

ISSN 2346-9196

Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet

Año II / Nr. 2 / 2014



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Cátedra Jean Monnet
de la
Facultad de Derecho
de la
Universidad de Buenos Aires

Año II – N° 2 – 2014

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Buenos Aires - Argentina

Correo electrónico: catedrajeanmonnet@derecho.uba.ar

DIRECTOR

Dr. Calogero Pizzolo

Catedrático Jean Monnet - UBA

CONSEJO ACADEMICO

Dr. Calogero Pizzolo

Dra. Sandra Negro

Dr. Walter Carnota

Dr. Alfredo Soto

CONSEJO EDITOR

Dra. Andrea Mensa González

Dr. Agustin Fabbriatore

Andrés Tripodi

Índice

Editorial /

Palabras del Director Pág. 6

Doctrina /

*Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia
y el derecho a libre circulación de los familiares
nacionales de países terceros* Pág. 8

Roberto CIPPITANI

*Panorama de la libre circulación de personas:
Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina* Pág. 42

Calogero PIZZOLO

Ensayos / Pág. 97

*Pluralismo jurídico y cultura de la interlegalidad. El caso del
derecho indígena en México*

Anna Margherita RUSSO

*La autonomía del derecho de la UE: una celebración
conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos* Pág. 136

Giuseppe MARTINICO

*Sobre el efecto directo de la directiva, el principio de
primacía del derecho comunitario y el juez nacional como
juez comunitario* Pág. 155

Ingrid KERZ

*Análisis de la sentencia del asunto Åkkerberg Fransson (C-
617/10) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* Pág. 182

Anabel Soledad PAPA

*Efectos del Sistema Multilateral del Comercio en la
integración europea (en relación con el Caso "T. Port")* Pág. 199

Juan M. SLUMAN

TJUE- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Enero 2014 - Julio 2014

Tribunal de Justicia Pág. 216

Tribunal General Pág. 267

Tribunal de la Función Pública Pág. 299

ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL DERECHO A LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS FAMILIARES NACIONALES DE PAÍSES TERCEROS

Roberto CIPPITANI (*) ¹

Sumario

I. La libre circulación de los familiares de países terceros en la jurisprudencia Ruiz Zambrano. - II. Las sentencias que implementan y que se diferencian de la jurisprudencia Ruiz Zambrano. - III. Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia. - IV. El efecto útil. - V. Principios constitucionales. - VI. Diferencias en las sentencias y contexto de la interpretación judicial. - VI. Diferencias en las sentencias y contexto de la interpretación judicial. - VII. Continuidad y disimilaridades en la jurisprudencia comunitaria. - VIII. El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del Derecho comunitario

§

I. La libre circulación de los familiares de países terceros en la jurisprudencia Ruiz Zambrano

Después de una época, desde los años 60 del siglo pasado hasta el inicio del nuevo milenio, en que se trataba de desarrollar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha ido ocupando siempre con mayor frecuencia de la circulación y residencia de los nacionales procedentes de países terceros, es decir, de los familiares de los ciudadanos comunitarios.

La principal referencia normativa en este ámbito es el artículo 16, apartado 2, de la 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

(*) Catedrático Jean Monnet, Investigador de Derecho privado, Università degli Studi di Perugia

¹ Se agradece a la Profesora Andrea Mensa González por haber realizado la revisión de este artículo.

miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

La directiva otorga “un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” («considerando» 1 de la Directiva).

“Beneficiario” de la Directiva 2004/38/CE es cualquier ciudadano para el cual se realice el elemento transfronterizo, es decir cuando el ciudadano se “traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia”, que le acompañen o se reúnan con él (véase el artículo 3).

Por lo que se refiere al concepto de “miembro de la familia” relevante para la aplicación de la Directiva, el artículo 2 establece que es: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; d) los ascendientes directos a cargo y de los del cónyuge o de la pareja.

La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia ha considerado en varias ocasiones el caso en que el miembro de la familia no tenía la ciudadanía de la Unión.

En este ámbito la sentencia de Gran Sala en el asunto Ruiz Zambrano² ha venido constituyendo la jurisprudencia de referencia para las decisiones siguientes, específicamente cuando el ciudadano comunitario no había ejercido el derecho del desplazamiento desde un Estado comunitario a otro.

² TJUE, *Ruiz Zambrano*, sentencia de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09.

La Abogada General Eleanor Sharpston en sus conclusiones en el asunto *Zambrano*³ muestra como la libre circulación de los mismos ciudadanos comunitarios, en algunas situaciones, pueda prescindir del elemento transfronterizo, tal como fue confirmado por algunas sentencias del Tribunal de Justicia: la jurisprudencia *Garcia Avello*⁴; la sentencia en el asunto *Zhu y Chen*⁵ y la en el asunto *Rottmann*⁶.

Como ha destacado el Abogado General Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer en otro asunto, no se podría limitar la aplicación del derecho a la libre circulación "a las hipótesis en las que se ha circulado, pues también comprende aquellas en las que se impide o se disuade de circular, cuando los auxilios se destinan a formarse en otros Estados miembros, evidenciándose así la imprescindible conexión comunitaria para invocar"⁷.

En el asunto *Ruiz Zambrano* la cuestión prejudicial se refiere a la posibilidad de invocar ese derecho por parte del progenitor no comunitario de un niño ciudadano de un Estado miembro. En este caso la Directiva 2004/38/CE no podría aplicarse, porque la situación de hecho no se encuentra incluida dentro de los presupuestos previstos: por un lado el niño no tiene que moverse de un Estado comunitario a otro; por otro lado la definición de familiar no incluye el caso del familiar que cuida al ciudadano del Unión (véase el antemencionado artículos 2 de la Directiva 2004/38/CE).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, pese que no se aplique la Directiva 2004/38/CE, observa que la protección del derecho a la libre circulación,

³ Conclusiones del Abogado General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, párrafo 77.

⁴ TJCE, *Garcia Avello*, sentencia de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02.

⁵ TJCE, *Zhu y Chen*, sentencia de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02.

⁶ TJUE, *Rottmann*, sentencia de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08.

⁷ Como afirma el Abogado General Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer, presentadas el 20 de marzo de 2007, asuntos acumulados C-11/06 y C-12/06, *Rhiannon Morgan/Bezirksregierung Köln e Iris Bucher/Landrat des Kreises Düren*, apartado 87.

reconocido por los artículos 20 y 21 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante "TFUE"), impone eliminar todo obstáculo al ejercicio del derecho⁸.

En el caso específico, el hecho de denegar el permiso de residencia a los ascendientes de los menores ciudadanos comunitarios los privaría del "disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión" (*Ruiz Zambrano*, apartado 44), obligándolos de hecho a abandonar el territorio de la Unión para seguir a las personas sobre las cuales recae la obligación de cuidarlos.

La "doctrina Zambrano" constituye la base de la jurisprudencia siguiente, el "mayor punto de apertura" sobre este tema, como afirma Pizzolo⁹.

⁸ Art. 20 TFUE: 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos.

Art. 21 TFUE: 1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. 2. Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1. 3. A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo.

