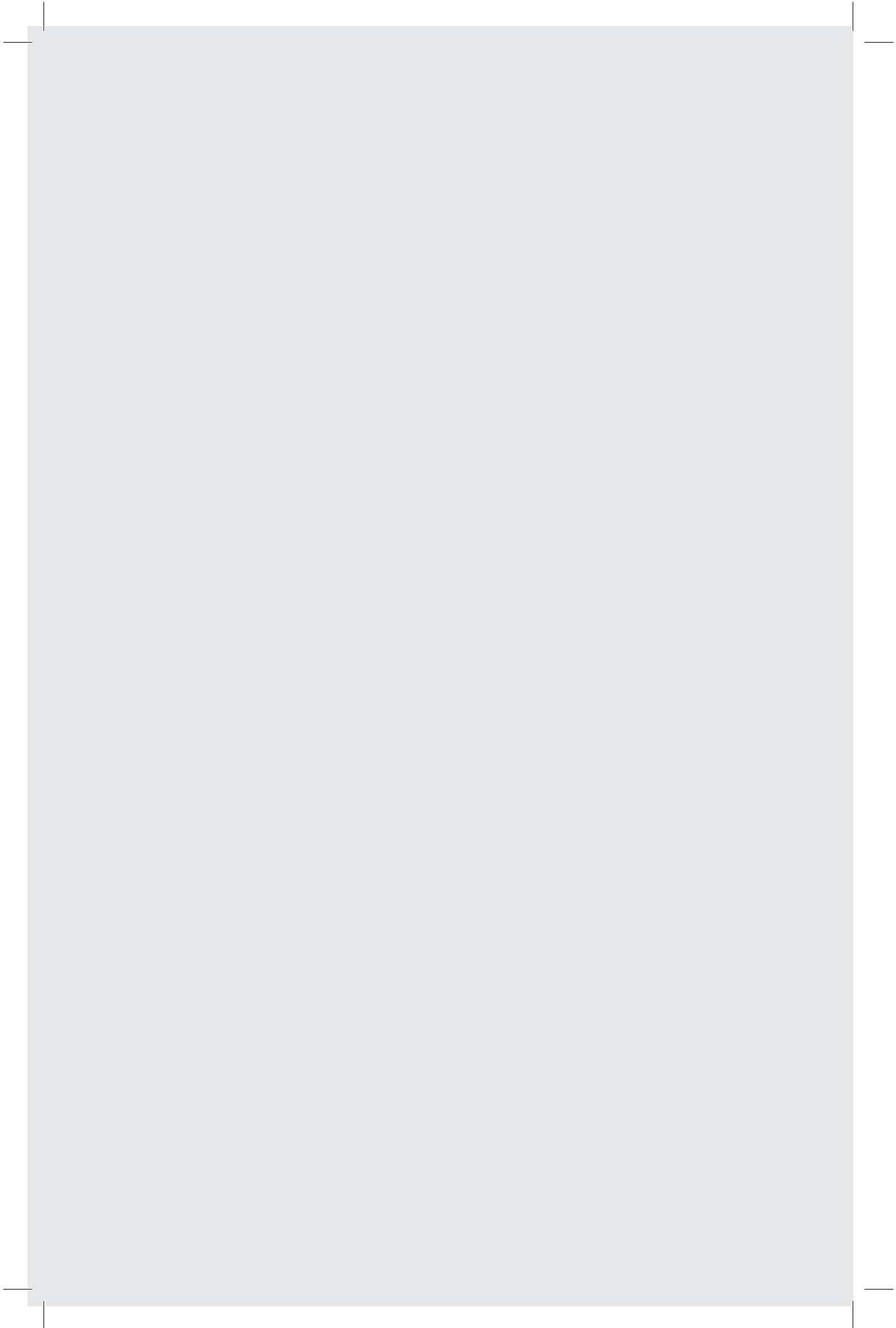


# LA CIUDADANÍA EUROPEA (ENTRE PARÉNTESIS)

María Fraile Ortiz

## SUMARIO

- I. Nacionalidad estatal y ciudadanía europea, cruce de caminos  
Una cuestión terminológica  
«Nacional» versus «nacional a efectos de Derecho de la Unión»  
¿Un cheque en blanco?  
Mr. Rottmann  
Los Estados... también tienen obligaciones entre sí
- II. Vocación del estatuto de ciudadanía europea ¿una ciudadanía transfronteriza?  
El lugar de la no discriminación por razón de la nacionalidad  
El ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión  
¿Un mismo trato jurídico?  
Un matrimonio ¿deseado?  
Luxemburgo:... algo se mueve  
El Sr. Ruiz Zambrano ¿el fin de la ciudadanía transfronteriza?  
Extrapolaciones y autonomía
- III. Unión Europea y sujetos sometidos a su jurisdicción: una historia de vasos comunicantes  
Las paradojas de un estatuto no exclusivo (I): el sufragio  
Las paradojas de un estatuto no exclusivo (y II): libertad de circulación y familia  
Una ecuación de resultados sorprendentes: vasos comunicantes



Hace ya algunos años, tantos que resulta casi embarazoso, tuve una interesante y peregrina discusión con una buena amiga sobre el sentido del paréntesis. Mientras para mí el paréntesis permitía integrar aquellas reflexiones que, viniendo al caso, no eran imprescindibles para el argumento y en un momento dado podían incluso suprimirse sin que ello privase de sentido al texto restante, para ella el paréntesis representaba todo aquello esencial que pasaba a primer plano gracias al signo ortográfico, una suerte de densidad encerrada que salta a la vista llamando la atención del lector.

Esta inesperada ambigüedad de un signo que parecía lineal en la voz del diccionario, me pareció interesante para titular el trabajo que a continuación se presenta, un trabajo en el que la llamada «ciudadanía europea» es a la vez elemento accesorio y aspecto esencial de los últimos acontecimientos europeos.

Lejos de ofrecer un estudio sobre el tema abordado de forma racional y ordenada, analizando sistemáticamente su alcance cual voz bibliográfica, la apuesta ha sido por presentar algunos de los muchos temas que podrían ser abordados si tuviéramos que dar cuenta de lo que supone «hoy» la ciudadanía europea. Como toda elección es siempre una renuncia, dicho enfoque supone que quedan fuera muchos aspectos, lo cual puede ser sin duda muy discutible como también es discutible el por qué de la consiguiente selección; lo indiscutible es que hay una perspectiva que pretende hilvanar todo el entramado, hablar de una ciudadanía europea entre paréntesis, una ciudadanía europea ligera y prescindible en ciertos aspectos... pero densa y prometedora en otros.

El primer *paréntesis* habla de un camino compartido, nacionalidad estatal y ciudadanía europea y de las dificultades y contradicciones de esa vinculación. Un segundo *paréntesis* se refiere al horizonte, a la vocación de

la ciudadanía europea, la que se ha proclamado y la que parece adivinarse últimamente. El tercer *paréntesis* cuestiona algunas premisas de este viaje pero al mismo tiempo descubre efectos sorprendentes. Todos ellos (y otros que quedan en el tintero) están llenos de interrogantes; la ciudadanía europea entre paréntesis resulta así de paradójica<sup>1</sup>.

#### I. NACIONALIDAD ESTATAL Y CIUDADANÍA EUROPEA, CRUCE DE CAMINOS.

La nacionalidad estatal y la ciudadanía europea cruzaron oficialmente sus caminos a comienzos de los años noventa, cuando la ciudadanía europea nació en la letra impresa del Tratado de Maastricht. Estrictamente hablando esa conexión se intuía ya en el asunto Micheletti resuelto por el Tribunal de Justicia pocos meses antes de la entrada en vigor del Tratado<sup>2</sup>, pero como condición plasmada en el Derecho originario el acta de nacimiento se encuentra en éste. Desde el primer art. 17 del TCE (hoy día, art. 20 del TFUE), el tratado consagraba que toda persona que tuviera la nacionalidad de un Estado miembro de la recién creada Unión Europea, sería también *ciudadano europeo*. La ciudadanía europea surgía así de forma automática, sin necesidad de presentar solicitud alguna, sin necesidad de optar por tenerla o no, incluso sin quererlo<sup>3</sup>. . . , se trataba sin duda de una «criatura extraña»<sup>4</sup>.

Desde entonces la cuestión de la posesión de ese vínculo personal se ha visto confrontada con numerosas circunstancias, aspectos nuevos, desafíos e interrogantes que, sin embargo, no han logrado cambiar la esencia de aquel primer planteamiento por más que haya matices y observaciones que hacer: el ciudadano europeo es un sujeto que es, en primer lugar, nacional de un Estado miembro. O dicho de otra manera, «en el estado actual del

<sup>1</sup> Original cerrado a 31 de julio de 2011.

<sup>2</sup> Cfr. la STJUE de 7 de julio de 1992, asunto Micheletti, apartados 9 y 10. Para facilitar la lectura, incorporaremos al final del trabajo una tabla con la referencia completa de las sentencias del TJUE señaladas en el mismo.

<sup>3</sup> Resulta llamativo que veinte años después, un Eurobarómetro de marzo de 2010 recoja que una quinta parte de los encuestados cree que hay que presentar una solicitud para obtener la ciudadanía europea, o que puede elegir entre ser ciudadano europeo o no serlo. Cfr. en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo, elaborado en aplicación del art. 25 TFUE sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, (COM(2010) 603 final) de 27 de octubre de 2010, p. 11.

<sup>4</sup> La expresión es de Daniel Sarmiento. Cfr. Sarmiento, Daniel, «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 26, 2008, p. 214.

Derecho de la Unión» (fórmula ésta bien arraigada en el léxico de la Unión)<sup>5</sup> la nacionalidad estatal sigue siendo condición primera y única, y condición imprescindible para ser ciudadano europeo<sup>6</sup>. Han pasado ya varios años desde que muchos pidieran, pidiéramos, considerar la residencia como criterio de arraigo alternativo, como vínculo con entidad suficiente para ligar al sujeto a esa entidad europea de alcance supranacional<sup>7</sup>. Por más que en ciertos aspectos y de cara al ejercicio de alguno de los derechos ligados a la ciudadanía de la Unión se haya dado cierta relevancia a dicho criterio, la residencia en el territorio no ha logrado suplir al criterio de la nacionalidad para «ser» ciudadano europeo<sup>8</sup> ni tampoco es relevante como condición

---

<sup>5</sup> Con la finalidad de simplificar utilizaremos siempre la expresión «Derecho de la Unión» con independencia de la fecha a la que nos refiramos. De igual manera hablaremos siempre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o TJUE. Por el contrario, hemos escogido la expresión «ciudadanía europea» porque resulta más familiar y se utiliza comúnmente en tal sentido por la doctrina.

<sup>6</sup> Así en muchos pronunciamientos del TJUE, en particular destacamos STJUE de 11 de julio de 2002, asunto D'Hoop, apartado 27; STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto García Avello, apartado 21; STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto Ruiz Zambrano, apartado 40 o STJUE de 12 de mayo de 2011, asunto Runevic-Vardyn, apartado 59.

<sup>7</sup> Muchas eran las razones que aconsejaban hacerlo así, desde poder incorporar a la comunidad de ciudadanos europeos a aquellos individuos que por su larga permanencia en el territorio de un Estado miembro demuestran una incorporación estable a la misma, poder corregir paralelamente la distorsión que se produce cuando la nacionalidad convierte en ciudadanos europeos a personas desvinculadas de la Europa comunitaria, poder buscar un criterio que refleje con fidelidad el sustrato social de la Unión, que contribuya a desarrollar una doble lealtad —hacia los Estados y hacia la Unión— y que al tiempo acentúe su originalidad en el contexto internacional al configurarse como un concepto autónomo, propio del orden jurídico comunitario, todo ello utilizando un instrumento plenamente asentado en el mundo jurídico en el que funciona en general como criterio residual (por ejemplo para conceder naturalizaciones). Así lo defendí en Fraile Ortiz, María, *El significado de la ciudadanía europea*, col. Estudios constitucionales, CEPCC, Madrid, 2003, p. 381 y ss. El concepto de «arraigo» citado entonces y ahora se toma de la definición de Francisco Bastida, Bastida, Francisco J., «La soberanía borrosa: la democracia» en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 1, 1998, p. 381-459. En el mismo sentido, Marie Jose Garot, *La citoyenneté européenne*, L'Harmattan, Paris/Montreal, 1999 o G. Davies «Any place I hang my hat? or: Residence is the new nationality», *European Law Journal* n.º 11, 2005, pp. 43-56.

<sup>8</sup> Si bien el TJUE ha estado cerca varias veces (STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto Eman y Sevinger, apartados 30 y 31 y STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto España c. Reino Unido, apartados 46 y 70 y ss) hasta la fecha no ha tenido que enfrentarse nunca a dicha cuestión.

añadida a la nacionalidad<sup>9</sup>: así, en el estado actual del Derecho de la Unión son ciudadanos europeos los nacionales aunque residan fuera y no son ciudadanos europeos los residentes si no tienen la nacionalidad de un Estado miembro. Ello pese a que muchos ciudadanos no lo sepan<sup>10</sup>.

Ciudadanía europea y nacionalidad estatal son así compañeros de viaje, no siempre bien avenidos pero compañeros al fin y al cabo. Veremos ahora algunos de esos aspectos que han ido surgiendo en estos últimos años desafiando ese camino compartido.

### *Una cuestión terminológica*

En primer lugar es preciso hablar del carácter complementario, léase ahora «adicional», de la ciudadanía europea respecto de la nacional, y la aclaración de que la primera no sustituye a la segunda; todo ello recogido en el nuevo art. 20 TFUE y en el art. 9 del TUE<sup>11</sup>. La aclaración de que la ciudadanía europea no pretende reemplazar la ciudadanía nacional aparece en el Tratado de Ámsterdam, auspiciada como es sabido por Dinamarca que temía que la nueva condición pudiera ser un mecanismo encubierto para vaciar o extender los derechos ligados a la ciudadanía estatal<sup>12</sup>. Este

<sup>9</sup> En el asunto Eman y Sevinger citado, el TJUE dijo que era irrelevante dónde residiera el sujeto de cara a considerarle ciudadano europeo o no: si era nacional, era automáticamente ciudadano europeo. Cuestión distinta era si podía condicionarse a ciertos ciudadanos europeos la posibilidad de participar en las elecciones al Parlamento Europeo. Volveremos sobre el asunto más adelante.

<sup>10</sup> Un 78 % de los entrevistados en la encuesta citada en la nota n.º 3 cree que un ciudadano europeo tiene derecho a adquirir la nacionalidad de cualquier otro Estado miembro en el que reside desde hace al menos 5 años. Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, op.cit, p. 11.

<sup>11</sup> Esta reiteración, a todas luces innecesaria en principio como bien señala Jo Shaw, parece responder al interés de los miembros del Parlamento Europeo en la Conferencia Intergubernamental que concluyó con la adopción del Tratado de Lisboa en 2007, de destacar la ciudadanía europea como una prioridad política debido a su importancia simbólica. Cfr. Shaw, Jo, «Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism», *EUI Working Paper RSCAS 2010/60*, p. 20; publicado con posterioridad en Craig y De Búrca (eds.), *The evolution of European Union Law*, Oxford, 2011, 2.ª edición.

<sup>12</sup> Lo que posiblemente no es tan conocido es que en el «origen» de este temor hay una cuestión en parte terminológica: en un estudio sobre la relación entre los términos nacionalidad y ciudadanía, De Groot destaca cómo algunos países, entre ellos Dinamarca, optaron por elegir un único término, «ciudadanía», en la versión lingüística propia del Tratado de Maastricht para evitar la connotación étnica que podía presentar el término «nacionalidad», viéndose

temor había dificultado la ratificación del Tratado de Maastricht debido a la negativa danesa al referéndum convocado al efecto, y por ello, tras la minuciosa aclaración detallada por Dinamarca en una Declaración adjunta al Tratado de Maastricht (declaración que a su vez dio lugar a otra de formato general sobre la que volveré enseguida), en 1997 se optó por incorporarla al texto del Tratado de Ámsterdam. La mencionada aclaración se recogía del siguiente modo en la versión española del citado tratado: *la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional*.

