

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

El intercambio de datos personales entre la Unión Europea y América Latina

Roberto Cippitani

Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

Calogero Pizzolo

El Derecho Parlamentario del Mercosur

Mariana Rodríguez Saumell de Koch

Derechos de los refugiados en la República Argentina

Federico Irusta

Las inmunidades parlamentarias

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Oriol Junqueras Vies"

Natalí Mariana Pavioni

Libre circulación de personas y reagrupación familiar

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Chenchooliah"

Nadine Abadi, Martín Canepa, Ricardo Fernández y Melina Fickinger

Protección de datos, libertad de expresión y derecho al olvido

A propósito de los asuntos C-136/17, C-507/17, y C-673/17 tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Mariano Liszczyński y María del Pilar García Martínez

Concepto de familia e Interés Superior del Niño

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Bajratari"

Agustín Fabbriatore, Andrea Sisaro y Florencia L. Causada Calo

RI&HR

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

IR&DH



Año VIII – Nr. 1 – 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 1 – 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Concepto de familia e Interés Superior del Niño

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Bajratari”

§

Agustín Fabbricatore, Andrea Sisaro y Florencia L. Causada Calo¹

Sumario:

I.- Situación fáctica y cuestiones procesales. II.- Análisis a partir del concepto de familia e Interés Superior del Niño. A.- El Interés Superior del Niño (ISN). B.- Representación y asesoría legal letrada. III. La sentencia del TJUE. IV.- Análisis Normativo.

I.- Situación fáctica y cuestiones procesales

El presente comentario aborda la cuestión prejudicial planteada en los términos del artículo 267 del TFUE por la Court of Appeal in Northern Ireland (Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, Reino Unido)² sobre la interpretación de la Directiva 2004/38/CE, en relación con los alcances y suficiencia de recursos por ingresos procedentes de un empleo sin permiso de residencia y trabajo.

La Sra. Bajratari tiene nacionalidad albanesa y reside en Irlanda del Norte desde el año 2012. Su marido, el Sr. Bajratari, tiene la misma nacionalidad de origen y es residente en Irlanda del Norte, siendo titular de una tarjeta de residencia que le permite residir en el Reino Unido durante el período que comprende mayo 2009/mayo 2014. La misma fue

¹ Coautores: Agustín Fabbricatore (Profesor Adjunto Interino y Jefe de Trabajos Prácticos regular de la materia Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Prosecretario de Juzgado de Familia de Primera Instancia en la Provincia de Buenos Aires), Andrea Sisaro (Docente de la materia Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) y Florencia L. Causada Calo (Docente de la materia Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires)

² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Asunto C – 93/18, 2 de octubre de 2019.

emitida sobre la base de una relación anterior del Sr. Bajratari con una nacional del mismo Estado, finalizando dicho vínculo a principios del año 2011. Posteriormente, el Sr. Bajrtari abandonó el Reino Unido para casarse con la Sra. Bajratari en Albania, regresando a Irlanda del Norte en el año 2012. Es importante destacar que su tarjeta de residencia, sin perjuicio de su nueva relación, nunca fue revocada.

El grupo familiar de Sr. Bajratari tiene tres hijos, todos nacidos en Irlanda del Norte. Los dos mayores de edad obtuvieron un certificado de nacionalidad irlandesa.

En cuanto a su actividad profesional, el Sr. Bajratari ha ejercido diversas actividades profesionales y, al menos desde el 12 de Mayo de 2014, se encuentra trabajando de forma ilegal, ya que no dispone de permiso de residencia y trabajo conforme la normativa vigente. Se destaca que, los únicos ingresos con los que cuenta la familia son los del Sr. Bajratari.

