

“ESTATUTO DE CIUDADANO DE LA UNIÓN Y
SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE
APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO
(STJUE RUIZ ZAMBRANO)”

Ana Paloma Abarca Junco y Marina Vargas Gómez-Urrutia*

REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
Núm. 23, **2012**

ISSN 1697-5197

[Acceso al documento](#)

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



EL ESTATUTO DE CIUDADANO DE LA UNIÓN Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO (STJUE RUIZ ZAMBRANO)

*THE STATUS OF A CITIZEN OF THE UNION AND ITS POTENTIAL IMPACT ON
THE SCOPE OF COMMUNITY LAW (STJUE RUIZ ZAMBRANO)*

Ana Paloma Abarca Junco* y Marina Vargas Gómez-Urrutia^{1}**

Sumario. INTRODUCCIÓN. I. LITIGIO PRINCIPAL.1.1. HECHOS RELEVANTES PARA LA COMPRESIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO. 1.2. LA SITUACIÓN DE LOS MENORES NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO HIJOS DE PADRES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: OBSERVACIONES A LA LUZ DE LOS DERECHOS INTERNOS BELGA Y ESPAÑOL.1.3. PLANTEAMIENTO PREJUDICIAL Y FALLO.II. EL EJERCICIO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL POSIBLE CAMBIO DE DIRECCIÓN EN LA SENTENCIA RUIZ ZAMBRANO. 2.1. LIBRE CIRCULACIÓN COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. 2.2. LA INTERPRETACIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS A LA LUZ DEL ESTATUTO DEL CIUDADANO: LA SENTENCIA RUIZ ZAMBRANO, ¿CAMBIO DE DIRECCIÓN O ALTERACIÓN DEL PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO? III. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: ¿EXTENSIÓN O NO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO? 3.1. ESTATUTO DE CIUDADANO, EJERCICIO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. 3.2. ESTATUTO DE CIUDADANO, VINCULACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO E IMPEDIMENTO DEL DERECHO NACIONAL A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. IV. CONCLUSIONES.

Resumen: La Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 (C-34/09) asunto Ruiz Zambrano contra la l'Office National de l'Emploi (ONEM) de Bélgica vuelve a poner de relieve una cuestión, ya debatida por la jurisprudencia y la doctrina, relativa al derecho de residencia de nacionales de un tercer Estado progenitores de menores nacionales de un Estado miembro. El enfoque adoptado en este asunto por el TJUE resulta novedoso en parte debido al propio planteamiento de las cuestiones prejudiciales y muy especialmente por los argumentos en torno al estatuto de ciudadano de la UE y a la noción misma de ciudadanía. La cuestión nuclear de la litis trata de dilucidar la incidencia de la nacionalidad comunitaria de unos menores, que no han ejercido su derecho de libre circulación, sobre la situación de residencia (irregular) de sus progenitores nacionales de un tercer país. Si hasta ahora era cierta la premisa según la cual “sería necesario cruzar la frontera” para ser beneficiario del Derecho comunitario, la sentencia Ruiz Zambrano viene a cuestionar este supuesto al amparar una situación “puramente interna” bajo el paraguas protector del estatuto de ciudadano y extender el ámbito de aplicación del derecho comunitario. Esta sentencia nos sugiere una revisión de uno de los tópicos

* Catedrática de Derecho internacional privado (UNED)

** Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado (UNED)

preferidos por los académicos -la noción de ciudadanía- para, desde una perspectiva distinta, reflexionar acerca de la incidencia del estatuto de ciudadano de la Unión en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

Palabras clave: ámbito de aplicación del Derecho comunitario, estatuto de ciudadano de la Unión, derecho de libre circulación de personas, nacionales de terceros Estados, Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

Summary: *The Judgment of the Court of Justice of March 8th, 2011 (C-34/09) case Ruiz Zambrano against l'Office National de l'Emploi (ONEM) of Belgium highlights an issue, already debated by the jurisprudence and the doctrine, concerning the right of residence of nationals of a third country who are the parents of a children national of a Member State. The approach taken in this case by the ECJ is novel in part due to the own approach to the questions and especially by the arguments around the status of citizen of the EU and the notion of citizenship itself. The key issue of the suit seeks to ascertain the impact of the European Union nationality of some underage children, who have not exercised their right of free movement, on the residency status (irregular) of the parents who are nationals of a third country. If until now the premise that "it would be necessary to cross the border" to be covered by Community law was true, the sentence Ruiz Zambrano comes to question this premise to cover a "purely domestic" situation under the protective umbrella of the citizenship status and therefore extending the scope of application of Community law. This Judgment implies a review of one of the favorite topics for scholars -the notion of citizenship- to, from a different perspective, think about the impact of the status of citizen of the Union in the scope of application of Community law.*

Key words: *scope of Community law, the status of Union citizen, the right of free movement of persons, nationals of third States, Charter of Fundamental Rights of the European Union, the principle of non-discrimination on grounds of nationality.*

INTRODUCCIÓN

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011 en el Asunto C-34/09, Ruiz Zambrano c. ONEM (Bélgica), vuelve a poner de relieve una cuestión que ha sido objeto de atención tanto por la jurisprudencia comunitaria como por los tribunales de los Estados miembros y, en particular, por los tribunales españoles y el propio legislador nacional. En concreto, la cuestión se refiere al efecto de la "nacionalidad comunitaria" de unos menores (nacionales belgas) sobre la situación de residencia de sus progenitores, nacionales de terceros Estados ("extranjeros"), cuestión se analiza a la luz del derecho de libre circulación de personas. Pero, como veremos a continuación, esta discusión se enmarca en un contexto más amplio.

2. En efecto, se trata de dilucidar, de una parte, si una situación como la del Sr. Ruiz Zambrano y su familia está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario teniendo en cuenta que se trata de un supuesto meramente interno y, de otra parte, si el "esfuerzo" que realiza el Tribunal de Justicia por justificar la conexión comunitaria significa un cambio de dirección en el presupuesto de aplicación de las normas de Derecho comunitario derivado relativas al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

3. El objeto de este trabajo es justamente el examen de ambas cuestiones a cuyo fin dividimos la reflexión en tres apartados. En el primero, se expondrán los hechos relevantes del caso incluido el planteamiento de decisión prejudicial y fallo del TJUE (I). En el segundo apartado, y tomando como punto de apoyo las cuestiones

prejudiciales, se examinará el ámbito de aplicación del derecho y ejercicio de la libre circulación de personas como presupuesto de aplicación del Derecho comunitario así como la orientación seguida por la jurisprudencia comunitaria anterior y posterior al asunto Ruiz Zambrano (II). Colofón de lo anterior, en el tercer apartado se reflexionará en torno a las consecuencias de este pronunciamiento y de la jurisprudencia clásica en esta materia con del fin de saber si cabe concluir una extensión del ámbito de aplicación del derecho comunitario (III).

I. LITIGIO PRINCIPAL

1.1. Hechos relevantes para la comprensión del supuesto de hecho.

4. Los hechos más relevantes que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y su fallo el 8 de marzo de 2011, fueron los siguientes.

El Sr. Ruiz Zambrano junto con su esposa y su primer hijo, todos ellos nacionales colombianos, habían solicitado asilo en Bélgica debido a la situación de guerra civil existente en Colombia (1999). Las autoridades belgas (*Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides*) denegaron la solicitud de asilo ordenando el abandono del territorio belga (2000), aunque el mismo organismo emitió una cláusula de *non-refoulement* a Colombia dada la difícil situación política en dicho país. Casi inmediatamente el Sr. Ruiz Zambrano y su familia solicitaron un permiso de residencia que fue denegado en dos ocasiones y recurrido ante las instancias superiores.

Mientras se tramitaban los recursos, el matrimonio se empadronó en el municipio belga de Schaerbeek (2001), obteniendo el Sr. Ruiz Zambrano un contrato de trabajo por tiempo indefinido en una empresa belga; empresa que realizó las cotizaciones a la seguridad social y demás retenciones legales aunque el empleado carecía de permiso de trabajo. Esta situación se mantuvo durante los cinco años que el Sr. Ruiz Zambrano permaneció en alta como trabajador de la mencionada empresa. En estos años nacieron dos hijos más (2003 y 2005) que, de acuerdo con las disposiciones nacionales belgas, adquirieron la nacionalidad *iure soli*.

