

LA INEVITABLE EXTENSIÓN DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN: A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 8 DE MARZO DE 2011 (ASUNTO RUIZ ZAMBRANO)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 13.06.2011 / Aceptado: 21.06.2011

Resumen: De nuevo el TJUE se ha pronunciado sobre la ciudadanía europea y de nuevo lo ha hecho expandiendo sus originarios horizontes. En esta ocasión, extendiendo *de facto* el derecho de residencia aparejado al estatuto del ciudadano comunitario a un nacional de un tercer Estado, por razón de su condición de progenitor del primero y garante de la efectividad de sus derechos como ciudadanos de la Unión. Y ello, con una base jurídica novedosa en la jurisprudencia del TJUE: los derechos de la ciudadanía de la Unión elevados a la categoría de fundamentales por efecto de la Carta.

Palabras clave: ciudadanía de la Unión, Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, discriminación inversa, derecho de libre circulación, estatuto del ciudadano de la Unión, nacionales de terceros Estados.

Abstract: Once more, the ECJ has ruled on European citizenship and again it did it by expanding its originating horizons. This time, by amplifying *de facto* the right of abode given by the statute to a community citizen to apply to a national of a third party State, on the basis of being the parent of the former and guarantor of the effectiveness of his rights as a citizen of the Union. And this with a new legal basis in the jurisprudence of the ECJ: the rights of citizenship of the Union raised to the category of fundamental as a result of the Charter.

Key words: Union citizenship, Charter of Fundamental Rights of the European Union, principle of non-discrimination on the basis of nationality, reverse discrimination, freedom of movement, citizenship statute, third States nationals.

Sumario: I. El asunto «Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi». 1. Planteamiento del litigio. 2. De nuevo sobre la discutida «extranjería» del asunto enjuiciado. II. La extensión de los derechos de la ciudadanía de la Unión a través de su «efecto útil». 1. La importancia del ejercicio de la libre circulación por los ciudadanos comunitarios: la llamada «discriminación inversa». 2. Los derechos fundamentales como derechos subyacentes a la ciudadanía de la Unión. III. Conclusiones.

I. El asunto «Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi»

1. El presente análisis viene motivado por una nueva decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que nuevamente evidencia que, lejos de ser una noción estática y consolidada, la ciudadanía europea continúa perfilándose y delimitando su ámbito de aplicación, en una evolución que parece no terminará en tanto el propio concepto se asiente sobre bases menos controvertidas -o más realistas- que las actuales. Se trata de la Sentencia de 8 de marzo de 2011, emitida en el asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM). La primera conclusión que suscita

su lectura es la confirmación de que la ciudadanía comunitaria se ha convertido en los últimos tiempos en un vehículo a través del que encauzar el ejercicio de ciertos derechos por quienes de otro modo no podrían acceder a su efectivo ejercicio: los nacionales de terceros Estados que, residiendo en el territorio comunitario, presentan una estrecha vinculación con ciudadanos europeos.

2. En cierto modo, esta decisión es continuista respecto de la sentencia 2 de marzo de 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*¹. Algunas de las cuestiones allí suscitadas -situaciones puramente internas, limitaciones de los Estados a la hora de reglamentar sobre su propia nacionalidad- vuelven a plantearse en el asunto Ruiz Zambrano, si bien, como veremos, con matices notablemente diferentes y adoptando el Tribunal de Justicia una postura menos cautelosa -o más decidida, que viene a ser lo mismo- sobre el verdadero (=efectivo) alcance de la ciudadanía de la Unión.

