

La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Encarnación La Spina¹

(Institut Universitari de Drets Humans. Universitat de València)

Resumen

La ausencia de un sistema propio de protección de los derechos fundamentales en la construcción comunitaria, y en suma, las deficiencias y limitaciones de la protección existente, son especialmente visibles en aquellos ámbitos de naturaleza sensible para los derechos y libertades fundamentales. En especial, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se concreta en ámbitos como la inmigración que presentan estrechos vínculos sobretodo con la protección de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea. El objeto de este trabajo, trata de presentar, modestamente, los aspectos más relevantes de la protección de uno de ellos, el derecho a la vida familiar de los extranjeros como derecho fundamental en la Unión Europea, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por ello, tras una aproximación general al complejo sistema de protección de los derechos humanos, y en concreto la articulación del derecho a la vida familiar a escala europea, se analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación al reconocimiento de este derecho y su extensión.

Palabras claves: derechos fundamentales garantizados por el Tratado, derecho a la vida en familia, reagrupación familiar, miembros de la familia nacionales de terceros países, protección jurisdiccional

Abstract

The absence of an own system of protection of the fundamental rights in the communitarian construction, and sum, the deficiencies and limitations of the existing protection, is specially visible in those scopes of sensible nature for the fundamental rights and liberties. In special, from the take effect of the Treaty of Amsterdam, in scopes like immigration that present straits bonds coverall with the protection of the

¹ Becaria de investigación del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación y Ciencia.

fundamental rights of the nationals of third resident countries in the European Union. The object of this work, tries modestly to display the most excellent aspects of the protection of one of them, the right to the familiar life of the foreigners like fundamental right in the European Union, as a result of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities. For that reason, after a general approach to the complex system of protection of the human rights, and in particular the joint of the right to the familiar life on European scale, analyzes the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities in relation to the recognition of this right and its extension.

Key words: fundamental rights guaranteed by the Treaty, right to the life in family, family reunification, national members of the family of third countries, jurisdictional protection.

1- Una aproximación general a la protección del derecho a la vida familiar en la Unión Europea.

2- La interpretación o “modulación” del derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

3- El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la sentencia de 27 junio 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas: ¿una oportunidad perdida?

4-Recapitulación.

1- Una aproximación general a la protección del derecho a la vida familiar en la Unión Europea.

Una primera reflexión sobre la protección del derecho a la vida familiar en la Unión europea, exige un breve análisis de la evolución de los derechos fundamentales desde esta perspectiva. En el ámbito comunitario, la incidencia de los derechos fundamentales no ha sido siempre la misma. De hecho, inicialmente era considerada como una cuestión de escasa trascendencia, los Tratados fundacionales no incluían una referencia global ni directa a los derechos fundamentales. Sin embargo, actualmente es una de las claves del actual proceso de constitucionalización europeo. La motivación para ese cambio, no deja de ser interesada, ya que en realidad fue consecuencia y consecuente con la necesidad de asegurar la aplicación uniforme del Derecho

comunitario y consolidar la jerarquía de la normativa comunitaria sobre los derechos internos (Chueca, 1999, 18). Esta nueva dimensión se recoge expresamente en el Tratado de la Unión Europea y en concreto en una serie de normas básicas que constitucionalizan los derechos fundamentales artículo 6, 7, 11 y 29. La primera de ellas, en su apartado 2 obliga a la UE a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) firmado el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. La especial significación que cobra dicho artículo en relación a la posición que ocupan los derechos fundamentales a escala comunitaria es doble. Por una parte, atribuye a los mismos una protección especial bajo la técnica de los principios generales del derecho comunitario y por otra parte, adquieren la naturaleza de verdaderos derechos subjetivos aplicables no sólo a los ciudadanos de la Unión, sino a partir del artículo 1 de la CEDH a toda persona sometida a la jurisdicción de la Unión o a la de cualquier Estado miembro. De este modo, la compleja articulación de este sistema tripartito de derechos fundamentales se ha integrado a los tratados progresivamente, en tanto derechos jurídicamente configurados en gran medida, como indica Castillo (2005, 124) a la construcción pretoriana y casuística adoptada por el Tribunal de justicia. Por lo tanto, no hay duda posible de que la garantía de los derechos fundamentales sea parte integrante del acervo del Derecho comunitario, pese a la existencia, como apunta Freixes (2006,5) de un catálogo integral pero todavía inacabado de derechos fundamentales, entre los que se incluye el derecho al respeto de la vida familiar. Y, además, el riesgo de interferencias apuntado por Rideau (2002,71-79), entre el sistema de protección de la Unión Europea y el sistema del Convenio europeo de Derechos humanos.

