"Libre circulación de los miembros de la familia en la interpretación del Tribunal de Justicia"

Por Roberto Cippitani

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

1. Libre circulación de los familiares e integración europea.

El proceso de integración comunitaria empezó formalmente con los Tratados de las Comunidades Europeas, suscritos por seis Países europeos en los años 50 del siglo pasado: al Tratado de París de 1951, con el que se instituía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), se juntaron en 1957 los dos Tratados de Roma, el de la llamada Comunidad Económica Europea (CEE) y el de la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM).

Las tres «Comunidades» constituían tres tratados internacionales diferentes, con el objetivo de constituir una colaboración de tipo económico y aduanero.

De hecho, los Tratados comunitarios originarios fomentaban principalmente una cooperación económica, a través de la realización de una unión aduanal y de la creación de un mercado único.

El «mercado» comunitario constituye un espacio de libre circulación de mercancías, servicios, capitales, y sobre todo de personas.

En coherencia con el contexto normativo originario, la libre circulación de las personas era reconocida exclusivamente a los sujetos que desempeñaban una actividad económica:1 los trabajadores asalariados y no asalariados, y los sujetos diferentes de las personas físicas que llevan a cabo una actividad económica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento para que tengan una repercusión y para que trasciendan las relaciones económicas.

Esta situación se produjo al aplicarse las libertades comunitarias de manera muy extendida, es decir, a un conjunto de sujetos todavía más amplia.2

En particular, según el juez europeo, la noción de «trabajador asalariado», incluía a cada persona física que desarrollaba actividades «reales y efectivas» a favor y bajo la dirección de otra persona, recibiendo un pago.3

1. Véase Tribunal de Justicia, 8 de abril de 1976, 48/75, *Royer*, Rec. 1976, pág.497.
2. Véase Tribunal de Justicia, 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin*, Rec., 1985, 1035.
3. Entre otras, Tribunal de Justicia, sentencia del 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum,* 66/85, Rec. 2121, 16 y 17; Id. 26 de febrero de 1992, *Bernini,* C-3/90, Rec. 1992, I-1071; Id. 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, C-456/02, Rec. 2004, p.I-7573, 15.

La definición jurisprudencial se refería de esta forma no sólo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estricto, sino también al trabajo autónomo para subordinado y a otras relaciones de trabajo «atípicos». Por lo tanto, se ha considerado trabajador incluso a quien efectuaba una pasantía;[4] a quien era voluntario en una instituto con finalidades sociales y asistenciales;[5] al titular de una pensión,[6] etc.

Además, las libertades fundamentales han sido extendidas progresivamente a sujetos diferentes de los trabajadores.

Esto se ha concretizado especialmente con referencia a los familiares del trabajador.

El Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su preámbulo afirmaba que la circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia y dedicaba su Titulo III (artículos de 10 á 12) a la condiciones de ejercicio del derecho por parte de los familiares.

El Tribunal de Justicia ha aplicado los derechos que surgían de esa disciplina de manera más inclusiva posible.

Por ejemplo, se ha aplicado el artículo 10 del reglamento, que considera miembro de la familia (además del cónyuge y del los desciendes menores de 21 años) un familiar que sea a cargo o viva con el trabajador en el País comunitario de acogida, a todo familiar que encontraba de hecho a cargo, sin que fuera necesario «determinar las razones del recurso a ese mantenimiento ni preguntarse si el interesado está en condiciones de subvenir a sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad remunerada.»[7].

Además, el juez comunitario ha interpretado de manera amplia los derechos de los familiares. Por lo tanto, el artículos 12 del Reglamento citado que establecía que las admisión de los hijos del trabajador a cursos de educación y capacitación fue interpretado en el sentido « de que comprende cualquier forma de enseñanza, incluidos los cursos (...) en la universidad y los estudios profesionales postsecundarios cursados en una escuela técnica superior »[8] o los cursos y otras medidas para los hijos discapacitados [9].

La jurisprudencia comunitaria ha aclarado que el derecho a la libre circulación pertenece incluso a los familiares de un trabajador jubilado y fallecido[10]. Derechos como lo de acceso a la enseñanza son reconocidos también cuando el trabajador regresa al País comunitario de origen[11].

El reconocimiento de la libre circulación en el mercado fue la base para la introducción de la noción jurídica de «ciudadanía de la Unión europea», formalizada después por el Tratado de Maastricht y hoy prevista en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (en particular véase artículo 39 y siguientes) y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante «Tratado FUE», véase en particular el artículo 20).

Todas las personas físicas, por lo tanto, por el sólo hecho de ser «ciudadanos» de la Unión disfrutan de la más amplia capacidad para el ordenamiento comunitario, e independientemente de la cualificación de «trabajadores» o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos.[12]

La noción de ciudadanía formaliza lo que es proprio del ordenamiento jurídico comunitario desde la jurisprudencia Van Gen en Loos, es decir el efecto directo: «Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados» (artículo 20, párrafo 2, TFUE).