1. Planteamiento del litigio

3. El Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, ambos nacionales colombianos, se instalaron en Bélgica en abril de 1999, junto a su primer hijo, de la misma nacionalidad. Una vez allí, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó asilo en Bélgica, que le fue denegado en septiembre de 2000 por el *Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides*, que al mismo tiempo dictó una orden para que abandonara Bélgica. No obstante, en ella el citado organismo emitió asimismo una cláusula *non-refoulement*, para evitar que la familia Ruiz Zambrano fuera repatriada a Colombia, por la difícil situación que atravesaba dicho Estado. Sin llegar a abandonar el territorio belga, un mes después el recurrente solicitó un permiso de residencia, petición que reiteró en dos ocasiones. Habiendo sido rechazadas las tres instancias, el Sr. Ruiz Zambrano demandó la anulación de las resoluciones denegatorias y la suspensión de la orden de expulsión que las acompañaba. Este recurso seguía pendiente ante el *Conseil d'État* en el momento de plantearse la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Así las cosas, el matrimonio se empadronó en el municipio belga de Schaerbeek en abril de 2001, obteniendo el Sr. Ruiz Zambrano un contrato de trabajo a tiempo completo en un taller perteneciente a una empresa belga. La empresa realizaba las cotizaciones preceptivas a la seguridad social y las retenciones requeridas por el impuesto sobre la renta, pese a que su empleado carecía de permiso de trabajo y no llegó a obtenerlo en los cinco años que duró su vinculación laboral. En aquellos años (2003 y 2005, concretamente) nacieron su segundo y tercer hijo, y al hacerlo en Bélgica ambos obtuvieron la nacionalidad de dicho Estado, conforme a la normativa sobre la materia vigente en dicho momento².

Tras el nacimiento de sus hijos, el Sr. Ruiz Zambrano reiteró su solicitud del permiso de residencia ante el *Office des Étrangers*, alegando en su favor su condición de padre de nacionales belgas, sobre la base de la normativa interna belga³ y del artículo 3 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950⁴. A raíz de dicha solicitud, las autoridades belgas le concedieron un certificado de registro de residencia legalizando su estancia en Bélgica desde el 13 de septiembre de 2005 hasta el 13 de febrero de 2006, y pendiente su recurso contra denegaciones

¹ Asunto C-135/08, *DOUE* C 113 de 1 mayo 2010. Distintos análisis de esta decisión pueden verse en P. JUÁREZ PÉREZ, «Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2010, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 261-289; y S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala) *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, Asunto C-135/08. ¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, septiembre-diciembre 2010, pp. 933-950.

² En concreto, el artículo 10, apartado 1, del Código de la Nacionalidad Belga (*Moniteur belge* de 12 de julio de 1984), que otorgaba la nacionalidad belga a los nacidos en aquel país que, antes de cumplir los 18 años o de obtener la emancipación, serían apátridas si no se les concediera dicha nacionalidad.

³ Ley de 15 de diciembre de 1980, sobre acceso, estancia y expulsión de los extranjeros, regulan la reagrupación familiar de los ciudadanos de un país tercero (*Moniteur belge* de 31 de diciembre de 1980), cuyo artículo 40.6 asimila al régimen jurídico de los ciudadanos comunitarios al cónyuge de un nacional belga «que esté viviendo o vaya a vivir con él, así como sus descendientes menores de veintinueve años o que estén a su cargo, sus ascendientes que estén a su cargo y los cónyuges de estos descendientes o ascendientes, que estén viviendo o vayan a vivir con ellos».

⁴ «Prohibición de la expulsión de los nacionales. 1. Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea ciudadano. 2. Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea ciudadano». *Vid.* Instrumento de ratificación del Protocolo nº 4 en *BOE* de 13 octubre 2009.

anteriores, le otorgaron una autorización especial para cubrir su estancia en tanto se resolvían dichos procedimientos.

En octubre de 2005, tras suspenderse temporalmente su contrato de trabajo, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó la prestación temporal por desempleo, que también le fue denegada, por carecer de permiso de trabajo. Aunque poco tiempo después fue nuevamente contratado por la misma empresa, en dicho intervalo el interesado interpuso recurso ante el *Tribunal du Travail* contra la denegación de la prestación por desempleo. A raíz de dicho recurso, se giró una inspección laboral a la citada empresa para verificar las condiciones contractuales del Sr. Ruiz Zambrano, concluyendo con una orden de extinción de dicha relación laboral ante la carencia del preceptivo permiso de trabajo. En cumplimiento de la cual, la empresa dio por finalizado el contrato por causa de fuerza mayor, sin conceder al trabajador indemnización alguna pero acreditándole haber abonado las cotizaciones a la seguridad social y el seguro de desempleo durante toda su relación laboral.