En particular, la protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros en el ámbito de la política de visados, asilo e inmigración ha experimentado una evolución gradual (Fernández, 2006, 233- 254). Primeramente, el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, en el artículo K.1.3, b), incluía la reagrupación familiar de los nacionales de los terceros Estados entre los ámbitos considerados de *interés común* para la realización de los fines de la Unión, en concreto de la libre circulación de personas. Por ello, una primera extensión del sujeto protegido se produce en el marco de los Acuerdos de Asociación con terceros países, ampliándose por tanto a trabajadores no comunitarios y sus familias. Entre ellos destaca

especialmente la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía relativa al desarrollo del Acuerdo de Asociación entre la Comunidad económica de 1963.

Sólo, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, como bien señala Solanes (2006, 2) se produce un giro radical en el ámbito competencial de los Estados en materia de entrada y permanencia de extranjeros. En efecto, el artículo 63.3 del Tratado CE establece, por primera vez, la adopción por el Consejo de medidas sobre políticas de inmigración, entre ellas en materia de reagrupación familiar (Martín, 2003, 93-118). Según el Tratado estas medidas abarcarían tanto las condiciones de entrada y residencia como las normas sobre procedimientos de expedición de visados de larga duración, permisos de residencia y de reagrupación familiar.

Con posterioridad, dos nuevos instrumentos destinados a marcar las actuales directrices para la articulación de la política migratoria común, finalmente, no han supuesto un salto cualitativo en la protección y reconocimiento del derecho a la unidad familiar de los nacionales de terceros Estados. Precisamente, el Tratado de Niza sólo introduce reformas de carácter procedimental, por lo que queda consolidado el contenido sustantivo establecido en Ámsterdam, en el Título IV TCE “espacio de libertad y de seguridad” art. 61. Mientras tanto, la Parte II del Proyecto de Constitución europea recoge en el artículo 7 el derecho que toda persona tiene “*al respecto de su vida familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”.

En este contexto, los instrumentos jurídicos de derecho derivado en materia de extranjería, y en concreto de reagrupación familiar se hallan enmarcados en el bloque constituido por el “trato justo a ciudadanos de terceros países”. El objetivo perseguido era lograr una aproximación del estatuto jurídico de los nacionales de países terceros presente en las legislaciones nacionales en cuestiones de empleo y familia (Fernández, 2001, 381 y ss). Hasta ese momento, entre las propuestas y normativas comunitarias existentes para el ejercicio del derecho de reagrupación familiar de los ciudadanos europeos sean activos o no (Blázquez, 2001, 298 y ss) destaca el Reglamento núm. 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Sin embargo, el mismo sólo se limita a los familiares nacionales de terceros Estados de un nacional comunitario empleado en otro Estado miembro, por lo

que no incluyen los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

En este marco, e inspirándose en el propio derecho de reagrupación familiar de los ciudadanos europeos que ejercen la libre circulación, reside la causa remota del derecho a la vida familiar de los nacionales de terceros Estados expuesta en la Resolución de 1 de junio de 1993 adoptada durante las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Copenhague. En la misma línea, poco después, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la política europea de inmigración de 15 de julio de 1993, recogió la necesidad de que la Comisión presentara una directiva marco sobre la inmigración y en particular directivas específicas sobre reagrupación familiar entre otras. Por lo tanto, sólo a partir de la Propuesta de la Comisión de una Directiva del Consejo (Boeles, 2001,131 y ss) y en definitiva tras la aprobación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 se puede hablar, en puridad de un derecho a la reagrupación familiar cuyos beneficiarios sean nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros (Quirós, 2003, 386). Esto es, un derecho mínimo a la reagrupación familiar predicable en teoría, también del nacional de terceros países residente en el territorio de la Unión Europea, ya que en la práctica existen *modulaciones* del mismo.

2. La interpretación o “modulación” del derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En general, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido tempranamente, la existencia a escala comunitaria de derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del derecho y por ende de la jerarquía normativa del Derecho comunitario primario. La institución judicial de la Unión europea a partir de los años 60 ha desarrollado una etapa de activa protección de los derechos fundamentales, invocando diversos tratados internacionales, en especial el CEDH (Gosalbo, 1997, 38) y aplicando los principios comunitarios en función de la

existencia o no de nexo comunitario. De ahí, la distinción en el ámbito comunitario entre los familiares de un ciudadano comunitario y los familiares de ciudadanos extranjeros residentes legales en la Unión europea.

Entre los derechos fundamentales de ámbito general reconocidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (Moitinho, 1993, 97), se encuentra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, en su proyección de derecho a la reagrupación familiar o unidad familiar. Situando la cuestión en términos exactos, como se verá en la línea jurisprudencial examinada, puede afirmarse que los familiares de trabajadores migrantes comunitarios tiene tal derecho y en los restantes casos, salvo que existan normas específicas en sentido contrario, no existe un derecho absoluto a la unidad familiar.

La primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia se pronunció en puridad sobre la existencia de un derecho a la vida familiar para los extranjeros, fue casual o incidental. En el caso conocido como Comisión/Alemania C-249/86, el TJCE debía determinar si la sanción que preveía la legislación del país para aquellas familias de trabajadores migrantes intracomunitarios que vivieran en condiciones insalubres suponía una violación del Derecho Comunitario: artículo 48 del TCE y el Reglamento 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. El pronunciamiento del TJCE, de 18 de mayo de 1989, secundó el parecer de la Comisión y entendió que Alemania había incumplido sus obligaciones en virtud del Derecho Comunitario al mantener en su legislación nacional disposiciones que subordinaran la renovación del permiso de residencia al requisito de una vivienda apropiada durante todo el período de su permanencia.

En efecto, en su fundamentación, puso de relieve la importancia que reviste en el Derecho Comunitario *el derecho de los nacionales de los Estados miembros a entrar en el territorio de otro Estado miembro y permanecer en él con el fin de ejercer una actividad profesional o reunirse con su cónyuge o su familia, un derecho que existe con independencia de la expedición del permiso correspondiente por parte de la autoridad competente. Al instaurar dicho derecho, el Derecho Comunitario tiene en cuenta la importancia que reviste para el trabajador, desde el punto de vista humano, el reagrupamiento en torno suyo de su familia, la importancia de la integración del trabajador y su familia en el Estado de acogida sin que exista diferencia de trato en*

relación con los nacionales, así como la necesidad de poder desarrollar en ese país una vida familiar que sea plenamente respetada.

Sin duda, como apunta Sanz (2006, 278) el contenido de esta sentencia resulta “aleccionador y reconfortante”, pero sólo guarda tal apariencia. De hecho, aunque el TJCE indirectamente protege a aquellas familias que quieran residir en un Estado miembro distinto al de origen, ello es sólo consecuencia directa del principio básico de la libre circulación. Es más, el buen funcionamiento de la aplicación de la libre circulación es en realidad el interés supremo que trata de proteger el TJCE y en cambio, el derecho fundamental de la familia es sólo algo incidental para él.

Esta afirmación, cobra sentido, ante la hipótesis de si el resultado de la sentencia y su sentido hubieran sido idénticos si hubieran sido migrantes extracomunitarios en lugar de comunitarios. En esta dirección, caben destacar dos sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las que por tratarse de familiares de trabajadores nacionales de terceros Estados la respuesta fue diversa. Así tanto el asunto Demirel, sentenciado el 30 de septiembre de 1987 como en el caso Kadiman de 17 de abril de 1997, se pronunció en virtud de la previsión de la Decisión nº1/80 del Consejo de asociación entre CEE y Turquía de 1963.

La respuesta del Tribunal en ambos casos, se ciñó al ámbito estricto de las competencias aduciendo su falta porque “*no existía aún una norma de Derecho comunitario que definiera los requisitos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben autorizar la reagrupación familiar de los trabajadores turcos lícitamente instalados en la Comunidad*”. Por lo tanto, concluye que no existe ningún reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, por considerar que tal derecho depende de la política migratoria de admisión en su territorio de los familiares del trabajador nacional de un tercer Estado. Sorprendentemente, se limitó a examinar la cuestión desde el punto de vista de los intereses estatales de control de sus políticas migratorias, obviando la compatibilidad o no del derecho interno del Estado con el artículo 8 del Convenio de Roma. En consecuencia, quedo latente, el interés del TJCE en su jurisprudencia de distinguir al igual que en la normativa comunitaria, entre los derechos que poseen los extranjeros comunitarios que ejercen su libertad de circulación

y quieren traer consigo a sus familiares, por un lado y los nacionales de terceros Estados, por otro

Sobre esta base el Tribunal de Justicia ha declarado categóricamente que el artículo 8 CEDH no garantiza como tal ningún derecho a favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, ha matizado que *“la exclusión de una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1 del CEDH”*. Tal injerencia infringe dicho Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2, de previsión legal, es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y en especial proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

Con posterioridad, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de analizar la existencia de un derecho a la reagrupación familiar derivado de un derecho a la protección de la familia y la vida familiar de ciudadanos comunitarios que se habían establecido en otros Estados miembros en ejercicio de sus libertades fundamentales. De hecho, cabe tener presente como paradójicamente la no movilidad de un ciudadano comunitario como apunta Ferrer (2001,13 y 51), supone un grave perjuicio para poder reunir sobre la base del Derecho comunitario a los miembros de su familia. Prueba de ello, es la inicial postura del Tribunal de justicia en la sentencia de 27 de octubre de 1982, asunto Morson, en la que apostó por la no extensión del derecho a la reunificación a las familias de nacionales comunitarios que nunca han ejercido su libertad de circulación.