Gracias a este empleo, el Sr. Ruiz Zambrano disponía de recursos suficientes para el mantenimiento de su familia. Cabe señalar que a raíz de dichos nacimientos el Sr. Ruiz Zambrano había presentado sendas solicitudes de residencia por entender que la nacionalidad belga de los menores le otorgaba un derecho de residencia permanente con arreglo a la Ley de 15 de diciembre de 1980² y el Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos³.

Las autoridades belgas desestimaron la petición por considerar que el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa habían omitido intencionadamente realizar los trámites

² Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en territorio belga, la estancia, la residencia permanente y la expulsión de extranjeros.

³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. El artículo 3º del Protocolo N° 4 prohíbe la expulsión de los nacionales del territorio del Estado del cual se sea nacional así como la interdicción del derecho a entrar en el territorio del cual se es nacional. El estado de firmas y ratificaciones del Convenio y sus Protocolos así como la lista completa de las declaraciones y reservas pueden consultarse en el sitio web (<http://conventions.coe.int>).

necesarios ante las autoridades colombianas para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana de sus hijos, y ello precisamente al objeto de regularizar su propia estancia en el país. Como a continuación se expone, la regulación jurídica belga y española en torno al mencionado problema es similar, si bien el derecho español ha modificado su derecho de fuente interna para dar solución a la situación de los menores españoles hijos de padres extranjeros en situación irregular. Sobre esta normativa nos detendremos a continuación.

1.2. La situación de los menores nacionales de un Estado miembro hijos de padres extranjeros en situación irregular: observaciones a la luz de los derechos internos belga y español.

Derecho belga

5. Sobre la residencia de los ascendientes conviene indicar que de acuerdo con la interpretación de la norma belga un derecho de residencia permanente exige previa autorización administrativa siempre que el extranjero se encuentre en situación regular (circunstancias que no se daban en el caso del Sr. Ruiz Zambrano). Por otra parte, las disposiciones más favorables aplicables “extranjeros comunitarios” tampoco eran atendibles en el supuesto por no tratarse de ascendiente a cargo (art. 40). La Ley belga de 1980 se limita a definir qué se entiende por extranjero comunitario y que personas se asimilan a él y lo realiza en los mismos términos que la normativa comunitaria que transpone (Directiva 2004/38/CE).

En consecuencia, el Sr. Ruiz Zambrano no resultaba incluido en ninguno de los supuestos a que se refiere la Ley belga de 1980 y no solo porque careciera de permiso de residencia y trabajo sino porque a luz del Derecho belga (y del Derecho comunitario) no entraría en la categoría de “asimilado al extranjero comunitario” ya que el supuesto está previsto para *ascendientes de nacional comunitario que estén a su cargo* situación que en el caso de autos era la inversa (la dependencia se produce del nacional comunitario respecto del extranjero ascendiente).

6. En cuanto a la nacionalidad, los hijos del Sr. Zambrano tienen nacionalidad belga. Sorprende que el tribunal belga entre a considerar el modo de adquisición de la nacionalidad de los menores dando a entender que la utilizó casi de manera fraudulenta con la intención de regularizar luego su propia estancia (numeral 23). Y es que, el artículo 10 apartado primero del Código de la nacionalidad belga, aplicable en el momento en que se planteaba el litigio, disponía que: “Los nacidos en Bélgica y que, en cualquier momento antes de alcanzar la edad de 18 años, o de quedar emancipados, antes de esa edad, serían apátridas si no tuvieran esta nacionalidad”.

Artículo que fue modificado para evitar precisamente el modo de adquisición utilizado por el Sr. Ruiz Zambrano para sus hijos. Efectivamente mediante Ley de 27 de diciembre de 2006 los nacidos en Bélgica de padres extranjeros no obtendrán la nacionalidad en el caso de que pueda adquirir otra “mediante el cumplimiento, por parte de su representante legal o de sus representantes legales, de trámites administrativos ante las autoridades diplomáticas o consulares del país de sus progenitores o de uno de ellos”. En cualquier caso, en el Derecho interno belga la nacionalidad belga del hijo, en principio, no arrastra la residencia de sus padres.

Derecho español

7. En el caso de España, el artículo 17.1 c) del Código civil contempla este mismo modo de adquisición de la nacionalidad española, siendo similares los problemas que se derivan del precepto cuando los progenitores no cumplen los trámites legales ante las autoridades diplomáticas o consulares⁴. La cuestión relativa a la situación de residencia de los progenitores extranjeros (en situación irregular) que tengan hijos menores de nacionalidad española ha quedado resuelta en la Ley de Extranjería tras su revisión de diciembre de 2009 y su Reglamento de desarrollo de 20 abril de 2011. Es así que la legislación española califica jurídicamente la situación como un supuesto de arraigo familiar que permite obtener un permiso de residencia temporal por el plazo de un año "siempre y cuando el menor conviva con ellos y viva a su cargo"⁵.

Esta regularización de la situación de residencia viene a solucionar en España casos como el del Sr. Ruiz Zambrano respecto de los que la administración española había sido tradicionalmente contraria a la concesión de permisos por circunstancias excepcionales⁶, pese a las recomendaciones del Defensor del Pueblo⁷.

8. Por su parte, la jurisprudencia española se mostraba firme en la no inclusión del supuesto en el ámbito de aplicación del derecho comunitario⁸; aunque, aplicando la normativa internacional de protección de menores y el derecho internacional de los derechos humanos, solventaba la situación obligando, caso por caso, a la expedición del permiso de residencia; de este modo se evitaba la conculcación del derecho a la vida en familia y se abría una vía de sanación de la irregularidad administrativa. Vía que ha quedado definitivamente incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la

⁴ Sobre este problema, véase *in extenso* A. P. ABARCA JUNCO / M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "El artículo 17.1 c) del Código civil. ¿Mecanismo de lucha contra la apatridia o un "nuevo" modo de adquisición voluntaria de la nacionalidad española?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 14, 2007. Sobre la práctica de la DGRN, véase el análisis de P. JIMÉNEZ BLANCO, en "Práctica de la DGRN sobre las declaraciones de la nacionalidad del art. 17.1 c) del Código civil, en AA.VV., *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, IPROLEX, Madrid, 2003, pp. 437-462. Con datos estadísticos, el estudio de A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el periodo 1996-2002*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 49-84.

⁵ Se trata de un supuesto de residencia temporal por circunstancias excepcionales (art. 31.3 LO 4/2000, de 11 de enero, en su redacción dada por LO 2/2009, de 11 de diciembre). Por su parte, el artículo 123 del Reglamento de la Ley de Extranjería (RD 557/2011, de 20 de abril) desarrolla este supuesto de arraigo familiar.

⁶ Las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno excluían estas situaciones del supuesto "circunstancias excepcionales" del artículo 45 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre. Por su parte, la Dirección General de Inmigración se ha opuesto sistemáticamente a considerar estos casos como "supuestos de interés público" que permitieran exclusión de la exigencia previa del visado".

⁷ La Recomendación (R-111/2007, de 10 de septiembre) del Defensor del Pueblo instaba ya a las administraciones el otorgamiento del permiso de residencia por circunstancias excepcionales entendiendo que debía considerarse como un supuesto de arraigo familiar.

⁸ Por todas, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Valenciano de 14 de enero de 2008 cuyo FJ 2 contiene una buena síntesis de la postura de la jurisprudencia española anterior a la reforma de la Ley de extranjería; postura coincidente con la sostenida por el TJCE en orden a la no inclusión de los supuestos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.

regularización permanente que abre el artículo 31.3 de la Ley de extranjería (según indicado anteriormente).