⁹ PIZZOLO, C., "The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU", en ARNOLD, R. y COLCELLI, V., *Private law instruments as way of EU regional integration*, Universitaetsverlag Regensburg, Regensburg, 2014, en curso de publicación.

Ello no obstante, el Tribunal de Justicia parece imponer ulteriormente ciertas condiciones al reconocimiento del derecho derivado de los familiares de ciudadanos comunitarios.

II. Las sentencias que implementan y que se diferencian de la jurisprudencia Ruiz Zambrano

En la sentencia del asunto *MacCarthy* ¹⁰ de un par de meses posteriores a la decisión en el asunto *Ruiz Zambrano*, el Tribunal de Justicia afirmó que la señora MacCarthy, ciudadana del Reino Unido y de Irlanda, que nunca había ejercitado su derecho a la libre circulación, no tenía el derecho de invocar la aplicación de la Directiva 2004/38/CE para atribuir a su esposo jamaquino un permiso de residencia permanente.

Con esta decisión el Tribunal comienza una serie de sentencias que, aún partiendo de los principios de la jurisprudencia *Zambrano*, ponen en evidencia los hechos que impiden o limitan su aplicación.

En el caso concreto, el Tribunal afirma que la Señora MacCarthy no puede solicitar la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, y por lo tanto, el derecho de ser acompañada por su esposo, en cuanto no había ejercitado su derecho a la libre circulación (véase los apartados de 30 a 43). Además la falta de concesión del permiso de residencia a su cónyuge no afectaría el disfrute del derecho reconocido por los Tratados comunitarios. Por lo tanto “la medida nacional de que se trata en el presente asunto principal no tiene como efecto que la Sra. McCarthy se verá obligada a salir del territorio de la Unión” (*MacCarthy*, apartado 50).

¹⁰ TJUE, *MacCarthy*, sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto C-434/09.

Las siguientes sentencias precisan que están prohibidas medidas nacionales que podrían afectar el contenido esencial del disfrute efectivo de los derechos que derivan de la ciudadanía de la Unión.

En el asunto *Dereci*¹¹ el Tribunal de Justicia opina que el criterio relativo a la privación del contenido esencial del derecho tiene que ser considerado en el caso de situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión “se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto” (*Dereci*, para. 66).

En cambio, no basta para que se configure ese criterio, que el ciudadano comunitario considere deseable, por razones económicas o de unidad familiar, que el familiar no comunitario permanezca en el territorio de la Unión Europea. De hecho en este caso el ciudadano de la Unión no “se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido” (párrafo 68). Lo mismo se ha afirmado en la sentencia del asunto *Ymerga* del 8 de mayo de 2013¹².

Con la sentencia *Iida*¹³ el Tribunal de Justicia confirma que, no aplicándose la Directiva 2004/38/CE y cuando tampoco existe otro elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía, un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión (véase apartado 82).

El Tribunal subraya que “las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países” (*Iida*, apartado 66).

¹¹ TJUE, *Dereci y otros*, sentencia de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256-11.

¹² TJUE, *Ymerga*, sentencia de 8 de mayo de 2013, asunto C-244/13, apartado 39.

¹³ TJUE, *Iida*, sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C-40/11.

En efecto, se trata de un derecho derivado (*Iida*, apartado 67)¹⁴, necesario para evitar obstáculos a la libre circulación del ciudadano comunitario disuadiéndole de ejercer sus derechos (*Iida*, apartado 68).

Según el Tribunal, en el asunto *Alokpa* de octubre del 2013¹⁵, no constituye, en abstracto, una amenaza para el disfrute efectivo del derecho a la libre circulación, el hecho que un Estado miembro (Luxemburgo) no otorgue el permiso de residencia a una nacional de un Estado tercero (Togo), que cuida a sus hijos menores, ciudadanos franceses (en virtud del reconocimiento del padre).

Otra cuestión que se ha considerado es si el principio establecido por la jurisprudencia Zambrano puede aplicarse de manera “transitoria”, es decir en el caso que el nacional no comunitario, que solicite el permiso de residencia, sea de otro ciudadano extra-UE, quien es progenitor de un ciudadano comunitario.

El tema se ha tratado en la sentencia *O. y S.*¹⁶.

Los hechos de los cuales surge dicha sentencia se refieren a dos nacionales de países terceros (O. de la Costa de Marfil y M. nacional argelino), quienes piden el permiso de residencia para reagruparse con sus esposas (señora S. y L., respectivamente nacionales de Ghana y de Argelia), madres de ciudadanos comunitarios (de Finlandia). Los señores O. y M. no tenían la custodia de los menores.

En este caso el Tribunal sostiene que esta situación no permite automáticamente la adquisición del derecho derivado por el nacional extracomunitario.

¹⁴ En el mismo sentido asuntos *McCarthy*, apartado 42, y *Dereci y otros*, apartado 55.

¹⁵ TJUE, *Alokpa*, sentencia de 10 de octubre de 2013, asunto C-86/12.

¹⁶ TJUE, *O. y S.*, sentencia de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11.

Otra cuestión vinculada al tema de la libre circulación de los familiares extra-europeos, es cuando se configura el requisito de la permanencia de cinco años en el Estado de acogida, previsto por el artículo 16 apartado 2 la Directiva 2004/38/CE, para adquirir el permiso de residencia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia afirma que los miembros de la familia del ciudadano comunitario cumplen con la antemencionada disposición si residieron con él durante el período de que se trate¹⁷.

En el asunto *Ogieriakhi*¹⁸ el Tribunal ha enfrentado el problema de analizar si durante el mencionado periodo de cinco años, se cumple el requisito previsto por la directiva, incluso cuando los esposos no cohabitaron entre ellos.

El Tribunal de Justicia ha decidido que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que así lo declare la autoridad competente. Por lo tanto el matrimonio permanece valido para el cumplimiento del requisito de los cinco años, en el caso de los cónyuges que simplemente viven separados.

En otra sentencia, *O. y B.*¹⁹, el Tribunal reconoce que el periodo valido para adquirir el permiso de residencia es incluso aquel en que el ciudadano de la Unión regresa a su país de origen (*O. y B.*, apartado 61).

De hecho, como afirma la Comisión, interviniendo el asunto *Singh*²⁰, “el nacional de un Estado miembro que regresa para establecerse en dicho Estado después de haber ejercido una actividad económica en otro Estado miembro, está en la misma situación que un nacional de otro Estado miembro que venga a establecerse en dicho país” (*Singh*, apartado 13).

¹⁷ TJUE, *Alarape y Tijani*, sentencia de 8 de mayo de 2013, asunto C-529/11, apartado 34.

¹⁸ TJUE, *Ogieriakhi*, sentencia de 10 de julio de 2014, asunto C-244/13.

¹⁹ TJUE, *O. y B.*, sentencia de 12 de marzo de 2014, asunto C-456/12.

²⁰ TJCE, *The Queen/Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh ex parte Secretary of State for the Home Department*, sentencia del 7 de julio de 1992, asunto C-370/90.