En esta misma dirección, también son relevantes entre las resoluciones cuyo objeto principal es el derecho a la reunificación familiar de familias comunitarias residentes en otro Estado miembro, el asunto Singh de 7 de julio de 1992. Dicha sentencia, ya se hace eco, como indica Santolaya (2004,117) de la situación claramente definida de la reagrupación familiar como derecho fundamental con relación a los cónyuges de los ciudadanos comunitarios. En efecto, el Tribunal de justicia establece un reconocimiento en el derecho comunitario del derecho de los cónyuges a entrar y residir en el Estado de origen de sus cónyuges comunitarios: *las disposiciones del artículo 52 del Tratado CEE y las de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973,*

relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros (...) deben interpretarse en el sentido de que obligan a un Estado miembro a autorizar la entrada y la residencia en su territorio del cónyuge sea cual fuere su nacionalidad, del nacional de dicho Estado (...) el cónyuge debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el Derecho comunitario si su esposo o esposa entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro. En la misma línea, la sentencia Arben Kaba de 11 de abril de 2000, insistió en la necesidad de otorgar a los cónyuges de sus nacionales un trato similar al de los ciudadanos comunitarios, aunque ello no debe redundar en otorgarles una condición más favorable.

Con posterioridad, destaca la sentencia Carpenter de 11 de julio de 2002, como recordatorio de la especial importancia de la protección de la familia de los nacionales de los Estados miembros, considerándola como una libertad fundamental sujeta a garantías. En este caso, el asunto planteado tiene por objeto el derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH, que incluye en su núcleo fundamental la protección de las relaciones matrimoniales y también las relaciones con la demandante y sus hijastros. Por tanto, en primer lugar se refiere a la obligación negativa de los Estados miembros o contratantes de no interferir en el derecho de los cónyuges de vivir juntos. En segundo lugar, afecta a la obligación positiva de los Estados de permitir la entrada en su territorio nacional también a determinados miembros de la familia.

En consecuencia, se planteaba si una posible denegación de un permiso o una resolución de expulsión podían suponer en principio una injerencia del derecho a la vida familiar de determinados miembros de la familia. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, atendiendo a las circunstancias del caso en su apreciación, recalca la idea de que el derecho al respeto de la vida familiar no disfruta de una protección absoluta y considera admisibles ciertas injerencias en el ejercicio de este derecho. Estas medidas deben ser *“previstas por la ley, como medidas legítimas y proporcionadas para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás, acordes a una necesidad social imperiosa”*.

Por tanto, en relación con estas injerencias, el derecho al respecto de la vida familiar y los Estados miembros disponen de un cierto margen de apreciación limitada y a *stricto sensu* por constituir restricciones del derecho al respecto de la vida familiar deben ser acordes al criterio de proporcionalidad. Sobre esta base, el examen de la proporcionalidad, debe consistir en una ponderación de la gravedad de la injerencia, es decir del perjuicio que cause a intereses privados, frente a la finalidad perseguida por la normativa de extranjería, esto es, frente a los intereses del Estado. En el caso Carpenter, la falta de proporcionalidad y justo equilibrio de intereses en conflicto, por una parte, el derecho al respeto a la vida familiar y por otra, la defensa del orden público y la seguridad pública inexistente en este caso, califica la decisión de expulsión de injerencia del derecho al respecto a la vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH.

En la misma línea, encontramos el asunto Akrich sobre una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del Derecho Comunitario en materia de libre circulación de personas y de derecho de residencia de un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro. En primer lugar, parte de la base de que el derecho al respeto a la vida familiar, de acuerdo al artículo 8 CEDH, forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Por consiguiente, califica de injerencia en el derecho a la vida familiar protegido por el artículo 8 del CEDH, la exclusión a una persona de un país en el que viven sus parientes más próximos, si bien no exista un derecho a favor de un extranjero a entrar o residir en territorio de un país determinado. Por lo tanto, lleva a cabo una interpretación del Reglamento n. 1612/68, a la luz de la exigencia del respeto a la vida familiar mencionado en el artículo 8 CEDH, con el *“fin de facilitar la circulación y reagrupación de los miembros de la familia de los trabajadores, desde un punto de vista humano”*.

En definitiva, en todos ellos, existe una coincidencia clara, ya apuntada en la sentencia de 18 de mayo de 1989 el nexo comunitario de los familiares nacionales de terceros Estados. Este nexo genera un derecho de residencia de determinados familiares que sólo puede restringirse en casos excepcionales y cumpliendo requisitos estrictos. Hasta el momento, la única restricción a los familiares de ciudadanos comunitarios nacionales de terceros países era la extensión o no del ámbito material del Tratado a situaciones internas más favorable para dichos familiares. Sin embargo, en las últimas

resoluciones del Tribunal, como el asunto Mrax de 25 de julio 2002, García Avello de 2 de octubre de 2003 y Chen de 19 de octubre de 2004, pese a no ser absolutamente proclive a dicha ampliación del vínculo con el Derecho comunitario, tiende a decantarse por esta opción. Con ello, como señala Labayle (1993, 526) el Tribunal, deliberadamente, sitúa la reagrupación familiar en el terreno de los derechos fundamentales para los ciudadanos comunitarios y sus familiares.