Como «status» individual[13] incluso la ciudanía de la Unión es un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas, protegidas a nivel constitucional.

En particular los Tratados y la Carta de los derechos fundamentales prevén el derecho de todo ciudadano de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (véase artículo 45 de la Carta de los derechos fundamentales).

Dicha libertad está prevista « con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación» (artículo 21, párrafo 1, TFUE).

En particular, hoy en día la libre circulación de los ciudadanos comunitarios está regulada por la directiva 2004/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 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», que recopila y adecua las diversas fuentes jurídicas comunitarias (como el ya citado Reglamento 1612/1968) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La directiva revisa la legislación previa desde la pers-

4. Véase las sentencias citadas *Lawrie-Blum,* 19 y *Bernini,* 15; también Tribunal de Justicia, 17 de marzo de 2005, *Kranemann,* C-109/04, Rec. 2005,p.I-2421, 15 e 16.
5. Véase la sentencia *Trojani*, cit., 20 y siguientes.
6. Véase Tribunal de Justicia, 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Rec., 2001, I-2189.
7. Tribunal de Justicia, sent. 18 de junio de 1987, 316/85, *CPAS de Courcelles / Lebon* , Rec. 1987 p. 2811, apartado 22.
8. Véase Tribunal de Justicia, sent. 5 de marzo de 1989, 389/87 y 390/87, *Echternach* e.*a. / Minister van Onderwijs en Wetenschappen,* Rec. 1989 p. 723, apartado 30
9. Tribunal de Justicia, sent. 11 abril 1973, 76/72, *Michel S./Fonds national de reclassement social des handicapés,* Rec. 1973 p. 457, apartado 16,
10. Tribunal de Justicia, 30 de septiembre de 1975, 32/75, *Cristini / S.N.C.F.*, Rec. 1975 p. 1085; Tribunal de Justicia, 9 de enero de 2003, C-257/2000, *Nani Givane y otros /Secretary od State for the Home Department,* Rec. 2003,p.I-345.
11. V. la ya citada sentencia en el asunto *Echternach* e.*a. / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, apartado 21.
12. Véase la sentencia *Troiani*, cit..
13. Véase el artículo por Valentina Colcelli en esta Revista.

pectiva de que «La ciudadanía de la Unión debe ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia » (tercer «considerando»).

2. La circulación de los familiares procedentes de Países terceros.

Después la época, en que se ha conformado 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, quienes sean familiares de los ciudadanos comunitarios.

La interpretación del Tribunal de Justicia era que el derecho a la libre circulación de las personas no se aplica a miembro de la familia, quien no es ciudadano comunitario, cuando el nacional de un País miembro nunca ha ejercitado su derecho a la circulación transnacional (véase el asunto Morson y Jhanjan / Staat der Nederlanden de 1982) [14]. Lo mismo se firmaba con respecto a la aplicación de la disciplina de protección social en base del Reglamento nº 1408/71 [15].

Incluso en el periodo de entrada en vigor del Tratado de Maastricht se afirma que « la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 8 del Tratado CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario. » [16].

Esa perspectiva aparece confirmada por la Directiva 2004/38/CE que considera como «beneficiario» de los derechos que derivan de la libre circulación el ciudadano que 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).

En este ámbito la sentencia de la Gran Sala en el asunto Ruiz Zambrano de marzo de 2011[17] ha venido constituyendo la jurisprudencia de referencia para las decisiones siguientes, específicamente cuando el ciudadano comunitario no había ejercitado el derecho del desplazamiento desde un Estado comunitario a otro.

La Abogada General Eleanor Sharpston en sus conclusiones en el asunto Ruiz Zambrano[18] muestra como la libre circulación de los mismos ciudadanos comunitarios, en algunas situaciones, pueda prescindir de la circulación transfronterizo (véase principalmente los asuntos Garcia Avello[19], Zhu y Chen[20] y Rottmann[21]).

En el asunto Ruiz Zambrano, el Tribunal trata la cuestión si se deba conceder el permiso de residencia a un progenitor no comunitario de un niño ciudadano de un Estado miembro, en el caso no se pueda aplicar la Directiva 2004/38/CE en cuanto por una lado el niño no tiene que desplazarse de un Estado comunitario a otro; por otro lado la definición de miembro de la familia no incluye el caso del familiar que cuida al ciudadano del Unión (véase el artículos 2 de la Directiva 2004/38/CE)[22].

Sin embargo, el Tribunal de Justica, pese que no se aplique la Directiva citada, observa que la protección del derecho a la libre circulación, reconocido por los artículos 20 y 21 TFUE.

En el caso especifico, el hecho de denegar el permiso de residencia a los ascendentes 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 las personas quienes los cuidan.

La «doctrina Zambrano» constituye el «mayor punto de apertura» sobre este tema [23]. Pero, sucesivamente el Tribunal comunitario ha parecido tener un acercamiento menos abierto.