Conviene recordar en este momento que tras la entrada en vigor del RD 240/2007, de 16 de febrero (régimen comunitario), la situación del menor español hijo de extranjeros que no ejerza su derecho de libre circulación quedó desplazado al régimen general de extranjería en lo relativo a la reagrupación familiar y/o a la residencia de sus ascendientes. La consecuencia, como ha sido señalado, es la consagración del fenómeno de discriminación inversa⁹. En este estado de cosas, la viabilidad para tramitar la residencia del ascendiente extranjero del menor español quedaba circunscrita al cauce de la regularización (discrecional) por circunstancias excepcionales de la Ley de extranjería con las barreras ya señaladas.

En este punto, la STS del 1 de junio de 2010 que anuló ciertos preceptos del RD 240/2007 al considerar no adecuada la trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2004/738/CE¹⁰ tampoco sirvió para cambiar el tratamiento. Para el Tribunal Supremo, aunque el RD 240/2007 no condiciona la aplicación del régimen comunitario al ejercicio de la libre circulación (como sí lo determina la Directiva 2004/34/CE), el hecho de la existencia de una situación de dependencia inversa podría provocar la reconducción de los supuestos al ámbito del Derecho comunitario. Sin embargo, como veremos más adelante, y con fundamento en la jurisprudencia comunitaria (anterior a Ruiz Zambrano), el Tribunal Supremo no llega tan lejos dado que la constante jurisprudencia del TJUE ponía de manifiesto que siempre se había producido un efectivo ejercicio de la libertad de circulación, con la consiguiente inclusión del supuesto al ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Esto significaba en la práctica española, y a pesar de la STS de 1 de junio de 2010, la reconducción de los supuestos al ámbito del régimen general de extranjería que, como queda dicho, ha sido consolidada por el Reglamento en su redacción dada por RD 557/2011.

9. Volviendo al asunto principal objeto de la sentencia, conviene recordar que resultas de la tercera de las solicitudes de autorización de residencia las autoridades belgas dictaron resolución por la que “legalizaban temporalmente” la estancia del Sr. Ruiz Zambrano en Bélgica por el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2005 y el 13 de febrero de 2006. En este lapso temporal, en concreto el 15 de octubre de 2005, la empresa en la que trabajaba el Sr. Ruiz Zambrano suspendió su contrato de trabajo lo que motivó la solicitud de prestación temporal por desempleo del trabajador. Dicha solicitud fue denegada porque, según las autoridades belgas, “el Sr. Ruiz Zambrano no cumplía la normativa belga relativa a la estancia de los extranjeros y no tenía derecho a trabajar en Bélgica”.

A partir de este momento se iniciaron una serie de recursos y resoluciones administrativas que dieron lugar a una investigación por parte de la Inspección de Trabajo con el objeto de comprobar las condiciones en las que el Sr. Ruiz Zambrano había sido contratado por la empresa. Al descubrir que seguía trabajando sin autorización de trabajo la Inspección dictó una orden de extinción inmediata de su relación laboral. Es entonces cuando se cuestiona en el ámbito jurisdiccional la posible

⁹ Sobre esta situación, *in extenso*, D. MARIN CONSARNAU *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 104-106.

¹⁰ RJ 2010/5470.

aplicación de derecho comunitario y, como se verá a continuación, el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por parte del Tribunal de Trabajo de Bruselas.

1.3. Planteamiento prejudicial y fallo.

10. Más allá de las cuestiones materiales de derecho laboral sometidas al *Tribunal du Travail de Bruxelles* (derecho a una indemnización por despido y, en particular, derecho a las prestaciones por desempleo), incluso la posibilidad de acciones penales contra la empresa (no emprendidas por el Tribunal dado el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad social y seguros médicos), interesa ahora destacar el momento en que dicho Tribunal se cuestiona –en el ámbito del litigio sobre el derecho a la prestación por desempleo– sobre la incidencia del Derecho comunitario en una situación como la del Sr. Ruiz Zambrano y su familia.

Se trataba de saber si la normativa comunitaria otorgaba o no al demandante un derecho de residencia permanente con exención de permiso de trabajo bien de forma directa, sobre la base jurídica Tratado CE o, al menos, con fundamento en el derecho derivado interpretado a la luz de la Sentencia de 19 de octubre de 2004 (asunto Zhu y Chen¹¹).

A la vista de los antecedentes fácticos ya se adivina que la petición de decisión prejudicial del Tribunal de Trabajo de Bruselas versaría sobre el alcance del derecho de residencia de nacionales de un tercer Estado, progenitores de un menor ciudadano de la Unión que “no ha salido del Estado miembro en que nació”. La formulación de las cuestiones prejudiciales va a condicionar el análisis y fallo del litigio, como veremos a continuación.

11. Con suspensión del procedimiento, el *Tribunal du Travail de Bruxelles* plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Reconocen los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, o alguno o algunos de ellos, interpretados independiente o conjuntamente, al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad tiene este ciudadano, con independencia de que haya ejercitado o no previamente su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros?

2) Los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales [...], ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho que reconocen, sin discriminación por razón de nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros implica, cuando el ciudadano sea un menor de corta edad a cargo de un ascendiente de un país tercero, que el disfrute del derecho de residencia de este menor, en el territorio del Estado miembro en el que reside y del cual tiene la nacionalidad, deba serle garantizado, independientemente del ejercicio previo por su parte o por mediación de su representante legal del derecho de circulación, atribuyendo a este derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fue reconocida por la jurisprudencia comunitaria [(sentencia Zhu y Chen, antes citada)], mediante la concesión, al ascendiente nacional de un país tercero que tiene este menor a su cargo y que dispone de recursos suficientes y de un

¹¹ *Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*. STJCE de 19 de octubre de 2004 (as. C-200/02, Rec. 2004, p. 9925).

seguro de enfermedad, del derecho de residencia derivado del que gozaría este mismo nacional de un país tercero si el menor que tiene a su cargo fuera un ciudadano de la Unión que no tuviera la nacionalidad del Estado miembro en el que reside?

3) Los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia de un menor, nacional de un Estado miembro, en el territorio del cual reside, debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente –nacional de un país tercero, que tiene a su cargo este hijo menor y que cumpliría la condición de disponer de recursos suficientes y de estar cubierto por un seguro de enfermedad si el Derecho interno del Estado miembro en el que reside no exigiera un permiso de trabajo, ya que realiza un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social de dicho Estado [miembro]– con el fin de atribuir al derecho de residencia de este hijo el efecto útil que la jurisprudencia comunitaria [(sentencia Zhu y Chen, antes citada)], ha reconocido a un hijo menor, ciudadano europeo con nacionalidad diferente de la nacionalidad del Estado miembro en el que reside y que se encuentra a cargo de un ascendiente, nacional de un país tercero?»

12. Como ya se había anticipado, las cuestiones prejudiciales que plantea el Tribunal belga van a condicionar en gran medida el razonamiento del TJUE y, sobre todo, van a exigir una posición clara (de *elecciones difíciles e importantes* las califica la Abogada General) tanto respecto de la concepción misma de la ciudadanía de la Unión y su incidencia en supuestos que, como en el litigio principal, son “meramente internos”, cuanto en aspectos más conceptuales cuales son el momento en que hemos de mirar ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Tratado a los ciudadanos para definirlos y/o reconocerlos y el papel que el respeto a los derechos fundamentales debe desempeñar en una “auténtica ciudadanía” y en una verdadera *Unión (europea) de Derecho*.

Y es que, a diferencia de otros asuntos en que, con base jurídica en el derecho derivado, el ejercicio de la libre circulación ha sido determinante para el reconocimiento de un derecho de residencia a los ascendientes extracomunitarios de un nacional comunitario, en el asunto Ruiz Zambrano el Tribunal belga busca en los preceptos del Derecho primario (arts. 12, 17 y 18 TCE, actuales 18, 20 y 21 TFUE) el fundamento jurídico de su primera cuestión: ¿tiene un ciudadano de la Unión, nacional de un determinado Estado, un derecho a residir en dicho Estado con independencia de que haya o no ejercido previamente su derecho de circulación? En otros términos, ¿es necesaria la circulación, cruzar la frontera, para la aplicación de las disposiciones del Tratado sobre la ciudadanía de la Unión?