En este contexto, la Sra. Bajratari solicitó a la *Home Office* el reconocimiento de un derecho de residencia derivado de la Directiva 2004/38, por haber acreditado el cuidado personal efectivo de su hijo, ciudadano de la UE, y alegando que la denegación de dicha tarjeta implicaría el poder disfrutar del pleno goce del ejercicio de sus derechos como ciudadano de la UE. Esta solicitud fue rechazada por el citado organismo por dos argumentos más que controvertidos:

- a. No cumplir con la condición de miembro de la Familia, en los términos de la Directiva 2004/38.
- b. Su hijo no cumple con la autonomía económica establecida en el Art. 7, apartado 1, letra B, de la misma normativa.

Ante esta situación, se peticiona ante el *First-Tier* Tribunal (Inmigration And Asylum Chamber), Tribunal de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo). El 8 de Junio de 2015, el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Sra. Bajratari contra la decisión del *Home Office*. Posteriormente, el Upper Tribunal (Inmigration and Asylum Chamber), Tribunal Superior en lo Contencioso Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo), desestima el segundo recurso presentado, por lo que solicitó a la *Court of Appeal In Northern Ireland*, Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, Reino Unido, autorización para interponer recurso ante la Sentencia del *Upper Tribunal*.

Finalmente, la *Court of Appeal in Northern Ireland* suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) las cuestiones prejudiciales que se detallan a continuación:

1. ¿ Pueden los ingresos procedentes de un empleo que es ilegal con arreglo a la legislación nacional demostrar, total o parcialmente, la disposición de recursos suficientes con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra B, de la Directiva 2004/38.
2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede considerarse cumplido el requisito del artículo 7, apartado 1, letra B, si el empleo califica de precario únicamente por la razón de su carácter ilegal?

II. Análisis a partir del concepto de Familia e Interés Superior del Niño

En esta cuestión prejudicial se pone de relieve cuestiones en torno a como abordar dos conceptos básicos: el Interés Superior del Niño y el concepto de Familia.

Claramente se identifica al niño, niña o adolescente de la familia Bajratari como principal afectado y vulnerado. La doctrina es ecuaníme en cuanto a que el término "menor", no puede ser utilizado en el actualidad, por tener aquel carácter estigmatizante y peyorativo.

En función de lo expuesto, el órgano jurisdiccional no trata al niño, niña o adolescente en cuestión como sujeto de derecho ya que hay dos cuestiones elementales que no respeta: el Interés Superior del Niño (ISD) y la representación y asesoría legal letrada.

A.- El Interés Superior del Niño (ISN)

En cuanto al ISD, es interesante recordar las consideraciones sobre esta materia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos: "*puede definirse al "interés superior del niño" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, "G., V.", sent. de 31-III-1998; Ac. 73.814, "G., J.G.", sent. de 27-IX-2000; Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 22-X-2003; e.o.), máxime cuando en materia de menores*

todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, "C., M. A.", sent. de 26-X-1999; Ac. 71.303, "S., C. E.", sent. de 12-IV-2000; Ac. 78.726, "M., R. R. y otra.", sent. de 19-II-2002; e.o.).³

En palabras del Comité de los Derechos del Niño, "(...)a evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de los que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre éste y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras"⁴.

Al evaluar y determinar el ISD, también debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar⁵. Esto último debe ser apreciado en un sentido amplio, abarcativo de sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como de su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección. Por demás, la consideración del ISD como algo "primordial" requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias⁶.

Por otro lado, los posibles conflictos entre el ISD, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños, o los de los niños en general, tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el ISD los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los

³ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Expte Nro. C 125500, 11 de septiembre de 2019.

⁴ Conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14, cit., párr. 48.

⁵ Ídem, párr. 71.

⁶ Ídem, párr. 40.

responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño⁷.

B.- Representación y asesoría legal letrada

De la lectura del caso, en ningún momento se indica si durante la sustanciación de la cuestión prejudicial intervino un organismo que asuma la representación específica del niño, niña o adolescente. La mirada que aportaría la figura semejante a un abogado general del TJUE, especializado en la materia, generaría precedentes jurídicos que otorgarían apoyo en materia de doctrina y antecedentes, a la hora de resolver casos análogos.