El proyectado y fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 2004, incorporó una novedad reproducida después en el Tratado de Lisboa actualmente en vigor: la sustitución del adjetivo «complementario» por el de *adicional*. De esta manera, el nuevo art. 20 TFUE y también el art. 9 del TUE declaran que *la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*. El alcance de este cambio no es a fecha de hoy muy evidente y hay opiniones para todos los gustos<sup>13</sup>; y aunque la realidad parece más bien inclinarse por no mostrar diferencia alguna, lo importante es que la relación entre ciudadanía europea y nacionalidad estatal sigue estando... igual de indefinida. ¿Son realmente conceptos separados, y si lo son, son independientes? Naturalmente parece que la ciudadanía europea no puede existir si antes no hay una base nacional ¿o sí? Si primero se es nacional y luego ciudadano de la Unión ¿podría esa ciudadanía europea llegado el caso condicionar la regulación de la nacionalidad de un Estado miembro?

#### *«Nacional» versus «nacional a efectos de Derecho de la Unión»*

La segunda cuestión a abordar alude a la omnímoda capacidad de los Estados de determinar en última instancia quién es ciudadano europeo, al

---

a continuación en la necesidad de aclarar el significado que el término tendría en el contexto del nuevo tratado. Cfr. G.-R. de Groot, *Towards a European Nationality Law*, vol. 8.3 Electronic Journal of Comparative Law, October 2004, (<http://www.ejcl.org/83/art83-4.html>).

<sup>13</sup> Mientras la propia Comisión considera que de esta manera se fortalece la noción de ciudadanía europea ya en la propia definición (Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, *op. cit.*, p.2), algo que comparten otros autores al defender que el término «añadir» refleja de modo más adecuado la relación entre los dos estatus pues evita malentendidos en torno a cuál de ellos debe ceder ante el otro llegado el caso (Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 20), hay quien piensa que el concepto de «complementariedad» era más poderoso pues de alguna manera suponía que las dos ciudadaníaes estaban al mismo nivel, y en cambio la palabra adicional puede hacer pensar que la ciudadanía europea es un estatus accesorio, el segundo, mientras la ciudadanía nacional es el principal, el primero (De Groot, GR, *op. cit.*, p. 2).

ser éstos quienes determinan los modos de adquirir y perder la nacionalidad propia. Esto, paradójicamente, escapa en ocasiones de sus manos: una vez puesto en marcha el sistema de atribución y pérdida de la nacionalidad, los sujetos que se acogen al mismo lo hacen... quiera o no el Estado, con todas las consecuencias<sup>14</sup>.

Efectivamente, es doctrina consolidada del TJUE desde el citado asunto Micheletti que *la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho Internacional, competencia de cada Estado miembro (...)*<sup>15</sup>. Los efectos más inmediatos parecen un lastre para la solidez de la condición de ciudadano de la Unión: habrá tantos modos de adquirir y perder la ciudadanía europea como Estados Miembros y nacionalidades haya en cada momento, por lo que desde la perspectiva de la totalidad del territorio europeo es posible imaginar numerosos escenarios en los que la desigualdad será mayúscula<sup>16</sup>. Son muchos los estudios doctrinales y las denuncias ante instituciones europeas por las inconsistencias y dificultades de un criterio así.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Asuntos tan relevantes como Baumbast, Rottmann o Ruiz Zambrano, a los que me referiré en detalle más adelante, dan buena muestra de ello.

<sup>15</sup> Cfr. al respecto STJUE Micheletti, apartado 10; y desde entonces, entre otras, Mesbah apartado 29, Zhu y Chen apartado 37, Rottmann apartado 39, Ruiz Zambrano apartado 40.

<sup>16</sup> Al no existir mínimos comunes para ser nacional de un Estado miembro y no existir tampoco mínimos «autónomos» para ser ciudadano europeo, en el fondo nos encontramos con veintisiete maneras distintas de ser ciudadano europeo. Sale más «caro» ser ciudadano europeo en unos países que en otros aunque el «título» final obtenido por todos sea el mismo.

<sup>17</sup> En una Resolución de 2009 el Parlamento Europeo consideraba «deseable» promover el intercambio de experiencias sobre sistemas de naturalización en los distintos Estados miembros para mejorar la coordinación en los criterios y procedimientos de acceso a la ciudadanía de la Unión respetando al tiempo la competencia estatal para determinar el acceso a la nacionalidad, y para limitar la discriminación que resulta de la existencia de distintos regímenes jurídicos. Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre problemas y perspectivas de la ciudadanía europea (2008/2234(INI)), 2010/C 147 E/03, p. 17. Por su parte, el último informe de la Comisión contempla numerosos problemas relacionados con la pérdida y la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro (al respecto 130 preguntas individuales, 18 preguntas parlamentarias y 5 peticiones). Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, *op. cit.*, p. 5. En cuanto a la doctrina, citamos a título ejemplificativo algunos de los trabajos más representativos: De Groot, G.R, *op. cit.*, p.4-15 o Margiotta, Constanza and Vonk, Olivier, «Nationality law and European citizenship: the role of dual nationality», *EUI Working Paper RSCAS 2010/66*.



Por si la situación no fuera así suficientemente variopinta, hay que añadir que los Estados tienen la capacidad de «aclarar» en su caso quiénes son sus nacionales *a efectos del Derecho de la Unión*, es decir, quiénes entre los individuos sometidos a su jurisdicción deben considerarse nacionales de cara al Derecho de la Unión. Simbólicamente este salto es importante para la ciudadanía de la Unión, pues si bien según la letra del tratado la pura posesión de la nacionalidad de un Estado miembro supone la condición de ciudadano europeo, por esta vía los Estados tienen en el fondo reconocida la capacidad de decidir *directamente* quiénes quieren que sean ciudadanos europeos. La ciudadanía... «a la carta»<sup>18</sup>.

Esta generosísima posibilidad, sobre la que el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse en el asunto Kaur<sup>19</sup>, y que posiblemente no se buscaba sino que vino de la mano de esa declaración auspiciada por la situación danesa, va a llevar a cuestionar la inicial vinculación nacionalidad estatal/ciudadanía europea pues en virtud de dicha declaración no todos los nacionales de los

---

<sup>18</sup> De nuevo esta cuestión tiene su origen en la Declaración danesa emitida con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht. Las reservas presentadas por el gobierno danés dieron lugar a la *Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea* (DO C 348, 31 diciembre 1992) y a la posterior adopción de la *Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro aneja al Tratado de Maastricht*: «La Conferencia declara que cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario». Lo que en la Declaración danesa no era sino una aclaración final, pasa a tener vida propia y adquiere carta de naturaleza en la Declaración relativa a la nacionalidad, dando así alas a una problemática que no había surgido hasta entonces: la que permite a los Estados «informar», y con ello «decidir», quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos del Derecho de la Unión.

<sup>19</sup> STJUE de 20 de febrero de 2001, C-192/99. La Sra. Kaur, nacida en Kenya, tenía según la normativa británica, la condición de «ciudadana británica de Ultramar» lo que le impedía la entrada y permanencia en Reino Unido. En aplicación de la doctrina Micheletti, (los modos de adquirir o perder la nacionalidad son competencia de cada Estado miembro) y teniendo sobre la mesa la mencionada Declaración sobre la nacionalidad, el Reino Unido no consideró a la Sra. Kaur «nacional a efectos del Derecho de la Unión». El TJUE dio por buena dicha interpretación, al señalar que el Derecho de la Unión no se oponía a que para determinar la nacionalidad se estuviese a dicha normativa nacional dictada en aplicación de la Declaración.

Estados miembros son necesariamente ciudadanos europeos<sup>20</sup>. Obsérvese cómo el texto de la Declaración recuerda al estilo de las «reservas» típicas de los tratados internacionales, si bien con los términos abiertos para poder ser asumidos por cualquier Estado miembro (una especie de cheque en blanco). Ello no es sino el reflejo de la naturaleza compleja del ordenamiento de la Unión: pretende ser una construcción supranacional, que va más allá de los Estados, pero ha sido creada por tratados internacionales.

### *¿Cheque en blanco?*

Ese principio en virtud del cual los Estados son quienes tienen la capacidad de determinar el ámbito de aplicación del Tratado *ratione personae*, al determinar quiénes son sus nacionales (o sus nacionales a efectos del Derecho de la Unión), abre inmediatamente muchos interrogantes: ¿hasta dónde debe llegar esa capacidad del Estado? ¿Podría ser admisible, por ejemplo, que un Estado de la Unión decidiera sostener una política de adquisición y pérdida de la nacionalidad muy restrictiva/muy amplia? ¿La Unión Europea tendría que permanecer necesariamente al margen y dejar que cada Estado hiciera lo que quisiera?<sup>21</sup> Por eso, desde el mismo asunto Micheletti el Tribunal añadía a la fórmula ya conocida, *la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro (...), una salvedad, (...) competencia que debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión*<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Si bien sólo el Reino Unido y Alemania señalaron en su momento a quiénes consideraban sus nacionales a efectos del Derecho de la Unión (Pregunta escrita E-3588/97 de Brendan Donnelly (PPE) al Consejo (17 de noviembre de 1997) DO C 158), De Groot llama la atención sobre otros casos «dudosos» a partir de la lectura de sus normativas nacionales como el caso de Dinamarca, Holanda, Francia, España e Italia. Cfr. De Groot, GR, *op. cit.*, p. 7.

<sup>21</sup> Pensemos en que la cuestión no es menor: por ejemplo, las decisiones del Consejo por mayoría cualificada (art. 16 TUE y Decisión del Consejo sobre la mayoría cualificada de 13 de diciembre de 2007) se adoptan teniendo en cuenta entre otros criterios la población del Estado miembro ¿Podría un Estado miembro adquirir un mayor peso relativo en las instituciones a través de una política no sólo generosa sino fraudulenta de atribución de la nacionalidad? De Groot apunta reflexiones en tal sentido, aunque también destaca que en general las instituciones y los Estados miembros suelen respetar ampliamente la autonomía de cada singular Estado en lo que a determinación de la nacionalidad se refiere; aportando ejemplos sobre decisiones nacionales con notables consecuencias en la ampliación del conjunto de «nacionales» que no dieron lugar a protesta alguna. Cfr. De Groot, G.R, *op. cit.*, p. 9-10 y 15.

<sup>22</sup> Cfr. la STJUE de 7 de julio de 1992, asunto Micheletti, apartado 10. En el mismo sentido después: STJUE de 11 de noviembre de 1999, asunto Mesbah, apartado 29; STJUE de 20

El respeto del Derecho de la Unión aparece así como una especie de válvula de escape, un mecanismo de control en beneficio del sistema de la Unión: si bien los Estados parecían tener el mando de la capacidad de determinar al sujeto de la ciudadanía de la Unión, esa «reserva» no suponía el acta de defunción de la lógica europea pues ya desde el asunto Micheletti —casi coetáneo a la firma del tratado— el Derecho de la Unión salvaba la posibilidad de tener algo que decir al respecto.

En todo caso, el respeto del Derecho de la Unión es una fórmula muy abierta ¿Cuánto podría controlarse desde la perspectiva del respeto del Derecho de la Unión? ¿Se trata de una fórmula pasiva, que obliga a no hacer, o es también activa, imponiendo ciertas actuaciones a los Estados? ¿Podría, así, aceptarse que los Estados debieran someterse a unos mínimos comunes en la regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad? Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de pedir a aquellos Estados miembros que no han suscrito el mínimo internacional europeo que constituye el *Convenio sobre la nacionalidad* (1997) que lo hagan<sup>23</sup>, lo que permitiría un acuerdo de mínimos, algo ya extraordinario<sup>24</sup>. ¿O ese respeto llegaría como mucho a no consentir regulaciones que se considerasen discriminatorias?

En parte, la «grandeza» de esa fórmula sobre el respeto del Derecho de la Unión está en abrir la puerta a un control jurisdiccional que, aunque pueda parecerlo, no compete necesariamente (o no sólo) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es evidente que dicho control por parte del Tribunal de Justicia parece razonable: si los Estados pueden incluso determinar quiénes quieren que sean sus nacionales «a efectos del Derecho de la Unión», el Tribunal de Justicia como máximo intérprete del Derecho de la Unión puede tener algo que decir al respecto. Pero ese control jurisdiccional puede y debe también corresponder a instancias nacionales, pues lo que consagra la fórmula referida es que el control se realice tomando como parámetro el Derecho de la Unión y dicha tarea está en manos de los órganos jurisdiccio-

---

de febrero de 2001, asunto Kaur, apartado 19; STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto Zhu y Chen, apartado 37; STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto Rottmann, apartado 45.

<sup>23</sup> A fecha de hoy, de los veintisiete Estados miembros de la Unión tan sólo doce han suscrito plenamente ese acuerdo (reservas aparte) firmado en 1997 y que entró en vigor en 2000; siete más lo han firmado pero no ratificado y ocho ni siquiera lo han firmado —Bélgica, Chipre, Estonia, Irlanda, Lituania, Eslovenia, España y Reino Unido—.

<sup>24</sup> En este sentido De Groot, G.R., *op. cit.*, p. 21 y Margiotta, C. and Vonk, O., *op. cit.*, p. 17.

nales nacionales que deben aplicar el Derecho de la Unión como Derecho interno. Pero para llegar aquí es preciso hablar del Sr. Rottmann<sup>25</sup>.

*Mr. Rottmann*

La sentencia dictada por el TJUE en el asunto Rottmann<sup>26</sup> permite realizar varias observaciones, algunas de las cuales pueden extrapolarse a principios generales. 1) Toda decisión nacional que implique, siquiera indirectamente, la pérdida de la ciudadanía europea «está comprendida, por su propia naturaleza, en el ámbito del Derecho de la Unión» (apdo. 42). 2) Desde el momento en que esto es así, dicha decisión debe respetar el Derecho de la Unión. 3) Dicho respeto genera en el ciudadano un derecho a ver sometido su caso a un control jurisdiccional «realizado en función del Derecho de la Unión» (apdo. 48). 4) Dicho respeto no es incompatible con una decisión final que implique la pérdida de la ciudadanía europea<sup>27</sup>, siempre que haya sido adoptada siguiendo el principio de proporcionalidad. 5) Dicha proporcionalidad se verificará en función del Derecho de la Unión y en particular a la luz «de la importancia que el Derecho primario otorga al estatuto de ciudadano de la Unión» (apdo. 56).

¿Es posible hablar a partir de ahora de «omnímoda» capacidad de los Estados en el ámbito de la nacionalidad? Obviamente no. Su poder va a depender de que afecte o no a la ciudadanía de la Unión, pues no siempre la

---

<sup>25</sup> «La reserva según la cual debe respetarse el Derecho de la Unión no menoscaba el principio de Derecho internacional ya reconocido por el Tribunal de Justicia (...) según el cual los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero consagra el principio según el cual, cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (...) *puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión*» (asunto Rottmann, apartado 48).

<sup>26</sup> STJUE de 2 marzo de 2010, asunto Rottmann. Janko Rottmann es un ciudadano austriaco que se traslada a Alemania mientras está inmerso en un proceso penal por estafa en Austria. Allí solicita la naturalización, omitiendo mencionar la existencia de ese proceso en curso, y ésta se le concede, lo que supone la pérdida de la nacionalidad austriaca. Cuando Alemania conoce los antecedentes ocultados por el sujeto, procede a retirar retroactivamente la nacionalidad por haber sido adquirida fraudulentamente. Dicha medida supone por un lado que el Sr. Rottmann se convierte en apátrida y también que pierde su estatuto de ciudadano europeo.