Nuevamente acudió el Sr. Ruiz Zambrano al *Office national de l'emploi*, nuevamente en reclamación de la prestación por desempleo, y nuevamente le fue ésta denegada, con la consiguiente reiteración del recurso frente a dicha decisión. Las resoluciones denegatorias se basaban exclusivamente en que el período alegado por el recurrente en concepto de periodo de ocupación cotizada requerido para los parados de su franja de edad, no se había cubierto respetando la normativa relativa a la estancia de los extranjeros y la relativa a la contratación de trabajadores extranjeros. En su recurso ante el *Tribunal du travail de Bruxelles* frente a esta decisión, el Sr. Ruiz Zambrano alegó que poseía un derecho de residencia basado directamente en el Tratado CE, o cuanto menos, un derecho de residencia derivado, reconocido por la STJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*⁵, a los ascendientes de un menor de corta edad nacional de un Estado miembro y que, por tanto, estaba exento de la obligación de tener permiso de trabajo.

4. A la vista de lo cual, el *Tribunal du travail* optó por suspender el procedimiento, a fin de plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) *¿Reconocen los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, o alguno o algunos de ellos interpretados independiente o conjuntamente, al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad tiene este ciudadano, con independencia de que haya ejercitado o no previamente su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros?*
- 2) *Los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales [...], ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho que reconocen, sin discriminación por razón de nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros implica, cuando el ciudadano sea un menor de corta edad a cargo de un ascendiente de un país tercero, que el disfrute del derecho de residencia de este menor, en el territorio del Estado miembro en el que reside y del cual tiene la nacionalidad, deba serle garantizado, independientemente del ejercicio previo por su parte o por mediación de su representante legal del derecho de circulación, atribuyendo a este derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fue reconocida por la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, Rec. p. I-9925), mediante la concesión, al ascendiente nacional de un país tercero que tiene este menor a su cargo y que dispone de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, del derecho de residencia derivado del que gozaría este mismo nacional de un país tercero si el menor que tiene a su cargo fuera un ciudadano de la Unión que no tuviera la nacionalidad del Estado miembro en el que reside?*
- 3) *Los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿deben*

⁵ Asunto *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department*, 200/02, Rec. 2002, p. 9925.

interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia de un menor, nacional de un Estado miembro, en el territorio del cual reside, debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente, nacional de un país tercero, que tiene a su cargo este hijo menor y que cumpliría la condición de disponer de recursos suficientes y de estar cubierto por un seguro de enfermedad si el Derecho interno del Estado miembro en el que reside no exigiera un permiso de trabajo, ya que realiza un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social de dicho Estado – con el fin de atribuir al derecho de residencia de este hijo el efecto útil que la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, Rec. p. I-9925), ha reconocido a un hijo menor, ciudadano europeo con nacionalidad diferente de la nacionalidad del Estado miembro en el que reside y que se encuentra a cargo de un ascendiente, nacional de un país tercero?».

5. Como sintetiza la Abogada General Sharpston en sus conclusiones⁶, la esencia del litigio gira en torno a la situación legal de un nacional no comunitario en el territorio de la Unión. En concreto, a su eventual titularidad de un derecho de residencia derivado de su condición de padre de ciudadanos de la Unión, o a la posibilidad de asimilar su posición a la de un nacional de un Estado miembro. A partir de este planteamiento, el Tribunal de Justicia enfoca su análisis desde la perspectiva del posible efecto expansivo de la ciudadanía de la Unión, emitiendo un pronunciamiento de importantes consecuencias sobre la misma, pese a que inicialmente no constituía el eje de la controversia.

2. De nuevo sobre la discutida «extranjería» del asunto enjuiciado

6. A modo de inciso, y a fin de centrar posteriormente nuestro análisis en la decisión del Tribunal en la materia que estrictamente nos ocupa, conviene detenerse ahora en una alegación realizada unánimemente por todos los Gobiernos que presentaron observaciones en el asunto Ruiz Zambrano. Una alegación que ya encontramos en el asunto Rottmann y que amenaza con convertirse en cláusula de estilo de los Estados miembros en litigios de semejantes características. Nos referimos a la argumentación, contraria a la intervención del ordenamiento comunitario, de que la situación enjuiciada quedaba extramuros del mismo, toda vez que los hijos de Sr. Ruiz Zambrano no habían ejercitado las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión. En consecuencia, pese a que el tribunal remitente consideraba tales libertades comunitarias aplicables al caso, para dichos Gobiernos se trataba de una situación puramente interna, sustraída a la acción de la normativa comunitaria y por tanto, a la del Tribunal de Justicia.