Tampoco fue escuchado el niño, niña o adolescente en los términos del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), resultando fundamental que aquel se exprese ante el órgano jurisdiccional de forma clara y libre, sin ningún tipo de coerción o limitación.

Garantizar en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos la debida representación y/o asistencia letrada resulta primordial y necesario. De lo contrario nunca abordaríamos la CDN en este sistema jurisdiccional de forma acabada y completa.

En materia de Niñez resulta fundamental que haya una adecuada coordinación, no solamente entre las instituciones de la UE y los organismos específicos en cada ordenamiento nacional, sino que, además, todos los ordenes jurídicos de la UE deben interpretarse mediante la técnica de interpretación conforme la Convención. Entiéndase este concepto como técnica hermenéutica, por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los Estados, así como por la jurisprudencia de los Tribunales⁸.

⁷ Ídem, párr. 39.

⁸ PIZZOLO, *Comunidad de Intérpretes Finales. Relación entre Tribunales Supranacionales, Constitucionales y Supremos*, p. 185.

Por último, resulta sumamente necesario que el TJUE aborde con la CDN un verdadero *corpus iuris* del derecho tal como estableció la Corte IDH en su jurisprudencia: “(...) Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana⁹.”

III. La sentencia del TJUE

En la sentencia de referencia, el TJUE lleva a cabo un análisis pormenorizado de los lineamientos que brinda la Directiva 2004/38/CE.

Recordemos que el Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte plantea ante el TJUE en calidad de cuestión prejudicial: “1. ¿Pueden los ingresos procedentes de un empleo que es ilegal con arreglo a la legislación nacional demostrar, total o parcialmente, la disposición de recursos suficientes con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), de la [Directiva 2004/38]?; 2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede considerarse cumplido el requisito del artículo 7, apartado 1, letra b), [de dicha Directiva] si el empleo se califica de precario únicamente por razón de su carácter ilegal?”.

En lo que respecta a los requisitos específicos determinados por la Directiva 2004/38/CE, el TJUE entiende que los Estados deben ceñirse a ellos y no sobreabundar en otros tantos que harían, de un modo indirecto, inviable para determinados ciudadanos la permanencia en los Estados miembros de la Unión Europea.

Aquí hay que tener presente que el TJUE lleva adelante un análisis del concepto de *orden público* que pueden invocar los Estados para limitar el derecho de entrada y residencia, concluyendo que en el presente caso no se configura dicha situación y, por tanto, no es válido que se basen en ello para imponer requisitos excesivos. Esto cobra trascendencia toda vez que, el planteo originario del Tribunal del Estado británico no apunta directamente a ello, pero es precisa la vinculación siendo que es el recurso del que hace uso el Estado de acogida para denegar el derecho de residencia a la familia Bajratari.

⁹Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 2019.

Para el presente análisis, resulta necesario comprender que la Directiva 2004/38/CE contempla en su Capítulo VI, artículo 27, los supuestos en que puede limitarse el derecho de entrada y residencia de los sujetos contemplados por la misma, indicando que las razones “(...) *No podrán alegarse con fines económicos*”, a la vez de establecer que las medidas adoptadas “(...) *Deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado*”.

En esa línea, el TJUE sostiene que “*el respeto de este principio implica que las medidas nacionales adoptadas al aplicar los requisitos y limitaciones establecidos en dicha disposición deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida*”.

En razón de ello, el TJUE resalta que una medida del Estado de acogida “(...) *que permite a las autoridades del Estado miembro de que se trate denegar el derecho de residencia a un ciudadano de la Unión menor de edad por el motivo de que los recursos que pretende hacer valer (...) va claramente más allá de lo necesario para proteger el erario de dicho Estado miembro*”¹⁰, máxime considerando que tales fondos —independientemente del origen de los mismos — han permitido al ciudadano de la Unión mantenerse a sí mismo y a su familia.