En la sentencia del asunto MacCarthy [24], de un par de meses sucesivos al asunto Ruiz Zambrano, el Tribunal de Justicia afirmó que la Señora McCarthy, ciudadana del Reino Unido y de Irlanda, que nunca había ejercitado su derecho a la libre circulación, no tenía el derecho de invo-

14. Véase Tribunal de Justicia, sent. 27 de octubre de 1982, asuntos resumidos 35 y 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson/Staat der Nederlanden et Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet ; Sewradjie Jhanjan/ Staat der Nederlanden,* Rec. 1982, p. 3723.

15. Véase Tribunal de Justicia, sent. 22 de septiembre de 1992, C-153/91, *Petit / Office national des pensions*, Rec. 1992 p. I-4973; véase también Tribunal de Justicia, sent. 16 de diciembre 1992, C-206/91, *Koua Poirrez / Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis,* Rec. 1992 p. I-6685.

16. Tribunal de Justicia, sent. 5 de junio de 1997, C-64/96 y C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen / Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen,* Rec. 1997 p. I-3171, apartado 23.

17. Tribunal de Justicia, sent. de 8 de marzo de 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano,* Rec. 2011 p. I-1177.

18. Conclusiones de la Abogado General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, párrafo 77.

19. Tribunal de Justicia, sent. de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003 p. I-11613.

20. Tribunal de Justicia, sent. de 19 de octubre de 2004, C-200/02, *Zhu y Chen,* Rec. *2004 p. I-9925.*

21. Tribunal de Justicia, sent. de 2 de marzo de 2010, C-135/08, *Rottmann*, Rec. 2010 p. I-1449.

22. 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.

23. 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, 2015, en curso de publicación.

24. Tribunal de Justicia, sent. de 5 de mayo de 2011, C-434/09, *McCarthy,* Rec. 2011 p. I-3375.

car la aplicación de la Directiva 2004/38/CE para atribuir a su esposo jamaicano un permiso de residencia permanente.

Además la falta de concesión del permiso de residencia al 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» (McCarthy, apartado 50).

Las sentencias siguientes confirman 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 [25] el Tribunal de Justicia opina que el criterio relativo a la privación del contenido esencial tiene que ser considerado en 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 realice 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» (Dereci, párrafo 68; véase también la sentencia del asunto Ymerga del 8 de mayo de 2013) [26].

Con la sentencia Iida[27] el Tribunal de Justicia recuerda que el nacional de un tercer País no tiene un derecho autónomo, sino derivado por el ciudadano del cual es familiar (Iida, apartado 67) [28]; eso para evitar obstáculos a la libre circulación del ciudadano comunitario disuadiéndole de ejercer sus derechos (Iida, apartado 68).

Otra cuestión es si el principio establecido por la jurisprudencia Ruiz Zambrano pueda aplicarse de manera «transitiva», es decir en el caso el nacional no comunitario, que solicita el permiso de residencia, sea de otro ciudadano extra-UE, quien es progenitor de un ciudadano comunitario.

La cuestión se ha resuelto negativamente en la sentencia O. y S[29], que se ocupa de dos nacionales de Países terceros (O. de la Costa de Marfil y M. nacional argelino), quienes pedían el permiso de residencia para reagruparse con sus esposas (señora S. y L., respectivamente nacional de Ghana y de Argelia), madres de ciudadanos comunitario (de Finlandia).

Otra cuestión vinculada al tema de la libre circulación de los familiares extra-europeos es cuando se cumpla 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 hayan residido con él durante el período de que se trate [30], incluso en el caso en que los cónyuges estaban separados de hecho (véase el asunto Ogieriakhi) [31].

Además, En la sentencia O. y B. [32] el Tribunal de Justicia afirma que en el periodo valido para adquirir el permiso de residencia está incluso lo en que el ciudadano de la Unión regresa a su País de origen (O. y B., apartado 61; véase también el asunto Singh[33] , especialmente el apartado 13).

3. La interpretación finalista del Tribunal de Justicia.

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

En los últimos años la doctrina que se ocupa de la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia ha hecho referencia a la sentencia Ruiz Zambrano y la jurisprudencia que ha surgido de esa[34]. Pero, obviamente, es muy interesante también la jurisprudencia anterior, especialmente la que se refiere a la libre circulación del los nacionales de los Países miembros .