Con esta alegación se reivindica el carácter exclusivamente estatal del litigio, y correlativamente se defiende la excluyente competencia de las autoridades belgas para resolverlo, en aplicación de su normativa reguladora de la situación de los nacionales de terceros Estados residentes en su territorio, sin perjuicio de que dicha legislación se encuentre sometida a las directrices comunitarias en la materia. Esta defensa se basaba, fundamentalmente, en la siguiente argumentación: dado que los hijos de recurrente, nacionales belgas y por tanto ciudadanos comunitarios, no habían ejercitado su derecho a la libre circulación en el territorio de la Unión, el litigio no se había «externalizado», pasando a ser objeto del Derecho comunitario, sino que en ausencia de todo cruce de la frontera belga, el asunto quedaba circunscrito también a su frontera jurídica.

7. Estamos ante una alegación gubernamental reiterada ante el TJUE en asuntos donde la división entre lo interno y lo comunitario se difumina o confunde, pues un acto soberano en su inicio puramente estatal -como la concesión o no de un permiso de residencia y trabajo, o de la propia nacionalidad- tiene consecuencias exceden dicha frontera, permitiendo la entrada del Derecho comunitario. Como dijimos, esta argumentación ya ha sido esgrimida en situaciones semejantes desde esta perspec-

⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, asunto C-34/09: Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM), apartado 39.

tiva: así, en el asunto Rottmann, los Gobiernos de Alemania y Austria rechazaban la intervención del TJUE argumentando que el acto enjuiciado no excedía los límites del ordenamiento nacional alemán, al tratarse de una decisión administrativa emanada de una autoridad alemana y recaída sobre un nacional de dicho Estado (la concesión y posterior revocación de la nacionalidad alemana). Desde esta óptica, el hecho de que el afectado hubiera ejercitado con anterioridad a dicho acto el derecho comunitario a la libre circulación no poseía entidad para «*constituir por sí sola un elemento transfronterizo*»⁷ que facultara su enjuiciamiento por el Derecho comunitario. En aquel asunto, el TJUE rechazó la alegación oponiendo justamente el previo ejercicio por el Sr. Rottmann de su libertad de circulación⁸.

Pero aunque en el caso Ruiz Zambrano no concurría dicho ejercicio previo por parte de un ciudadano de la Unión, el TJUE no modifica por ello su interpretación, considerando también este supuesto un asunto sometido al ordenamiento comunitario. El vínculo que el Tribunal encuentra con tal ordenamiento va más allá de la ciudadanía de la Unión, declarando una afectación directa de un derecho fundamental de unos ciudadanos comunitarios -los hijos del Sr. Ruiz Zambrano-, que el ordenamiento comunitario tiene la obligación de tutelar. Esta interpretación expansiva del ámbito de aplicación de dicho ordenamiento ha sido de nuevo defendida con posterioridad por el Tribunal, en su sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto *McCarthy*⁹, donde reitera que: «*la situación de un ciudadano de la Unión que (...) no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna*»¹⁰.

8. En este punto, y en palabras de la Abogada General Sharpston, se plantean al Tribunal «*algunas elecciones difíciles e importantes*»¹¹, cuya respuesta depende de la concepción que de la ciudadanía de la Unión utilice el TJUE: si la considera una institución cuyo estatuto jurídico queda supeditado a su efectivo ejercicio dentro del ámbito del Derecho comunitario; o mucho más allá, permite el reconocimiento íntegro de los derechos -incluidos los futuros-, que entiende además directamente derivados del ordenamiento comunitario antes de que del nacional, incluyendo el derecho a residir en el propio Estado de origen.

Ante esta disyuntiva, señala la Abogada General que la segunda opción implica que el reconocimiento íntegro de los derechos del ciudadano de la Unión puede llevar a conceder la residencia a su progenitor nacional de un Estado tercero si, de no ser así, se vulnerarían sustancialmente derechos fundamentales. Tal fue la opción adoptada por el Tribunal de Justicia, con una doble consecuencia: por una parte, reconocer al Sr. Ruiz Zambrano un derecho de residencia y un permiso de trabajo derivados de la condición de ciudadanos comunitarios de sus dos hijos menores; por otra, entreabrir una vía de expansión del estatuto de la ciudadanía de la Unión a través de la tutela de los derechos fundamentales de sus titulares, en los términos que más adelante se exponen.