Con relación a ello, parece atinado analizar la intención del Estado para justificar determinadas decisiones que en principio representan un incumplimiento de la normativa comunitaria. Así, cabe resaltar que el TJUE al brindar una definición acabada del concepto de *orden público* delimitó sus alcances, acotando, de esa manera, el margen de acción contrario a la normativa comunitaria para los Estados parte. Es decir, al brindar esta definición no sólo establece pautas de ejercicio más precisas para la normativa en análisis, sino que otorga también una garantía para el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos europeos y sus familiares contemplados en las definiciones de la norma. Esto no es menor, puesto que el concepto de *orden público* puede variar significativamente de un Estado a otro, lo cual ateniéndonos a los principios básicos del derecho comunitario, principalmente su primacía respecto del ordenamiento jurídico de los Estados que lo

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera. Asunto C – 93/18, 2 de octubre de 2019, cons. 46.

componen, resulta indispensable para la aplicación pacífica del mismo en todos los Estados parte el papel que desempeña el TJUE como intérprete final de la normativa comunitaria.

De esta forma, el TJUE señala, como primera medida, que el concepto de *orden público*, como justificación de una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o sus familiares, debe ser objeto de una interpretación estricta, siendo necesario el control de las instituciones de la Unión para establecer su alcance¹¹.

Seguidamente, recuerda que con carácter previo ha declarado que dicho concepto “(...)requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”¹².

De esta forma, al esbozar esta definición, el TJUE establece límites precisos para un concepto del cual pueden hacer uso los Estados, garantizando que ello se dé en forma uniforme y no disímil y, de forma concatenada, impide que los Estados agreguen requisitos para hacer efectivo el goce de una normativa comunitaria.

Concluye, en lo relativo al caso, que no se dan las condiciones para rechazar la residencia de los ciudadanos menores de edad y sus familiares, toda vez que los motivos esgrimidos por el Estado de acogida no se enmarcan en la definición de orden público.

De esta forma, termina resolviendo que es independiente el origen de los fondos con los que cuenten los ciudadanos dentro del Estado de acogida, en tanto y en cuanto gracias a ello no representen una carga excesiva para el mentado Estado y a su vez, cumplan acabadamente con los demás requisitos que impone la Directiva 2004/38/CE.

IV. Análisis normativo

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el TUE crea y dispensa el más elevado rango jurídico al estatuto de “ciudadanía de la Unión”. Efectivamente, en el Preámbulo del Tratado se proclama que los Estados miembros se manifiestan “*resueltos a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países*” y, por su parte, su artículo 2 incluye, dentro de los cinco objetivos que persigue la Unión Europea, el de “*reforzar la*

¹¹Idem, cons. 50.

¹²Idem, cons. 51.

protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión".

Culminaba así, una sucesión de proyectos elaborados en el proceso de integración europea, el primero de los cuales bien puede situarse en el propio Preámbulo del Tratado de Roma (1957), para continuar, de manera más concreta, con los que derivaron de la Cumbre de París de 1974. El Informe del ministro belga Leo Tindemans de 1975 y el conocido como Proyecto Spinelli de 1984, representaron otros tantos intentos de crear una ciudadanía de la Unión en su sentido actual, como también lo fueron los informes del Comité *ad hoc* "la Europa de los ciudadanos" (Comité Adonino), si bien es cierto que, sobre todo el segundo de ellos, se centraba más en cuestiones de apariencias e imagen que en la esencia de la institución.

Conviene señalar en este punto que, si bien es cierto que con anterioridad al TUE ya se había concretado por diversas vías el contenido de algunos de los derechos que integran lo que hoy conocemos como ciudadanía de la Unión, también es verdad que tales derechos se encontraban estrechamente vinculados a los derechos económicos y sociales que reconocían los tratados constitutivos, y por eso ha de destacarse que, con el TUE, se quiebra esa dimensión preferentemente de naturaleza socioeconómica y se avanza en el reconocimiento de un conjunto de derechos políticos relacionados con el nacimiento de la Unión Europea.