En cambio, “la inexistencia de tal derecho en favor del nacional de un tercer Estado podría disuadir al trabajador, ciudadano de la Unión, de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer una actividad laboral en el territorio de otro Estado miembro, ante la falta de certeza de este trabajador de poder continuar, a su vuelta al Estado miembro de origen, una convivencia familiar comenzada eventualmente mediante matrimonio o reagrupación familiar en el Estado miembro de acogida” (*O. y B.*, apartado 46)²¹.

El obstáculo a la salida del Estado miembro del que es nacional el trabajador está representado por “la denegación, en el momento del regreso del trabajador a su Estado miembro de origen, de un derecho de residencia derivado a los miembros de la familia de dicho trabajador, nacionales de un tercer Estado, cuando este último ha residido con aquéllos en el Estado miembro de acogida en virtud del Derecho de la Unión y con observancia de éste” (*O. y B.*, apartado 47).

Aquí, se considera de manera diferente, de acuerdo a lo dispuesto por la jurisprudencia *Ogierakhi*, el requisito necesario es que la residencia tenga “efectividad suficiente” para permitirle desarrollar o consolidar una convivencia familiar en este Estado miembro. Por lo tanto, el artículo 21.1 TFUE, “no exige que toda residencia de un ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida acompañado de un miembro de su familia, nacional de un tercer Estado, implique necesariamente la concesión de un derecho de residencia derivado a este miembro de la familia en el Estado miembro cuya nacionalidad posee el ciudadano en el momento del regreso de éste a este Estado miembro”. (*O. y B.*, apartado 51).

A este respecto “los períodos de residencia de corta duración, como fines de semana o períodos de vacaciones pasados en un Estado miembro distinto de aquel del que este ciudadano es nacional, incluso considerados en su conjunto, se

²¹ Véase también, *Eind*, TJCE, sentencia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/05, apartados 35 y 36, e *Iida*, apartado 70.

inscriben en el ámbito del artículo 6 de la Directiva 2004/38 y no cumplen los requisitos mencionados” (O. y B., apartado 59).

La efectividad, concluye el juez comunitario, tiene que ser apreciada por el órgano jurisdiccional remitente.

III. Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia

El tema de la circulación de los familiares nacionales de países terceros, además de tener relevancia por sí misma, constituye una perspectiva interesante para observar como el Tribunal de Justicia desempeña su actividad interpretativa.

Especialmente, la sentencia *Ruiz Zambrano*, y la jurisprudencia que ha surgido de ella, representa una referencia importante en los ensayos recientes sobre el tema de la interpretación del juez comunitario²².

La integración jurídica europea debe muchísimo a la labor interpretativa del Tribunal de Justicia, que a lo largo de más de sesenta años ha venido desarrollando un particular enfoque en la atribución del sentido al Derecho comunitario.

En un primer momento, analizando la jurisprudencia mencionada en los párrafos precedentes, la particularidad de la interpretación del Tribunal de Justicia no aparece de manera tan evidente.

De hecho, como la mayoría de los jueces nacionales de la tradición jurídica de la Europa continental, el juez comunitario afirma utilizar los métodos interpretativos clásicos.

²² Entre otros: DAWSON, M., “How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, en *European Law Journal*, Vol. 20, No. 3, mayo 2014, pags. 423–435; BECK, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012; CONWAY, G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

El homenaje a la tradición hermenéutica se puede observar especialmente la sentencia *MacCarthy* en la cual se afirma la utilización de una “interpretación literal, teleológica y sistemática” para excluir la aplicación de la Directiva 2004/38/CE al esposo de la ciudadana comunitaria que nunca había hecho uso de su derecho a la libre circulación, habiendo siempre residido en el Estado miembro de su nacionalidad.

De hecho, con respecto al elemento literal, “según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, es beneficiario de ésta cualquier ciudadano de la Unión que se “traslade” a, o resida en, un Estado miembro “distinto” del Estado del que posea la nacionalidad” (*MacCarthy*, apartado 32).

Además, si se considera la perspectiva finalista, es verdad que el objetivo de la Directiva es “facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros” (*MacCarthy*, apartado 28). Sin embargo la antemencionada Directiva establece las condiciones para el ejercicio de la libre circulación (*MacCarthy*, apartado 33).

Según el Tribunal de Justicia, incluso el enfoque sistemático apoya la no aplicación de la Directiva al caso en consideración (véase los apartados 36 sigs. de *MacCarthy*). De hecho, el sistema de las disposiciones de la Directiva confirma la interpretación del Tribunal: el artículo 1, letra a), de la Directiva define su objeto mediante referencia al ejercicio “del” derecho “de libre circulación y residencia” de los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados miembros; la relación entre residencia y libre circulación se deduce también tanto del título de dicha Directiva como de la mayor parte de sus considerandos; los derechos de residencia previstos por los artículos 6, 7 y 16 de la Directiva 2004/38 se refieren a la residencia de un ciudadano de la Unión en otro Estado miembro distinto del cual el ciudadano es nacional; el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 designa como “beneficiario” de ésta a todo ciudadano de la Unión que se traslade a, “o” resida en, un Estado miembro.

El enfoque expresado en *MacCarthy* se confirma también en la jurisprudencia *Dereci* (apartado 54 y ss.; véase también *O. y B.*, apartado 37 sigs.), que, como opina el Abogado General en sus conclusiones en el asunto *O. y S.* “realizó una interpretación particularmente estricta de los criterios establecidos en la sentencia Ruíz Zambrano”.

Lo que surge en la jurisprudencia *MacCarthy* es la coexistencia de argumentos interpretativos distintos (literal, teleológico y sistemático), que apoyan el mismo resultado de la interpretación.

Este acercamiento puede encontrarse en otras sentencias en las que se reconoce que no es suficiente la pura interpretación literal.

Por ejemplo, la sentencia *Ogierakhi*, afirma que el hecho que “el artículo 16, apartado 2, de dicha Directiva fuera objeto de una interpretación literal, el nacional de un tercer país podría encontrarse en una situación de vulnerabilidad a causa de medidas unilaterales adoptadas por su cónyuge, lo que iría en contra del espíritu de esta Directiva” (*Ogierakhi*, apartado 40).

El espíritu de la Directiva útil a la interpretación prejudicial, según el Tribunal, está expresado por el considerando 15 de la Directiva, que establece la “protección jurídica a los miembros de la familia en caso de fallecimiento del ciudadano de la Unión o de divorcio o anulación del matrimonio o de una unión de hecho registrada” (véase la disciplina contenida en el artículo 13 de la Directiva, titulado “Mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada”).

Además, el concepto de “residencia” en la disposición mencionada debería interpretarse de manera amplia. De hecho, según la jurisprudencia del Tribunal (véase la sentencia en el asunto *Diatta*, apartado 18)²³, la Directiva: “al disponer que el miembro de la familia del trabajador migrante tiene derecho a instalarse

²³ TJCE, *Diatta*, sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83.

con este último (...) exige, no que el miembro de la familia de que se trate viva allí permanentemente, sino únicamente que la vivienda de que dispone el trabajador pueda considerarse normal para acoger a su familia, de modo que no cabe reconocer como requisito implícito el de que exista una única vivienda familiar” (*Ogierakhi*, apartado 45).