13. En las segunda y tercera cuestión, el Tribunal se interroga sobre el papel de los derechos fundamentales, en concreto el derecho a la vida en familia, para determinar el ámbito de aplicación de los artículos 20 y 21 TFUE (cuestión ya desarrollada por el TJUE en asuntos anteriores al determinar justamente el ámbito de aplicación de los mencionados preceptos¹²) y termina preguntándose acerca de la función del artículo 18 TFUE en la protección de los particulares contra la discriminación inversa generada (inevitablemente) por el Derecho de la UE a través de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión.

14. En su sentencia, el TJUE señala que el Derecho de la Unión se opone a medidas nacionales que tienen por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del *disfrute efectivo*

¹² Asuntos Carpenter, de 11 de julio de 2002 y MRAX, de 25 julio 2002 y Zhu/Chen (*supra* nota).

de la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión. Pues bien, la denegación de un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el cual residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a conceder un permiso de trabajo a esta persona, tienen tal efecto. A nuestro juicio una sentencia que ha desaprovechado la ocasión de poner en claro el alcance del estatuto de ciudadano y su relación con la aplicación del derecho comunitario, y ello pese a los esfuerzos aclaratorios y al complejo trabajo desarrollado en sus Conclusiones por la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston¹³.

15. En estas circunstancias, el TJUE falla en el sentido de que el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro deniegue, por un lado, a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, conceder un permiso de trabajo a dicho nacional de un Estado tercero, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión¹⁴.

II. EL EJERCICIO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL POSIBLE CAMBIO DE DIRECCIÓN EN LA SENTENCIA RUIZ ZAMBRANO

2.1. Libre circulación como presupuesto de aplicación del Derecho comunitario.

16. La libre circulación de personas y residencia es una de las libertades básicas en que se funda el Tratado de Roma de 1957. Si bien, como es sabido, este derecho estaba vinculado a las personas económicamente activas (trabajadores). Pero ya desde 1990 la limitación fue desapareciendo y es con el Tratado de Maastricht (1992) que se introduce la ciudadanía de la Unión como un estatuto “nuevo” y complementario para todos los nacionales de todos los Estados miembros, pero sin variar su contenido y presupuesto. Esto es, que en la invocación de los derechos asociados a las cuatro libertades se requiere algún tipo de circulación entre los Estados miembros.

17. En este sentido, conviene recordar que los derechos y los deberes de la ciudadanía los determina el Tratado que “organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias” (art. 1 TFUE). Y, así, el Derecho comunitario no se aplica a las

¹³ Presentadas el 30 de septiembre de 2010.

¹⁴ Un primer comentario doctrinal sobre este Fallo y sus consecuencias lo realiza R. ARENAS GARCÍA, “La ciudadanía europea se hace carne” el 8 de marzo de 2001 en el *Blog de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona*: <http://blogs.uab.cat/adipr/>. De hecho, como indica el autor, “supone extender el derecho a la reagrupación familiar a todos los ascendientes del ciudadano de la UE (incluidos los ascendientes de los españoles) siempre que sea el descendiente quien esté a cargo del ascendiente (y no solamente en los casos en los que el ascendiente está a cargo del descendiente, como prevé ahora el art. 2.d) del RD 240/2007)”.

cuestiones meramente internas. No existe pues derecho a la libertad de circulación sin movimiento transfronterizo.

El artículo 81 del TFUE reitera esta exigencia en el marco de la “cooperación judicial en materia civil” y en la Segunda Parte del Tratado “No discriminación y ciudadanía de la Unión”. Del artículo 21 del TFUE se infiere que tanto la circulación como la residencia han de presentar un carácter intracomunitario ya que dentro de cada Estado Miembro tienen sus nacionales, por obra de su propio derecho, el de residencia y circulación, que por supuesto no están sujetos “a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados...”. Igualmente sucede con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18 TFUE) aplicable “en el ámbito de aplicación de los Tratados”.

18. Igualmente, en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyos destinatarios son las instituciones y órganos de la Unión así como los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión* y obliga a las instituciones a respetarlos en todos los ámbitos competenciales de la Comunidad (art. 51). Dejando claro que la Carta “no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión”. El artículo 45 de la Carta relativo a la “Libertad de circulación y residencia” se encuentra bajo el capítulo V “Ciudadanía”. También la Carta, como Derecho comunitario que es, sólo se aplicará a las situaciones intracomunitarias.

El Tribunal de Justicia en su jurisprudencia ha declarado reiteradamente que las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación y no discriminación por razón de nacionalidad son únicamente aplicables en las situaciones “transfronterizas” y no a las situaciones meramente internas y siempre ha distinguido netamente entre aquellos ciudadanos de la Unión que habían ejercido la libertad de circulación y los que no lo habían hecho a efectos de aplicación del derecho comunitario.

Bien es cierto que en la mayoría de los asuntos relacionados con la ciudadanía existe un elemento transfronterizo claramente identificable. Por ejemplo, la diferente nacionalidad de las partes precedido de una circulación¹⁵ o la invocación de los derechos de la ciudadanía de la Unión frente al propio Estado miembro después de un traslado a otro Estado miembro seguido de retorno al propio país¹⁶. Pero esta situación no es evidente en todo supuesto como se verá a continuación

19. En efecto, como ha puesto de relieve la Abogada General Sra. Sharpston en sus Conclusiones al asunto Ruiz Zambrano, la delimitación de estas situaciones transfronterizas genera en ocasiones confusión (numeral 77). Y es que, no siempre el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía está “(...) inextricable y

¹⁵ Como sucedía en el caso Bickel y Franz, en que los demandados eran austriaco y alemán, respectivamente, y pretendía litigar en una región italiana y ser juzgados en idioma alemán (Sentencia de 24 de noviembre de 1998). O en el asunto Martínez Sala en el que la demandante era una española que se había trasladado a Alemania (Sentencia de 12 de mayo de 1998).

¹⁶ Por ejemplo en el caso D’Hoop en el que la demandante se trasladó de Bélgica a Francia para realizar estudios y al regresar a Bélgica solicitó un subsidio del derecho belga que le es denegado (Sentencia de 11 de julio de 2002). En el caso Grunkin y Paul, en el que un hijo de padres divorciados residente en Dinamarca, donde había nacido y que viajaba a Alemania (país del que era nacional) a visitar a su padre divorciado de su madre, necesitaba que en su pasaporte alemán figurase el mismo nombre que se le había impuesto en Dinamarca, en lugar de uno diferente (Sentencia de 14 de octubre de 2008).

necesariamente unido a la circulación física. Actualmente, existen además situaciones de ciudadanía en los cuales el elemento de circulación real o apenas se distingue o sinceramente no existe”.

Tal sucede en el caso Garcia Avelló¹⁷ donde los progenitores, españoles que se habían trasladado a Bélgica, tenían dos hijos con doble nacionalidad (española y belga) cuyos apellidos constituían el objeto del litigio; pues bien, estos niños habían nacido en Bélgica y nunca abandonaron dicho Estado.

En el asunto Rottmann¹⁸, la nacionalidad alemana adquirida por naturalización (el demandante era austriaco de origen) se produjo justamente después del traslado a Alemania desde Austria; sin embargo, en sus consideraciones, la Sentencia no otorga demasiada importancia a esta “circulación” y se centra en examinar los efectos a futuro que tendría la pérdida de la nacionalidad alemana: que habría convertido al demandante en apátrida¹⁹.

20. Así pues, y siguiendo la línea argumental de la Abogada General, en el caso que nos ocupa el Tribunal debería haber procedido a una definición de cuáles son estas situaciones pues, en su opinión, no queda claro que se trate de un supuesto meramente interno (numeral 91). Lamentablemente, en su sentencia, el Tribunal no aborda esta cuestión sino que, como se verá a continuación, insiste en la vocación del estatuto de ciudadano de ser *un estatuto esencial o fundamental de los nacionales de los Estados miembros* y sobre la base del artículo 20 del TFUE interpreta los efectos de la normativa belga sobre dicho estatuto.