<sup>27</sup> Revocar una naturalización por maniobras fraudulentas responde a un motivo de «interés general» (*public interest* en la versión inglesa) como demuestran los acuerdos internacionales que también la contemplan (apdo. 51).

adquisición o pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro tendrá consecuencias en el estatuto del ciudadano europeo, (cuando hay doble nacionalidad de la Unión, por ejemplo). En caso afirmativo, su poder podrá verse contestado en los tribunales en función del principio de proporcionalidad. Dicho principio tiene además un perfil muy definido en caso de revocación: el juez deberá valorar una serie de parámetros muy concretos, a. la gravedad de la infracción cometida, b. el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria y c. la posibilidad del interesado de recuperar su nacionalidad de origen. Es difícil que en un caso futuro similar al de Rottmann, un juez nacional pueda «desentenderse» de tales criterios.

Dicho asunto ha sido ya objeto de mucha atención por parte de la doctrina<sup>28</sup> por poner contra las cuerdas aspectos importantes relacionados con la comprensión del estatus del ciudadano europeo. Algunos han criticado al Tribunal por su excesiva tibieza al no haber aprovechado para dar un paso al frente de sentido claramente «federal» declarando que la pérdida de la nacionalidad austriaca no supondría la de la ciudadanía europea<sup>29</sup>; ello daría autonomía al vínculo europeo, algo deseable pero ¿posible desde el texto del tratado? No está claro. Quienes en cambio no veían viable esa posibilidad, han alabado la apuesta del Tribunal al dar pie a una ciudadanía si no «posnacional», sí al menos «posnacionalista» que pueda combatir los excesos de los Estados<sup>30</sup>. Los hay incluso que sitúan esta decisión en la vanguardia de los pronunciamientos judiciales en materia de nacionalidad<sup>31</sup>. Sea como sea, con Rottmann ha quedado claro que la nacionalidad no es ya un asunto exclusivamente interno.

---

<sup>28</sup> De forma premonitoria, De Groot avanzaba en su trabajo (2004) el conflicto que se suscitaba entre la normativa holandesa y el Derecho de la Unión en un supuesto... idéntico al caso Rottmann. Cfr. De Groot, G.R., *op. cit.*, nota 80 en p.13.

<sup>29</sup> Dora Kostakopoulou: European Union citizenship and Member State nationality: updating or upgrading the link?, 6 de Julio 2010, (<http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=5>).

<sup>30</sup> Savino, Mario, «EU Citizenship: Post-national or post-nationalist? Revisiting the Rottmann case through administrative lenses», *European Review of Public Law*, vol. 23, 1/2011, pp.39-49, p. 49. Del mismo autor, «Dopo Rottmann: quale futuro per la cittadinanza europea?» en *Nel merito*, 29 dicembre 2010 ([www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com)).

<sup>31</sup> Gerard René De Groot and Anja Seling: The consequences of the Rottmann judgment on Member State autonomy - The Court's avant-gardism in nationality matters, 1.º Julio 2010 (<http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=6>).

*Los Estados... también tienen obligaciones entre sí*

Esta «lógica soberanista», en virtud de la cual es el Estado el que (en principio) tiene la capacidad de determinar quiénes son sus nacionales y al hacerlo determinar quiénes son los ciudadanos europeos, tiene desde siempre su proyección, naturalmente, en el actuar de los demás Estados Miembros: ningún Estado miembro podrá limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad. Esto no cambia en los casos de doble nacionalidad de la Unión: el hecho de que un nacional de un Estado miembro sea también nacional de otro Estado miembro, no afecta a las circunstancias que rodean al primer vínculo y por ello el segundo Estado miembro no puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad por el primer Estado miembro.

La sentencia dictada en el asunto Micheletti fue la primera en pronunciarse en tal sentido<sup>32</sup>. El TJUE señaló que el Derecho de la Unión se oponía a que un Estado miembro limitase los efectos de la atribución de nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales como la residencia habitual en el Estado miembro de acogida para reconocer dicha nacionalidad operativa; entre otras cosas porque, de lo contrario, el ámbito de aplicación personal de las normas sobre libertad de establecimiento podría variar de un Estado miembro a otro lo que podría entrar en conflicto con la vocación integradora de la construcción europea<sup>33</sup>.

Pero Micheletti no ha sido el único asunto al respecto, es preciso hablar además de los casos García Avello y de Zhu y Chen.

En el año 2003 el TJUE (el Pleno) dictó una controvertida sentencia en el asunto García Avello a partir de una cuestión prejudicial planteada por el Conseil d'Etat belga sobre un asunto *a priori* intrascendente, un cambio de apellidos.<sup>34</sup> El TJUE dirá que la doble nacionalidad de la Unión hace que su

---

<sup>32</sup> En aquel caso, como seguro se recordará, la Delegación del Gobierno de Cantabria se negaba a reconocer los efectos de la nacionalidad comunitaria —italiana— a un ciudadano italo-argentino que quería hacerla valer en el marco de la libertad de establecimiento comunitaria.

<sup>33</sup> Cfr. STJUE asunto Micheletti, apartados 11 y 12.

<sup>34</sup> STJUE de 2 de octubre de 2003. Dos ciudadanos, español y belga casados y residentes en Bélgica, tienen dos hijos con doble nacionalidad. Quieren cambiar los apellidos de los hijos según la normativa española (de García Avello —los dos del padre— a García Weber —padre y madre—), pero Bélgica no lo admite al considerarlo una situación puramente interna (a sus ojos está ante dos ciudadanos que poseen la nacionalidad belga y residen allí)

situación no sea comparable con la de una persona que sólo tiene la nacionalidad belga, debiendo observarse desde la perspectiva de la segunda nacionalidad y desde los perjuicios que sufrirían por el hecho de desplazarse por el territorio de la Unión (dificultades para disfrutar en un Estado miembro cuya nacionalidad poseen, de los efectos jurídicos de actos o documentos expedidos con un apellido reconocido en otro Estado miembro cuya nacionalidad también poseen (apdo.37)); y por ello concluye 1) que no estamos ante una «situación puramente interna» y 2) que el Derecho de la Unión se opone a la denegación de una solicitud de cambio de apellidos como la referida en el caso, por cómo obstaculizaría el ejercicio de los derechos a circular y residir libremente por el territorio de la Unión.<sup>35</sup>

Finalmente es preciso hacer referencia al asunto Zhu y Chen<sup>36</sup> por cuanto incorpora un nuevo aspecto a lo visto anteriormente (en otro momento de

---

y aplicar por consiguiente normativa estrictamente nacional que no lo permite. Siguiendo la doctrina Micheletti, ningún Estado miembro (en el caso, Bélgica) puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro (en el caso, España). La polémica se desata en torno a la cuestión de si estamos o no ante un asunto interno, doméstico, pues la ciudadanía europea no puede extender el ámbito de aplicación material del tratado a situaciones internas sin ningún vínculo con el Derecho de la Unión (apartado 26). En realidad dicho vínculo existe porque los hijos son nacionales de un Estado miembro y residen en otro del que también son nacionales, lo que ocurre es que desde la perspectiva de Bélgica sólo se trata de un caso suscitado por nacionales suyos que residen allí.

<sup>35</sup> Con posterioridad el TJUE ha tenido que pronunciarse de nuevo sobre varios asuntos que retomaban el tema del cambio de apellidos y su proyección sobre la libertad de circulación y residencia: STJUE de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin y Paul: Niño nacido en Dinamarca de padres alemanes y nacionalidad alemana. Problemas prácticos de tener unos documentos oficiales emitidos por Dinamarca con un apellido y en cambio un pasaporte alemán con otro. STJUE de 22 de diciembre de 2010, caso Sayn-Wittgenstein: joven austriaca, adoptada por un alemán y residente en Alemania, con nacionalidad austriaca. Austria le priva de oficio de parte del apellido conferido por razones nobiliarias en la adopción y que lleva utilizando quince años en Alemania, por ser contrario a una ley nacional de abolición de la nobleza. STJUE de 12 de mayo de 2011, caso Runevic-Vardyn: Lituana de origen polaco, casada con ciudadano polaco, residentes en Bélgica con un hijo belga. Problemas en la transcripción de sus apellidos al polaco.

<sup>36</sup> STJUE de 19 de octubre de 2004. Dos ciudadanos chinos, con un hijo nacido en China, trasladan su residencia al Reino Unido por motivos profesionales cuando la madre está embarazada, naciendo Catherine Zhu en Belfast (Irlanda del Norte). Ello va a facilitar a la niña el pasaporte irlandés según lo previsto en la normativa irlandesa, pero no la nacionalidad británica pues Reino Unido no sigue el criterio del *ius soli*. Teniendo en cuenta que la normativa británica no les permite residir legalmente en el territorio, el tribunal británico plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE al dudar de la compatibilidad entre dicha normativa y el Derecho de la Unión.

este trabajo volveré sobre el caso): esa afirmación categórica de que ningún Estado miembro puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, es llevada al extremo cuando su efectividad se reconoce incluso en supuestos en los que es posible presumir una «finalidad fraudulenta» en la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro. Efectivamente, el Tribunal reunido en Pleno va a señalar que el principio al que nos estamos refiriendo ahora es de aplicación incluso cuando todos (la interesada, las partes, el Tribunal) reconocen que «la estancia en el Reino Unido tenía por objeto crear las condiciones necesarias para que la hija que iba a nacer adquiriera la nacionalidad de otro Estado miembro con el fin de obtener a continuación, para la niña y para ella, un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido».<sup>37</sup> La polémica estaba, de nuevo, servida, aunque como veremos en otro momento el asunto Ruiz Zambrano de marzo de 2011 ha supuesto una nueva vuelta de tuerca.<sup>38</sup>

Estas «situaciones de conveniencia» (la referida en el asunto Zhu y Chen no es la única) son vistas con preocupación y recelo por los Estados por las consecuencias prácticas que es posible extraer de algunos fallos. El asunto recién señalado pone sobre la mesa los «partos por conveniencia» en el territorio europeo para adquirir así la nacionalidad de algún Estado miembro y con ella la libertad de circulación y residencia; pero hay otros en los que la presunta conveniencia se articula en torno a otros parámetros como el vínculo matrimonial<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> No debe ignorarse, en todo caso, la otra cara de la moneda, la normativa china: como señala el Abogado General Tizzano en sus Conclusiones la concreta elección de Irlanda fue, efectivamente, deliberada por sus condiciones óptimas para que la hija recién nacida adquiriera la nacionalidad irlandesa y con ella la ciudadanía de la Unión; pero la decisión de dar a luz en un país distinto de China se debió a la política de control de la natalidad de ese país en virtud de la cual las familias tan sólo podían tener un hijo. Por otro lado, la citada normativa impedía adquirir la nacionalidad china a quien naciese fuera de sus fronteras, por lo que desde su nacimiento Catherine Zhu no podía entrar sino con un visado y por un plazo máximo de treinta días al país de origen de su familia. Esta última circunstancia hacía más difícil la decisión británica de no conceder la residencia a ella o/y a su madre, pues en ningún caso su hija podría vivir con ella en China. Cfr. los apartados 10, 11 y 21 de sus Conclusiones.

<sup>38</sup> En este asunto el Abogado General recuerda cómo se reprochaba al Sr. Ruiz Zambrano haber realizado maniobras de «ingeniería jurídica» para conseguir así su objetivo.

<sup>39</sup> El asunto Metock y otros (STJUE de 25 de julio de 2008) trata de la celebración de matrimonios entre nacionales comunitarios y nacionales de terceros Estados. El asunto Ruiz Zambrano (STJUE de 8 de marzo de 2011) trata también de un asunto vinculado a la paternidad en territorio de la Unión y su «idoneidad» en este caso para regularizar la



En ellos llama la atención además un elemento importante: la utilización de una posibilidad abierta por los tratados para el logro de un fin distinto de la obtención de la condición de ciudadano europeo. Efectivamente, el caso Zhu y Chen resulta paradigmático: el traslado a Irlanda del Norte para dar a luz responde a la finalidad de obtener así la nacionalidad de un Estado miembro para... acceder al derecho a la libre circulación y residencia. Que ese derecho forme parte del estatuto del ciudadano europeo no es un bien en sí mismo, mucho menos la condición de «ser» ciudadano de la Unión; el art. 18 TCE era el objetivo, la libertad de circulación y residencia. Y así ha sido hasta llegar al asunto Ruiz Zambrano, pero ese es otro capítulo en esta historia.

## II. VOCACIÓN DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA EUROPEA ¿UNA CIUDADANÍA TRANSFRONTERIZA?

Preguntarse por la vocación de alguien o de algo es tarea a menudo ingrata. Podremos encontrar tantas versiones de una misma vocación como intérpretes (e intereses) haya. En muchas ocasiones esa supuesta vocación queda confundida con la dirección adoptada en un momento dado, o con la orientación que parece tomar algo a juzgar por una serie de indicadores. La vocación puede, sin embargo, seguir escondida.

El TJUE vinculó ese concepto con la ciudadanía europea en el año 2001, con motivo de la sentencia dictada en el asunto Grzelcyk, señalando que *la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (...)*<sup>40</sup>. A partir de ese momento, la referida «vocación» del estatuto de ciudadanía europea ha sido una fórmula recurrente en muchas de las sentencias pronunciadas, estando en boca además de todas las instituciones de la Unión que antes o después se han referido al asunto en sus documentos y actuaciones vinculados a la ciudadanía de la Unión.

Recientemente, sin ir más lejos, el Comité de las Regiones adopta esa fórmula surgida en el seno del Tribunal y la presenta, digamos, adaptada: según éste, «la ciudadanía de la Unión constituye hoy el estatus fundamen-

---

situación de los progenitores. Y en el reciente asunto McCarthy (STJUE de 5 de mayo de 2011) estamos de nuevo ante un matrimonio celebrado entre un nacional comunitario y otro no comunitario, si bien en el citado caso la cuestión se considera finalmente «puramente interna», sin conexión con el Derecho de la Unión. Volveremos sobre ellos más adelante.

<sup>40</sup> Otras versiones lingüísticas: «(...) *is destined to be...*»; «(...) *a vocation à être...*»; «(...) *è destinato ad essere...*».

tal del individuo, sujeto político del proceso de integración europea». A su entender, el Tratado de Lisboa ha consagrado esta dimensión de un modo especial, al recoger las disposiciones generales sobre la ciudadanía de la Unión no sólo en una parte específica del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 18 a 25), sino también en el nuevo Tratado de la Unión Europea, concretamente en el título que contiene las disposiciones relativas a los principios democráticos<sup>41</sup>. De esta manera queda conectada de forma natural la condición ciudadana europea y la función que está llamada a desempeñar.

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión Europea en el último informe dedicado a la ciudadanía de la Unión, al señalar que el Tratado de Lisboa ha «reforzado» la noción de ciudadanía y los derechos correspondientes. Ese fortalecimiento se debe a la integración de la ciudadanía entre las disposiciones relativas a los principios democráticos del art. 9 TUE, y a la consolidación del vínculo entre ciudadanía y democracia en los arts. 10 y 11 TUE<sup>42</sup>.

Y lo cierto es que el Tratado de Lisboa efectúa por vez primera esa conexión formal. Lo que ocurre es que ni está claro que dicha expresión más política que vincula la ciudadanía de la Unión con la realización de la democracia esté hoy día llena de contenido, ni por otra parte es ésa exactamente la expresión surgida en el seno del Tribunal de Justicia al hilo del asunto Grzelczyk.

En el citado asunto Grzelczyk<sup>43</sup> el TJUE señaló que en el ámbito de aplicación del Tratado, el artículo 6 del mismo (actual art. 18 TFUE) prohibía cualquier discriminación por razón de la nacionalidad y debía interpretarse en relación con las disposiciones del tratado sobre la ciudadanía de la Unión, concluyendo al efecto lo siguiente:

La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a

---

<sup>41</sup> Cfr. Dictamen de iniciativa del Comité de las Regiones sobre el tema «Derechos de los ciudadanos: promoción de los derechos fundamentales y de los derechos que emanan de la ciudadanía europea» (2008/C 325/13), C 325/79, apartados 40 y 41.

<sup>42</sup> Cfr. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo, elaborado en aplicación del art. 25 del TFUE sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010 (COM (2010) 602 final), p. 2.