La ciudadanía va a ser así un concepto no económico, que define la posición política y jurídica de los individuos en el seno de una sociedad, con independencia del valor particular que se atribuya a la aportación ofrecida por cada uno al proceso económico. Resulta así que la ciudadanía de la Unión rompe el vínculo de exclusividad de la relación jurídico-política entre el particular y el Estado, de manera que los nacionales de los Estados miembros mantienen de forma complementaria, simultánea e inseparable un doble vínculo político: uno particular con su propio Estado y otro común con la Unión Europea, debiendo señalarse, en relación con este último, que el estatuto que lo encarna está garantizado jurisdiccionalmente, sin restricción alguna, frente a los propios Estados y frente a las instituciones comunitarias por el TJCE, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del TUE.

El artículo 17 del TUE, antes reproducido, establece claramente la conexión entre la condición de nacional de un Estado miembro y la de ciudadano de la Unión, de manera que, salvo determinadas excepciones, puede afirmarse que el núcleo de derechos que integran la Institución corresponde a los nacionales de los Estados miembros, como también —desde otra perspectiva— puede afirmarse que la ciudadanía se define por referencia al concepto de nacionalidad de alguno de los Estados miembros.

Así pues, a la vista de cuanto en el citado precepto se establece, puede afirmarse, en primer lugar, que la ciudadanía de la Unión no elimina ni sustituye a la institución clásica de la nacionalidad o ciudadanía estatal, como bien se ha insistido en asegurarlo desde todas las instancias. Y, en segundo lugar, también puede afirmarse que queda establecido un vínculo indisoluble entre nacionalidad de un Estado miembro y ciudadanía de la Unión, a modo de *conditio sine qua non*, de tal manera que, si se pierde la condición de nacional de un Estado miembro, se pierde automáticamente la ciudadanía de la Unión.

La condición de ciudadano de la Unión se presenta así como un complemento a la nacionalidad, puesto que, como se acaba de decir, no pretende sustituir el vínculo de la nacionalidad con cada uno de los Estados miembros. De esta manera, el ciudadano de la Unión disfruta de un doble estándar de derechos como consecuencia de su vinculación a dos esferas políticas, la estatal y la comunitaria. La ciudadanía de la Unión suma al primer círculo de derechos de la nacionalidad, a disfrutar en el interior de cada Estado miembro, un segundo círculo de nuevos derechos a ejercer en cualquier Estado miembro y que pueden invocarse ante las instituciones comunitarias, ante las autoridades de cualquier Estado miembro y en las relaciones con los ciudadanos de la Unión, todo ello bajo la protección jurisdiccional del TJCE.

En todo caso, en relación con la cuestión que nos ocupa, no puede dejar de destacarse que la determinación de la nacionalidad corresponde a los ordenamientos internos de los Estados miembros; es una materia que no está regulada por las normas comunitarias, de manera que la competencia discrecional de los Estados miembros en la

regulación de la nacionalidad puede provocar contradicciones entre legislaciones permisivas y restrictivas y así se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones¹³.

La ciudadanía de la Unión, como ha quedado apuntado, está regulada en los arts. 17 a 22 del TUE, así como en otras disposiciones del derecho originario y del derecho derivado, debiendo destacarse a este respecto la interacción entre los derechos que en sentido estricto forman en la actualidad la ciudadanía de la Unión y el principio del respeto de los derechos fundamentales, tal como se regula en el art. 6 del TUE. Esa interacción se aprecia, en particular, en la aplicación del *principio de no discriminación*. Y es que, en definitiva, el art. 17.2 del TUE asegura que “los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado”, de forma que los derechos y obligaciones de los ciudadanos de la Unión no abarcan sólo los especificados en la Segunda Parte del TUE, sino también otros relacionados con la esencia de dicho estatuto, como el principio de igualdad de trato y el goce de un sistema coherente de derechos fundamentales.