2.2. La interpretación de la libre circulación de personas a la luz del estatuto del ciudadano: la sentencia Ruiz Zambrano, ¿cambio de dirección o alteración del presupuesto de aplicación del Derecho Comunitario?

21. Como hemos apuntado anteriormente, la Sentencia de 19 de octubre de 2004 (as. Zhu y Chen) es la que sirve de fundamento a la defensa del Sr. Ruiz Zambrano para justificar la inclusión del supuesto en el ámbito del derecho comunitario. La cuestión prejudicial es, en definitiva, si el progenitor extranjero no comunitario de un niño nacional de un Estado miembro que no ha ejercido la libertad de circulación puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación.

EL Tribunal de Justicia, reconoce que la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004 no es de aplicación en base a dos consideraciones: de una parte, porque en su art. 3 apartado 1 establece que se aplicará a “cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad”; y, de otra parte, porque dentro de los familiares incluidos en su ámbito de aplicación material entran los ascendientes “a su cargo”, más no a la inversa, por lo que tampoco sería de aplicación a este supuesto. El Fallo se fundamenta en que *el estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros* basándose en la jurisprudencia de los asuntos Grzelczyk de 20 de

¹⁷ Sentencia de 2 de octubre de 2003.

¹⁸ Sentencia de 2 de marzo de 2010.

¹⁹ Sobre las Sentencias García Avelló y Rottmann véanse las consideraciones que se realizan en el apartado III de este comentario (*infra*) y las notas 28 y 31.

septiembre de 2001, Baumbast y R de 17 de diciembre de 2002, García Avelló de 2 de octubre de 2003 y Rottmann de 2 de marzo de 2010 (numeral 41).

22. La sentencia recuerda que el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de tales derechos y, en este sentido declara que las decisiones referentes a la denegación de un permiso de residencia o trabajo “privarían a los menores ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”. Y es que, efectivamente, la denegación del permiso de trabajo o de la residencia en Bélgica de los Sres. Ruiz Zambrano tendría la consecuencia, como bien indica el Tribunal, que los menores se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión del que son ciudadanos.

23. Siguiendo este razonamiento, y en consecuencia lógica, los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión a que hace referencia el Fallo pertenecen, según esta Sentencia, a todos los ciudadanos comunitarios *sin más condiciones*. Conviene indicar que la Sentencia en el caso Ruiz Zambrano da cuenta de la situación actual, confusa por varios motivos. Y es que, por una parte, en materia de libertad de circulación de personas es cada día más difícil definir cuales son las situaciones transfronterizas y también evitar las situaciones de discriminación inversa. Y por otra, que el concepto de ciudadanía no ofrece un contenido fácil²⁰. Si las tres libertades comunitarias y el principio de no discriminación funcionaban en la lógica del mercado y de la integración económica, cuando, como pone de relieve D. KOCHENOV²¹, el *Marktbürger* se convierte en “Ciudadano” la misma lógica no es aplicable. Y es que, es difícil pasar de una libre circulación basada en el mercado a otra basada en la ciudadanía.

²⁰ Véanse las consideraciones sobre discriminación inversa y el concepto de ciudadanía que realiza P. Juárez en su comentario a esta misma sentencia: P. JUÁREZ PÉREZ, “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (Asunto Ruiz Zambrano)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), Vol. 3, Nº 2, pp. 249-266. La autora recuerda que el artículo 18 TFUE -que prohíbe toda discriminación de nacionalidad en el ámbito de aplicación del los Tratados- tiene como consecuencia que este derecho no resulta aplicable a situaciones puramente internas, que no presenten conexión alguna con el Derecho comunitario. Por otra parte, subraya la modificación que esta sentencia produce en el concepto de ciudadanía europea al haberse extendido el ámbito de aplicación subjetivo de derechos vinculados a ciudadanos comunitarios así como la creciente vinculación entre ciudadanía y derechos fundamentales. También comenta el asunto, D. MARTIN CONSARNAU en “Los menores españoles con progenitor extranjeros. Soluciones en el nuevo Reglamento de extranjería y consideraciones en atención al Asunto Ruiz Zambrano”, Comunicación ofrecida en el I Congreso Internacional sobre Inmigración, Derechos Humanos y Control de Fronteras, UNED-Facultad de Derecho, Madrid, 30 de noviembre de 2011 (cortesía de la autora-pendiente de publicación).

²¹ Vid. D. KOCHENOV, “Rounding up the Circle; the Mutation of Member Status Nationalities under Pressure from EU Citizenship”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/23, p. 19. Critica el autor la tendencia doctrinal de extrapolar conceptos o fenómenos propios del mercado interior (lógica de la integración económica) como es la “discriminación inversa” a conceptos que no tienen que ver con el mercado como es la ciudadanía. Así: (...) *Agreeing with Tryfonidou, it is indeed the case that the reverse discrimination concept, pre citizenship in nature, simply does not take EU citizenship status into account as a legally meaningful construct. Therefore, while serving well in the context of pure economic integration, in the Union of citizens it is entirely out of place. In fact, the application of the concept effectively comes down to punishing those who do not contribute to the internal market – as they and they alone are worse off as a result of its application. Once a Marktbürger is replaced by a citizen (if not a human being) the same logic is no longer applicable. Equality is bound to come to the fore, should we use the term ‘citizenship’ in earnest.*

24. Ahora bien, es cierto que, por lo antes dicho, existen dos tipos de ciudadanos. El que tiene todos los derechos de la ciudadanía (porque “se ha movido”) y aquel otro que es sólo potencialmente ciudadano (“mientras no se mueva”). Situación confusa pues, efectivamente, desde Maastricht, la ciudadanía no requiere más condición que la de ser nacional de un Estado miembro (art. 20 TFUE). Para el Tribunal, una situación como la del caso Ruiz Zambrano no es una mera situación que quede desprotegida automáticamente del Derecho de la Unión y, en este sentido, es el estatuto de ciudadanía el que va a darle cobertura, activando además la protección comunitaria de los derechos fundamentales.

Es en esta contradicción en la que se mueve el Tribunal de Justicia en la sentencia Ruiz Zambrano puesto que trata de ampliar el ámbito de aplicación del derecho comunitario, tanto el personal como el material, sin contradecir abiertamente al Tratado. Si se generalizara la ampliación de los beneficios de la libertad de circulación a ciudadanos “que no se han movido”, y ello sobre la base de que la “vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”, ¿qué consecuencias se derivarían para el ámbito de aplicación del derecho comunitario?²² Una mirada sobre la jurisprudencia actual puede arrojar algunas conclusiones preliminares.

III. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: ¿EXTENSIÓN O NO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO?

3.1. Estatuto de ciudadano, ejercicio de la libre circulación y aplicación del derecho comunitario.

25. El problema que principalmente plantea la sentencia Ruiz Zambrano es, como ya se ha reiterado, el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en una materia como es la libertad de circulación de personas. Problema que es teóricamente interesante pero que no tenía porque influir en el resultado final. De hecho todos los Estados miembros que formularon alegaciones así como la Comisión han insistido en que el Derecho nacional belga y el Convenio de Derechos Humanos darían la misma protección. De donde cabría deducir que si con arreglo al derecho nacional –en concreto, acudiendo a los derechos fundamentales-, pudiera conseguirse una protección que eliminara el efecto de la discriminación inversa no se justificaría el recurso al artículo 21 TFUE²³.

²² Quizá lleve razón P. JUÁREZ cuando afirma su “inevitable” extensión (de la ciudadanía); *supra cit*, p. 265. Con todo, no se evitaría el problema de la discriminación inversa en el ámbito de la ciudadanía, que sí es inevitable en el ámbito del mercado. Sólo una adecuada asunción del juego de los derechos fundamentales y la protección de la seguridad jurídica podrían ser los elementos que activasen el artículo 18 TFUE en su interacción con el artículo 21 TFUE, siempre y cuando el nivel nacional no contase con una protección cuando menos equivalente. Véanse también las consideraciones que sobre estas cuestiones en relación con los derechos fundamentales de la Carta realizan J.I. UGARTEMENDÍA/D. SARMIENTO, “La protección de los derechos fundamentales del ciudadano europeo en tránsito. ¿Cuestión interna o comunitaria?”, en *Indret*, 1/2008.

