pareja no se conocía antes del matrimonio;
- la pareja es contradictoria sobre sus datos personales respectivos, sobre las circunstancias de su primer encuentro, o sobre otra información personal importante sobre ellos;
- la pareja no habla una lengua común;
- la existencia de pruebas de que se ha entregado dinero o regalos para que se contraiga el matrimonio (*con excepción del dinero o regalos en forma de dote en las culturas donde esto es práctica común*);
- el historial de uno o de ambos cónyuges contiene pruebas de matrimonios de conveniencia anteriores o de otras formas de abuso y fraude con el fin de obtener un derecho de residencia;
- se ha desarrollado vida familiar sólo después de la orden de expulsión;
- la pareja se divorcia poco después de que el nacional del tercer país en cuestión haya adquirido el derecho de residencia.

Los criterios anteriores deberán considerarse posibles desencadenantes de la investigación, sin que se presupongan automáticamente los resultados de las posteriores investigaciones. Los Estados miembros no podrán basarse en una única cualidad; hay que prestar la debida atención a todas las circunstancias del caso. La investigación puede implicar una entrevista con cada uno de los cónyuges por separado.

Se ordenó a S., nacional de un país tercero, que dejara el país, ya que había sobrepasado el límite de tiempo de su visado turístico. Dos semanas después, se casó con O., un nacional de la UE que acababa de llegar al Estado miembro de acogida. Las autoridades sospechan que el matrimonio puede haberse celebrado sólo para evitar la expulsión. Se ponen en contacto con las autoridades del Estado miembro de O. y descubren que después del matrimonio, su negocio familiar pudo finalmente pagar una deuda de 5000 EUR que no había podido pagar en dos años.

⁶³ El Derecho comunitario no exige que los cónyuges de países terceros vivan con el ciudadano de la UE para poder optar al derecho de residencia - asunto 267/83 *Diatta* (apartado 15 y ss.).

Invitan a los recién casados a una entrevista, durante la cual descubren que O. ya ha salido del Estado miembro de acogida para volver a su hogar y a su trabajo, que la pareja no es capaz de comunicarse en una lengua común y que se conocieron una semana antes de contraer matrimonio. Hay fuertes indicios de que la pareja puede haberse casado con el único propósito de burlar las leyes nacionales de inmigración.

La **carga de la prueba** corresponde a las autoridades de los Estados miembros que intentan restringir los derechos que confiere la Directiva. Las autoridades deben ser capaces de constituir un expediente convincente respetando al mismo tiempo todas las garantías materiales descritas en la sección anterior. En caso de recurso, corresponde a los tribunales nacionales verificar la existencia del abuso en cada caso, debiendo aportarse pruebas de conformidad con el Derecho nacional, siempre que no se socave con ello la eficacia del Derecho comunitario⁶⁴.

Las investigaciones deben realizarse de conformidad con los **derechos fundamentales**, en especial con los artículos 8 (*derecho al respeto de la vida privada y familiar*) y 12 (*derecho a contraer matrimonio*) del CEDH (*artículos 7 y 9 de la Carta de la UE*).

La investigación de presuntos casos de matrimonios de conveniencia no justifica la derogación de los derechos de los familiares de países terceros conforme a la Directiva, como la prohibición del derecho a trabajar, la incautación del pasaporte o el retraso en la expedición de una tarjeta de residencia en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la solicitud. Estos derechos pueden retirarse en cualquier momento a raíz de las posteriores investigaciones.

4.3. Otras formas de abuso

También pueden darse abusos cuando los ciudadanos de la UE, con quienes no pueden reunirse en su Estado miembro de origen sus familiares de terceros países por impedirlo las normas nacionales sobre inmigración, se van a otro Estado miembro con el único propósito de eludir, al volver a su Estado miembro de origen, el Derecho nacional que ha frustrado sus esfuerzos de reunificación familiar, invocando sus derechos conforme al Derecho comunitario.

Las características que distinguen el uso auténtico y el uso abusivo del Derecho comunitario deberían basarse en la evaluación de si el ejercicio de los derechos comunitarios en un Estado miembro del que retornan los ciudadanos de la UE y sus familiares era **auténtico y efectivo**. En tal caso, los ciudadanos de la UE y sus familias están protegidos por el Derecho comunitario sobre libre circulación de personas. Esta evaluación solamente puede hacerse caso por caso. Si, en un caso concreto de retorno, el uso de los derechos comunitarios es auténtico y efectivo, el Estado miembro de origen no debe preguntar por los motivos personales que ocasionaron el desplazamiento anterior.