II. La extensión de los derechos de la ciudadanía de la Unión a través de su «efecto útil»

9. En el asunto Ruiz Zambrano, la cuestión esencial planteada por el tribunal belga se refería al alcance del derecho de residencia de nacionales de un Estado tercero, progenitores de dos menores ciudadanos de la Unión que hasta ese momento no han salido de su Estado miembro de nacimiento. Analizadas conjuntamente, las cuestiones prejudiciales demandaban del Tribunal de Justicia un pronun-

⁷ Apartado 38 de la sentencia de 2 de marzo de 2010, asunto *Rottmann*.

⁸ En efecto, el Tribunal declaró la afectación del ordenamiento comunitario en el hecho de que la pérdida de la nacionalidad austríaca y posterior desposesión de la alemana colocaba al afectado «*en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 TCE y de los derechos correspondientes*»; situación que «*por su propia naturaleza, está comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión*». De este modo, la condición de ciudadano comunitario constituía el elemento transfronterizo que permitió al asunto planteado trascender los límites estatales alegados por Alemania y Austria para impedir la intervención del Tribunal (P. JUÁREZ PÉREZ, «Dieciocho años de ciudadanía...», cit., p. 265.)

⁹ Asunto C-434/09, *Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department*; el texto de la sentencia puede verse en www.curia.europa.eu, 5.5.2011.

¹⁰ Con cita en su apoyo de la STJCE 12 julio 2005, *Egon Schempp c. Finanzamt München V*, 403/03, *Rec.* 2005, p. 6421, apartado 22.

¹¹ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 2.

ciamiento respecto a la posibilidad de extender, sobre la base jurídica de la ciudadanía de la Unión, el derecho de residencia en un Estado miembro al ascendiente de dos ciudadanos comunitarios, nacional de un tercer Estado y responsable de la manutención de sus hijos menores, al tiempo que eximirle del requisito de obtener un permiso de trabajo en el Estado miembro de acogida. Dos son las líneas argumentales que de forma principal han orientado la resolución del Tribunal de Justicia: la discriminación inversa y los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales.

1. La importancia del ejercicio de la libre circulación por los ciudadanos comunitarios: la llamada «discriminación inversa»

10. El fenómeno de la discriminación inversa constituye una consecuencia mediata -y posiblemente inesperada- del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad que el artículo 18 TFUE otorga a los ciudadanos de la Unión¹². Pero la aplicación de este derecho no tiene carácter absoluto, pues su operatividad se restringe a las situaciones que caen dentro del ámbito del ordenamiento comunitario. En efecto, el artículo 18 TFUE prohíbe «toda discriminación de nacionalidad *en el ámbito de aplicación de los Tratados*», lo que tiene como consecuencia que este derecho no resulta aplicable a las situaciones puramente internas, que no presenten conexión alguna con el Derecho comunitario.

11. En el presente caso, el posible riesgo de que se produjera una discriminación inversa derivaba del hecho de que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano nunca habían ejercitado su derecho a la libre circulación, habiendo permanecido en su Estado de nacionalidad desde su nacimiento. Como ya vimos, este dato constituye el argumento principal para defender el carácter puramente interno del litigio, y por tanto su exclusión del ámbito de aplicación *rationae materiae* de los Tratados, que constituye un requisito de aplicabilidad del principio de no discriminación. Al tratarse de una situación excluida del ordenamiento comunitario, excluida quedaba también las prerrogativas que éste otorga a los familiares de ciudadanos comunitarios que tengan la nacionalidad de terceros Estados. Tales privilegios derivan indirectamente del estatuto del ciudadano de la Unión, como efecto de la tutela de su derecho de libre circulación y residencia: para poder ejercitarlo de forma efectiva y sin restricciones, debe poder hacerlo también sin limitaciones u obstáculos a su vida personal y familia.