²³ Idea que apunta la Abogada General en sus conclusiones (numeral 150) cuando propone al Tribunal de Justicia una orientación para superar su propia jurisprudencia sintetizada en los asuntos Carpenter (*supra cit.*), Zhu y Chen (*supra cit.*) y Metock (As. C- 127/08, de 25 de julio de 2008). En este último caso, la Sentencia estableció que el nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión, que

26. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia aplica un enfoque tradicional de no interferencia cuando el asunto es meramente interno, excepción hecha de esta sentencia en la que se produce una ampliación del ámbito de aplicación del derecho comunitario con una argumentación jurídica que no resulta suficiente para convertirse en línea directriz, como queda patente en una sentencia posterior (asunto McCarthy) similar a la Sentencia Ruiz Zambrano. Este enfoque de continuidad, no exento de críticas, puede verse en los casos que a continuación se indican en los que la diferencia con el asunto Ruiz Zambrano radica básicamente en que o bien la libre circulación era efectiva o bien el vínculo/conexión comunitario era lo suficientemente fuerte como para activar el artículo 21 del Tratado.

27. En efecto, el Tribunal de Justicia en su famosa Sentencia de 19 de octubre de 2004 (As. C. Zhu y M. Chen) había sentado el principio según el cual “cuando, como sucede en el asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieran un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida”²⁴. Así pues, según esta jurisprudencia, la situación del progenitor no comunitario que se encarga del cuidado efectivo de un menor de edad nacional de un Estado miembro es especial toda vez que el menor tiene derecho a que dicho progenitor resida con él, lo que le conferirá un derecho de residencia por tiempo indefinido en otro Estado miembro. Esto en el caso, como era el supuesto, de que la menor hubiera ejercitado la libertad de circulación²⁵.

28. La jurisprudencia a la que se refiere y en la que fundamenta su decisión el Tribunal de Justicia en la sentencia Ruiz Zambrano se encuentra también el asunto Rudy Grzelczyk de 20 de septiembre de 2001²⁶. En éste ya el Tribunal se refería a que

acompaña o se reúne con este ciudadano puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, independientemente del momento o del lugar en el que hubieran contraído matrimonio y sin necesidad de haber residido antes legalmente en ese país. Para el gobierno irlandés, la denegación del permiso de residencia solicitado por el Sr. Metock (demandante de asilo y casado con una ciudadana de Irlanda) obedecía a que no se había acreditado la residencia anterior en otro Estado miembro y, por lo tanto, no era aplicable el Derecho comunitario.

²⁴ En el caso se discutía la autorización de residencia de una niña (C. Zhu), ciudadana irlandesa por nacimiento en Belfast, y de su madre (M. Chen), de nacionalidad china, dentro del régimen de libre circulación de nacionales, con exclusión de la aplicación del régimen general de extranjería previsto en el Reino Unido. Las autoridades administrativas británicas consideraron que la petición de residencia de la niña y de su madre debía encuadrarse en el régimen general de extranjería. El Tribunal de Justicia afirmó que 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.

²⁵ Bien es cierto que toda la “circulación” en el asunto Zhu se produjo entre Inglaterra e Irlanda del Norte (dentro pues del mismo Estado-Reino Unido). Y es que, bastó con organizar el nacimiento de la menor fuera en Irlanda, adquiriendo la nacionalidad *iure soli*, para determinar que existía un vínculo suficiente con el Derecho de la Unión que permitiera a madre e hija solicitar la residencia en el Reino Unido.

²⁶ Asunto C-184/99 (Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve). Se trataba de un estudiante de nacionalidad francesa que había estado durante tres años estudiando en la Universidad belga de Lovaina, financiándose sus estudios durante ese tiempo con pequeños trabajos por cuenta ajena. Por diversas razones dejó de trabajar y solicitó al Estado belga una prestación de naturaleza no contributiva llamada «minimex». De acuerdo con el Derecho belga, el “minimex” sólo se concedía a ciudadanos belgas y, en el caso de los extranjeros, sólo a quienes tuviesen la condición de trabajadores de acuerdo con el Reglamento 1612/68. El TJCE repite la afirmación, ya formulada en la sentencia Martínez

“la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros” y “siempre que se encuentren en la misma situación” y “sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto”. Por lo que “sería incompatible con el derecho a la libre circulación que pudiese aplicársele en el Estado miembro del que es nacional un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación”. Esta sentencia nada nuevo nos dice respecto a lo que nos interesa (la relación entre estatuto ciudadano y el ejercicio de la libre circulación para la aplicación del derecho comunitario). Se trata de un asunto de discriminación por razón de nacionalidad en el que se ha ejercido la libertad de circulación y se aplica derecho comunitario. Por tanto en nada incide dicho estatuto.

29. En la sentencia D’Hoop de 11 de junio de 2002²⁷ se repite que “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros” y, al igual que en la sentencia Grzelczyk, se ejerce la libertad de circulación. El problema estriba en que “sería incompatible con el derecho a la libre circulación que pudiese aplicársele en el Estado miembro del que es nacional un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación”. Por tanto, se aplica el derecho comunitario al igual que en el caso anterior por que se ha ejercido dicha libertad.

30. Finalmente, la reciente sentencia McCarthy de 5 de mayo de 2011²⁸, en un caso semejante al Ruiz Zambrano (porque no se aprecia el ejercicio de la libre circulación) falla que el artículo 21 TFUE no es aplicable a aquel ciudadano que no haya ejercido la libertad de circulación. Su diferencia con la sentencia Ruiz Zambrano, es que la señora McCarthy no se podría ver obligada a abandonar su país del que era nacional (tenía doble nacionalidad). Si bien el fallo reproduce el “siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan

Sala, de que la condición de ciudadano comunitario es suficiente para permitir al solicitante confiar en la garantía de igualdad de trato dentro del ámbito material de aplicación “ratione materiae” del art. 12 TCE. Y repite que: “la vocación de dicho estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros” (marginal 31).

²⁷ Asunto C-224/98 (Marie-Nathalie D’Hoop v. Office national de l’emploi). La peculiaridad de este caso estriba en que no se está en presencia de una desigualdad de trato por razón de nacionalidad, sino de una desigualdad de trato fundada en la circunstancia de haber hecho uso de la libertad de desplazamiento y de residencia dentro de la UE antes de retornar al Estado miembro de origen. La señora D’Hoop era una ciudadana belga que había completado en 1991 su educación secundaria en Francia. Posteriormente cursó estudios universitarios en Bélgica y concluidos éstos solicitó del Estado belga un subsidio de desempleo que conceden las autoridades belgas a jóvenes titulados en busca de su primer empleo. El subsidio le fue denegado alegando que no cumplía el requisito de haber completado su educación secundaria en Bélgica. El TJCE se refiere al derecho a un mismo trato jurídico (aunque sin mencionar el artículo 12 TCE) en relación con la libertad de circulación y de residencia del artículo 18 TCE.

²⁸ Asuntos acumulados C-434/09 (Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department). S. McCarthy tenía doble nacionalidad (inglesa e irlandesa). Había nacido y vivido siempre en el Reino Unido sin ejercitar nunca la libre circulación. Tras su matrimonio con un nacional jamaicano, solicitó por primera vez y obtuvo un pasaporte irlandés. Ya como irlandesa “que deseaba residir en el Reino Unido”, la Sra. McCarthy solicitó a las autoridades británicas un permiso de residencia y, en paralelo, su cónyuge (jamaicano) solicitó una autorización de residencia en calidad de cónyuge de una ciudadana de la Unión. Esas solicitudes les fueron denegadas debido a que la Sra. McCarthy nunca había ejercido su derecho de libre circulación. El Tribunal de Justicia que señala, entre otras cuestiones, que la posesión por un ciudadano de la Unión de la nacionalidad de más de un Estado miembro no significa que haya hecho uso de su derecho de libre circulación, afirmando que la Directiva no es aplicable a la situación de la Sra. McCarthy ni a su esposo por no haber ejercido su derecho de libre circulación.