La integración jurídica europea debe muchísimo a la labor interpretativa del Tribunal de Justicia, que a lo largo de más de sesenta años vino 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 así

25. Tribunal de Justicia, sent. de 15 de noviembre de 2011, C-256-11, *Dereci y otr.,* todavía no publicada.
26. Tribunal de Justicia, sent. de 8 de mayo de 2013, C-244/13, *Ymerga*, todavía no publicada, apartado 39.
27. Tribunal de Justicia, sent. de 8 de noviembre de 2012, C 40-11, *Iida*, todavía no publicada.
28. En el mismo sentido asuntos *McCarthy*, apartado 42, y *Dereci y otros,* apartado 55 ya citadas.
29. Tribunal de Justicia, sent. de 6 de diciembre de 2012, C-356/11 y C-357/11, *O. y S.*, todavía no publicada.
30. Tribunal del Justicia, sent. de 8 de mayo de 2013, C-529/11, *Alarape y Tijani,* todavía no publicada, apartado 34
31. Tribunal de Justicia, sent. de 10 de julio de 2014, C-244/13, *Ogieriakhi*, todavía no publicada.
32. Tribunal de Justicia, sent. de 12 de marzo de 2014, C-456/12, *O. y B.,* todavía no publicada.
33. Tribunal de Justicia, sent. del 7 de julio de 1992, C-370/90, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh ex parte Secretary of State for the Home Department,* Rec. 1992 p. I-4265
34. Entre los demás: 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, pp. 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.

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 usuales para la tradición positivista de la Europa continental [35].

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 linear y casi algorítmico, que parte y se basa en la interpretación literal del texto[36].

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

En el tema que se está estudiando, el homenaje a la tradición hermenéutica se puede observar especialmente el la sentencia MacCarthy en que se afirma el utilizo 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 ha hecho uso de su derecho a la libre circulación, habiendo siempre residido en el Estado miembro cuya nacionalidad posee.

Como se ha mencionado anteriormente, el acercamiento expresado en McCarthy es conforme a la jurisprudencia del pasado como la del asunto Morson y Jhanjan del 1982, según el cual (apartado 15) no se podía reconocer la libre circulación del familiar de un País tercero, cuando el nacional de un Estado comunitario no había realizado la movilidad transeuropea, en base a la litera del Reglamento y a la finalidad del 1612/1968.

Sin embargo, lo que aparece claro en esas sentencias es una coexistencia de argumentos interpretativos distintos (literal, teleológico y sistemático), que apoyan el mismo resultado de la interpretación. El Tribunal de Justicia, pese de referirse a argumentos interpretativos distintos (la litera, la finalidad de la ley, la interpretación sistemática), los utiliza de manera cumulativa y no linear como al contrario sucedería en la tradición de la hermenéutica legal [37].

Además, en la jurisprudencia que trata del tema de la libre circulación de los familiares, los argumentos interpretativos no se consideran iguales.

En la jurisprudencia del Tribunal comunitario la interpretación siempre se desarrolla para alcanzar una finalidad[38].

El fulcro del discurso del Tribunal de Justicia en el asunto McCarthy es que el objetivo de la Directiva 2004/38/CE es « facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» (McCarthy, apartado 28), aunque esa Directiva tenga que establecer las condiciones por el ejercicio de la libre circulación (McCarthy,apartado 33).

De toda manera, es opinión del juez comunitario que no seria suficiente una interpretación exclusivamente literal.

Por ejemplo, la sentencia Ogierakhi afirma 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).

En otro ejemplo, para ir más allá de la estricta interpretación del texto de las fuentes jurídicas, se opina que « sería contrario al espíritu y al fin de la norma comunitaria relativa a la libre circulación de trabajadores, privar a los supervivientes de tal beneficio como consecuencia del fallecimiento del trabajador, ya que este beneficio se concede a los supervivientes de un nacional» (Cristini, apartado 16)

Entonces, la interpretación del Tribunal de Justicia no puede basarse solamente en la litera de la ley. De hecho esa está siempre vinculada a un fin, que es principalmente la aplicación de los objetivos del ordenamiento comunitario. Entre aquellos objetivos la jurisprudencia que se está tratando considera « la libre circulación de trabajadores » [39], así como la integración del trabajador y de su familiares en el País de acogida (Echternach e.a. / Minister van Onderwijs en Wetenschappen, apartado 21)

En particular la finalidad del reconocimiento de la libre circulación de los familiares procedentes de un País tercero se basa « 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[40], apartado 22; véase también Ymeraga, apartado 35; lida, apartados 67 y 68).

Por lo tanto, al contrario de lo que pasa en los códigos civiles nacionales, la interpretación teleológica no es un momento posible, sino necesario, en el proceso de atribución del sentido jurídico. La finalidad es el punto de partida

35. Por ejemplo v. Tribunal de Justicia sent. del 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland et The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame y otr., C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996 p. I-1029..*

36. Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato,* UTET, Torino, 1980, p. 224 ; Angelasco, G. y Demogue, R., *La technique législative en matière de codification Civil. Étude de droit comparé, Boccard,* Paris, 1930.

37. Beck, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU,* cit., véase el capitulo 9.

38. Tribunal de Justicia (Trib. Prim. Instancia), sent. de 11 de diciembre del 2003, *Conserve Italia / Comisión,* T-305/00, Rec. II-5663.