Por lo tanto, si se aplicara la protección sólo al caso de divorcio o anulación del matrimonio, se dejaría sin tutela al cónyuge separado de hecho, antes de que la autoridad competente haya declarado el fin de la relación matrimonial.

Al final de cuentas, la interpretación del Tribunal de Justicia no puede basarse solamente en la literalidad de la ley. De hecho esa está siempre vinculada a un fin.

La finalidad se pone como inicio y como resultado de la actividad interpretativa. Por ejemplo: “La finalidad y la justificación de esos derechos derivados – en particular de los derechos de entrada y de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión – se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación de dicho ciudadano, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida” (*Alokpa*, apartado 22; véase también *Ymeraga*, apartado 35; *Iida*, apartados 67 y 68).

Los argumentos de la jurisprudencia de estudio son perfectamente coherentes con el acercamiento del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho comunitario.

Como se ha dicho, este enfoque aparentemente utiliza los instrumentos interpretativos usuales²⁴, es decir los de la tradición positivista de la Europa continental.

Desde esa perspectiva, los jueces deberían exclusivamente derivar las normas de un sistema jurídico cerrado y completo, establecido por el legislador nacional. Las disposiciones de los códigos civiles (véase, por ejemplo, el artículo 12 de las disposiciones preliminar al *Codice civile* italiano) representan la interpretación como un proceso lineal y casi algorítmico, que parte y se basa en la interpretación literal del texto²⁵.

El juez puede tomar en consideración argumentos ulteriores (como la finalidad de la ley o los principios generales) sólo si la interpretación literal no es suficiente para comprender el caso.

En realidad, el Tribunal de Justicia, como se ha mencionado, si bien se refiere a argumentos interpretativos distintos (la literalidad, la finalidad de la ley, la interpretación sistemática), los utiliza de manera acumulativa y no lineal, como sucede contrariamente en la tradición de la hermenéutica legal²⁶.

En la jurisprudencia del Tribunal comunitario la interpretación se desarrolla siempre para alcanzar una finalidad²⁷.

Por lo tanto, al contrario de lo que pasa en los códigos civiles nacionales, la interpretación teleológica no es una opción posible, sino necesaria, en el

²⁴ Por ejemplo, TJCE, *Brasserie du pêcheur/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen /Secretary of State for Transport, ex parte Factortame y otros*, sentencia de 5 de marzo de 1996, asuntos C-46/93 y C-48/93.

²⁵ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 1980, pag. 224; ANGELASCO, G. y DEMOGUE, R., *La technique législative en matière de codification Civil. Étude de droit comparé*, Boccard, Paris, 1930.

²⁶ BECK, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, ob. cit., véase el capítulo 9.

²⁷ TJCE, *Conserve Italia/Comisión*, sentencia de 11 de diciembre del 2003, asunto T-305/00.

proceso de atribución del sentido jurídico. La finalidad es el punto de partida del proceso interpretativo y afecta toda la comprensión de los textos jurídicos²⁸.

IV. El efecto útil.

El enfoque finalista de la jurisprudencia comunitaria se expresa a través de una herramienta característica del Tribunal de Luxemburgo, que se encuentra incluso en las decisiones de otros órganos jurisprudenciales transnacionales²⁹: la búsqueda del efecto útil del derecho comunitario, que se considera como un “corolario” de la interpretación finalista³⁰.

Como se ha comentado, el Tribunal de Justicia ha puesto el método teleológico, junto con el principio del efecto útil, en la base de la “infraestructura del método hermenéutico comunitario”³¹.

Para la doctrina, el efecto útil significa “escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin”³².

²⁸ Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del Tribunal de Justicia, ver por ejemplo, JOUSSEN, C., “L’interpretazione teleologica del diritto comunitario”, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, pags. 499 y ss.

²⁹ CIPPITANI, R. “Interpretación de las Cortes regionales”, en ALVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R., *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, pags. 312-325; Id., “El “Derecho de la integración” en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica”, en PAMPILLO BALIÑO, J.P. (ed.) *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica*, Editorial Porrúa, México, pags. 523-548; Id. “La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional”, en *Diritto e Processo*, 2013, pags. 67-99.

³⁰ QUADROS, F., *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Almedina, Lisboa, 1984, pag. 427.

³¹ PAMPILLO BALIÑO, J.P., *Historia general del derecho*, Oxford University Press, Oxford-Ciudad de México, 2008, pag. 353.

³² REMIRO BRETONS, A., *Derecho internacional Público*, Tecnos, Madrid, vol. 2, pag. 313.

En opinión del Tribunal de Justicia comunitario, el principio del efecto útil sirve para alcanzar los objetivos enumerados en los Tratados comunitarios y, por lo tanto, para asegurar el funcionamiento de la Unión³³.

El efecto útil comporta la aplicación extensiva de las reglas de Derecho comunitario, como por ejemplo, la disciplina de la libre circulación de las personas³⁴; por otro lado para alcanzar los objetivos del ordenamiento comunitario, se deben interpretar de manera restrictiva las normas que derogan a los derechos establecidos por los Tratados³⁵.

Toda la jurisprudencia que se está analizando utiliza argumentos vinculados al efecto útil.

La sentencia *Zambrano*, para llegar a sus conclusiones, se refiere a otras sentencias en las cuales se trata el caso del progenitor de un ciudadano comunitario de corta edad. En el asunto *Baumbast*³⁶ “en circunstancias como las de los litigios principales, en las que los hijos gozan (...) del derecho a continuar su escolaridad en el Estado miembro de acogida mientras los progenitores responsables de su custodia pueden perder sus derechos de estancia (...) resulta claro que la denegación a dichos progenitores de la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos de un derecho que el legislador comunitario les ha reconocido” (*Baumbast*, apartado 71). El Tribunal subraya que “habida cuenta del contexto y de las finalidades [en este caso del Reglamento n. 1612/68] (...) no puede interpretarse de manera restrictiva y no debe, en cualquier caso, verse privado de su efecto útil.”. (*Baumbast*, apartado 74)

³³ Ver por ejemplo TJCE, *Italia/Commission*, sentencia de 4 de octubre del 2001, asunto C-403/99; id. TJCE, *Walt Wilhelm y otros/Bundeskartellamt*, sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68.

³⁴ TJCE, *Comisión v. Bélgica*, sentencia de 20 de febrero de 1997, asunto C-344/95, apartados 14-18, 34.

³⁵ TJCE, *Compagnie maritime belge transports y otros v. Comisión* sentencia de 8 de octubre de 1996, asuntos T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, apartados 48-49.

³⁶ TJCE, *Baumbast y R*, sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99.

La incompatibilidad entre efecto útil y una interpretación restrictiva se puede observar también en *Ogieriakhi*, sentencia en la cual el efecto útil se contrapone a la pura interpretación literal, la cual tendría como consecuencia una aplicación restrictiva de la Directiva 2004/38.

El enfoque extensivo comporta la utilización constante, y no eventual como en la interpretación tradicional, de la analogía.