Por último, en las dos últimos más recientes asuntos tratados en caso de familias integradas exclusivamente por ciudadanos de terceros países o ciudadanos extracomunitarios, la solución adoptada ha sido muy distinta, aunque no difiera de los casos Demirel y Kadiman. Así, la sentencia Akman de 19 de noviembre de 1998 y con posterioridad la sentencia Ergat de 16 de marzo de 2000. Ambas se refieren a la situación de un nacional turco al que en calidad de hijo de una pareja de trabajadores turcos se autorizó a reunirse con ellos en el territorio de dicho Estado a efectos de reagrupación familiar.

El Tribunal de Justicia dedujo razonable en este caso, que la reagrupación familiar, que motivó la entrada del familiar en el territorio del Estado miembro de acogida se manifieste durante determinado tiempo a través de la convivencia efectiva en el hogar del trabajador y que esta situación se mantenga hasta que el propio interesado cumpla los requisitos para acceder al mercado de trabajo de dicho Estado. Por tanto, consideró que no era una injerencia el hecho de que las autoridades de un Estado miembro supediten la prórroga del permiso de residencia de un familiar de un trabajador extracomunitario al requisito de que el interesado conviva efectivamente con dicho trabajador durante el periodo de tres años. Es más, en este caso se remitió a un examen del problema desde la perspectiva del derecho interno y los tratados internacionales, por su significado particular el CEDH y de las interpretaciones jurisprudenciales estrictas del TEDH para considerar ilegítima una injerencia en forma de denegación de dicho derecho.

En consecuencia, dado que el equilibrio o ponderación de intereses, por regla general según Arriaga (2004, 246) el Tribunal de Estrasburgo, suele decantarse hacia la defensa de los intereses generales del Estado, se cuestiona cualquier posible justificación de los intereses particulares que pueda legitimar la reagrupación familiar.

Esto es, se presume que cualquier injerencia en el derecho a la vida familiar de los extranjeros, es legítima por la simple concurrencia de intereses del Estado, independientemente de su importancia, sin entrar a valorar si realmente los intereses particulares del solicitante de reagrupación familiar, equivalen a un claro menoscabo de los intereses estatales. Prueba de ello, son los diversos intentos fallidos de derivar de una violación del artículo 8 del Convenio, un derecho a vivir en familia con la salvedad hecha a la excepcionalidad apuntada por Vargas (2006, 4 y 5) de los asuntos Sen y Tuquabo-Tekle.

En definitiva, cabe concluir que la evolución de la jurisprudencia del TJCE, desde que aparece el Reglamento CEE 1612/68 de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, ha ido configurando como apunta Arce (2005, 7) un derecho a la vida familiar que se sitúa dentro del ámbito de los derechos fundamentales, de manera casi absoluta para los ciudadanos comunitarios que ejercen el derecho a la libre circulación y para sus familiares sean o no comunitarios y de manera mucho más limitada para los extranjeros residentes y sus familias. Esta configuración dual de un mismo derecho, en función del titular del mismo, bajo mi punto de vista es una modulación clara de ciertos aspectos de un derecho que dista mucho de la debida observancia del principio de universalidad, indisponibilidad e inalienabilidad predicable de los derechos humanos (Ferrajoli, 23 y ss). Como explica Liñán (2000, 375-376) en la Unión Europea los derechos humanos no han sido reconocidos con carácter general, ya que tales derechos se predicen de tales personas “en tanto que sujetos del derecho comunitario” y no como exige la noción de derechos humanos, por el hecho mismo de ser persona. Ahora bien, si bien, puede ser más o menos, comprensible que al ciudadano de la UE se le garanticen más derechos, en virtud de la no discriminación por razón de nacionalidad entre los nacionales comunitarios, esto no debe llevar a rebajar el standard mínimo de protección de los derechos de los nacionales de los terceros estados.

3. El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la sentencia de 27 junio 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas: ¿una oportunidad perdida?

La Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 recoge entre sus objetivos, la obligación de las instituciones comunitarias y los Estados miembros de protección y mantenimiento de la vida familiar consagrada en numerosos instrumentos de Derecho internacional. De este modo, su considerando cuarto fija que “la reagrupación es necesaria para la vida en familia y que contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro”. Por ello, con la finalidad de garantizar y reforzar ese *desideratum*, establece según unos criterios comunes las condiciones mínimas requeridas para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, todos ellos doctrinalmente criticables (Álvarez, 2003) (Jiménez, 2003).