39. Véase la jurisprudencia *CPAS de Courcelles / Lebon*, apartado 23; véase también Tribunal de Justicia, sent. de 3 de junio de 1986, 139/85, *Kempf*, Rec. 1986, pp. 1741; Id., sent. 7 de mayo de 1986, 131/85, *Gül / Regierungspräsident Düsseldorf,* Rec. 1986 p. 1573, apartado 14

40. Tribunal de Justicia, sent. de 10 de octubre de 2013, C 86/12, *Alokpa*, todavía no publicada.

del proceso interpretativo y afecta toda la comprensión de los textos jurídicos[41].

4. Interpretación y efecto útil

El enfoque finalista de la jurisprudencia comunitaria se expresa a través de una herramienta característica del Tribunal de Luxemburgo y que se encuentra incluso en las decisiones de otros órganos jurisprudenciales transnacionales [42]: la búsqueda del efecto útil del derecho comunitario, que se considera como un «corolario» de la interpretación finalista[43].

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»[44].

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»[45].

En la opinión del Tribunal de Justicia comunitario, el principio del efecto útil sirve para alcanzar los objetivos de los Tratados comunitarios y, por lo tanto, para asegurar el funcionamiento de la Unión [46].

El efecto útil comporta la aplicación extensiva de las reglas de Derecho comunitario, como por ejemplo la disciplina de la libre circulación de las personas [47]; 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 Tratados[48].

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

En el asunto Echternach e.a. del 1989 (apartados 34 y 35) se afirma que la expresión «ventaja social» de los trabajadores debe incluir el acceso a toda forma de enseñanza en el País de acogida de sus hijos, interpretando así el artículo 12 del reglamento 1612/1968 «disposición que con cualquier otra interpretación quedaría frecuentemente privada de efecto». De hecho al contrario no se promovería la integración de los hijos y por lo tanto del trabajador.

La jurisprudencia Zambrano para llegar a sus conclusiones se refiere a otras sentencias en las cuales se trata del caso de progenitor de un ciudadano comunitario de corta edad. En particular el asunto Baumbast [49] « 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)

La incompatibilidad entre efecto útil y una interpretación restrictiva se puede observar también en Ogieriakhi en que 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 el utilizo cumulativo, y no eventual como en la interpretación tradicional, de la analogía.

En la sentencia O. y B., cuando el Tribunal tiene que establecer como tratar 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 la interpretación del Derecho comunitario y, especialmente, del derecho a la libre circulación de un ciudadano comunitario que sea

41. Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del Tribunal de Justicia, v., por ejemplo, Joussen, C., *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario,* in *Rivista critica di diritto privato,* 2001, p. 499 y sigs.

42. Cippitani, R., *Interpretación de las Cortes regionales,* en Álvarez Ledesma, M.I., Cippitani, R., *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica,* ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, p. 312-325; Id., *El «Derecho de la integración » en la jurisprudencia de las Cortes de Latinamérica,* en Pampillo Baliño, J.P. (ed.) *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica,* Editorial Porrua, México, p. 523-548; Id., *La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional,* en *Diritto e Processo,* 2013, p. 67-99;

43. Quadros, F., *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Almedina, Lisboa, 1984, p. 427.

44. Pampillo Baliño, J.P., *Historia general del derecho,* Oxford University Press, Oxford-Ciudad de Mexico, 2008, p. 353..

45. Remiro Brotons, A., *Derecho internacional Público,* Tecnos, Madrid, vol. 2, p. 313.

46 V. por ejemplo Tribunal de Justicia, sent. del 4 de octubre del 2001, *Italia/ Comisión*, C-403/99, Rec. 2001, p. I-6883; id. sent. del 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm y otr./ Bubdeskartellamt,* 14/68, Rec. 1969, p. 1.

47. Tribunal de Justicia, sent. de 20 de febrero de 1997, C-344/95, *Comisión/ Bélgica,* Rec. p. I-1035, apartados 14-18, 34.

48. Tribunal de Justicia (Tribunal de primera instancia), sent. 8 de octubre de 1996, T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, *Compagnie maritime belge transports y otr. / Comisión,* Rec. p. II-1201, apartados 48-49.

49. Tribunal de Justicia, sent. de 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumbast y R.*, Rec. 2002 p. I-7091.

menor de edad, conduce a ampliar el conjunto de los familiares que benefician de la libertad de circulación.

Las sentencias Zambrano y Zhu-Chen no limitan la libre circulación al familiar quien está a cargo del ciudadano comunitario, sino al caso inverso en el cual sea el nacional del tercer País que mantiene el 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... 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 sucesivas a Zambrano fijan este principio, pero tal vez de una perspectiva negativa, en el sentido que la necesidad de alcanzar el efecto útil, se afirma, no ocurre en la situación especifica.