<sup>43</sup> Se trataba del caso de un estudiante francés residente en Bélgica que en un momento dado de su trayectoria solicitó del Estado belga una prestación social no contributiva, prestación que le fue denegada por no tener la nacionalidad del Estado miembro que la concedía.

aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico<sup>44</sup>.

Como decíamos, dicha fórmula adquirió en seguida vida propia y a fuerza de repetirse por unos y por otros, en especial por el mismo Tribunal, se ha convertido en una suerte de mantra<sup>45</sup>. Efectivamente, de forma recurrente el mismo TJUE ha tomado esta expresión como punto de partida de muchas de las sentencias posteriores que abordaban casos vinculados a la ciudadanía europea<sup>46</sup>. Pero como vemos, se trata de una expresión que conecta directamente la vocación del estatuto de ciudadanía con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, y con ninguna cuestión más. Que la ciudadanía de la Unión represente al «sujeto político de la integración» o no lo haga, como indicaba el Comité de las Regiones, será una cuestión distinta.

Desde que el TJUE señalara en 1998 en el asunto Martínez Sala que en su condición de nacional de un Estado miembro (...) la demandante está incluida en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía europea, y que el antiguo art. 8.2 TCE atribuye a la condición de ciudadano europeo los derechos y deberes previstos por el tratado, entre ellos el de no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del tratado previsto por el antiguo art. 6 TCE<sup>47</sup>, quedaba claro que la ciudadanía europea tenía una conexión directa con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Pero a partir del asunto Grzelczyk ¿podría decirse incluso que caminaba de su mano?

### *El lugar de la no discriminación por razón de la nacionalidad*

El TJUE ha ido interpretando el antiguo art. 12 del TCE en el contexto de los derechos del ciudadano europeo descritos en el antiguo art. 8 TCE, a sa-

---

<sup>44</sup> Cfr. asunto Grzelczyk, apartado 31.

<sup>45</sup> En feliz expresión de Jo Shaw, *op. cit.*, p. 12.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo en D'Hoop, apartado 28, Baumbast apartado 82, García Avello apartado 22, Zhu y Chen apartado 25; también en España c. Reino Unido apartado 74, Huber apartado 69, Rottmann apartado 43, Ruiz Zambrano apartado 41, McCarthy apartado 47 y Runevic-Vardyn apartado 60.

<sup>47</sup> Cfr. apartados 61 a 63 del caso Martínez Sala.

ber, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia en igualdad de condiciones, el derecho a la protección diplomática y consular por otro Estado miembro en las mismas condiciones, el derecho a presentar peticiones al Parlamento Europeo, reclamaciones al Defensor del Pueblo Europeo y a comunicarse con las instituciones de la Unión en cualquiera de las lenguas señaladas en el Tratado. En algunos casos esa interpretación conjunta se ha realizado con suma facilidad, por el propio diseño dado por el tratado a alguno de tales derechos como el derecho de sufragio en elecciones europeas o municipales o la protección diplomática en terceros Estados. El Tratado de Lisboa ha unido finalmente, de modo «oficial», el destino de la ciudadanía europea y la no discriminación por razón de la nacionalidad en un capítulo común, la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo TCE), cuya rúbrica se titula «No discriminación y ciudadanía de la Unión»: así, los artículos 18 a 25 del TFUE han agrupado las disposiciones que en textos precedentes recogían, por un lado, el principio de no discriminación, y por el otro el estatuto de ciudadanía europea. Parece claro que en este caso (como en tantos otros) el texto de las normas no hace sino recoger algo que *de facto* estaba ya ocurriendo.

En todo caso, y como veíamos en Grzelczyk, la dimensión más poderosa del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad es la que lo convierte en un *modus operandi*, pues desde esta perspectiva un ciudadano europeo puede reclamar que en un ámbito de la Unión no quepan diferencias basadas en la nacionalidad. El TJUE ha conocido de numerosos supuestos que ponían en jaque a un Estado miembro por incorporar como criterio a la hora de justificar una diferencia de trato la nacionalidad del sujeto<sup>48</sup>.

### *El ámbito de aplicación ratione materiae del Derecho de la Unión*

En primer lugar, aunque puede invocarse dicho principio en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión, la inmensa mayoría de los asuntos en que se ha sus-

---

<sup>48</sup> Si en Martínez Sala la problemática estaba en torno a una prestación por maternidad, en Grzelczyk se trataba de una prestación social no contributiva, en García Avello de una transmisión de apellidos, en Pusa de un embargo de una pensión de invalidez, en Shempp de la tributación de una pensión alimenticia, en Eman y Sevinger del derecho de sufragio en elecciones europeas, en Huber de la protección de datos personales, etc.

citado tenían lugar en el contexto de la libertad de circulación y residencia prevista en el actual art. 21 TFUE<sup>49</sup>.

Una singular excepción es la que dio lugar a la ya citada sentencia del caso *Eman y Sevinger*: en tal asunto, efectivamente, el principio de no discriminación se proyectaba sobre el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo señalado en el antiguo art. 19.2 TCE (actual art. 22 TFUE) y desplegaba sus efectos con particular intensidad habida cuenta de que éste último era considerado finalmente no aplicable por el TJUE, basándose su pronunciamiento en el genérico principio de igualdad de trato y no discriminación perteneciente a los principios generales del Derecho de la Unión que todo Estado miembro debe respetar<sup>50</sup>.

### *¿Un mismo trato jurídico?*

En segundo lugar, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad implica, según el Tribunal en el asunto *Grzelczyk*, que todos los sujetos reciban el mismo trato jurídico independientemente de su nacionalidad. Tres cuestiones nos llevan a detenernos aquí:

1) ¿Qué ocurre cuando el trato «no menos favorable» se compara con el de quienes no han hecho uso de la libertad de circulación? La medida diferenciadora puede ser puesta en práctica por el Estado miembro del que

---

<sup>49</sup> En este sentido, STJUE en el asunto *Martínez Sala*, apartado 33.

<sup>50</sup> El citado asunto contempla el caso de dos nacionales holandeses, domiciliados en Aruba, que ven denegado su derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo porque Aruba no es territorio holandés de cara a la aplicación del TCE, sino un territorio sometido únicamente a un régimen especial de asociación. Desde esta perspectiva, el derecho de voto de los ciudadanos europeos que no residan en el territorio al que se aplica la normativa comunitaria no puede basarse en el art. 19.2 TCE que «pretende únicamente garantizar que los ciudadanos de la Unión que residen en otro Estado miembro gocen del derecho de voto en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro» (apartados 35 y 53) sino que deberá encontrar fundamento en lo previsto por la normativa nacional. A estos efectos el art. 3 del Protocolo n.º1 del CEDH no se opone a que los Estados adopten el criterio de residencia para restringir el ámbito de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo (tal y como se establece en la STEDH de 19 de octubre de 2004, *Melnichenko* contra Ucrania, apartado 56) siempre que dicho criterio se adopte respetando los principios generales del Derecho de la Unión, entre los cuales se encuentra el de igualdad de trato o no discriminación: en tal sentido, una normativa como la cuestionada que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo a cualquier ciudadano holandés residente en un tercer Estado, pero no lo hace a los ciudadanos holandeses residentes en un territorio como Aruba vulnera dicho principio de igualdad de trato y no discriminación (apartados 56 a 61).

es nacional el sujeto que, sin embargo, reside en otro Estado miembro<sup>51</sup>, o por el Estado miembro de residencia respecto de sus propios nacionales<sup>52</sup>; en ambos casos sería incompatible con la libertad de circulación y residencia que pudiera aplicarse al sujeto un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de dicha libertad de circulación pues ello disuadiría al ciudadano de ejercer tales libertades. Pero ¿qué ocurre cuando comparamos con la situación de quienes no se han desplazado? En muchas ocasiones la comparación resulta realmente odiosa, hablándose incluso de «discriminación inversa» y poniendo así en tela de juicio el entendimiento entre ciudadanía europea y no discriminación<sup>53</sup>. Efectivamente, esta construcción ha puesto contra las cuerdas la noción de asunto puramente interno a la que necesariamente tenía que acudir cualquier Estado que quisiera escapar a las exigencias del principio de no discriminación (en la medida en que un asunto no pertenece al ámbito de aplicación del tratado *ratione materiae*, sólo los Estados tienen la competencia para decidir al respecto), pero el TJUE ha interpretado los asuntos puramente internos de forma muy restrictiva<sup>54</sup>, favoreciendo así la afirmación de la libertad de circulación y... el agravio comparativo: quienes permanecen en el territorio se ven sujetos a una normativa netamente menos beneficiosa. Estamos ante un asunto delicado y que plantea desafíos aún por abordar<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Así en D'Hoop apartado 31, Schwarz apartado 89, Tas y Tas-Hagen apartado 19 o Morgan apartado 22.

<sup>52</sup> Así en Grzelczyk apartado 32 o Baumbast apartado 75.

<sup>53</sup> Véanse en tal sentido, Shaw, Jo, *op. cit.*, p.18 e Iglesias, Sara, El asunto *Ruiz Zambrano*: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, 2011, p. 12ss.

<sup>54</sup> El TJUE señaló en el ya citado asunto *García Avello* que la ciudadanía europea no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho de la Unión (apdo.26). Véanse igualmente después *Zhu y Chen*, apartado 18, *Shempp* apartado 20 o *Tas-Hagen* apdos. 23 y 28. Un ejemplo contradictorio lo encontramos en el ATJUE de 26 de marzo de 2009, asunto *Pignataro*: si bien el TJUE excluye parte del asunto, entra a conocer del resto considerándose competente cuando el asunto sale fuera completamente del ámbito comunitario al tratar sobre los requisitos para ser candidatos en elecciones de tipo regional. Como veremos más adelante, en los asuntos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy* el Tribunal pone los puntos sobre las íes en cuanto a la existencia de puntos de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión (*Ruiz Zambrano*, apartados 37 a 43 y *McCarthy*, apartados 45, 46, 49, 54 y 55).

<sup>55</sup> La Abogado General Sharpston en sus Conclusiones al asunto *Ruiz Zambrano* así lo hará ver, sugiriendo en particular una propuesta para luchar contra los casos de discrimi-

2) El alcance de esa igualdad de trato a la que se refería lacónicamente el Tribunal en *Grzcelczyk*, está limitado territorialmente a un Estado miembro concreto, y no a la totalidad del territorio europeo<sup>56</sup>. En varias ocasiones esta cuestión se ha proyectado sobre asuntos fiscales/tributarios, como en los casos *Schempp* y *Schwarz* y *Gootjes-Schwarz*<sup>57</sup> aun con resultados diversos, pero también es posible encontrarlo en otros ámbitos como en un caso sobre derechos lingüísticos en procesos penales, el asunto *Bickel* y *Franz*<sup>58</sup>. Si la prohibición no supera la frontera de un Estado ¿cómo entender a veces declaraciones como la del Parlamento Europeo señalando que «el concepto de ciudadanía de la Unión incluye el principio de no discriminación de ningún ciudadano de la Unión, y no sólo de ningún ciudadano de un Estado miembro particular» e instando a la Comisión a que «prosiga su análisis de la situación de los inmigrantes intracomunitarios y adopte las medidas adecuadas para asegurar que gozan efectivamente de sus derechos como ciudadanos de la Unión»<sup>59</sup>? Esa limitación territorial es difícilmente comprensible por el individuo de a pié que parece esperar bajo un «título común» (ser ciudadano europeo) un mismo contenido, o al menos un contenido razonablemente similar.

3) Finalmente, el antiguo art. 12 TCE se proyecta sobre la situación de ciudadanos europeos nacionales en comparación con ciudadanos no nacio-

---

minación inversa en el ámbito de la ciudadanía europea. Cfr. Conclusiones asunto *Ruiz Zambrano*, apartados 123 y ss.

<sup>56</sup> El antiguo art. 12 TCE «no comprende las eventuales disparidades de trato que puedan derivarse, para las personas y empresas sujetas al Derecho de la Unión, de las divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, siempre que tales legislaciones se apliquen a todas las personas sometidas a ellas con arreglo a criterios objetivos y no por razón de la nacionalidad». STJUE de 12 de julio de 2005, asunto *Schempp*, apartado 34.

<sup>57</sup> En el asunto *Schempp* (STJUE de 12 de julio de 2005) se aborda el caso de una normativa nacional en virtud de la cual un sujeto pasivo residente en Alemania no puede deducir de su base imponible en ese Estado miembro la pensión alimenticia que paga a su ex mujer, pues ésta reside en otro Estado miembro en el que dicha pensión no está sujeta a tributación. El asunto *Schwarz* y *Gootjes-Schwarz* (STJUE de 11 de septiembre de 2007) contempla el caso de una normativa fiscal que establece una deducción fiscal por escolaridad en centros privados nacionales y no en centros privados de otros Estados.

<sup>58</sup> El asunto *Bickel* y *Franz* (STJUE de 24 de noviembre de 1998) aborda el caso de una normativa italiana que confiere el derecho a que el proceso penal se sustancie en una zona de su territorio en una lengua (alemana) distinta de la lengua principal del Estado.

<sup>59</sup> Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre problemas y perspectivas de la ciudadanía europea (2008/2234(INI)), 2010/C 147 E/03, p. 18.

nales, pero no respecto de ciudadanos de terceros Estados; el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad no tiene en los ciudadanos extranjeros su término de referencia<sup>60</sup>.

### *Un maridaje ¿deseado?*

Si fuera posible hacer una comparación culinaria, ¿podríamos hablar de maridaje entre ciudadanía europea y no discriminación por razón de la nacionalidad? De ser así ¿es ésa realmente la «vocación» de la ciudadanía europea?; y si lo es ¿tiene sentido que así sea? Nos preguntamos en el fondo si queremos una ciudadanía cuya razón de ser sea quitar los obstáculos que la nacionalidad puede presentar a quienes atraviesan las fronteras nacionales, pues si la vocación deseada es lograr que quienes se encuentran en la misma situación puedan obtener el mismo trato jurídico ¿qué aportan los artículos referidos a la ciudadanía de la Unión? ¿Podrían incluso desaparecer, y las consecuencias serían las mismas?

No cabe duda de que el diseño inicial ofrecido por el Tratado de Maastricht apuntaba en buena parte en tal sentido: una ciudadanía principalmente transfronteriza. De todos los derechos consagrados en el citado tratado, los «exclusivos» de los ciudadanos europeos sólo contemplaban una regla de no discriminación por razón de la nacionalidad: así desde luego los derechos electorales al Parlamento Europeo y en elecciones municipales (actual art. 22 TFUE) y el derecho a la protección diplomática en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que se es nacional (actual art. 23 TFUE). Por su parte, la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros quedaba consagrada como derecho de los ciudadanos europeos si bien derivaba como es bien sabido de una de las clásicas libertades comunitarias. Tenía la virtualidad de desplazar la vertiente más económica de los sujetos en sus desplazamientos por otros Estados Miembros, convirtiéndose así en el «denominador común de los ciudadanos activos y no activos»<sup>61</sup>, y se contemplaba (como recoge el actual art. 21 TFUE) «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación»;

<sup>60</sup> En el asunto *Vatsouras y Koupatantze* (STJUE de 4 de junio de 2009, apartado 52) el TJUE considera que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que excluye del disfrute de una prestación de asistencia social a los ciudadanos europeos, pero no a ciudadanos de terceros Estados.

<sup>61</sup> Así en las Conclusiones del Abogado General al asunto *Baumbast*, apartado 105.



hay que decir que el Tribunal de Justicia, como hemos visto, conectó con naturalidad desde el principio esta libertad de circulación y residencia con la no discriminación por razón de la nacionalidad.