La sentencia *O. y B.*, cuando el Tribunal establece como computar los periodos de residencia del familiar nacional de un tercer país, se afirma que “en una situación en la que un ciudadano de la Unión ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado con ocasión de una residencia efectiva, en virtud de, y con observancia de, los requisitos establecidos en los artículos 7, apartados 1 y 2, o 16, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38, en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, las disposiciones de esta Directiva se aplican por analogía cuando dicho ciudadano de la Unión regresa, con el miembro de su familia de que se trate, a su Estado miembro de origen.” (*O. y B.*, apartado 61).

La necesidad de no privar del efecto útil a la interpretación del Derecho comunitario y, especialmente, del derecho a la libre circulación de un ciudadano comunitario que sea menor de edad, conduce a ampliar el conjunto de los familiares que benefician de la libertad de circulación.

Las sentencias *Zambrano* y *Zhu-Chen*³⁷ no limitan la libre circulación al familiar que se encuentra a cargo del ciudadano comunitario, sino al caso inverso, en el cual sea el nacional del tercer estado quien tenga la obligación de cuidar del ciudadano de la Unión.

En efecto, “la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño...

³⁷ TJCE, *Zhu y Chen*, sentencia de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02.

resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último". Según el Tribunal "es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste" (*Zhu y Chen*, apartado 45).

En este contexto la sentencia *Ruiz Zambrano* puede afirmar que el artículo 20 TFUE "se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión" y que "la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto." (*Ruiz Zambrano*, apartado 43).

Las sentencias posteriores a *Zambrano* fijan este principio, pero de una perspectiva negativa, en el sentido que la necesidad de alcanzar el efecto útil, no ocurre en la situación concreta.

La sentencia *MacCarthy* recuerda (apartado 52 y 53) que las decisiones sobre el tema del apellido (*Avello* antemencionada y *Grukin y Paul*³⁸) invocan la aplicación del derecho a la libre circulación en presencia de medidas estatales (como las concernientes las reglas de atribución del apellido) que constituyen un obstáculo de hecho a la libre circulación.

En consecuencia, afirma la sentencia *MacCarthy*, "el artículo 21 TFUE no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro,

³⁸ TJCE, *Grunkin y Paul*, sentencia de 14 de octubre de 2009, asunto C-353/06.

siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.” (*MacCarthy*, apartado 56).

En cambio, la situación en el asunto *Ruiz Zambrano* presentaba “un carácter muy específico” (*Dereci*, apartado 67), o “excepcional” (*O. y S.*, apartado 48).

En esas situaciones, como se afirma en *Alokpa*, “pese a no ser aplicable el Derecho secundario en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trata no ha ejercido su libertad de circulación”, (*Alokpa*, apartado 32; la sentencia se refiere también a *Iida*, apartado 71, e *Ymeraga*, apartado 36), no se puede denegar el permiso de residencia al nacional de un Estado miembro, por que “de hacerlo se privaría de efecto útil a la ciudadanía de la Unión” (*O. y S.*, apartado 48; véase *Dereci*, apartado 68), en cuanto “la consecuencia de esa denegación, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, siendo privado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto de ciudadano de la Unión” (*Alokpa*, apartado 32).

Como se especifica en *O. y B.*, la denegación del permiso de residencia derivado al nacional de un país tercero podría disuadir al ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del cual es nacional para ejercer su derecho de residencia, ante la incertidumbre de si podrá continuar, en su Estado miembro de origen, una convivencia familiar con sus parientes próximos desarrollada o consolidada en el Estado miembro de acogida (*O. y B.*, apartado 54)³⁹. Además, “el efecto útil del artículo 21 TFUE, apartado 1, requiere que el ciudadano de la

³⁹ Véanse en este sentido las sentencias anteriormente citadas, *Eind*, apartados 35 y 36, e *Iida*, apartado 70.

Unión, a su regreso al Estado miembro de su nacionalidad, pueda continuar la convivencia familiar que mantenía en el Estado miembro de acogida, si este ciudadano y el miembro de su familia de que se trate, nacional de un tercer Estado, adquirieron en este último Estado miembro un derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartados 1 y 2, respectivamente, de la Directiva 2004/38.” (O. y B., apartado 55).

V. Principios constitucionales.

Como se ha mencionado en el párrafo precedente, el Tribunal trata de establecer el efecto útil no solo en las disposiciones que se aplican de manera específica al asunto, como las directivas sobre el tema de la libre circulación, sino también del ordenamiento jurídico en su general.

Otra característica de la jurisprudencia comunitaria es que aplica directamente las normas constitucionales como las del Tratado sobre el Funcionamiento, especialmente las reglas que reconocen las libertades comunitarias (artículos 20 y 21 TFUE).

En el enfoque tradicional al tema de la interpretación, las normas constitucionales no impactan directamente en la reglamentación de las relaciones jurídicas, sino a través de la ley ordinaria⁴⁰.

Además, en la jurisprudencia que se está analizando, algunas sentencias toman en consideración, otras normas generales del ordenamiento jurídico comunitarios, es decir, los derechos fundamentales previstos en la Carta de los Derechos Fundamentales y por en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Este último instrumento jurídico regional, hoy en día, forma parte del

⁴⁰ Véanse, en este sentido, también las sentencias anteriormente citadas, Eind, apartados 35 y 36, e Iida, apartado 70.

ordenamiento de la Unión, en base al artículo 6 TUE en consecuencia de los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa.

En particular, una parte de la jurisprudencia afirma la necesidad de proteger el derecho fundamental al respeto de la “vida privada y familiar”.

De hecho, el efecto útil debe satisfacer “la exigencia de respeto de la vida familiar previsto en el artículo 8 del CEDH, respeto que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia, están reconocidos en el Derecho comunitario” (*Baumbast*, apartado 72).

El Abogado General del asunto *Ruiz Zambrano*, en sus conclusiones, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal lo reconoce como derecho fundamental del ordenamiento comunitario, citando especialmente la sentencia *Carpenter*⁴¹.

El derecho a la vida familiar se entiende también incluso como referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En la sentencia *Boultif* ⁴² dicho tribunal declaró que “la expulsión de una persona de un país en el que viven miembros de su familia cercana puede equivaler a una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el artículo 8, apartado 1, del [CEDH]”

En la sentencia *Carpenter* se subraya que “la separación de los esposos Carpenter causaría un daño a su vida familiar y, por tanto, a las condiciones de ejercicio de una libertad fundamental por el Sr. Carpenter. En efecto, esta libertad no puede producir un efecto pleno si los obstáculos que se ponen, en su país de origen, a la entrada y residencia de su cónyuge impiden al Sr. Carpenter su ejercicio” (*Carpenter*, apartado 39).

⁴¹ TJCE, *Carpenter*, sentencia de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00.

⁴² TEDH, *Boultif c. Suiza*, sentencia de 2 de agosto de 2001, apartados 39, 41 y 46.

De hecho la decisión de expulsar a la señora Carpenter constituiría una injerencia en el ejercicio por el marido de su derecho al respeto de su vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que forma parte del Derecho de la Unión Europea (*Carpenter*, apartado 41).