La sentencia MacCarthy recuerda (apartado 52 y 53) que las decisiones sobre el tema del apellido (Avello antemencionada y Grukin y Paul[50]) invocan la aplicación del derecho a la libre circulación en presencia de medidas estatúales (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, 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)[51]. Además «el efecto útil del artículo 21 TFUE, apartado 1, requiere que el ciudadano de la 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)

5. La referencia a los principios constitucionales del ordenamiento comunitario.

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

Otra característica de la jurisprudencia comunitaria es que aplica directamente las normas constitucionales establecidas en los Tratados comunitario, especialmente las reglas que reconocen las libertades comunitarias como la libre circulación o el principio de la igualdad de trato.

En base a este principio, por ejemplo se considera contrario al principio de igualdad una disposición que en establezca una discriminación de hecho, a pesar que no sea formal. Por ejemplo se ha establecido que es discriminante

50. Tribunal de Justicia, sent. 14 de octubre de 2009, C-353/06, *Grunkin y Paul*, Rec. p. I-7639.

51. Véanse, en este sentido, también las sentencias ante citadas, *Eind*, apartados 35 y 36, e *Iida*, apartado 70.

la concesión de los subsidios de espera pagados a jóvenes trabajadores en busca de su primer empleo, en el caso se pida como requisito lo de que los interesados hayan terminado sus estudios secundarios en un centro docente subvencionado o reconocido por un Estado miembro, a pesare que ese subsidio se aplique también a los nacionales de otro Estado miembro. En este caso la norma se ha considerado discriminadora porque se aplica de manera más amplia a los nacionales del Estado y excluye muchos ciudadanos de otros Países europeos [52].

Además, en la jurisprudencia que se esta 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 ultimo instrumento jurídico regional hoy día forma parte del 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 del Tribunal de Justicia se refiere a 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 Avocado 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 [53].

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 [54] el Tribunal de Estrasburgo 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)

De hecho la decisión de expulsar 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 de los Derechos Humanos (Carpenter, apartado 41)

La sentencia O. y S. también afirma que la Directiva 2003/38/CE sobre la reagrupación familiar, tiene que 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).

Por lo tanto, 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)[55].

En Chakroun [56] 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 utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil.» (Chakroun , apartado 43).

6. Contexto de la interpretación judicial

La doctrina que estudia el tema de la libre circulación observa que la sentencia Ruiz Zambrano representa como una fractura con respecto a la jurisprudencia siguiente [57].

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

Las explicaciones de esas diferencias pueden ser varias.

52. Véase Tribunal de Justicia, sent. 2 de septiembre de 1996, Comisión/Reino de Bélgica, C-278/94, Rec. 1996 p. I-04307.
53. Tribunal de Justicia, sent. de 11 de julio de 2002, C-60/00, *Carpenter,* Rec. p. I-6279
54. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sent. de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza,* §§ 39, 41 y 46, ECHR 2001-IX
55. Véase Tribunal de Justicia, sent. 23 de diciembre 2009, C-403/09 PP, *Deti□ek,* Rec. 2009 p. I-12193, apartado 34.
56. Tribunal de Justicia, sent. 4 de marzo de 2010, C-578/08, *Chakroun*, Rec. 2010, p. I-1839.
57. Entre los demás Pizzolo, C., *The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU*, ob. cit.

En primer lugar hay razones, digamos 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 del mismo problema, debido en particular a la organización en secciones o colegios judicantes. A propósito del grupo de sentencias que se está estudiando, por ejemplo, se puede observar que Ruiz Zabrano es una decisión tomada por la Gran Sala del Tribunal, mientras muchas otras sentencias se aprobaron por las otras salas (por ejemplo McCarthy por la tercera). La Gran Sala, incluyendo un numero mayor de jueces, normalmente no es el lugar para profundizar los conceptos, sino para afirmar principios más generales.

En secundo lugar, se puede afirmar que los dos grupos de sentencias son la expresión, efectivamente, de dos visiones «políticas» distintas, que consigue de una evolución del mismo Tribunal. Por lo tanto Ruiz Zambrano se puede considerar como ejemplo de una línea de política judiciaria más abierta, mientras McCarthy apoya una visión conservativa 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, 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, este debate académico influye sobre (y está retroalimentado por) la jurisprudencia comunitaria.

Probablemente las explicaciones «organizativa», «política» y «científica» pueden contribuir a entender mejor el contexto en que indubitablemente el Tribunal de Justica se encuentra a juzgar. 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 ha sido adoptada por la Gran Sala explica la diferencia con la tendencia de la decisión McCarthy, pero no permite de enmarcar la sentencia Dereci que sigue McCarthy, 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 a favor del derecho a la libre circulación de los nacionales de terceros Países.

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

7. Diferencias en el mismo acercamiento interpretativo.

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 decisiones aparezcan diferentes con respecto a las soluciones adoptadas, la metodología interpretativa es exactamente la misma.

Como se ha mencionado, todas la sentencias citadas comparten el modelo interpretativo finalista[58], 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 Justicia [59].