Los restantes derechos contemplados en el texto del tratado (actual art. 24 TFUE) eran derechos más «fuertes» por cuanto expresaban una conexión directa entre el ciudadano europeo y la propia Unión Europea (lo que en un trabajo ya clásico Paul Magnette denominaba «dimensión vertical» de la ciudadanía, en contraposición con la «dimensión horizontal»<sup>62</sup>), un vínculo inmediato al que se dotaba de contenido más allá del puro eliminar obstáculos por razón de la nacionalidad previsto en los otros casos. Sin embargo eran, al tiempo, derechos más «débiles» por cuanto no eran exclusivos de los ciudadanos europeos sino reconocidos igualmente a cualesquiera otros sujetos sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro (cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro) como reconocen los actuales arts. 227, 228 TFUE. Esa no exclusividad diluía el vínculo que pretendía establecerse, y en tal sentido se hablaba de «debilidad». Volveré sobre ello al final.

El paso de los años no ha hecho sino aumentar esa impresión. Las instituciones de la Unión parecen dar por descontado en muchas ocasiones que la (mejor) vocación de la ciudadanía europea es caminar de la mano de la no discriminación por razón de la nacionalidad<sup>63</sup>. En su día señalaba esta circunstancia al describir la orientación que dichas instituciones estaban dando a las disposiciones sobre la ciudadanía europea<sup>64</sup>. Así, ser ciudadano europeo se ha identificado durante mucho tiempo con ser ciudadano «más allá de la frontera nacional» sin implicar demasiado ningún vínculo particular o sustantivo con el ordenamiento de la Unión<sup>65</sup>. ¿Estamos, efectivamente,

---

<sup>62</sup> Cfr. Magnette, Paul, *La citoyenneté européenne*, Institut d'Etudes européennes, Université de Bruxelles, 1999, p. 227 y ss.

<sup>63</sup> No es posible deducir otra cosa de algunos informes de la Comisión que parecen disponer a la ciudadanía europea de cualquier significado más político para identificarlo con un vago concepto colectivo de individuos europeos que se relacionan con la Unión por distintos motivos.

<sup>64</sup> Cfr. Fraile Ortiz, María, *op. cit.*, p. 358 y ss.

<sup>65</sup> La condición de ciudadano europeo parece construirse en relación con una Europa-Administración cuyos ciudadanos serían así administrados europeos que se dirigen al poder público europeo con la pretensión de resolver sus problemas transfronterizos. Véanse algunos ejemplos en el último Informe de la Comisión sobre la Ciudadanía de la UE del año 2010: según el texto del mismo la Comisión reivindica que «los ciudadanos deberían

ante un concepto de Europa como una Gran Administración que busca ser eficiente? ¿Un concepto de ciudadanos transnacionales que sólo apelan a su condición de ciudadanos europeos cuando pretenden conseguir con ello mejorar su situación personal?<sup>66</sup>. No hay que descartar que lo que esté por debajo sea sencillamente la conciencia de que lo político, lo más participativo, sólo puede ser apreciado cuando lo más cotidiano está resuelto, pero los interrogantes no se despejan en todo caso con facilidad. Para empezar, la incorporación de los preceptos sobre no discriminación al capítulo sobre ciudadanía de la Unión en el Tratado de Lisboa no hacen sino apuntar en aquella dirección.

Podría objetarse que el mismo Tratado de Lisboa ha incorporado medidas de sentido muy diverso, entre las que se encontraría sin duda la nueva «Iniciativa ciudadana europea» que ha venido a sumarse (siguiendo una extraña técnica) a lo previsto en el actual art. 24 TFUE sobre derecho de petición, acceso al Defensor del Pueblo Europeo y comunicación con las instituciones de la Unión en cualquiera de las lenguas oficiales. ¿Puede la llamada «iniciativa ciudadana europea» romper entonces esa impresión? ¿Es capaz de apuntalar la dimensión más política que la ciudadanía podría estar llamada a desempeñar? Aún es demasiado pronto para saberlo.

#### *Luxemburgo: ... algo se mueve*

A vista de pájaro, sin embargo, es necesario volver a Luxemburgo. La jurisprudencia más reciente del TJUE invita a la reflexión y es preciso hacerlo. Algún informe de las instituciones también apunta a que algo se mueve.

No se trata ahora de profundizar demasiado en algo que constituye casi un lugar común en las reflexiones sobre no discriminación por razón de la nacionalidad y libertad de circulación y residencia<sup>67</sup>: la jurisprudencia del TJUE ha contribuido a la expansión de ambos de la mano de la ciudadanía

---

disfrutar en otros Estados miembros del mismo acceso a la justicia civil y penal de que disfrutan en su propio país» (p. 6) o que «los ciudadanos que caen enfermos o resultan heridos mientras viajan por motivos de negocios o vacaciones o durante la estancia por estudios en otro Estado miembro, tienen el mismo derecho a la atención sanitaria que los nacionales de ese Estado miembro» (p. 9), o bien que «la embajada o el consulado del Estado miembro debe tratarlos de la misma manera en que trataría a sus propios nacionales». Cfr. el Informe sobre la Ciudadanía de la Unión Europea 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea (COM(2010) 602 y 605 final), p. 11.

<sup>66</sup> En este último sentido, Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 19.

<sup>67</sup> Entre otros, Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 10-14 y Sarmiento, Daniel, *op. cit.*, p. 220.

europea. Son muchas las sentencias dictadas a partir de cuestiones prejudiciales que así lo demuestran, muy en particular entre los años 2001 y 2008. En el asunto Kaur citado al comienzo las cuestiones suscitadas por el órgano judicial remitente apuntaban ya los elementos más importantes de la reflexión, si bien quedaron sin respuesta al estar condicionadas a la resolución de la primera de ellas, en sentido desestimatorio<sup>68</sup>; en D’Hoop el Tribunal viene a advertir que las disposiciones sobre la ciudadanía europea son aplicables desde su entrada en vigor y se proyectan también sobre los efectos actuales de situaciones nacidas con anterioridad<sup>69</sup>; y en Baumbast el Tribunal va finalmente a consagrar algo defendido ya en las Conclusiones de algunos asuntos anteriores<sup>70</sup>: que la libertad de circulación y residencia es un precepto con efecto directo<sup>71</sup>. Muchos casos posteriores asumen dicho principio de forma implícita al referir que el precepto en cuestión reconoce el derecho al ciudadano «directamente», o bien que éste puede «invocar» ante los tribunales esta disposición<sup>72</sup>. Por otro lado, el Tribunal recuerda que el art. 18 TCE funciona como regla general a la que acudir cuando no es de aplicación otra más específica<sup>73</sup>.

El reconocimiento del efecto directo del actual art. 21 TFUE fue sin duda un paso decisivo<sup>74</sup>. Pero más allá de todo ello, es decir, al margen de esa

<sup>68</sup> Cfr. asunto Kaur, apartados 15 y 28.

<sup>69</sup> Cfr. asunto D’Hoop, apartado 25.

<sup>70</sup> El Abogado General La Pergola en las conclusiones del asunto Martínez Sala en el año 1998, y el Abogado General Cosmas en el asunto Wijnsbeek en el año 1999. Cfr. las Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto Baumbast, apartados 48 y ss, 101 y ss.

<sup>71</sup> «Si bien antes de la entrada en vigor del TUE (...) el derecho de residencia estaba sujeto al requisito de que se ejerza una actividad económica (...), desde entonces se ha introducido el estatuto de ciudadano de la Unión en el TCE y (...) se ha reconocido a todo ciudadano el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (...) por una disposición clara y precisa del Tratado» lo que permite al ciudadano invocar su derecho ante los tribunales. Cfr. asunto Baumbast, apartados 81-86, siguiendo el sentido de las Conclusiones del Abogado General Geelhoed, apartados 103 ss. En igual sentido en el asunto Zhu y Chen, apartado 26.

<sup>72</sup> Así De Cuyper, apartado 36 o Shempp, apartado 41. También en Metock apartado 82. Y naturalmente en McCarthy apdos. 28 y 48.

<sup>73</sup> Véase STJUE asunto Schwarz y Gootjes-Schwarz, apartados 34, 35 y 99.

<sup>74</sup> Jo Shaw llama la atención sobre el entusiasmo con el que el TJUE acogió las posibilidades abiertas por el concepto de ciudadanía europea para empujar su jurisprudencia hacia horizontes a los que no hubiera llegado si fueran casos de pura libertad de circulación o no discriminación por razón de la nacionalidad. Pues aunque antes del Tratado de Maastricht

utilización más que simbólica de la ciudadanía europea para expandir el ámbito de la libertad de circulación y residencia y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad... ¿hay algo nuevo? O dicho de otro modo ¿discurre la ciudadanía europea en alguna dirección... sin moverse de casa?

La más reciente jurisprudencia del TJUE contiene indicios prometedores. Sin olvidar el asunto Rottmann de 2 de marzo de 2010, y al que ya nos referimos en otro capítulo de este trabajo, hablamos ahora naturalmente de las sentencias Ruiz Zambrano y McCarthy de 2011, citadas ya en alguna ocasión.

*El Sr. Ruiz Zambrano ¿el fin de la ciudadanía transfronteriza?*

El asunto Ruiz Zambrano narra el rocambolesco caso de un matrimonio colombiano que tras entrar con un visado en Bélgica ve denegada su solicitud de asilo político en dicho país. A partir de ese momento se suceden dos «vidas paralelas» a lo largo de casi diez años, una la que podríamos llamar legal-administrativa y otra la real<sup>75</sup>. Cuando la primera parece imponerse a la segunda, un tribunal belga se dirige a Luxemburgo y le plantea tres cuestiones prejudiciales: ¿tiene el ciudadano europeo, por el hecho de serlo, un derecho a residir en el territorio independiente de que haya ejercitado previamente la libertad de circulación? Habida cuenta de la corta edad del ciudadano europeo ¿ello comporta un derecho a residir de igual manera para sus ascendientes? ¿y un derecho a obtener un permiso de trabajo para éstos?

---

el Tribunal buscaba cómo interpretar al límite el Derecho de la Unión cuando se encontraba con las categorías «marginales» (estudiantes, niños, desocupados), «en la era de la ciudadanía de la Unión» puede dar más peso a sus conclusiones invocando tal concepto cuando se enfrenta a esas categorías. Cfr. Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 11.

<sup>75</sup> La legal-administrativa les impide reiteradamente permanecer en Bélgica; la real les impide volver a Colombia por la situación de guerra civil existente (situación que había supuesto en un momento dado incluso el secuestro de un hijo durante una semana). Mientras se suceden las distintas vías de recurso frente a las resoluciones administrativas desestimatorias de las peticiones del matrimonio Ruiz Zambrano, nace un segundo hijo que adquiere la nacionalidad belga y no la colombiana. Y dos años después un tercer hijo. Durante ese tiempo el Sr. Ruiz Zambrano había aprendido francés, escolarizado a sus hijos y contaba con recursos suficientes para su mantenimiento al encontrarse trabajando pese a carecer de permiso de trabajo. Ello le lleva a solicitar de nuevo —sin éxito— la regularización de su estancia. Ante el tribunal de trabajo el Sr. Ruiz Zambrano alega finalmente varias vulneraciones del CEDH (el art. 8 y el art. 3.1 del Protocolo 4.º de dicho CEDH) así como la vulneración de la normativa comunitaria, en particular el derecho de residencia «derivado» previsto en el TCE una vez interpretado a partir de la doctrina Zhu y Chen del año 2004.

La respuesta conjunta del TJUE puede sintetizarse del modo siguiente: el Tribunal reconoce 1) un derecho de residencia al ciudadano europeo en el territorio del cual el ciudadano es nacional, al margen de que haya ejercitado o no la libertad de circulación; 2) el derecho de residencia de sus ascendientes aunque no sean ciudadanos europeos, cuando de ellos dependan los ciudadanos por ser menores de edad, como consecuencia de la necesidad de que tenga efecto útil el derecho de residencia del ciudadano menor de edad (hasta aquí la doctrina Zhu y Chen); ello aun cuando el menor de edad —y por tanto sus ascendientes— no hayan ejercitado su libertad de circulación y siempre que cumplan con la condición de disponer de recursos suficientes y seguro de enfermedad; y 3) la dispensa de permiso de trabajo a dichos ascendientes, con la misma finalidad de dotar de efecto útil al derecho de residencia del ciudadano europeo menor de edad a su cargo.

Para contestar a la primera cuestión, la que ahora nos interesa, el Tribunal, con sencillez (pasmosa)<sup>76</sup>, establece como si se tratara de un silogismo: el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro (primera proposición); tener la nacionalidad o no tenerla es competencia de los Estados (segunda proposición); quien tiene la nacionalidad tiene derecho al estatuto «de manera incontestable» (tercera proposición). Esta última proposición es la que permitirá al Tribunal llegar más lejos, llevar el estatuto a sus últimas consecuencias; pero para hacerlo el Tribunal deberá volver antes a la «vocación» del estatuto, esa especie de letanía sobre «convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros» (apartado 41) a la que estamos dedicando estas páginas. El Tribunal vuelve a afirmar dicha vocación... sin mencionar en esta ocasión la segunda parte, la que ligaba la suerte del estatuto con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Y aunque esto no es nuevo sí es la primera vez en la que el Tribunal parece querer sacar otras consecuencias; y aquí es donde encontramos un salto histórico, un golpe de timón (confirmado tres meses después a raíz del asunto McCarthy): si el silogismo es el que veíamos, y la vocación la señalada, entonces *el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo*

---

<sup>76</sup> Inversamente proporcional, todo hay que decir, a las prolijas conclusiones de la Abogado General Sharpston que elabora una respuesta metódica y minuciosa, casi académica, tal vez en homenaje póstumo a Dámaso Ruiz-Jarabo a quien sustituye tras su repentina muerte en noviembre de 2009.

*de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión* (apartado 42). A partir de este momento, el Tribunal no puede sino conceder al Sr. Ruiz Zambrano todo lo que pide (permiso de residencia permanente y dispensa de permiso de trabajo), pues siendo sus hijos —belgas y por ello ciudadanos europeos— menores de edad, el efectivo disfrute de su estatuto (de ellos) depende de que sus padres puedan tener regularizada su situación en el país.

Varias cuestiones merecen atención. La primera de ellas es la que se refiere a la contestada tesis del Sr. Ruiz Zambrano: la invocación de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión por parte de sus hijos no presupone necesariamente un desplazamiento de estos fuera del Estado miembro en cuestión, pues si bien es cierto que la Directiva 2004/38 sobre libertad de circulación y residencia no era de aplicación al caso, al no haber trasladado los ciudadanos de la Unión su residencia a otro Estado miembro, ello no excluía la aplicación del Derecho de la Unión. La polémica como tal no estaba en sí en esa afirmación sino en sus consecuencias prácticas: el efecto útil de la doctrina aludida repercutía sobre los ascendientes —nacionales de terceros Estados— de los ciudadanos de la Unión —dos menores de corta edad— y hacía que éstos tuvieran derecho de residencia permanente en el Estado miembro y dispensa de permiso de trabajo. El «no» de los Estados era, en definitiva, un «no» al eventual «efecto llamada» a tener hijos en el territorio de la Unión para regularizar a sus padres.

Por otro lado, si con Baumbast el Tribunal afirmaba de forma incontestable el efecto directo del precepto que contiene la libertad de circulación y residencia, el art. 21 TFUE, con Ruiz Zambrano lo «incontestable» es la proyección de dicho efecto directo sobre situaciones hipotéticas pero recogidas en estado potencial en el texto del art. 20 TFUE. Efectivamente, está diciendo el Tribunal, desde el momento en el que el art. 20 TFUE reconoce un derecho al estatuto está reconociendo un derecho a lo que dicho estatuto posibilita. De otra manera, el estatuto resultaría algo irrisorio e irrisoria sería también la proclamada vocación de la ciudadanía europea de convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Si hasta la fecha habíamos cuestionado el verdadero alcance llamado a desempeñar por dicha afirmación del Tribunal de Justicia, es preciso reconocer ahora que el Tribunal parece decidido a sacarle todo el partido.