La sentencia *O. y S.* también afirma que la Directiva 2003/38/CE sobre la reagrupación familiar, debe implementarse “a la luz de los artículos 7 y 24, apartados 2 y 3, de la Carta, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando también favorecer la vida familiar, así como evitando menoscabar tanto el objetivo de la citada Directiva, como su efecto útil” (*O. y S.*, apartado 82).

Por lo tanto “El artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 no puede interpretarse y aplicarse de forma que dicha aplicación viole los derechos fundamentales establecidos en las citadas disposiciones de la Carta” (*O. y S.*, apartado 77).

En efecto, los Estados miembros deben “no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, sino también procurar no basarse en una interpretación de un texto de Derecho derivado que entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión” (*O. y S.*, apartado 78)⁴³.

En *Chakroun*⁴⁴ el Tribunal de Justicia opina que “Dado que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, la facultad prevista en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva debe interpretarse de manera estricta. Por otro lado, el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede

⁴³ Véase TJUE, *Detiček*, sentencia de 23 de diciembre 2009, asunto C-403/09 PP, apartado 34.

⁴⁴ TJUE, *Chakroun*, sentencia de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08.

utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil.” (*Chakroun*, apartado 43).

Cabe destacar que la jurisprudencia que se refiere a la protección de la vida familiar, considera varias hipótesis en donde el ejercicio de la libre circulación es más potencial que real.

En el asunto *Carpenter*, sobre el cual se basa la sentencia Zambrano, el señor Carpenter trabaja en una empresa que con sede en el Reino Unido, pero él desempeña parte de su actividad profesional en otros Estados miembros. Esa actividad puede ser facilitada indirectamente por el hecho que la esposa cuida a los hijos menores del marido.

También en los asuntos *Avello* y *Grunkin y Paul* también, el desplazamiento es solo potencial. Especialmente en el asunto *Grunkin y Paul*, la diferencia de dos países europeos sobre la determinación del apellido (Alemania, país de la ciudadanía del niño Leonhard Matthias y Dinamarca, país de residencia) hubiera provocado problemas prácticos muy graves, debido la existencia documentos de identidad (como el pasaporte) con apellidos diferentes. De hecho: “numerosos actos de la vida cotidiana, tanto en el ámbito público como privado, exigen la prueba de la identidad, que normalmente proporciona el pasaporte. Como Leonhard Matthias sólo posee la nacionalidad alemana, la expedición de ese documento es de la exclusiva competencia de las autoridades alemanas. Ahora bien, en el supuesto de la denegación por éstas del reconocimiento del apellido tal como fue determinado e inscrito en Dinamarca, dichas autoridades expedirán a ese niño un pasaporte en el que figurará un apellido diferente del que se le atribuyó en ese último Estado miembro” (*Grunkin y Paul*, apartado 25).

VI. Diferencias en las sentencias y contexto de la interpretación judicial.

La doctrina que estudia el tema de la libre circulación observa que la sentencia *Ruiz Zambrano* representa una fractura con respecto a la jurisprudencia posterior⁴⁵.

En efecto, parece que sentencias como *Carpenter* o *Zambrano* sostienen una tendencia a una interpretación expansiva de la libre circulación de los nacionales de terceros países, mientras algunas decisiones siguientes muestran un enfoque muy restrictivo.

Las explicaciones de esas diferencias pueden ser varias.

En primer lugar hay razones, que podrían ser denominadas “organizativas”, que pueden estar en la base de decisiones diferentes. Incluso en la jurisprudencia de los mismos órganos judiciales nacionales se pueden observar soluciones diferentes de un mismo problema, debido en particular a la organización en secciones. A propósito de las sentencias que se está estudiando, por ejemplo, se puede observar que *Ruiz Zambrano* es una decisión tomada por la Gran Sala del Tribunal, mientras muchas otras sentencias se aprobaron por las otras salas (por ejemplo *MacCarthy* por la tercera). La Gran Sala, que al incluir un número mayor de jueces, normalmente no es el lugar para profundizar los conceptos, sino para afirmar principios más generales.

En segundo lugar, se puede afirmar que los dos grupos de sentencias son la expresión de dos visiones “políticas” distintas, que surgen como consecuencia de la evolución del mismo Tribunal. Por lo tanto *Ruiz Zambrano* se puede considerar como un ejemplo de una línea de política más abierta, mientras *MacCarthy* apoya una visión conservadora que intenta limitar los efectos de la “doctrina Zambrano”.

En tercer lugar, una parte de la literatura jurídica da una razón científica del cambio observado en la jurisprudencia comunitaria: el Tribunal de Justicia,

⁴⁵ Entre otros PIZZOLO, C., “The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU”, ob. cit.

que está compuesto por magistrados y juristas de alto nivel, no cesa de estar en relación osmótica con el ambiente académico, que debate activamente sobre sus sentencias. De cualquier manera, el debate académico influye sobre (y está retroalimentado por) la jurisprudencia comunitaria.

Probablemente las explicaciones “organizativas”, “políticas” y “científicas” pueden contribuir a entender mejor el contexto en que indudablemente el Tribunal de Justicia juzga. Lo que es útil para una descripción del fenómeno de la judicatura comunitaria, aunque en muchos casos los argumentos antemencionados no sean decisivos para establecer el sentido jurídico de las sentencias.

Por ejemplo, el hecho que la sentencia *Ruiz Zambrano* haya sido adoptada por la Gran Sala explica la diferencia con la tendencia de la decisión *MacCarthy*, pero no permite enmarcar la sentencia *Dereci* que sigue *MacCarthy*, y que pero se ha decidida por la Gran Sala. Se podría entonces afirmar que todo esto se explica por un cambio en la visión política de los jueces, pero no tiene en cuenta que sentencias sucesivas, como *O.* y *S.*, parecen expresar una visión abiertamente en favor del derecho a la libre circulación de los nacionales de terceros países.

Finalmente, el argumento “científico”, si bien describe una realidad importante, la del debate cultural y jurídico sobre las sentencias del Tribunal, no permite hablar de una relación de causa-efecto y no tiene en cuenta que dicho debate es tan amplio que involucra a autores que afirman opiniones diferentes incluso sobre la sentencia *Ruiz Zambrano* o las demás.

VII. Continuidad y disimilaridades en la jurisprudencia comunitaria.

Si se permanece en un plan jurídico e interno a las sentencias analizadas, las cuestiones tendrían que ser distintas, como, por ejemplo, la metodología utilizada.

En realidad, lo que puede sorprender es que, aunque ciertas decisiones parezcan diferentes con respecto a las soluciones adoptadas, la metodología interpretativa empleada es exactamente la misma.

Como se ha mencionado anteriormente, todas las sentencias citadas comparten el modelo interpretativo finalista⁴⁶, que tiene como herramienta fundamental la búsqueda del efecto útil de las Directivas, así como de los Tratados comunitarios.

De hecho, el modelo finalista no consiste en la elaboración de la finalidad de una disposición particular, sino en la construcción de un de “*constitutional telos*” de la finalidad del ordenamiento jurídico comunitario, que está en la base del proceso interpretativo del Tribunal de Justicia⁴⁷.