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”.

De tal modo que el principio de que la aplicación del estatuto del ciudadano se aplica sólo a los que han ejercido la libertad de circulación sigue siendo jurisprudencia constante. Pero incluso las excepciones han de ser controvertidas como se examinará a continuación.

3.2. Estatuto de ciudadano, vinculación al derecho comunitario e impedimento del derecho nacional a la libertad de circulación.

31. En este apartado vamos a ver cómo el Tribunal de Justicia ha extendido el ámbito de aplicación del derecho comunitario en otras sentencias aunque con una diferencia respecto de las que acabamos de analizar. Y es que, en los casos que vamos a ver ahora no existe relación directa con el ejercicio de la libertad de circulación sino que se trata de una situación que el Tribunal entiende vinculada con el derecho comunitario, y sin que en nada afecte el estatuto de ciudadano a su aplicación.

32. En primer lugar, la Sentencia García Avelló²⁹. En ella el Tribunal repite que “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”. Considera que las libertades comunitarias entran en el ámbito de aplicación “rationae materiae” del Tratado Y, de ello deriva que el estatuto permite obtener a los que se hallen en la misma situación el mismo trato jurídico.

33. En cuanto al ejercicio de la libertad de circulación, el TJUE no se pronuncia. Sin embargo, aun considerando que el artículo 17 “no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación del Tratado a situaciones meramente internas”, considera que sí se

²⁹ Se trataba de un matrimonio entre español (Sr. García Avelló) y belga (Sra. Weber), ambos residentes en Bélgica con dos hijos con la doble nacionalidad. Para el derecho belga, los hijos han de adoptar el apellido de su padre; por ello fueron inscritos con el nombre *García Avello*. Según el derecho español los padres pueden elegir el orden de los apellidos de los hijos, siendo lo usual que el apellido del padre preceda al de la madre. Los padres solicitaron a las autoridades belgas el cambio del apellido *García Avelló* por el de *García Weber*. Alegaron en esencia que si los niños llevaban el apellido García Avelló podría dar origen a confusión en otro Estado miembro (España) y, además, podrían derivarse dificultades prácticas del hecho de que los hijos tuviesen efectivamente diferentes apellidos en Bélgica y en España. La solicitud fue denegada. Ante el Tribunal de Justicia la cuestión se planteó en los términos de saber si la denegación era contraria al Derecho comunitario, en particular a los principios relativos a la ciudadanía de la Unión Europea y a la libertad de circulación de los ciudadanos. El Tribunal argumentó que “si bien, en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia (...) y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros (apartado 25). Voces críticas se han alzado frente a la argumentación del Tribunal dado que no habiendo ejercido los hijos la libre circulación resulta forzado suponer que el demandado había visto limitado tal derecho. Así, P. LAGARDE, (Nota) en *Revue critique de droit international privé*, 2004-1, p. 199-200; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004, pp. 511-512. Vid., P. JUÁREZ PÉREZ, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2010, Vol. 2, Nº 2, p. 281.

da el “vínculo con el derecho comunitario” al ser los hijos de García Avelló nacionales de un país comunitario que viven en otro país. Dado que los hijos tienen ambas nacionalidades, acude a la sentencia Micheletti para considerar que a efectos del derecho comunitario no corresponde a Bélgica desconocer la nacionalidad española de los hijos. De todo esto se deduce que la aplicación del derecho comunitario se da por existir ese vínculo³⁰.

Es la situación la que se considera comprendida en el Derecho de la Unión por estar dos derechos en juego y dos nombres distintos lo que hace aplicable el derecho comunitario, porque de otro modo se obstaculizaría la libertad de circulación³¹. Cabría decir, entonces, que la doctrina de la protección expansiva del ciudadano de la Unión que ejerce la libre circulación (sea o no para desempeñar una actividad económica) va a operar no solo en las hipótesis en que se ha circulado sino también en las que se impide o se disuade circular; esto es, no se circunscribe a las hipótesis en las que ya se concreta la restricción, sino que abarca aquellas en las que el trato desfavorable consista en disuadir el ejercicio de la libre circulación.

34. Por otra parte, en su sentencia Rottmann de 2 de marzo de 2010³² el Tribunal entró también en una materia considerada competencia exclusiva de los Estados, como es la nacionalidad (no es la primera vez y su jurisprudencia ha modulado y limitado la competencia estatal en esta materia³³). Alegando una razón -que fue criticada por la

³⁰ Lo mismo se repite en el asunto Grunkin-Paul de 14 de octubre de 2008 (C-353/06) donde el Tribunal advierte que los Estados deben respetar el Derecho comunitario cuando se trate de situaciones que no siendo meramente internas presentan algún vínculo con dicha ordenación. En la especie, se trataba de una denegación de reconocimiento de certificación registral por parte del Encargado del Registro civil alemán respecto del apellido de un menor tal y como había sido determinado e inscrito en Dinamarca, Estado del que era residente. El Tribunal constata que el no reconocimiento de dicha certificación registral significa un “obstáculo no justificado al derecho de libre circulación del ciudadano comunitario” (art. 18 TCE). Vid. Nota de M.D. ORTIZ VIDAL, “El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2009, VIV. refleiol. I. Núm. 1, pp. 143-151.

³¹ Vid., M. GARDEÑES SANTIAGO, “Ciudadanía, doble nacionalidad y aplicación de la ley personal de la persona. Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE García Avelló de 2 de octubre de 2003”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 230, 2004, pp. 19-24. Para el autor la principal aportación de la sentencia es la necesidad de ponderar el carácter intracomunitario del caso y las exigencias de la libre circulación de personas en el momento de aplicar la ley estatal que en cada caso corresponda.

³² Mediante su sentencia, el Tribunal de Justicia responde a una cuestión del *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal alemán). Éste debe pronunciarse respecto del Sr. Rottmann, un nacional austriaco de nacimiento que se naturalizó en Alemania. El Land de Baviera decidió posteriormente revocar con carácter retroactivo la naturalización del Sr. Rottmann al considerar que éste había ocultado el hecho de que había sido objeto de diligencias judiciales en Austria y que, por consiguiente, había obtenido la nacionalidad alemana de modo fraudulento. Según el Derecho austriaco, la naturalización en Alemania tuvo como efecto que el Sr. Rottman perdiera la nacionalidad austriaca y la revocación de su naturalización en Alemania no tuvo el efecto de hacerle recuperar automáticamente la nacionalidad austriaca. El Tribunal señala que cuando una nacionalidad se ha adquirido de manera fraudulenta, el Derecho de la Unión no obliga a un Estado miembro a abstenerse de revocar la naturalización por la mera circunstancia de que el interesado no ha recuperado la nacionalidad de su Estado miembro de origen. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si, a la luz del conjunto de circunstancias pertinentes, el respeto del principio de proporcionalidad exige que, antes de que se haga efectiva tal decisión revocatoria de la naturalización, se conceda al interesado un plazo razonable para que pueda intentar recuperar la nacionalidad de su Estado miembro de origen. Sobre esta sentencia véase el comentario que realiza P. JUÁREZ PÉREZ, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?” *op.cit.* pp. 261-289.

³³ Sobre el nombre de las personas físicas y la ciudadanía europea, además del asunto García Avelló, las SSTJCE de 30 de marzo de 1993 (Konstantinidis) y de 14 de octubre de 2008 (Grunkin-Paul). Sobre

doctrina en el marco de la conveniencia de la elección de la nacionalidad como presupuesto de la ciudadanía³⁴ y que es, precisamente, la incongruencia de que la Unión carece de competencias en decidir quiénes son sus ciudadanos y por tanto está supeditada a las normas internas dictadas por los Estados en materia de nacionalidad, tanto de adquisición como en principio, y hasta la sentencia citada, de pérdida.