De acuerdo con esta regulación y, conforme va a quedar expuesto en el desarrollo de los sucesivos puntos del presente epígrafe de este trabajo, puede decirse que con la expresión “ciudadanía de la Unión” se hace referencia a un conjunto de derechos, reconocidos en los tratados constitutivos, que presentan una difícil definición global a causa de su distinta naturaleza, de sus diferentes ámbitos de aplicación personal y de sus diversos efectos.

Efectivamente, en cuanto a su naturaleza, el estatuto de ciudadanía de la Unión regula no sólo determinados derechos de naturaleza política sino también derechos de carácter instrumental, que son más bien mecanismos de garantía del disfrute de otros derechos. En cuanto a su ámbito de aplicación personal, puede decirse que la mayoría de los derechos que conforman la ciudadanía de la Unión pueden ser disfrutados únicamente por los nacionales de los Estados miembros de la UE, mientras que otros se extienden también a nacionales de terceros Estados que residan en un Estado miembro. En cuanto a sus efectos, finalmente, la mayoría de los derechos de ciudadanía tienen una relevancia jurídico constitucional y se ejercen *ad intra*, ya en el interior de los Estados miembros o bien

¹³ Tribunal de Justicia de la Unión de la Unión Europea. Asunto C-368/90, 7 de Julio de 1992.

en el ámbito comunitario, mientras que, otros, como el derecho de acogerse en el territorio de un Estado tercero a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, posee una clara relevancia jurídica internacional y produce sus efectos *ad extra* de la Comunidad Europea, en el territorio de terceros Estados.

Respecto a los beneficiarios, con carácter general “(...)se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembros distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia (...)”, sea cual sea la nacionalidad de estos últimos. Dentro de los miembros de su familia, se incluye al cónyuge o pareja de hecho debidamente registrada, los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o pareja, y los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o pareja.

Para estancias inferiores a tres meses, basta con hallarse en posesión de un documento de identidad, o un pasaporte válido, y para periodos de residencia superiores a ese plazo, se exige el registro del ciudadano de la Unión ante las autoridades competentes del lugar de residencia. Además, se reconoce un derecho de residencia permanente para todos los ciudadanos de la Unión que hayan residido en el Estado miembro de acogida de conformidad con las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, durante un periodo ininterrumpido de 5 años y sin haber sido objeto de una medida de expulsión.

Adentrándonos nuevamente en el caso, el Tribunal alude a determinados artículos de la Directiva 2004/38/CE para poder desarrollar su resolución, específicamente a los artículos 2, 3, 7, 10, 14 y 27.

En cuanto al artículo 2, se ocupa de las definiciones; aquí cabe resaltar que los sujetos involucrados se enmarcan en las mismas, en tanto los menores a quienes el Estado pretende retirar la nacionalidad son efectivamente ciudadanos de la Unión, a la vez de que su hermano y padres —ciudadanos de terceros Estados— cuentan con el beneficio dado por la normativa citada, visto que se encuentran contemplados en determinados puntos de las definiciones específicas. De esta forma, el fundamento del Estado de acogida para denegar el permiso de residencia a la Sra. Bajratari no se corresponde con la normativa.

En ese sentido, es menester recordar que dentro de la Unión Europea existe la libre circulación de personas, como principio estructural, lo cual fomenta y habilita que todo ciudadano de la Unión —así como su familia— pueda residir y trabajar en cualquiera de los Estados miembros, independientemente del Estado del que sea nacional.

Con relación a ello, el TJUE sostiene que “(...)el respeto de este principio implica que las medidas nacionales adoptadas al aplicar los requisitos y limitaciones establecidos en dicha disposición deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida” (cons. 36).