La misma fractura entre los dos bloques de sentencias (antes y después Ruiz Zambrano) pertenece a la lógica de elaborar una coherencia del ordenamiento jurídico comunitario.

De hecho, como opina Jacobs “*MacCarthy seeks to maintain systematic coherence by, rather than despite, distinguishing Ruíz Zambrano*”⁴⁸.

Esa fractura se expresa a través de una herramienta ya experimentada por el Tribunal de Justicia, que la doctrina llama “*sufficient dissimilarity*”.

Como explica Gunnar Beck en base a esa técnica argumentativa, el Tribunal distingue un asunto de otro precedente, definiendo los hechos del nuevo asunto en contraposición con los del primero (en el caso concreto: si el ciudadano UE ejercitó o no su derecho a la libre circulación; si el ciudadano es cuidado por

⁴⁶ Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del Tribunal de Justicia, ver por ejemplo, JOUSSEN, C., “L’interpretazione teleologica del diritto comunitario”, en *Rivista critica di diritto privato*, 2001, pags. 499 y ss.

⁴⁷ POIARES MADURO, M., “Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, en *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, pags. 1 y ss.

⁴⁸ JACOBS, M.A., *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2014, pags. 147 y ss.

un familiar no comunitario; si el nacional del país tercero tiene un derecho de residencia en otro país comunitario; si el ciudadano de la Unión es un menor o sea un adulto autosuficiente).

Según Jacobs la técnica de la “*disimilarity*” es propiamente aquello que permite distinguir la jurisprudencia *MacCarthy* de *Ruiz Zambrano*. En el segundo asunto la diferencia relevante es representada por el hecho que los hijos menores de Zambrano no podrían, en la opinión del Tribunal, ejercer sus derechos de ciudadanía en cuanto deberían abandonar el territorio de la Unión Europea. Lo que no ocurre en el caso de la señora MacCarthy en tanto adulto no dependiente de su esposo.

Incluso la diferente calificación de los hechos se realiza siempre como variaciones dentro del mismo marco conceptual y no como diferencias entre la jurisprudencia previa o posterior a *Ruiz Zambrano*.

Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, hay una continuidad entre las sentencias mencionadas anteriormente, reforzada por técnicas como la “disimilaridad suficiente” o la repetición en una sentencia de “*building block*” es decir de frases ya utilizadas en otras sentencias⁴⁹.

Ejemplo de esta técnica es la frase “La finalidad y la justificación de esos derechos derivados (...) se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación de dicho ciudadano, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida” que se puede leer en la sentencias *Alokpa* (apartado 22), *Ymerga* (apartado 35), e *Iida* (apartado 68).

Entonces, la pregunta es porqué los dos grupos de decisiones, no obstante la misma metodología, llegan a resultados que la doctrina percibe como distintos.

⁴⁹ Sobre el particular uso del juez comunitario de vincularse a su precedente jurisprudencia, véase BECK, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, especialmente los capítulos 4 y 8.

Una primera diferencia entre *Ruiz Zambrano* y *MacCarthy* se encuentra en el peso diferente que se otorga a los principios constitucionales.

De hecho, mientras *Ruiz Zambrano* (como *Carpenter* u *O. y S.*) se basan en la protección de los derechos fundamentales, especialmente del derecho al respeto de la vida familiar, *MacCarthy* y las sentencias sucesivas no dan la misma relevancia a los principios establecidos por la Carta de los Derechos Fundamentales y el Convenio de Roma.

No otorgar el mismo peso, no significa que aquellos principios no sean considerados, sino que en la argumentación asumen un papel más importante en los objetivos previstos a nivel del derecho derivado.

Probablemente sentencias como *Ruiz Zambrano*, *Carpenter* o *Avello* siguen mejor el círculo hermenéutico llegando a los principios fundamentales.

De todas maneras, incluso en sentencias como *MacCarthy* el Tribunal no parece renunciar a su enfoque interpretativo característico.

Además lo que aumenta la percepción de una diferencia entre sentencias es la utilización de un expediente técnico y argumentativo en algunas sentencias que se inscriben en la línea de la jurisprudencia *MacCarthy*.

En aquellas sentencias el juez comunitario establece que las diferencias entre los hechos de los asuntos examinados y los que sirven de base en la sentencia *Zambrano*, tienen que ser identificados por el órgano jurisdiccional que remite la interpretación prejudicial.

En la sentencia *Alokpa*, por ejemplo, el juez comunitario reenvía al órgano jurisdiccional nacional la tarea de verificar si los hijos de la Sra. *Alokpa* cumplen los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE y, en consecuencia, si gozan del derecho a residir en el Estado miembro de acogida en virtud del artículo 21 TFUE. En particular, "dicho órgano jurisdiccional debe verificar si los menores en cuestión disponen, por sí mismos o gracias a su madre, de recursos

suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38” (*Alokpa*, apartado 30). Si no concurren los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE, el artículo 21 (TFUE) “debe interpretarse en el sentido de que [el Derecho comunitario] no se opone a que se deniegue a la Sra. Alokpa el derecho a residir en el territorio luxemburgués” (*Alokpa*, apartado 31).

A su vez, en el asunto *Ruíz Zambrano* el Tribunal de Justicia aplica directamente el TFUE, reconociendo un margen de apreciación al juez nacional, y estableciendo que si las autoridades luxemburguesas denegaran a la señora Alokpa el derecho de residencia, sus hijos no se verían obligados por este hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, por el hecho que ellos podrían residir en el territorio del país de ciudadanía (Francia) junto con su madre.

En *Dereci* la decisión de la Gran Sala sostiene que “el Derecho de la Unión, y en particular sus disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro – cuya nacionalidad posee– y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación”. Sin embargo este principio se aplica “siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión”, pero esta situación tiene que ser comprobada por el tribunal remitente.

Aplicando este enfoque en realidad, el Tribunal de Justicia parece mantenerse en coherencia con la jurisprudencia precedente y en particular la sentencia *Ruiz Zambrano*, disminuyendo las diferencias a una cuestión más de hecho que de derecho.

VIII. El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del derecho comunitario.

La jurisprudencia comunitaria que trata de la circulación de los familiares no comunitarios de ciudadanos de la Unión a menudo se utiliza como ejemplo del “activismo” del juez comunitario.

En general, según algunos autores la jurisprudencia comunitaria, integrando y completando las “lagunas”⁵⁰ de un ordenamiento incompleto y poco profundo, desarrollaría una función “pretoriana”, colocándose en la intersección entre la interpretación y la creación del derecho⁵¹. Por lo tanto, es de suponer que el juez comunitario desempeñe un *law-making power*⁵², que sustituya a aquel de las Instituciones legislativas⁵³. Esa doctrina jurídica opina que el Tribunal de Justicia actúa, si no *contra legem*, por lo menos cerca de los límites de la legalidad.

Sin embargo, esta posición no parece convincente por diferentes razones.

Desde un punto de vista lógico, la jurisprudencia que se está estudiando no puede ser calificado como expresión de una enfoque exclusivamente “activista”: si *Ruiz Zambrano* fuera un ejemplo de activismo judicial, *MacCarthy* debería ser considerado, como afirma la doctrina, como ejemplo de una tendencia conservadora y restrictiva.