Lo interesante de este aspecto del caso Ruiz Zambrano es que... no parece un error de cálculo del Tribunal ni un ejercicio desmesurado de gene-

rosidad interpretativa: muestra una dirección que parece querer seguirse en el futuro como demuestra el asunto McCarthy al que nos referíamos antes, si bien en este caso el resultado es bien distinto<sup>77</sup>. Cuestionado el Tribunal por el órgano judicial británico conociendo del citado asunto, éste señala lo siguiente: 1) Si bien es cierto que las normas sobre libertad de circulación no pueden aplicarse a situaciones que no presenten ningún punto de conexión con el Derecho de la Unión —puramente internas—, 2) el mero hecho de no haber ejercitado la libertad de circulación no convierte la situación en puramente interna (así Schempp, y sobre todo Ruiz Zambrano) porque 3) aunque la vocación del estatuto de ciudadano europeo es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y el art. 20 TFUE se opone a medidas que «puedan» («tengan por efecto») privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por ese estatuto (Ruiz-Zambrano) u obstaculizar injustificadamente su ejercicio (García Avello), 4) nada en el caso indica que la medida objeto del litigio (la falta de reconocimiento por las autoridades británicas de la nacionalidad irlandesa a efectos de reconocerle un derecho de residencia en el Reino Unido) «pueda» privar a la Sra. McCarthy del disfrute efectivo de la esencia de los derechos de la ciudadanía de la Unión incluido el de circular y residir libremente por el territorio de los Estados miembros pero también de cualquier otro derecho de la ciudadanía europea. El asunto McCarthy ponía así en bandeja al Tribunal una ocasión para demostrar que el caso Ruiz Zambrano podía suponer un cambio de rumbo pero no un «perder el norte». El Tribunal parece saber adónde va.

En el mismo orden de cosas, resulta muy interesante la referencia en el asunto Ruiz Zambrano al «disfrute efectivo de la esencia de los derechos», un concepto de netas connotaciones constitucionales.<sup>78</sup> El Tribunal de Jus-

---

<sup>77</sup> En esta nueva sentencia del mes de mayo de 2011 el Tribunal se enfrenta al caso de una ciudadana con doble nacionalidad comunitaria (británica e irlandesa) que ha vivido siempre en el Reino Unido, se casa con un ciudadano jamaicano sin permiso de residencia en dicho país y piden el citado permiso de conformidad con el Derecho de la Unión en calidad de ciudadana de la Unión —irlandesa— y de su cónyuge residentes ambos en el Reino Unido. Dicho permiso es denegado.

<sup>78</sup> Efectivamente el Tribunal evoca, con su expresión, el concepto de contenido esencial de un derecho, ese llamado núcleo duro del mismo cuyo respeto debe quedar garantizado en todo momento; el límite de los límites. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por su parte, lo ha incorporado ya a su lenguaje en el art. 52.1, si bien no se trata de una expresión del todo nueva. Enfrentado a cuestiones relacionadas con la

ticia dice que el Derecho de la Unión se opone a cualquier medida nacional «que tenga por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos»; si conectamos esto con lo anterior resulta «esencial» al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros la mera posibilidad de hacerlo, y por tanto una hipótesis<sup>79</sup>. De esta manera, para que el ciudadano europeo pueda invocar el estatuto de ciudadanía no tiene necesariamente que haberse desplazado, pues la «esencia» de su derecho es algo más que el puro ejercicio del mismo.

### *Extrapolaciones y autonomía*

El eco de los pronunciamientos del Tribunal en los asuntos Ruiz Zambrano y McCarthy no ha salido por el momento del concreto espacio de la libertad de circulación y residencia. Pero ¿podría hacerlo? ¿sería su doctrina extrapolable a otros derechos del estatuto?

Sin duda un campo muy interesante a esos efectos es el derecho de sufragio: si, según Ruiz Zambrano, el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión; y según McCarthy el citado precepto también se opone a medidas nacionales que tengan por efecto obstaculizar el ejercicio de su derecho, ¿qué diría el Tribunal ante un caso en el que tuviera que confrontar la normativa de la Unión sobre derecho de sufragio con los obstáculos derivados de no pocas normativas nacionales que dificultan o impiden que ciudadanos europeos que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro puedan formar parte de partidos políticos existentes, crear otros, etc?<sup>80</sup> ¿No estaríamos ante me-

---

limitación de los derechos, el Tribunal acudía al mismo concepto con anterioridad: afectar o no a la «esencia misma de dichos derechos», a su «substancia» (así, por ejemplo, STJCE de 13 de julio de 1989, asunto Wachauf, apartado 18 y STJCE de 13 de abril de 2000, asunto Karlsson, apartado 45). Por su parte, en 2003 el Abogado General del asunto Baumbast citado se refiere igualmente a la esencia del derecho a la libre circulación. Cfr. Conclusiones Abogado General Geelhoed, asunto Baumbast, apartado 52.

<sup>79</sup> No deja de resultar llamativo que los Estados puedan —como hicieron— llevarse las manos a la cabeza por un pronunciamiento del Tribunal que valora los efectos hipotéticos de la normativa cuestionada, cuando ellos mismos están valorando al hacerlo un riesgo igualmente hipotético.

<sup>80</sup> Según el último Informe de la Comisión sobre la Ciudadanía de la Unión, algunos Estados Miembros únicamente reconocen a sus propios nacionales el derecho a afiliarse a partidos políticos o a fundar un partido. Eso obliga en la práctica a quienes quieren presentarse a las elecciones a que lo hagan como independientes o como candidatos presentados



didas nacionales que tienen por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión? La cuestión no es menor; estamos hablando de medidas adoptadas por más de la tercera parte de los Estados miembros.

En todo caso, y volviendo al comienzo de este capítulo, ¿supone, al fin, el asunto Ruiz Zambrano una apuesta del Tribunal por dotar al concepto de autonomía *fronteriza*? ¿Permitirá realmente que la ciudadanía europea adquiera un significado autónomo, ajeno a los avatares no sólo de la libertad de circulación y residencia sino también de la no discriminación por razón de la nacionalidad?

Esta cuestión no puede hacernos olvidar en ningún caso que la ciudadanía de la Unión no se construye (sólo) a golpe de pronunciamientos. Por más que el Tribunal haya contribuido de forma notable sobre todo últimamente a apuntalar el vínculo, a hacerlo más poderoso conceptualmente, en el más genérico plano institucional puede apreciarse desde el principio «una mayor reticencia a aprovechar el simbolismo político de la ciudadanía de la Unión para algo más que no sea ser un puro instrumento de retórica política»<sup>81</sup>. Recordemos la vinculación formal que se produce en el Tratado de Lisboa entre ciudadanía europea y democracia (arts. 10 y 11 TUE) y que tantos aplausos recibió de las mismas instituciones<sup>82</sup>; más allá de la «formalidad» ¿supone algo? ¿es puramente simbólico? Lo simbólico suele ser gratis, pero paradójicamente una utilización indebida de lo simbólico puede salir cara.

Algunos avances recientes pueden sin embargo ser indicativos de que algo «se mueve», incluso a nivel institucional. Como muestra, un botón: en

---

por organizaciones distintas de los partidos políticos; lo que sin duda significa que las condiciones para el ejercicio de este derecho no son las mismas para los no nacionales que para los nacionales. En la República Checa, Lituania y Polonia los ciudadanos de la Unión no tienen derecho ni de fundar partidos políticos ni de afiliarse a partidos existentes. En Bulgaria, España, Eslovaquia, Grecia y Letonia, sí pueden afiliarse pero no fundar partidos políticos. En Alemania y Finlandia sí pueden fundar partidos políticos pero siempre que lo hagan en asociación con nacionales de estos dos Estados miembros. Actualmente la Comisión está examinando todos los casos mencionados. Cfr. Informe sobre la Ciudadanía de la Unión 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea COM(2010) 603 final, p. 21, y el Informe relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo y a la participación de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia, COM(2010) 605 final, p. 9-10.

<sup>81</sup> Cfr. Shaw, Jo, *op. cit.*, p. 19.

<sup>82</sup> Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, *op.cit.*, p.3.

este caso un informe de la Comisión (publicado quince días después de la sentencia en el asunto Ruiz Zambrano) haciendo balance sobre el derecho a la protección diplomática y consular del art. 23 TFUE<sup>83</sup>.

En primer lugar la Comisión destaca que el precepto, levemente modificado por el Tratado de Lisboa, supone un «nuevo marco jurídico» desde el punto de vista de su operatividad, tanto en lo que se refiere a la adopción de medidas por los Estados miembros como en lo relativo al papel de los terceros Estados<sup>84</sup>. Lo más importante está, sin embargo, en lo que «no ha cambiado» del texto y en que la nueva lectura dada al mismo parte de manera directa de la Comisión y no del Tribunal de Justicia.

Desde el punto de vista material, el texto dice exactamente lo mismo que decía en la redacción de 1992, a saber, que «todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado»<sup>85</sup>. La Comisión, sorprendentemente, 1) afirma que el precepto «confiere un derecho individual claro a los ciudadanos», entendiendo por «claro» lo previsto

---

<sup>83</sup> Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Protección consular para los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura, 23 de marzo de 2011 (COM(2011) 149 final).

<sup>84</sup> El nuevo art. 23 TFUE ya no exige que los Estados miembros adopten *entre sí* las disposiciones necesarias para su puesta en marcha (como la Decisión 95/553/CE relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares —DO L 314, de 28 de diciembre de 1995, p. 73— o la Decisión 96/409/PESC relativa al establecimiento de un documento provisional de viaje —DO L 168 de 16 de julio de 1996, p.4—, ambos documentos de escasa entidad), sino simplemente que cada Estado miembro las adopte individualmente, abandonando así la lógica de toma de decisiones intergubernamentales *sui generis*. Desde este punto de vista podríamos estar más cerca de un sistema capaz de funcionar. Por otro lado, se está concretando un modo complicado, pero no imposible (como podría esperarse de la anterior normativa), de requerir el consentimiento del Estado de recepción, a saber una notificación unilateral dirigida al tercer país. Aunque la misma Comisión señala que esa notificación la deberían realizar los veintisiete Estados, la previsión —actualmente en negociación— de que se haga mediante una «cláusula de consentimiento» abierta en los futuros acuerdos bilaterales que se firmen con los terceros Estados, podría simplificar las cosas. Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 5.

<sup>85</sup> No olvidemos que aún hoy el conjunto de los veintisiete Estados miembros solo está representado en tres países: Estados Unidos, China y Rusia. Cfr. Informe sobre la Ciudadanía de la Unión 2010. La eliminación (...) *op. cit.*, p. 11.

en asuntos como Lütticke y, sobre todo, Van Gend & Loos<sup>86</sup>, y 2) deduce consecuencias hasta ahora sólo equiparables a las que ha ido desgranando en su jurisprudencia el Tribunal. Lo extraordinario... es que no hay caso alguno detrás; se trata de la interpretación que la Comisión realiza a la luz de la lectura que el TJUE ha dado a otros preceptos del mismo estatuto»<sup>87</sup> y a la luz de la vocación de la ciudadanía europea de constituir el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros<sup>88</sup>.

Tales consecuencias son las siguientes: el derecho a la igualdad de trato en la protección consular está sometido a control jurisdiccional, lo que supone que aquel ciudadano de la Unión no representado tenga derecho a que su solicitud de protección consular se tenga en cuenta debidamente y toda decisión de denegación pueda ser objeto de un recurso judicial capaz incluso de generar, llegado el caso, responsabilidad del Estado. Es sin duda muy relevante que la Comisión señale que «los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar el art. 23 del TFUE al igual que cualquier otra disposición del Derecho de la Unión», consecuencia directa de que el derecho que se desprende de la redacción de los arts. 20.2c) TFUE, 23 TFUE y 46 CDDFFUE es un «derecho individual claro», es decir, un derecho con efecto directo en Derecho interno que puede ser invocado por los nacionales de los Estados miembros ante los tribunales y el juez nacional debe proteger<sup>89</sup>.

Habrà que ver la virtualidad del precepto pues quedan aún demasiados pasos por concretar<sup>90</sup>, pero lo cierto es que hasta ahora ninguna institución había sacado consecuencia relevante alguna del derecho a la igualdad de trato en materia consular y ninguna institución distinta del Tribunal de Jus-

---

<sup>86</sup> Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 5.

<sup>87</sup> Dice muy significativamente «las disposiciones que figuran en la Segunda Parte del TFUE están siendo objeto de una revisión completa por parte del TJUE». Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 5.

<sup>88</sup> Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 4.

<sup>89</sup> Cfr. STJUE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos, 26/62.

<sup>90</sup> De acuerdo con el nuevo marco jurídico (arts. 17 y 16.3 TUE) la Comisión tiene previsto presentar en el primer trimestre de 2012 propuestas legislativas que establezcan las medidas de coordinación y cooperación necesarias y abordar los temas pendientes o no suficientemente resueltos como la posibilidad de prestar asistencia consular a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que sean nacionales de un país tercero, resolver las divergencias entre Estados en cuanto al alcance de la protección ofrecida, compensar la protección consular facilitada en tiempos de crisis (medidas de evacuación, por ejemplo) o crear oficinas comunes en cooperación con los Estados miembros para reducir gastos y fomentar la cooperación mutua. Cfr. Comunicación (...), *op. cit.*, p. 13 y 7.

ticia había sacado consecuencias tan importantes de un precepto del estatuto del ciudadano europeo.

### III. UNIÓN EUROPEA Y SUJETOS SOMETIDOS A SU JURISDICCIÓN: UNA HISTORIA DE VASOS COMUNICANTES

El lugar que ocupa el individuo que hoy día habita el territorio europeo es, como estamos viendo, de una complejidad singular. En este escenario de pertenencias múltiples (nacional, europea y mundial), la ciudadanía europea a la que venimos refiriéndonos se dibuja como un concepto de contornos imprecisos, por más que sobre el papel la imagen resulte sencilla y nítida.

La imagen en papel, efectivamente, parece clara: es ciudadano europeo el nacional de algún Estado miembro (art. 20.1 TFUE); la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla; la ciudadanía de la Unión supone la titularidad de los derechos y deberes establecidos en los tratados, comenzando por los señalados en el mismo precepto (art. 20.2 TFUE). La realidad no es ésa exactamente pues si bien se adopta como punto de partida la existencia de un vínculo previo muy concreto, la nacionalidad de algún Estado miembro, se admite a efectos de disfrutar del estatuto que éste no esté reservado a los nacionales.

Si no fuera por que las instituciones de la Unión aceptan pacíficamente ese punto de partida, que el ciudadano europeo es «el nacional de un Estado miembro», muchos rasgos del diseño de la ciudadanía de la Unión parecerían apoyar la tesis de que ciudadano europeo es «todo aquél que disfruta del estatuto». Esta última postura haría invisible la frontera entre los sometidos a la jurisdicción de la Unión Europea y los ciudadanos europeos e innecesaria la distinción entre unos y otros pues todos serían los mismos individuos. Pero ¿cómo explicar entonces que la vocación de la ciudadanía europea sea convertirse en el estatuto fundamental *de los nacionales de los Estados miembros*, en expresión ya archisabida, y que sin embargo muchos de los derechos ligados a la misma puedan ser disfrutados también por individuos que no poseen la nacionalidad de ningún Estado miembro? ¿No resulta la ciudadanía de la Unión igualmente innecesaria? ¿Qué aporta «ser» ciudadano de la Unión si los derechos ligados a la misma son compartidos por quienes no son ciudadanos de la Unión? Esta crítica no se refiere en sí a la extensión de los derechos a otros sujetos (en general positiva), sino a la construcción que se supone sostenía la diferencia.

No es baladí recordar que ya el propio texto del Tratado que contemplaba por primera vez la ciudadanía europea, declaraba que los derechos que vinculaban directamente al individuo con la Unión Europea por cuanto implicaban una relación vertical entre unos y otra, a saber, el derecho de petición al Parlamento Europeo y de acceso al Defensor del Pueblo Europeo, se reconocían también a cualquier persona física y jurídica con residencia o domicilio social en el territorio de la Unión. Dichos organismos han trabajado con intensidad desde el principio atendiendo a un colectivo potencial mucho mayor que el de los ciudadanos europeos<sup>91</sup>.