La misma fractura entre bloques de sentencias (por ejemplo las sentencias antes y después Ruiz Zambrano por lo que se refiere a los familiares nacionales de Países terceros) pertenece a la lógica de elaborar una coherencia del ordenamiento jurídico comunitario.

De hecho, como opina Jacobs «McCarthy seeks to mantain systematic coherence by, rather than despite, distinguishing Ruíz Zambrano» [60].

Esa fractura se expresa a través de una herramienta ya experimentada por el Tribunal de Justicia, que la doctrina llama «suficient 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 otro (especialmente: si el ciudadano UE haya o no haya ejercitado su derecho a la libre circulación; si el ciudadano sea sustentado por un familiar no comunitario; si el nacional del País tercero tenga un derecho de residencia en otro País comunitario; si el ciudadano de la Unión sea un menor o sea un adulto autosuficiente).

Según Jacobs la tecnica de la «disimilarity» es propiamente lo que permite distinguir la jurisprudencia McCarthy 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 su derechos de ciudadanía en cuanto deberían abandonar el

58. Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del Tribunal de Justicia, v., por ejemplo, Joussen, C., *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario,* in *Rivista critica di diritto privato,* 2001, p. 499 y sigs.

59. Poiares Maduro, M. *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism,* en *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, p. 1 sigs.

60. Jacobs, M.A., *Precedents and Case-Based Reasoning* in *the European Court of Justice,* Cambridge University Press, New York, 2014, p. 147 sigs.

territorio de la Unión Europea. Lo que no ocurre en el caso de la Señora MacCarthy en cuanto adulto no dependiente de su esposo.

Incluso la diferente calificación de los hechos se realiza siempre como variaciones del mismo marco conceptual y no como diferencias entre la jurisprudencia antes o después Ruiz Zambrano.

Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, hay una continuidad entre las sentencias antemencionadas, reforzada por técnicas como la «disimilaridad suficiente » o la repetición en una sentencia de «building bock» es decir de frases ya utilizadas en otras sentencias [61].

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 sentencias diferentes, no obstante la misma metodología, llegan a resultados que la doctrina percibe como distintos.

Una primera diferencia entre Ruiz Zambrano y McCarthy se encuentra en un peso diferente en la referencia al nivel de 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 vita familiar, McCarthy y las sentencias sucesivas no dan la misma relevancia a los principios establecidos por la Carta del los Derechos Fundamentales y el Convenio de Roma.

Además, la jurisprudencia McCarthy se ha confirmado también en la sentencia Dereci (apartado 54 sigs.; véase también O. y B., apartado 37 sigs.), que, como opina el Avocado General en sus conclusiones en el asunto O. y S. « realizó una interpretación particularmente estricta de los criterios establecidos en la sentencia Ruíz Zambrano ».

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

Probablemente sentencias como Ruiz Zambrano, Carpenter o Avello siguen mejor el circulo hermenéutico llegando a las principios fundamentales.

De toda manera, incluso en sentencias como McCarthy, el Tribunal no parece renunciar a su enfoque interpretativo característico.

Además lo que aumenta la sensación de una diferencia entre sentencias es el utilizo de un expediente técnico y argumentativo en algunas sentencias que se inscriben en la línea de la jurisprudencia McCarthy.

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

Mientras en el asunto Ruíz Zambrano el Tribunal de Justica aplica directamente el TFUE, aquí reconoce un margen de apreciación al juez nacional, estableciendo que, si las autoridades luxemburguesas denegaran a la Sra. 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 es 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 Zambrando, degradando las diferencias a una cuestión más de hecho que de derecho.

61. 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.

8. Interpretación del Tribunal de Justicia y elaboración Derecho comunitario

La jurisprudencia comunitaria que trata de la circulación de los familiares (especialmente los no comunitarios) a menudo se considera como ejemplo del «activismo» del juez comunitario.

En general, según algunos juristas la jurisprudencia comunitaria, integrando y completando las «lagunas»[62] de un ordenamiento incompleto y poco profundo, desarrollaría una función «pretoria», colocándose en el punto de conjunción entre la interpretación y la creación del derecho[63]. Por lo tanto, se supone que el juez comunitario desempeñe un law-making power[64], que sustituye a aquel de las Instituciones legislativas[65].

Sin embargo, la jurisprudencia que se está estudiando no se puede considerar totalmente «activista»: si, por ejemplo, Ruiz Zambrano fuera un ejemplo de activismo judicial, McCarthy tendría que considerarse, como afirma la doctrina, como un ejemplo de una tendencia conservadora y restrictiva.

Teniendo en consideración el sistema institucional comunitario, es difícil afirmar que el Tribunal de Justicia actúa más allá de sus poderes. Como se destaca, de hecho, la polémica contra el activismo del Tribunal de Justicia comunitario, presupone que bien se haya establecido una «propia» función del Tribunal y que el juez de Luxemburgo no haya respetado sus limites[66].