Teniendo en consideración el sistema institucional comunitario, es difícil

⁵⁰ Véase MINGOZZI, P., *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2003, pag. 248; ADINOLFI, A., “I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri”, en *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994.

⁵¹ CAPOTORTI, F., “Il diritto comunitario non scritto”, en *Dir. com. scambi int.*, 1983; ADINOLFI, A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit.; AKEHURST, M., “The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities”, en *Brit. Year Book Int. Law*, 1981.

⁵² BETTATI, M., *Le “law-making power” de la Cour*, en *Pouvoir*, 1989, pags. 57 y ss.

⁵³ Las opiniones contrarias al respecto son aisladas. Cfr. EVERLING, U., “The Court of Justice as a Decisionmaking Authority”, en *Michigan Law Review*, 1983-1984, pags. 1294 y ss., recuerda que el poder de elaborar principios se encuentra dentro de la competencia judicial.

afirmar que el Tribunal de Justicia actué más allá de sus poderes. Como se puede apreciar la polémica en torno al activismo del Tribunal de Justicia comunitario, presupone que el juez de Luxemburgo no ha respetado sus límites competenciales⁵⁴.

El Tribunal realiza varias tareas, normalmente pertenecientes a varios tipos de jueces⁵⁵, pero esencialmente, el Tribunal de Justicia garantiza la interpretación uniforme del Derecho supranacional, especialmente a través de un poderoso instrumento denominado "interpretación prejudicial" (artículo 267 del TFUE), que puede ser requerida por todos los jueces nacionales, cuando carecen de certeza sobre la correcta interpretación de una norma de la Unión.

Sin embargo, fundamentalmente, el Tribunal de Justicia desempeña una función judicial⁵⁶, es decir la de interpretar el Derecho comunitario, dándole el sentido jurídico necesario para aplicarlo a las relaciones jurídicas⁵⁷.

De esta manera, el Tribunal de Justicia actúa como cualquier juez, en particular como un juez constitucional y como juez de legitimidad de último grado.

⁵⁴ DAWSON, M., *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, cit., espec. pags. 423 y ss.

⁵⁵ Como la función de control de la legitimidad de los actos de las demás instituciones (artículo 263 del TFUE), las decisiones relativas a la responsabilidad contractual (artículo 272 del TFUE) y a la responsabilidad extracontractual de la Unión (artículos 268 y 340 del TFUE); las controversias laborales entre la Unión y sus agentes (artículo 270 del TFUE) y otras competencias (artículo 271 y sigs. TFUE).

⁵⁶ Ésta es la opinión, entre otros, de EVERLING, U., "The Court of Justice as a Decisionmaking Authority", ob. cit., pags. 1309 y ss. Al respecto de la diferencia entre la "creatividad" de los jueces y funciones legislativas cfr. CAPPELLETTI, M., "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, pags. 774 y ss.

⁵⁷ Véase por ejemplo el TJCE, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*, sentencia de 27 de marzo de 1980, asunto 61/79, apartado 16, afirma que "The interpretation which, in the exercise of the jurisdiction conferred upon it by article 177, the Court of Justice gives to a rule of Community law clarifies and defines where necessary the meaning and scope of that rule as it must be or ought to have been understood and applied from the time of its coming into force".

Como sucede en los tribunales constitucionales nacionales, los jueces comunitarios no crean derecho *ex novo*, sino que tienen el objetivo de elaborar una solución aplicable para resolver casos concretos⁵⁸. Las fuentes legales de Derecho comunitario, como las fuentes de derecho transnacional regional, especialmente los tratados y los textos relativos a los derechos humanos, utilizan expresiones abiertas, que deben ser completadas con un sentido técnico en consonancia con la finalidad del sistema jurídico transnacional⁵⁹.

El tema de las “lagunas” no es una característica del sólo Derecho de la Unión, al cual correspondería una interpretación creativa del juez comunitario.

Como argumentó Bobbio, el problema de las lagunas es de naturaleza ideológica: el lenguaje de las fuentes jurídicas se encuentra siempre “incompleto”, en cuanto “el legislador no extrae de las proposiciones normativas expresas todas las consecuencias normativas que de estas pueden obtenerse”⁶⁰ y siempre el intérprete (en particular el juez) tiene que “completar” el lenguaje legislativo⁶¹.

De cualquier manera ésta es una característica de la jurisdicción moderna que cuenta con mayor espacio discrecional de los jueces necesario para atribuir

⁵⁸ Sobre el papel de los jueces constitucionales en la interpretación del derecho, véase CASTILLO CORDOBA, L., “La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos”, en ALVAREZ LEDESMA M. I. y CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ISEG, Roma-Perugia, México, 2013, pags. 293 y ss.

⁵⁹ ZAGREBELSKY, G., “El juez constitucional en el siglo XXI”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y de MOLINA SUAREZ, C. (coord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, pags. 4 y ss.

⁶⁰ BOBBIO, N., “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, pags. 360 y ss.

⁶¹ Véase entre otros, BETTI, E., “Sui principi generali del nuovo ordine giuridico”, en *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pag. 212. Véase también DAVID, R., quien habla de una especie de “colaboración” entre intérprete y legislador. Este último, a través de los principios generales, demanda a los intérpretes integrar la legislación (DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1995, pags. 125 y ss.).

coherencia a un ordenamiento jurídico siempre más complejo y multinivel⁶².

Correctamente, muchos autores (como Beck) destacan los caracteres complejos y abiertos del Derecho comunitario que, en consecuencia, influyen en la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia, haciéndola menos previsible (aunque no arbitraria).

Entonces, el llamado *law making power* de los órganos judiciales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece un error visual de los académicos, quienes tienen dificultades cuando se acercan al fenómeno de la integración comunitaria con un enfoque tradicional.

Por lo tanto, la cuestión no se ciñe sobre la existencia de un poder legislativo arbitrario del Tribunal de Justicia, ni tampoco es posible solicitar una reducción del poder discrecional del juez comunitario, lo cual contrastaría con las previsiones de los Tratados de la Unión.

Según algunos juristas, como Conway, para solucionar lo que se ve como una afectación de la separación de poderes, el Tribunal de Justicia tendría que cambiar su enfoque interpretativo, limitando el recurso a los principios generales como ocurre en contrario en la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*⁶³.

Todavía, como se ha mencionado con anterioridad, incluso la jurisprudencia comunitaria que parece no seguir la doctrina *Ruiz Zambrano* es fiel a un mismo recorrido lógico-interpretativo y se refiere a los principios generales y constitucionales del ordenamiento europeo.

Por lo tanto, las sentencias sobre el tema de la libre circulación de los familiares no comunitarios, parecen afirmar una sustancial homogeneidad de la metodología interpretativa: lo que se puede encontrar no es una diferencia de

⁶² BISOGNI, G., *Jurisdicción moderna, Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010, Tomo II, pags. 937 y ss.

⁶³ CONWAY, G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, ob. cit., pag. 94.

“ingredientes”, es decir de los argumentos interpretativos, sino de los ajustes en las “cantidades” de los mismos argumentos.