Con ello establecido, la Directiva 2004/38/CE otorga, si se quiere, un marco reglamentario para que ese derecho sea efectivamente ejercido, por todos los sujetos que contempla la misma. Así, el artículo 3 dispone que es de aplicación efectiva a “(...)cualquier ciudadano de la Unión 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, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él” a la vez de mandar que en el caso de sujetos no contemplados por el artículo 2 “(...)El Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia”.

De esta forma, como se dijo, la familia Bajratari cataloga como sujeto comprendido por la normativa y, por tanto, ha de gozar de los beneficios que la misma otorga.

Seguidamente, el artículo 7 punto b) de la Directiva dispone que “Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si: (...) b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida(...)”. Aquí cabe hacer la salvedad, al igual que lo hace el TJUE, de que en ningún momento la normativa alude al origen de los fondos con que cuenten los ciudadanos y su familia para no convertirse en una carga excesiva para el Estado.

En ese sentido, el Estado de acogida cuestiona el origen de los fondos de la familia Bajratari, agregando requisitos para el goce del derecho que no contempla per se la normativa comunitaria que ha de aplicarse.

A ese respecto el TJUE recuerda que “(...)ya ha declarado que, si bien el ciudadano de la Unión debe disponer de recursos suficientes, el Derecho de la Unión no impone la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia, de modo que estos últimos pueden provenir, por ejemplo, de un ciudadano de un tercer Estado, progenitor de los ciudadanos de la Unión menores de edad de que se trate” (cons. 30) y concluye “(...)conviene subrayar que nada en el texto del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38 permite considerar que, a efectos de esta disposición, solo puedan tomarse en consideración los recursos derivados de un empleo ejercido al amparo de un permiso de residencia y de trabajo por un nacional de un tercer Estado, progenitor de un ciudadano de la Unión menor de edad”¹⁴.

Luego, el TJUE explica que a la luz del artículo 14 de la Directiva “...el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a residir en el territorio del Estado miembro de acogida, sobre la base del artículo 7 de dicha Directiva, solo se mantendrá mientras dichos ciudadanos y los miembros de sus familias cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición”¹⁵.

Seguido a ello, alude nuevamente al análisis que se da del origen de los fondos con que cuentan los ciudadanos, y sostiene que interpretar dicho requisito en el sentido de que un ciudadano menor de edad no puede hacer valer los ingresos derivados del empleo ejercido por su progenitor “...añadiría a este requisito otro relativo al origen de los recursos puestos a disposición por dicho progenitor que constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión menor de edad de que se trate, garantizado en el artículo 21 TFUE, en la medida en que no es necesario para alcanzar el objetivo perseguido”¹⁶.

Por último, el TJUE pone de manifiesto que llevar a cabo una interpretación relativa al origen de los fondos en ese sentido sería contraria al objetivo perseguido por la Directiva 2004/38/CE, que no es otro que “(...)facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, directamente conferido a los ciudadanos de la Unión por el artículo 21 TFUE, apartado 1, y

¹⁴TJUE, Sala Primera. Asunto C – 93/18, 2 de octubre de 2019, cons. 33.

¹⁵Idem, cons. 40.

¹⁶Idem, cons. 42.

reforzar ese derecho”¹⁷. Por ello, concluye que el origen de los fondos no impide que se vea cumplimentado acabadamente el requisito exigido por la norma.

¹⁷Idem, cons. 47.

Bibliografía

SCBA , EXPTE NRO. C 125500, 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019.

OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 (2013) DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL (CRC/GC/2013/14).

PIZZOLO C., Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial, Buenos Aires, ASTREA, 2017.

CORTE IDH, CASO DE LOS “NIÑOS DE LA CALLE” (VILLAGRÁN MORALES Y OTROS) Vs. GUATEMALA. FONDO. SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1999. SERIE C No. 63.

TJUE. ASUNTO C-368/90 FECHA 7 DE JULIO DE 1992.-

PIZZOLO C., Derecho e Integración Regional, Buenos Aires, EDIAR, 2010.