Dichos requisitos, fueron objeto de recurso por parte del Parlamento Europeo por considerar el tenor de los mismos una vulneración del derecho fundamental a vivir en familia de los nacionales de terceros países. La puesta en marcha de este procedimiento posible desde el Tratado de Niza, era cuestionar abiertamente si la primera medida adoptada en el campo de la integración de los extranjeros y de la política común en materia de inmigración, generaría serios obstáculos a la llegada de las familias de los extranjeros ya instalados en Europa. Sobre esta base, el Parlamento señaló la existencia de un número de disposiciones inaceptables, artículo 4 apartado 1 y 6 y artículo 8 con respecto a los derechos fundamentales a la vida familiar y del derecho a la no discriminación, tal como están garantizados por el Convenio de Roma y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la UE, principios generales del Derecho comunitario, según lo establece el artículo 6, apartado 2 del Tratado de la UE.

Por el contrario, las conclusiones de la Abogada General, se centraron en que el Derecho comunitario no confiere un derecho comunitario similar de reagrupación familiar en el caso de familias integradas exclusivamente por ciudadanos de terceros países. Por ello, entre sus argumentaciones aludió que *la expresamente mencionada necesidad de justificación de la denegación de la reagrupación familiar en las sentencias Carpenter y Akrich no es más que la consecuencia lógica de la mayor amplitud de los derechos*

comunitarios de los ciudadanos de la Unión. También señala que en materia de protección de la familia, el Tribunal se ha guiado por la interpretación del Tribunal de Estrasburgo del artículo 8 CEDH que no garantiza un derecho a favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, pero la exclusión de una persona de tal derecho puede constituir una injerencia siempre que no cumpla los requisitos previstos por el apartado segundo de dicho artículo.

El TJCE, con sentencia de 27 de junio de 2006, finalmente ha secundado la postura de la Abogada general. Esa postura coincidente, a juicio de la mayoría de la doctrina, por ejemplo ha significado un grave retroceso y un frontal atentado al derecho a vivir en familia del trabajador inmigrante como derecho fundamental (Arce, 2005, 9). Entre sus apreciaciones, cabe destacar, por lo sorprendente de su argumentación la instrumentalización del criterio de integración por parte de los Estados para la denegación del derecho a vivir en familia de un hijo mayor de 12 años. Sobre este punto, el Tribunal considera que el margen de apreciación de los Estados en virtud del criterio de integración de los menores no difiere del reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y amparado por los varios fines legítimos contemplados en el artículo 8 apartado 2 del CEDH. Así, lo indica haciéndose eco del propio Consejo que lo califica sorprendentemente de *una finalidad legítima que forma parte de la política de integración y proporcionada al objetivo perseguido.* Sin embargo, ante estas argumentaciones cae en una doble incongruencia, dado que negar y cuestionar por razón de la edad la capacidad de integración del menor se aleja de la vocación de facilitar la integración de los extranjeros en la sociedad de acogida. E, incluso, la falta de definición de tal criterio, es contraproducente ya que cada Estado al fijar los límites de la autorización en la legislación existente, creará una gran incertidumbre jurídica del grado de integración exigible a los hijos menores de edad entre 12 y 15 años. Por último, con idénticos términos defiende tajantemente el periodo de espera del artículo 8 de la Directiva, *“persigue un fin legítimo de la política de inmigración, en concreto la integración eficaz de los miembros de la familia en la sociedad de acogida”.*

En conclusión, parece que el Tribunal de Justicia, ha tenido más interés en justificar el legislador comunitario, en particular el Consejo. Además, de forma implícita con la desestimación del recurso de nulidad del Parlamento ha puesto en duda la posible viabilidad de futuras cuestiones prejudiciales sobre la validez o interpretación de esta

Directiva. Evidentemente, si la aplicación de la Directiva por cada Estado cuenta con márgenes de apreciación tan amplios, resulta difícil que éstos se excedan de los límites fijados y por ende de las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales que presuntamente ampara la Directiva según la interpretación del propio Tribunal de Justicia. Por ello, no sería extraño que ante el hipotético planteamiento de una cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional de un Estado, la respuesta del Tribunal no difiera en sus apreciaciones, porque de lo contrario sería contradictorio a su reciente postura. Ahora bien, exclusivamente, bajo mi punto de vista podría ceñirse en términos de proporcionalidad de tales límites con el fin perseguido, algo ni tan siquiera remotamente planteado en esta sentencia.

4. Recapitulación.

En general, por una parte la labor de la UE en relación a la protección del derecho a la vida familiar, arroja un resultado positivo aunque con matices, teniendo presente la inicial ausencia de preocupación de los tratados constitutivos por los derechos fundamentales. El panorama de la protección de la vida familiar de algunos extranjeros ha “mejorado”, a merced tanto del interés creciente de todas las instituciones por los derechos de las unidades familiares como por las normas de contenido jurídico vinculante. Sin embargo, este balance general, alberga también resultados negativos como la falta de universalidad en la aplicación del derecho a la vida familiar de los extranjeros residentes legales en la Unión Europea. De hecho, los destinatarios plenos de tal protección son exclusivamente los nacionales provenientes de algún Estado miembro y familiares de éstos. Mientras que las familias de nacionales de terceros países ven subordinada tal protección en el ámbito comunitario a la existencia o no de un interés económico comunitario o como apunta Sanz (2006, 352) si reporta algún beneficio al mercado interior. Estas limitaciones en la protección de un derecho fundamental, refuerzan la idea de que los derechos fundamentales en la UE no se protegen como un objetivo en sí mismo, sino como un medio para lograr un fin instrumental: libre circulación de capital humano que conduzca a la prosperidad económica. La óptica de mercado y el modus operandi de las instituciones comunitarias, desdibuja la consustancialidad de los derechos fundamentales y en especial del derecho a la unidad familiar de los extranjeros sin nexo comunitario.