Pues bien, la jurisprudencia del TJUE ha venido a aumentar la lista de los derechos «compartidos», diluyendo aún más la frontera entre sujetos sometidos a la jurisdicción de la Unión Europea y ciudadanos europeos: hoy día, y según esa jurisprudencia, no es preciso ser nacional de un Estado miembro para disfrutar del derecho de sufragio en elecciones al Parlamento Europeo del art. 22 TFUE y, lo que ha resultado más revolucionario, tampoco es necesario serlo para disfrutar (bajo ciertas condiciones) del derecho de libre circulación y residencia previsto en el art. 21 TFUE.

#### *Las paradojas de un estatuto no exclusivo (I): el sufragio*

En el año 2006, el TJUE resolvió el mismo día los dos asuntos relacionados con el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo. Estrictamente hablando no se ponía en cuestión el alcance del art. 22 TFUE por más que pueda parecerlo pues no se cuestionaba el derecho a participar por las listas de un Estado miembro distinto del de la nacionalidad<sup>92</sup>, pero resulta interesante que en todo caso se apelase a la «ciudadanía de la Unión» como concepto vinculante.

No abundaremos sobre el primero de los dos asuntos señalados, habida cuenta de que ya nos hemos referido al caso Eman y Sevinger en otro momento de este trabajo. Baste recordar que la pregunta más específica sobre

---

<sup>91</sup> Cfr. el Informe sobre las actividades de la Comisión de Peticiones relativo a 2010 (2010/2295 (INI)), 17 de junio de 2011, así como la Síntesis 2010 publicada por el Defensor del Pueblo el 31 de enero de 2011.

<sup>92</sup> En ambos casos el problema afectaba o bien a un nacional comunitario que residía en territorio considerado «no europeo» pero que pretendía participar en las elecciones europeas por las listas del Estado de su nacionalidad (asunto Eman y Sevinger) o bien a una normativa que reconocía a ciudadanos nacionales de terceros Estados el derecho a participar en las elecciones europeas por las listas del Estado miembro al que estaban vinculados de un modo particular (Gibraltar) (asunto España vs. Reino Unido).

si las disposiciones del Tratado vinculadas a la ciudadanía europea y al sufragio (antiguos arts. 17 y 19.2 TCE) a la luz del art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH, se oponían a que personas sin la condición de ciudadanos europeos pudieran disfrutar del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, quedó, lamentablemente, sin contestar por no tener «relación alguna con el litigio principal» ya que los recurrentes en el procedimiento eran ciudadanos de la Unión (apartados 62 a 64).

Pero esa aparente oportunidad perdida... no lo era tanto: pocas horas antes el Tribunal había dictado otro pronunciamiento en el que se aportaban precisiones al respecto. Efectivamente, en su sentencia dictada en un recurso por incumplimiento interpuesto por España contra el Reino Unido, el Tribunal fue directamente confrontado con el asunto discutido. España señalaba como cuestión principal que la extensión del derecho de voto a Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo<sup>93</sup>, reconociendo el derecho de sufragio a personas que no eran nacionales británicas en el sentido del Derecho de la Unión sino ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar, vulneraba el Derecho de la Unión.

Tras descartar que la normativa de la Unión excluyera por sí misma del reconocimiento del derecho de sufragio a quienes no tuvieran la condición de ciudadanos de la Unión<sup>94</sup>, y acoger el argumento que comparaba lo previsto sobre el sufragio con el derecho de petición y de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, el Tribunal afirmará que la conocida vocación de la ciudadanía de la Unión de convertirse en el estatuto de los nacionales de los Estados miembros «no tiene como consecuencia necesaria que los derechos reconocidos en el Tratado estén reservados a los ciudadanos europeos» (apartado 74). A su juicio nada se opone a que un Estado miembro reconozca el derecho de sufragio al Parlamento Europeo a quienes reúnan determinados

---

<sup>93</sup> Para dar así cumplimiento a la STEDH de 18 de febrero de 1999 dictada en el asunto *Matthews c. Reino Unido*, en virtud de la cual el Reino Unido era condenado por haber infringido el art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH al no haber celebrado elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, lo que había impedido que una ciudadana británica como la demandante que residía en Gibraltar pudiera participar en la elección de los miembros del Parlamento Europeo.

<sup>94</sup> Sería interesante haber visto la argumentación del Tribunal si el asunto se hubiera suscitado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha sustituido la más genérica expresión del antiguo art. 189 TCE «representantes de los pueblos de los Estados miembros» por un art. 14 TUE que señala que «el Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión».

requisitos «expresivos de un vínculo específico con el territorio con respecto al cual se organizan las elecciones» (apartados 63, 78 y 79). Cuál sea ese vínculo es algo que, en el estado actual del Derecho de la Unión, sigue estando en manos de los Estados miembros pero sin duda sometido a escrutinio por parte del Tribunal. Por otro lado, como queríamos destacar, la sentencia deja bien claro que no es una consecuencia necesaria de la vocación de la ciudadanía europea el carácter exclusivo de sus derechos, algo que inevitablemente sigue cuestionando el sentido de un «título» carente de contenido específico.

*Las paradojas de un estatuto no exclusivo (y II): libertad de circulación y familia*

Dicha no exclusividad tiene también su reflejo en la libertad de circulación y residencia. El Tribunal de Justicia está de nuevo detrás de este reconocimiento que, en sí mismo, no estaba previsto por el tratado.

Entramos en un terreno bien complejo, donde la antigua libertad comunitaria de corte económico, reinventada en el estatuto de ciudadanía de la Unión, adquiere una densidad especial al entrar en contacto con dimensiones tradicionalmente ligadas al ser humano y protegidas por instrumentos internacionales. Efectivamente, la ciudadanía europea vinculada al ámbito familiar se convierte en una ecuación de resultados sorprendentes: como veremos, el efecto útil del reconocimiento de la condición de ciudadano europeo ha llevado al extremo la posibilidad de extender el ámbito de aplicación *ratione personae* de la libertad de circulación y residencia, a personas de su entorno familiar (cónyuges, hijos, progenitores) que por no ser nacionales de un Estado miembro no eran tampoco ciudadanos europeos. Lo peculiar no es que el Derecho de la Unión pase a reconocer ciertos derechos a los miembros de la familia, algo por otra parte de sentido común y que ya hacía; lo extraordinario es que dicho reconocimiento se deduzca directamente del Derecho originario y una vez excluida la aplicación de la norma de Derecho derivado.

Los primeros asuntos relevantes que se enfrentaban a esta particular problemática fueron los casos Carpenter, Baumbast y Zhu y Chen<sup>95</sup>; todos ellos fueron cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales británicos, todos se resolvieron antes de la entrada en vigor de la Directiva 2004/38

---

<sup>95</sup> Algunos de los citados asuntos han sido mencionados en otro momento de este trabajo, si volvemos ahora sobre ellos es para abordar una dimensión no señalada con anterioridad.

actualmente vigente y abordaron, cada uno, las distintas relaciones familiares, cónyuges, hijos y padres.

El caso *Carpenter* es representativo de la problemática del cónyuge de un ciudadano europeo que es nacional de un tercer Estado<sup>96</sup>. El TJUE va a señalar que «a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar», previsto en el art. 8 CEDH y que forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento de la Unión (apartado 41), el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro pueda denegar la residencia en su territorio al cónyuge —nacional de un tercer Estado— de un prestador de servicios nacional de ese Estado miembro y que presta servicios a destinatarios de otros Estados miembros. Sólo podría hacerlo si la medida restrictiva es conforme con los derechos fundamentales, es decir, si la medida está prevista por la ley, tiene un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a dicho fin<sup>97</sup>; y ello no ocurría en el caso<sup>98</sup>.

Esta decisión no estuvo exenta de polémica pues introducía por vez primera un elemento de «no movilidad» por parte del cónyuge del nacional de un Estado miembro, que podía hacer «tenue»<sup>99</sup> la línea fronteriza que separa un asunto así de una «situación puramente interna». La pregunta era entonces ¿la protección de la vida familiar implica proteger cualesquiera opciones familiares? Según el TJUE implica proteger también la opción de residir en el Estado miembro de origen aun cuando la actividad económica implique desplazamientos. La lectura de la antigua libertad comunitaria «desde» la

---

<sup>96</sup> La Sra. *Carpenter*, de nacionalidad filipina, con permiso de entrada en el Reino Unido, permanece en territorio británico de forma irregular después de que finalice dicho permiso y año y medio después se casa con un nacional británico y constituye una familia con él y sus hijos anteriores. Como su marido se desplaza habitualmente por otros Estados miembros por motivos laborales, la Sra. *Carpenter* solicita un permiso de residencia en el Reino Unido como cónyuge de nacional comunitario para poder atender así a su familia. Dicho permiso es denegado y se decreta la expulsión de la Sra. *Carpenter* del territorio.

<sup>97</sup> Con cita de la STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*.

<sup>98</sup> Según el Tribunal, la decisión de expulsión no respeta un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, por un lado la defensa del orden público y la seguridad pública (la Sra. *Carpenter* infringió las normas de inmigración pero no existía ningún otro reproche en clave de peligro para el orden público o para la seguridad pública) y por otro el derecho del Sr. *Carpenter* al respeto de su vida familiar (la Sra. *Carpenter* tenía una vida familiar efectiva ocupándose de los hijos de su cónyuge). Se trataba de una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar del Sr. *Carpenter* y por tanto ilegítima.

<sup>99</sup> Véase *Shaw, Jo, op. cit.*, p. 18.



ciudadanía de la Unión permitía así dar un alcance mayor a la cobertura familiar que el que contemplaba con anterioridad el Derecho de la Unión.

El asunto Baumbast<sup>100</sup>, referido también en otro momento de este trabajo, incorpora dos nuevas dimensiones a la problemática, la de los hijos, y derivada de la anterior, la de los progenitores<sup>101</sup>. El Tribunal de Justicia reconoce en primer lugar que la normativa de la Unión contempla el derecho de las hijas a continuar su escolarización, y a renglón seguido, para no «hacer vano el ejercicio de su derecho» (apartado 65), defiende una interpretación de la norma europea a la luz de la exigencia de respeto de la vida familiar (apartados 71 y 72): tales hijas tienen derecho a estar acompañadas por la persona que tenga la custodia, por lo que ésta debe poder residir con ellas en dicho Estado durante sus estudios. La denegación de un permiso de residencia en estas condiciones no constituiría una restricción del derecho sino una vulneración del mismo (apartado 73).

El Tribunal traerá aquí una construcción característica del Derecho de la Unión desde sus comienzos (pues es consustancial a su existencia<sup>102</sup>) y que tiene una proyección natural en los casos en los que se ven afectados vínculos familiares: el efecto útil de la norma. Por más que la norma europea, en el caso se trataba del *Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad*, reconozca un derecho a favor de los hijos del beneficiario de la misma, *habida cuenta del contexto y de las finalidades que persigue el Reglamento (...) éste no puede interpretarse de manera restrictiva y no debe, en cualquier caso, verse privado de su efecto útil* (apartado 74). De

---

<sup>100</sup> Resuelto sólo unos meses después del asunto Carpenter y a partir de una cuestión prejudicial planteada por el mismo órgano judicial británico (Immigration Appeal Tribunal).

<sup>101</sup> Se trataba en realidad de dos asuntos de los que conocía el órgano judicial de reenvío: por un lado el caso de los Sres. Baumbast, un matrimonio formado por una ciudadana colombiana, casada en el Reino Unido con un ciudadano alemán y con dos hijas; y el caso de la Sra. R, norteamericana, casada con un ciudadano francés y con dos hijas. Ambas familias se encuentran con sendas resoluciones que niegan la residencia al cónyuge nacional del tercer Estado por dejar de cumplir el requisito señalado por el Derecho derivado de ser «miembro de la familia del trabajador migrante» tras el divorcio de su cónyuge o tras la pérdida de la condición de trabajador del nacional comunitario migrante, poniendo con ello en cuestión la posibilidad de las hijas de continuar con sus estudios en el Estado miembro de acogida, Reino Unido.

<sup>102</sup> Sirva como ejemplo paradigmático la STJUE de 28 de junio de 1978, asunto Simmenthal c. Italia, párrafo 20.

nada sirve reconocer un derecho a unos hijos que están a cargo de alguno de sus progenitores, si dichos progenitores ven denegada la posibilidad de continuar en el país<sup>103</sup>. De esta manera, el reconocimiento del derecho de los hijos, se proyecta sobre las circunstancias de sus padres de forma derivada, extendiendo así el ámbito de aplicación *ratione personae* de un modo no previsto expresamente por la normativa de la Unión. La fuerza de ese vínculo es, por lo demás, poderosa pues pasa por encima de cualesquiera circunstancias sobrevenidas, ruptura del vínculo matrimonial, fin de la relación laboral, nacionalidad extranjera de alguno de los hijos. Una interpretación contraria, defiende el Tribunal, contravendría el objetivo perseguido por la norma europea, «facilitar la integración del trabajador migrante y de su familia en el Estado miembro de acogida con el fin de lograr (...) la libre circulación de los trabajadores dentro del respeto a la libertad y a la dignidad» (apartado 59)<sup>104</sup>.

Se trata así de una especie de argumento circular que nace del ciudadano de la Unión pero pasa necesariamente por los hijos y de nuevo, a partir de éstos, vuelve a los progenitores. De hecho, la fuerza con la que se proyecta sobre la situación del progenitor nacional de un tercer Estado surge en particular del reconocimiento del derecho de los hijos y no del vínculo previo con el cónyuge, por más que éste diera lugar a la familia. El interés del menor se protege de forma especial, irradiando esa protección a sus familiares más próximos.

El tercer asunto suscitado por los tribunales británicos en esa etapa previa a la Directiva 2004/38 es el caso Zhu y Chen al que nos referimos ya en un momento inicial de este trabajo. Se trata ahora de poner la mirada en los vínculos familiares: por un lado, la ciudadana europea es una niña de corta edad, la segunda hija de la pareja, nacida en territorio de un Estado miembro y por ello titular de los derechos que el Tratado reconoce a los ciudadanos europeos, entre otros la libertad de circulación y la libertad de residencia<sup>105</sup>. Por otro lado, la normativa europea de Derecho derivado (en

<sup>103</sup> Al efecto útil se refiere el Abogado General en el apartado 91 de sus Conclusiones al asunto Baumbast. En un momento anterior habla de que de lo contrario el derecho de los hijos resultaría «ilusorio».

<sup>104</sup> Con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, los asuntos Ibrahim y Teixeira, ambos resueltos por el TJUE el 23 de febrero de 2010, retoman la doctrina Baumbast.

<sup>105</sup> El Tribunal señala que la «aptitud de un nacional de un Estado miembro para ser titular de los derechos garantizados por el Tratado y por el Derecho derivado en materia de

el caso la Directiva 90/364) no permitiría *stricto sensu* que la madre de Catherine Zhu tuviera un derecho de residencia derivado del suyo, pues dicha norma contempla el supuesto inverso, el de un ciudadano europeo que tiene «a su cargo» a un ascendiente sea cual sea su nacionalidad. Dicha interpretación, sin embargo, privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de la ciudadana europea que, por razones obvias, depende íntegramente del cuidado de su madre; por ello el Tribunal señala que es preciso interpretar la normativa de modo eficaz al reconocimiento del derecho, lo que se traduce necesariamente en un reconocimiento del derecho de residencia del progenitor, la Sra. Chen (apartados 45 a 47)<sup>106</sup>.

En el año 2004 se produce un cambio significativo en la normativa de la Unión Europea. No ajeno a la evolución social y jurídica de los Estados europeos que detallaba pormenorizadamente el Abogado general ya en el asunto Baumbast<sup>107</sup>, el legislador europeo aprueba la Directiva 2004/38<sup>108</sup> incorporando algunos de los aspectos más destacados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y acogiendo así esa evolución social vertiginosa que sitúa el escenario europeo en un contexto de movilidad, desplazamientos e inestabilidad hasta entonces desconocido<sup>109</sup>. La directiva pretende, así, in-

---

libre circulación de personas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos» (apartado 20), y por ello Catherine Zhu está legitimada para ejercitar tales derechos, algo que ha hecho su madre en su nombre al trasladar la residencia de ambas al Reino Unido (Gales). En este aspecto será diferente el supuesto de hecho del caso McCarthy, en el que no hay ejercicio alguno de libertad de circulación.