En caso necesario, los Estados miembros pueden definir **un conjunto de criterios orientativos** para evaluar si la **residencia** en el Estado miembro de acogida era **auténtica y efectiva**. Las autoridades nacionales pueden tener en cuenta en especial los siguientes factores:

- las circunstancias en las que el ciudadano de la UE en cuestión se trasladó al Estado miembro de acogida (*tentativas infructuosas previas de adquirir la residencia para un*

⁶⁴ Asuntos C-110/99 *Emsland-Stärke* (apartado 54) y C-215/03 *Oulane* (apartado 56).

cónyuge de un país tercero conforme al Derecho nacional; oferta de trabajo en el Estado miembro de acogida; calidad en que el ciudadano de la UE reside en el Estado miembro de acogida);

- *el grado de eficacia y autenticidad de la residencia en el Estado miembro de acogida (residencia prevista y real en el Estado miembro de acogida; esfuerzos realizados para establecerse en el Estado miembro de acogida, incluidos los trámites nacionales de registro y la previsión de alojamiento, así como la matriculación de los niños en un centro de enseñanza);*
- *las circunstancias en las que el ciudadano de la UE en cuestión retornó a su lugar de origen (retorno inmediatamente después de contraer matrimonio con un nacional de un país tercero en otro Estado miembro).*

Los criterios anteriores deberán considerarse posibles desencadenantes de la investigación, sin que se presupongan automáticamente los resultados de las posteriores investigaciones. Para evaluar si el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en otro Estado miembro de la UE era auténtico y efectivo, las autoridades nacionales no podrán basarse en una única característica; hay que prestar la debida atención a todas las circunstancias del caso. Deben evaluar la conducta de las personas en cuestión a la luz de los objetivos perseguidos por el Derecho comunitario y actuar sobre la base de pruebas objetivas⁶⁵.

J. vuelve a casa procedente de otro Estado miembro con S., su cónyuge originario de un tercer país. S. había intentado dos veces sin éxito obtener la residencia en el Estado miembro de J.. J. continuó trabajando en su lugar de origen durante su supuesta residencia en otro Estado miembro.

Las autoridades se ponen en contacto con las autoridades del Estado miembro de acogida y descubren que J. volvió a su lugar de origen sólo tres semanas después. La pareja permaneció en un hotel y pagó las tres semanas del alojamiento por adelantado. Teniendo en cuenta todo esto, J. y S. no pueden beneficiarse de las disposiciones de la Directiva.

No puede deducirse que la residencia en el Estado miembro de acogida no sea auténtica y efectiva sólo porque un ciudadano de la UE mantenga lazos con su Estado miembro de origen, tanto más si su situación en el país de acogida es inestable (*por ejemplo un contrato de trabajo de duración limitada*). El mero hecho de que una persona se coloque conscientemente en una situación que confiera un derecho no constituye de por sí una base suficiente para suponer que exista abuso⁶⁶.

Todas las consideraciones expuestas anteriormente sobre investigación, garantías materiales y procesales y cooperación entre los Estados miembros relativas a los matrimonios de conveniencia se aplican *mutatis mutandis*.

⁶⁵ Asunto C-206/94 *Brennet contra Paletta* (apartado 25).

⁶⁶ Asunto C-212/97 *Centros* (apartado 27).

4.4. Medidas y sanciones contra el abuso y el fraude

El artículo 35 confiere a los Estados miembros derecho a adoptar las **medidas necesarias** en caso de abuso de derechos o de fraude. Estas medidas **pueden adoptarse en cualquier momento** y pueden implicar:

- la denegación de derechos conforme al Derecho comunitario sobre libre circulación (*por ejemplo, expedir un visado de entrada o una tarjeta de residencia*);
- la rescisión o retirada de derechos conforme al Derecho comunitario sobre libre circulación (*por ejemplo, la decisión de rescindir la validez de una tarjeta de residencia y de expulsar a la persona que haya adquirido derechos mediante abuso o fraude*).

El Derecho comunitario no prevé actualmente ninguna sanción específica que puedan adoptar los Estados miembros en el marco de la lucha contra el abuso o el fraude. Los Estados miembros podrán establecer sanciones conforme al Derecho civil (*por ejemplo, cancelando los efectos sobre el derecho de residencia de un matrimonio que se haya demostrado que es de conveniencia*), administrativo o penal (*multa o encarcelamiento*), siempre que estas sanciones sean efectivas, no discriminatorias y proporcionadas.