Otra argumentación sombría del peculiar sistema de protección del derecho a la vida familiar a escala europea es como apunta la misma autora la falta de autonomía de los derechos de la familia en el ámbito comunitario. Los derechos de las unidades familiares se derivan o dependen en su caso, bien del status jurídico del trabajador de origen comunitario o de forma más adversa en el caso de familiares de nacionales de terceros Estados de los intereses estatales y del bienestar de la sociedad democrática de acogida. Por ello, la garantía de los derechos se suscribe en clave de mínimos vitales y por ende se cosifica, es decir son susceptibles de mayor o menor protección según la función que cumplan aquellos de los que dependan.

En este contexto, por otra parte, la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia comunitaria, en especial, el derecho a la vida familiar, evidencia que la garantía de estos derechos tiene lugar principalmente en el marco procesal y de interpretación judicial, es decir un sistema casuístico o case by case, con los consiguientes problemas apuntados por Blat (1999, 255) de imprevisibilidad y falta de seguridad jurídica. Originariamente, el activismo judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas con su labor creadora y en defensa de los derechos fundamentales, fue loable para que éstos no fueran una mera formulación retórica despojada de todo efecto jurídico en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, en la actualidad, es incomprensible que el Tribunal de Justicia, cuando los Tratados comunitarios contienen un cuerpo importante de derechos fundamentales y se le ha atribuido expresamente un control jurisdiccional, no articule una adecuada acción protectora de los derechos fundamentales extensible por igual a todos los destinatarios de sus normas. Es más, el sistema resulta insuficiente, porque los mecanismos específicos para la protección de los derechos fundamentales, se articula a través de los recursos y de la vía de la cuestión prejudicial, al carecer como bien apunta Hermida (2005,305) de un recurso general por violación de los derechos fundamentales, semejante a lo establecido por el CEDH.

Prueba de ello, es la oportunidad perdida, en la sentencia de 27 de junio de 2006, en el que limitándose a rebatir cuestiones formales y procesales del recurso planteado por el Parlamento de la Unión Europea, ha obviado la existencia o no de una vulneración del derecho a la vida familiar de los trabajadores migrantes a la luz de lo dispuesto en la propia normativa comunitaria: la Directiva europea. En este caso, a

diferencia de la sentencia ERT de 18 de junio de 1991 y Bostock de 24 de marzo de 1994, no se enjuicia la apreciación de la conformidad de una normativa nacional con los derechos fundamentales, sino la propia normativa comunitaria *per se* que deberá ser aplicada en los ordenamientos internos. Obviamente, cualquier tipo de carencia de la normativa comunitaria, implica por derivación un menoscabo de tales exigencias en la transposición a las normativas nacionales.

Es más, en este caso, la protección de este derecho fundamental, ha sido conscientemente imperfecta por una débil construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales en base a la norma comunitaria reguladora de tal derecho y la voluntad soberana de los Estados. La argumentación sostenida tanto en las conclusiones de la Abogada General como por el Tribunal de Justicia dejan vacío de contenido la universalidad del derecho a la vida familiar en la letra del artículo 8 del CEDH y evidencian si cabe más que el verdadero interés de la Unión Europea, es la libertad de circulación comunitaria y no los derechos fundamentales que se derivan de ésta. De hecho, como quedo apuntado en la sentencia de 18 de mayo de 1989, tal reconocimiento fue tal, por el simple hecho de tratarse de familiares de ciudadanos comunitarios, ya que en este caso a falta del nexo comunitario se transforma la naturaleza del derecho fundamental y se limita sensiblemente por la posibilidad reconocida a los Estados de restringir aún más las posibilidades reales que los trabajadores tienen de reunir a sus familias en el territorio de la Unión Europea.