<sup>106</sup> A mayor abundamiento, señala el Abogado General Tizzano, si la sentencia dictada en el caso Baumbast había reconocido un derecho derivado similar respecto de niños en edad escolar, cuánto más respecto de una niña de corta edad cuyo derecho está «indivisiblemente vinculado» al de su madre. Apartados 90, 91 y 99 de las Conclusiones del Abogado General Tizzano, asunto Zhu y Chen.

<sup>107</sup> Cfr. Conclusiones del Abogado General Geelhoed, apartados 20 y 21 al asunto Baumbast.

<sup>108</sup> *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.*

<sup>109</sup> La directiva habla así del efecto directo del antiguo art. 18 TCE, otorgado por el Tratado y cuyo ejercicio pretende facilitar, de la famosa vocación de la ciudadanía de la Unión de convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros de forma que ésta pase a ser la condición primera del ciudadano que circula libremente

corporar los recelos y las conquistas que los años previos habían sacado a la luz<sup>110</sup>.

En el contexto de la nueva normativa queremos destacar en especial el caso *Metock* y volver parcialmente sobre los casos ya referidos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, por cuanto aportan a la cuestión de los cónyuges y la relación padres-hijos.

El caso *Metock* contempla un supuesto en el que se acumulan varios asuntos con rasgos comunes: todos ellos contestan la denegación de la concesión de un permiso de residencia a nacionales de terceros Estados, casados con ciudadanas de la Unión después de haber entrado en el país, y residentes en Irlanda. El Tribunal de Justicia va a considerar, en lo que nos interesa, que un nacional de un tercer Estado puede acogerse a lo dispuesto en la directiva con independencia del momento o lugar en el que se haya casado con el ciudadano europeo, o de las circunstancias en las que haya entrado en el Estado miembro de residencia. Según el Tribunal, los términos «miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que le acompañen o se reúnan con él» hacen referencia también a «aquéllos que residen con él en ese Estado miembro». Dicha interpretación, recibida con preocupación por muchos Estados que ven en ella la puerta para regular a todos los inmigrantes irregulares mediante matrimonios por conveniencia<sup>111</sup>, no puede ser de otra manera, señala el Tribunal, desde la finalidad de la Directiva que impone una interpretación restrictiva y que preserve su efecto útil, pues si sólo pudieran acogerse a la misma aquéllos que estuvieran ya casados, quienes se casasen después se verían disuadidos de continuar en ese país y deberían trasladar su residencia a otro Estado miembro o a un país tercero para poder llevar una vida familiar. Si un Estado miembro quisiera sancionar al nacional de un tercer Estado por haber entrado y residir en su territorio

---

y busca residencia en otro Estado miembro, y no su condición de asalariado, trabajador por cuenta propia, estudiante, etc. Habla también de los familiares de los ciudadanos europeos, contempla la situación de divorcio o separación de los cónyuges y de sus efectos (y no sólo del fallecimiento como antes); habla expresamente del abuso de derecho por circunstancias como el matrimonio de conveniencia, etc.

<sup>110</sup> Tarea, por otro lado, nada fácil a juzgar por el enorme número de problemas que la aplicación de la directiva ha supuesto en la inmensa mayoría de Estados miembros. Cfr. Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, op.cit, p. 6.

<sup>111</sup> Diez Estados miembros habían presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia al hilo del asunto *Metock*.

vulnerando la normativa sobre inmigración, y no fuera de aplicación lo previsto sobre orden público —que depende del comportamiento personal del interesado como se desprende la Directiva—, debería hacerlo a través de sanciones que no atenten contra la libertad de circulación (como una multa) y siempre que éstas no sean desproporcionadas (apartado 97). En definitiva y como destaca la Comisión, el Tribunal dice que el modo de abordar ese problema es luchar contra los abusos y el fraude (como permite la directiva 2004/38 en el art. 35), no negar la mayor<sup>112</sup>.

La teoría del llamado «efecto útil» recibe una vuelta más de tuerca en el ya mencionado asunto Ruiz Zambrano abordado con detenimiento en otro momento de este trabajo. Se trataba de un caso parecido al resuelto por el Tribunal en el asunto Zhu y Chen pero con la nada irrelevante particularidad de que nadie de la familia había ejercido la libertad de circulación. A efectos de las consideraciones que venimos realizando en este apartado, hay que destacar la atribución de un derecho de residencia para los dos progenitores y un permiso de trabajo para el Sr. Ruiz Zambrano, para velar así por el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que disfrutaban, siquiera «en potencia», sus hijos. El disfrute efectivo de la «esencia» de los derechos conferidos por el estatuto comprende algo más que el concreto ejercicio de los derechos. Como vimos en su momento el Tribunal no hace ninguna consideración sobre el derecho de residencia de los hijos en el Estado miembro de origen del que no se habían movido; el estatuto de ciudadano de la Unión definido en el art. 20 TFUE constituye la base jurídica directa del «derecho a tener derechos», limitándose a afirmar que los menores de edad por ser ciudadanos de la Unión tienen derecho a este estatuto de manera incontestable. La Directiva no es de aplicación pero ello no sitúa el asunto en la estricta frontera nacional: lo trascendente de este caso está en considerar de aplicación el Derecho de la Unión por el mero hecho de que un individuo «es» ciudadano de la Unión. A partir de este momento, no hay más que aplicar la doctrina Baumbast y Zhu y Chen ya señalada para determinar que a los padres les corresponde un derecho derivado de residencia y un permiso de trabajo que haga real la posibilidad de que esos hijos de corta edad puedan disfrutar de su estatuto. De nuevo estamos ante el argumento circular: son los hijos los que van a dar cobertura a la presencia de sus padres en el territorio europeo.

---

<sup>112</sup> Analizado en el Informe de la Comisión (...) sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007-2010, op.cit, p. 8.

La diferencia de este caso con el asunto McCarthy fallado pocos meses después, un asunto en el que tampoco hay ejercicio de la libertad de circulación, está en la capacidad teórica de la medida controvertida para privar al sujeto «del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión», ninguna en el caso. McCarthy supone por otro lado la otra cara de la moneda de ese argumento al que nos referíamos: denegada la pretensión a la ciudadanía europea, decae naturalmente la pretensión derivada de ésta en beneficio de su cónyuge, nacional de un tercer Estado en situación irregular en el país. Como no puede ser de otra manera ¿O sí? La Abogada General, Sra. Kokott señaló en las conclusiones presentadas sobre el asunto que a la luz del derecho al respeto de la vida familiar protegido por el CEDH, del que el Reino Unido es parte, tal vez éste debiera reconsiderar su decisión sobre el Sr. McCarthy como «familiar cercano» en el sentido del art. 8 CEDH. Pero será esa una cuestión ajena al caso debatido ante el Tribunal de Justicia<sup>113</sup>.

*Una ecuación de resultados sorprendentes: vasos comunicantes*

Este recorrido por algunos de los casos más relevantes sobre libertad de circulación y ciudadanía de la Unión permite destacar lo siguiente: en primer lugar evidencia que el derecho a la libre circulación y residencia no puede ser convenientemente protegido si al hacerlo no se garantiza igualmente esa libertad a la familia del ciudadano europeo de forma verdaderamente «útil». Desde antes de la adopción de la Directiva 2004/38 el legislador europeo reconocía la importancia de proteger la vida familiar (así en *Carpenter* y las demás; así en el ya citado Reglamento 1612/68), sencillamente porque si no se permite a los ciudadanos «llevar una vida familiar normal» en el Estado miembro de acogida (apartado 62 *Metock*), se obstaculizaría seriamente el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza. Ello justifica el interés (y la competencia) de la Unión en regular convenientemente este derecho; no hacerlo, además, daría lugar a que la libertad de circulación variase de un Estado miembro a otro en función de sus disposiciones de Derecho nacional en materia de inmigración. «No podría conciliarse tal resultado con el objetivo de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de las personas» (apartado 68 *Metock*).

<sup>113</sup> Cfr. apartado 60 Conclusiones Abogado General Kokott, asunto McCarthy.

En segundo lugar destaca cómo el derecho al respeto de la vida familiar previsto en el art. 8 CEDH del que todos los Estados miembros son parte, se incorpora como elemento importante en la consideración de esta materia, un elemento que no es posible desdeñar pues todos los casos referidos tienen como telón de fondo ese compromiso internacional<sup>114</sup>. Si además en el asunto se ven implicados menores de edad, la proyección del estatuto de ciudadanía europea, a saber, de sus derechos, adquiere mayor densidad pues el interés del menor impregna de modo decisivo todas las consideraciones aunque no se diga expresamente.

En tercer lugar muestra cómo el Tribunal es muy cuidadoso a la hora de valorar las circunstancias de cada caso, de forma que la variable «familia» (y sus consecuencias) no es aplicada automáticamente sin más; todo lo contrario, el Tribunal va a aplicar el principio de proporcionalidad de forma minuciosa valorando la oportunidad de su apreciación en cada caso<sup>115</sup>.

Sería interesante conocer el final de la historia, cómo terminan los distintos asuntos una vez son devueltos al tribunal de reenvío, en qué sentido falla éste y hasta qué punto el Estado implicado acata el fallo y cómo lo hace. Pensemos que muchos de estos casos afectaron al Reino Unido (Carpenter, Baumbast, Zhu y Chen y McCarthy —si bien el fallo de este último no apreciaba conflicto entre la normativa nacional y la europea—) imponiéndole de alguna manera una determinada interpretación de la normativa en cuestiones de política nacional muy sensibles como la inmigración; otros casos resultaron tremendamente polémicos de cara a la opinión pública (Metock y Ruiz Zambrano). Sin embargo, más allá de alguna aislada men-

---

<sup>114</sup> En su Quinto Informe sobre la ciudadanía de la Unión, la Comisión se hace eco de la necesidad de interpretar el derecho de libre circulación en el marco de los derechos fundamentales y en particular del derecho a la protección de la vida familiar y el principio de proporcionalidad. Cfr. el Quinto informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión 2004-2007, COM(2008)85 final, p.6.

<sup>115</sup> Así en Carpenter (ningún riesgo para el orden público más allá de haber permanecido de forma irregular en el territorio, apariencia de matrimonio «auténtico», cuidado efectivo de los hijos del Sr. Carpenter, cumplimiento de las condiciones a las que la normativa supedita el ejercicio del derecho de residencia —recursos suficientes para no ser una carga para el erario público, seguro médico—), Baumbast (hijos menores viviendo con su madre en todo momento, disponibilidad de recursos económicos), Zhu y Chen (gravedad de las consecuencias de una negativa desde la perspectiva de la normativa china, cumplimiento de las condiciones económicas referidas), Ruiz Zambrano (integración de la familia en el Estado miembro de origen de los niños, cumplimiento de la normativa sobre cotización a la Seguridad Social belga).

ción al «seguimiento» de alguna sentencia por parte de la Comisión<sup>116</sup>, no existe en el seno de la misma un mecanismo similar al que encontramos en el Consejo de Ministros del Consejo de Europa y que permite seguir de cerca el proceso de vuelta en territorio nacional, lo que es sin duda llamativo y una cuestión a mejorar.

La ecuación se cierra así de modo sorprendente: en una especie de funcionamiento parecido al de los vasos comunicantes, sujetos que no poseen la nacionalidad de ningún Estado miembro disfrutaban en cambio de muchos derechos previstos inicialmente para quienes sí la poseen y por poseerla se habían convertido en ciudadanos de la Unión. Si bien esta circunstancia estaba ya contemplada en el propio texto del estatuto para algunos de sus derechos (derecho de petición y de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo), su extensión a otros ámbitos como el derecho de sufragio y en particular la libertad de circulación y residencia cuestiona como hemos visto la distinción supuestamente existente entre ciudadanos europeos y sujetos sometidos a la jurisdicción de la Unión ¿son las instituciones conscientes de esto?

La nacionalidad de un Estado miembro, imprescindible para «ser» ciudadano europeo, no lo es para «disfrutar» de su estatuto; algo que al final del día no tiene por qué ser negativo si bien no deja de resultar sorprendente como construcción. Efectivamente cuesta entender la rigidez con la que las propias instituciones valoran el requisito de la nacionalidad a efectos de adquirir la condición de ciudadano de la Unión<sup>117</sup>, cuando en cambio podría decirse que los derechos del estatuto se comparten sin reparos.

¿O ser ciudadano de la Unión es algo más que disfrutar de su estatuto? El caso Ruiz Zambrano podría ser el comienzo de una nueva época. Habrá que estar atentos.

---

<sup>116</sup> Tan sólo en una ocasión la Comisión informó de haber hecho algún seguimiento de un asunto, el caso García Avello, iniciando incluso varios procedimientos de infracción entre octubre de 2005 y 2006. Cfr. el Quinto Informe de la Comisión (...), op.cit, p. 10.

<sup>117</sup> El mismo Parlamento Europeo defiende en una resolución de 2009 que «la identidad de ciudadano de la Unión sólo puede basarse en la identidad nacional». Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 2 de abril de 2009 sobre problemas y perspectivas de la ciudadanía europea (2008/2234(INI)), p. 14.



TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

- STJUE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos, 26/62.  
STJCE de 28 de junio de 1978, asunto Simmenthal c. Italia, C-106/77.  
STJCE de 13 de julio de 1989, asunto Wachauf 5/88.  
STJUE de 7 de julio de 1992, asunto Micheletti, C-369/90.  
STJUE de 12 de mayo de 1998, asunto Martínez Sala, C-85/96.  
STJUE de 24 de noviembre de 1998, asunto Bickel y Franz, C-274/96.  
STJUE de 11 de noviembre de 1999, asunto Mesbah, C-179/98.  
STJCE de 13 de abril de 2000, asunto Karlsson C-292/97.  
STJUE de 20 de febrero de 2001, asunto Kaur, C-192/99.  
STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto Grzelczyk, C-184/99.  
STJUE de 11 de julio de 2002, asunto D'Hoop, C-224/98.  
STJUE de 11 de julio de 2002, asunto Carpenter, C-60/00.  
STJUE 17 de septiembre de 2002, asunto Baumbast, C- 413/99.  
STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto García Avello, C-148/02.  
STJUE 29 de abril 2004, asunto Pusa, C-224/02.  
STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto Zhu y Chen, C-200/02.  
STJUE 12 julio 2005, asunto Shempp, C-403/03.  
STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto Eman y Sevinger, C-300/04.  
STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto España c. Reino Unido, C-145/04.  
STJUE de 18 de julio de 2006, de Cuyper, C-406/04.  
STJUE de 26 de octubre de 2006, caso Tas y Tas-Hagen, C-192/05.  
STJUE de 11 de septiembre de 2007, asunto Schwarz y Gootjes-Schwarz, C-76/05).  
STJUE de 23 de octubre de 2007, caso Morgan, C-11/06.  
STJUE de 25 de julio de 2008, asunto Metock y otros, C-127/08.  
STJUE de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin y Paul, C-353/06.  
STJUE 16 diciembre 2008, asunto Huber, C-524/06.  
ATJUE de 26 de marzo de 2009, asunto Pignataro, C-535/08.  
STJUE de 4 de junio de 2009, asunto Vatsouras y Koupatantze, C-22/08 y C-23/08.  
STJUE de 23 de febrero de 2010, asunto Ibrahim, C-310/08.  
STJUE de 23 de febrero de 2010, asunto Teixeira, C-480/08.  
STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto Rottmann, C-135/08.  
STJUE de 22 de diciembre de 2010, caso Sayn-Wittgenstein, C-208/09.  
STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto Ruiz Zambrano, C-34/09.  
STJUE de 5 de mayo de 2011, asunto McCarthy, C-434/09.  
STJUE de 12 de mayo de 2011, caso Runevic-Vardyn, C-391/09