En este caso, el problema de la aplicación del derecho comunitario no consistía en el ejercicio o no del Dr. Rottmann del derecho a la libre circulación sino de una materia competencial, recordando que las decisiones estatales en esta materia han de cumplir los principios comunitarios: en este caso, el principio de proporcionalidad. Aun no siendo de aplicación el derecho comunitario, señala el Tribunal que “en situaciones comprendidas en el ámbito del derecho de la Unión” las normas nacionales han de respetarlo. Como se ve, se trata de una situación (posible pérdida del estatuto de ciudadano si se le revoca la nacionalidad) que el Tribunal considera comprendida en el ámbito del derecho comunitario, si bien competencia de los Estados miembros, y por ende, las normas nacionales han de respetar el derecho comunitario.

35. Finalmente en la Sentencia *Baumbast*³⁵ en que se reconoce un derecho autónomo de libre circulación a los particulares no activos económicamente, el tribunal repite que “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”. Y así, declara el derecho a la residencia de un ciudadano de la Unión en base al artículo 18.1 TCE, sin que tampoco esté en juego el ejercicio de la libertad de circulación. En cuanto a las limitaciones a ese derecho, el Estado miembro ha de respetar “los principios generales del derecho comunitario y en particular el principio de proporcionalidad”.

IV. Reflexiones conclusivas

Haciendo balance de lo hasta aquí señalado, es posible avanzar como hipótesis - para entender la incidencia del estatuto de ciudadano de la Unión sobre el ámbito de aplicación del Derecho comunitario-, que mientras la libre circulación es un derecho de la ciudadanía (se produzca o no el movimiento del ciudadano) el estatuto de ciudadano de la Unión solo desplegaría su potencial cuando se ha ejercido efectivamente la libre circulación (debe haber un movimiento o traslado transfronterizo).

En nuestra opinión en el caso *Ruiz Zambrano* no se verifica esta hipótesis en la medida en que, pese a tratarse de un asunto meramente interno, el Tribunal interpreta la aplicación de la Directiva 2004/38/CE -que regula la libertad de circulación dentro de la Unión- en atención a la ciudadanía comunitaria como un “status fundamental” y no, como hasta ahora lo había realizado y mantenido en posteriores sentencias, atendiendo a la condición o situación concreta de la persona que se desplaza dentro de la Unión o que establece en otro Estado miembro su residencia.

ciudadanía de la Unión, las SSTJCE de 10 de junio de 1999 (*Johannes*); de 2 de diciembre de 1997 (*Dafeki*); de 30 de abril de 1996, (*Boukhalfa*); y de 7 de julio de 1992 (*Micheletti*).

³⁴ P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal ciudadanía europea*, Marcial Pons, 1998.

³⁵ STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R. c. Secretary of State for Home Department*. La Sentencia establece que el art. 18 TCE tiene efecto directo, pudiendo ser invocado por todos los sujetos que ejerzan la libre circulación ante todos los tribunales de los Estados miembros, pese a que hasta ese momento parecía que este derecho sólo era titularidad de quienes desarrollasen una actividad económica.

En efecto, todas las sentencias estudiadas en este trabajo (y citadas en la Sentencia Ruiz Zambrano) señalan la aplicación del derecho comunitario bien porque ha existido una libre circulación efectiva o bien porque el vínculo comunitario era lo suficientemente fuerte como para activar la protección del artículo 21 del Tratado. Es así como el eco de “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros” se liga bien al “*moving european citizen*” bien al vínculo estrecho con el derecho comunitario (*elemento transfronterizo* que activa la tutela del derecho comunitario).

Dicho en otros términos, el ciudadano comunitario que está en movimiento (ha cruzado la “frontera” o ha establecido su residencia en otro Estado miembro) recibe la protección del derecho comunitario y de todos los derechos fundamentales asociados al ejercicio de la libre circulación y residencia. Ahora bien, las medidas nacionales de los derechos de los Estados miembros que puedan impedir o menoscabar (aunque sea de forma potencial e incluso aunque no sean materia competencial de la UE) el ejercicio de la libre circulación de un ciudadano van a recibir el reproche del Derecho comunitario y consiguientemente el ciudadano quedará bajo su paraguas protector “para no privarle de la esencia de su estatuto fundamental”. En este supuesto ha de existir un vínculo fuerte con el derecho comunitario.

Lo que significa, por una parte, que sigue siendo cierta la afirmación de que la ciudadanía es un estatuto en potencia, que solo se activa si el ciudadano europeo se mueve. Pero, por otra parte, este hecho no impide que en determinadas circunstancias el Derecho comunitario también se aplique a supuestos en principio meramente internos porque sus efectos inciden o se vinculan fuertemente con el derecho comunitario. En estos casos, la protección comunitaria lo es al ciudadano de forma directa a través de su “estatuto fundamental”.

Esta segunda vertiente retoma la idea –ya expresada en la sentencia Konstantinidis por el Abogado general Jacobs- según la cual por el mero hecho de ser ciudadano europeo (con independencia de cualquier otra consideración sobre la titularidad competencial de la materia afectada o de la conexión sustantiva con el ejercicio de las libertades de circulación) cabe la protección comunitaria del ejercicio de las libertades de circulación y residencia (García Avelló o Rottmann).

Vistas así las cosas, mientras el mero ejercicio de la libre circulación activaría la protección del derecho comunitario asociados al estatuto de ciudadano y reconocidos en la Carta en su relación con el ejercicio de las libertades de circulación y residencia (es lo que refleja la actual jurisprudencia, con excepción de la Sentencia Ruiz Zambrano), la privación meramente potencial del ejercicio de dichas libertades activaría la protección todos los derechos esenciales vinculados a su estatuto fundamental.

Quizá resulte una percepción excesivamente pretenciosa, aunque acaso la sentencia Ruiz Zambrano nos esté dando la razón cuando el Tribunal falla que el derecho comunitario se opone a las medidas nacionales cuando “tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión de la esencia de los derechos vinculados a su Estatuto” incluso cuando, como en este caso, se trataba de una situación meramente interna.

Lo cierto, según se desprende de la jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia, es que el ámbito de aplicación del derecho comunitario ya no queda limitado a cuestiones meramente económicas como sucedía antaño, sino que se extiende no solo a los ciudadanos no activos económicamente (Baumbast) también a ciertas materias que son competencia de los Estados miembros como los apellidos (Grunkin-Paul y García Avelló, con sus diferencias) o la pérdida de la nacionalidad y consiguiente apatridia (Rottmann). Pero incluso, el derecho comunitario (su protección) existe respecto de personas que son nacionales de un Estado miembro y permanecen en él cuando las medidas nacionales puedan impedir o amenazar –potencialmente- el ejercicio de la libertad de circulación y residencia que, como derecho fundamental de la ciudadanía, conforma el núcleo o la esencia de su “estatuto fundamental” (Ruiz Zambrano).

A pesar de que la línea argumental de Ruiz Zambrano no haya continuado en asuntos posteriores ciertamente similares (Shirley McCarthy), el valor sustancial, propio y autónomo que se otorga a la ciudadanía europea en esta sentencia (en su relación con el Derecho de extranjería de los Estados miembros) es relevante, sobre todo en sus consecuencias directas sobre los permisos de residencia y de trabajo, incluso en situaciones de irregularidad.

Quizá sea prematuro afirmar que esta sentencia siembra el germen que pueda alentar la extensión del ámbito de aplicación del derecho comunitario (por incidencia del estatuto de ciudadano), incluso no cabría derivar de la misma que la esencia de su estatuto fundamental hace inaplicables las disposiciones sobre libre circulación establecidas en la Directiva 2004/38/CE. En todo caso, estamos convencidas de que el recurso directo a la ciudadanía europea -o mejor dicho a la “esencia de su estatuto fundamental”- como lo hace el Tribunal de Justicia en el caso Ruiz Zambrano encierra un potencial importante aunque el camino por recorrer sea todavía largo e inciertos sus resultados.