En definitiva, podemos concluir, que siendo congruente a la proclamada y alardeada defensa de los derechos fundamentales en la Unión Europea, sería necesaria una apuesta más globalizadora y humanista de los mismos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El problema de la protección de los derechos fundamentales, como apunta Salinas (2000, 321) sin ser grave ni dramático, amenaza con extenderse en la medida en que aumente el ámbito de competencias de la Unión Europea y el número de destinatarios no comunitarios residentes en el territorio de la UE. La persistencia o más bien diría obcecación en la perfección del sistema de protección existente, plantearía serias dudas a cerca de si realmente la Unión europea protege los derechos fundamentales como tales, entre ellos, el derecho a la unidad familiar de los migrantes extracomunitarios o si es un interés de segundo orden. Siguiendo las calificaciones dogmáticas de Alexy (2001, 186-209) el carácter

fundamental de este derecho, debe materializarse en una adecuación normativa y jurisprudencial de la reagrupación familiar con los Tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R.(2001): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. (2003): Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. *Revista digital de Derecho de extranjería* <http://www.reicaz.es> ,p-1-30.

ARRIAGA IRABURU, I.(2003): *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona.

ARCE JIMENEZ, E. (2005): “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de Extranjería. (libertad de circulación y de residencia en el nuevo “espacio de libertad, seguridad y justicia)”. *Ponencia IV Seminario sobre la Investigación de la inmigración Extranjera en Andalucía*, Córdoba 3-5 de octubre 2005, p. 1-24.

BLAT MELLADO, C. (1999): “Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estandar mínimo internacional de los derechos humanos. De la letra a la realidad.” *Revista valenciana de estudios autonómicos*, Valencia, p. 245-265.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.(2001): *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Servicio de publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba.

BOELES, P. (2001): “Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración”, *Afers Internacionals*, núm. 53, CIDOB, Barcelona, p.125-138.

CASTILLO DAUDÍ, M.(2005): “La protección internacional de los derechos humanos en las Comunidades europeas y la Unión Europea” en VILATA MENADAS (coord.): *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho Europeo. Situación y perspectiva tras cincuenta años*, Universitat de Valencia, p.119-143.

CHUECA SANCHO, A.G. (1999): *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona.

GOSALBO BONO, R. (1997): “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1, p. 29-68.

FERNANDEZ SANCHEZ, P.A. (2006): *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2001): “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº 1, Huelva, p. 375- 394.

FERRER I GÓMEZ, A. (2001): *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea*. Instituto Universitario de Estudios Europeos, Barcelona.

FERRAJOLI, L. (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.

FREIXES SANJUÁN, T.(2005): “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Constitucional Europea*, nº 4, Granada, p. 1-46.

HERMIDIA DEL LLANO, C. (2005): *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona.

JIMÉNEZ BLANCO, P. (2003): “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea” , *Diario La Ley*, nº 5771, 30 de abril.

LABAYLE, H. (1993): « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », *Revue française de Droit Administratif*, vol.9, n.3, p.511 y ss

LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2000): “Derechos Humanos y Unión Europea”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, vol. IV, pp. 363-420.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.(2003): “La inmigración y el asilo en la Unión Europea: presente y futuro” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 7, Madrid, p. 93- 118

RIDEAU, J. (2002): “Los derechos comunitarios fundamentales y los derechos humanos” en MATIA PORTILLA, F.J. (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, p. 61-86.

MOITINHO DE ALMEIDA, J.C. (1993): “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, p. 97-132.

QUIRÓS FONS, A. (2003): “Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español”, *Anales de Derecho*, nº 21, Murcia, p. 383-415.

SALINAS DE FRÍAS, A.(2000): *La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (2004): *El derecho a la vida en familia de los extranjeros*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

SANZ CABALLERO, S. (2006): *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

SOLANES CORELLA, A.: “*La política de inmigración en la Unión Europea desde tres claves*”, *Revista Arbor*, p. 1-30.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.(2006): “La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar” *Anuario de la escuela de Práctica Jurídica*. UNED, nº1, Madrid, p. 1-14.

Jurisprudencia comunitaria citada

- STJCE de 27 de octubre de 1982, Morson, (C-35/82).
- STJCE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, (C-12/86)
- STJCE 18 de mayo de 1989, Comisión-República Federal de Alemania, (C-249/86).
- STJCE de 18 de junio de 1991, Ert, (C-260/89)
- STJCE de 7 de julio de 1992, Singh, (C-370/90)
- STJCE de 24 de marzo de 1994, Bostock, (C-2/92)
- STJCE de 17 de abril de 1997, Kadiman, (C-351/95)
- STJCE de 19 de noviembre de 1998, Akman, (210/97)
- STJCE de 16 de marzo de 2000, Ergat, (C-329/97)
- STJCE de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. P. I- 6279)
- STJCE de 25 de julio de 2002, Mrax (C-459/99)
- STJCE de 23 de septiembre de 2003, Akrich (C- 109/01, Rec. P. I- 9607)
- STJCE de 6 de marzo de 2003, Arben Kaba, (C-466/00)
- STJCE de 2 de octubre de 2003, García Avello, (C-148/02)
- STJCE de 19 de octubre de 2004, Chen, (C-200/02)
- STJCE de 27 de junio de 2006, Parlamento europeo- Consejo, Comisión y República Federal de Alemania, (C-540/03)