El Tribunal realiza varias tareas, normalmente pertenecientes a varios tipos de jueces[67], pero esencialmente, el Tribunal de Justicia garantiza la interpretación uniforme del Derecho supranacional, especialmente a través de un instrumento poderoso que es la « interpretación prejudicial » (artículo 267 del TFUE), que puede ser requerida por todos los jueces nacionales, cuando tienen una duda sobre la correcta interpretación de una norma de la Unión.

Sin embargo, fundamentalmente, el Tribunal de Justicia desempeña una función judicial [68], es decir la de interpretar el Derecho comunitario, dándole el sentido jurídico necesario para aplicarlo a las relaciones jurídicas [69].

Así haciendo el Tribunal de Justicia actúa como un cualquier juez, en particular como un juez constitucional y como juez de legitimidad de último grado .

Como sucede para los tribunales constitucionales nacionales, el juez comunitario no crean derecho ex novo, sino ellos tienen el objetivo elaborar una « concreción » aplicable para solucionar casos concretos [70]. 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 se tiene que rellenar de un sentido técnico en consonancia con la finalidad del sistema jurídico transnacional [71].

Como explicado en la sentencia Michel S. de 1973, citada anteriormente, el hecho que una disposición (en ese caso el artículo 12 del Reglamento 1612/1968) no regla explícitamente un caso (el acceso a la formación para discapacitados) depende de « la dificultad de mencionar de manera exhaustiva todos los supuestos, especialmente los que tienen un carácter excepcional, respecto a los cuales es preciso garantizar la igualdad de los nacionales de todos los Estados miembros, con objeto de asegurar el pleno ejercicio del derecho de libre circulación » (Michel S., apartado 15)

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 Noberto Bobbio el problema de la

62. Véase, Mengozzi, P., *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea,* Cedam, Padova, 2003, p. 248; Adinolfi, A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* en *Rivista italiana diritto pubblico comunitario,* 1994, 531.

63. Capotorti, F., *Il diritto comunitario non scritto,* en *Dir. com. scambi int.,* 1983, 409; 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 British Year Book International Law,* 1981, 41.

64. Bettati, M., Le *"law-making power" de la Cour, en Pouvoir*, 1989, p. 57 y sigs.

65. Las opiniones contrarias al respecto son aisladas. Cfr. Everling, U., *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority,* en *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 sigs., recuerda que el poder de elaborar principios se encuentra dentro de la competencia judicial.

66. 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. p. 423 sigs.

67. 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).

68. Ésta es la opinión, entre otros, de Everling, U., *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., p. 1309 sigs. Al respecto de la diferencia entre «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, p. 774 y sigs.

69. Véase, por ejemplo, el Tribunal de Justicia, sent. del 27 de marzo de 1980, 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkavit italiana,* Rec. 1980 p. 1205, 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* ».

70. Sobre el papeel de los jueces constitucionales en la interpretacion del derecho, véase Castillo Córdova, L., "La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos", en Álvarez Ledesma, M. I. y Cippitani, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ISEG, Roma-Perugia, México, 2013, p. 293 sigs.

71. Zagrebelsky, G., *El jeuz constitucional en el siglo XXI*, en Ferrer MacGregor, E. y de J. Molina Suárez, C. (coord.), *El jeuz constitucional en el siglo XXI,* Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 4 ss.

lagunas es de naturaleza ideológica: siempre el lenguaje de las fuentes jurídicas está «incompleto», en cuanto que «el legislador no extrae de las proposiciones normativas expresas todas las consecuencias normativas que de estas pueden obtenerse»[72] y siempre el intérprete (en particular el juez) tiene que «completar» el lenguaje legislativo[73].

De cualquier manera ésta es una característica de la jurisdicción moderna ya que cuenta con mayor espacio discrecional de los jueces necesario para atribuir coherencia a un ordenamiento jurídico siempre más complejo y multinivel[74].

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 arbitraría) .

Sin embargo el Derecho comunitario, e in general el derecho de los procesos de integración regional, lleva a consecuencias extremas tendencias pero ya presentes en el derecho hodierno.

Por lo tanto, la cuestión no es la existencia de un arbitrario poder legislativo del Tribunal de Justicia, ni tampoco se puede pedir una reducción del poder discrecional del juez comunitario, lo que seria en contraste 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 los poderes, el Tribunal de Justicia tendría que cambiar su enfoque interpretativo, limitando el recurso a los principios generales como al contrario ocurre en algunas sentencias[75].

Todavía, como se ha antemencionado, incluso la jurisprudencia comunitaria que parece mas restrictiva es expresión del mismo enfoque interpretativo. ■

72. Bobbio, N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 360 y sigs.
73. Véase, entre los demás, Betti, E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico,* en *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, p. 212. Véase también René David, 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, p. 125 y sigs.).
74. Bisogni, G., *Juridicción moderna, Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010, Tomo II, p. 937 sigs.
75. Conway, G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, cit., p. 94.