A tal fin se orienta la 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 miembros¹³. Su artículo 3 delimita su ámbito de aplicación, estableciendo que será beneficiario de la misma «*cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él*». Concretamente, para los miembros de la familia de un ciudadano comunitario que sean nacionales de terceros países, la Directiva prevé la expedición de un permiso de residencia permanente de duración ilimitada y automáticamente renovable cada diez años. En el caso del Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, al no haberse producido el traslado previo de sus hijos a otro Estado miembro, y no haberlos acompañado ellos por tanto, la oposición estatal se sustentaba sobre la inaplicabilidad al litigio de dicha normativa comunitaria.

12. Pero la contundencia del tenor literal del artículo 18 TFUE ha de matizarse en cuanto a sus consecuencias efectivas, pues así lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dotando al derecho a la no discriminación de un alcance más amplio del que dicha literalidad pudiera hacer pensar. Por ejemplo, afirmando que el hecho de que un ciudadano de la Unión no haya ejercitado su derecho a la libre circulación no permite por sí solo calificar la situación de puramente interna¹⁴.

¹² Antiguo artículo 12 TCE. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 diciembre 2009), la ciudadanía ha pasado a regularse en los artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), (versión consolidada en *DOUE C 115* de 9 de mayo de 2008), integrándose también en ese momento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOUE C 364* de 18 de diciembre de 2000).

¹³ *DOUE L 158* de 30 abril 2004.

¹⁴ En este sentido, STJCE 12 julio 2005, *Schempp*, cit.

A la vista de lo cual, el órgano jurisdiccional belga pregunta al Tribunal de Justicia sobre la función del artículo 18 TFUE en la protección de los particulares contra la discriminación inversa generada por el Derecho comunitario a través de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión. En este punto el Tribunal acude al concepto de ciudadanía de la Unión para sustentar su pronunciamiento, subrayando una vez más que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹⁵. Sobre esta base, declara que dicho carácter fundamental impide la adopción de medidas nacionales que conlleve la privación a un ciudadano comunitario «del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto». A partir de este planteamiento, el Tribunal desarrolla un concepto amplísimo de ciudadanía, susceptible de oponerse a cualquier medida que —directa o indirectamente— implique una restricción de los derechos que ésta conlleva. Asimismo, la extensión de dicha noción es mayor por cuanto, como se verá a continuación, el límite a las acciones estatales no se restringe a los derechos contenidos en el estatuto del ciudadano comunitario, sino que se extiende a los que la Carta de Derechos Fundamentales otorga a los ciudadanos de la Unión.

13. Sobre esta doble vía -primacía del disfrute efectivo de los derechos aparejados al estatuto de la ciudadanía y ampliación de tales derechos a los recogidos por la Carta-, el Tribunal declaró que la negativa del Estado belga a conceder un permiso de residencia al Sr. Ruiz Zambrano suponía una restricción del disfrute efectivo de los derechos de sus hijos como ciudadanos de la Unión. ¿Cuál derecho resultaba menoscabado, a juicio del Tribunal? Al contestar a esta pregunta, el órgano jurisdiccional evidencia su interpretación extensiva del concepto de ciudadanía, una extensión que lo es doblemente por cuanto esta noción se transforma en la vía a través de la cual un nacional no comunitario accede al permiso de residencia y trabajo.

Así, para el TJUE la no concesión del permiso de residencia a su progenitor implicaría que los menores, ciudadanos de la Unión, deberían abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, la no expedición correlativa de un permiso de trabajo crearía el riesgo de que la falta de medios de subsistencia en la Unión Europea lo lleve a abandonar su territorio junto con sus hijos, con idéntica consecuencia: la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión. Con este razonamiento, el Tribunal realiza una interpretación amplia y de futuro: no se ha vulnerado aún ningún derecho de un ciudadano de la Unión, ni siquiera limitado su ejercicio, pero existe el riesgo de que los que integran su estatuto se vean obstaculizados, de cumplirse las hipótesis que el órgano judicial adelanta. Ante el peligro de que dicho riesgo se convierta en un daño real, el Tribunal adelanta la barrera protectora del Derecho comunitario y declara no conforme al mismo la negativa de las autoridades belgas a conceder el permiso de residencia y trabajo, una decisión puramente estatal cuya adopción en principio tan solo compete al Estado belga.

14. En cierto modo, esta argumentación viene a reiterar el planteamiento desarrollado por la STJUE de 19 de octubre de 2004, en el asunto *Zhu y Chen*. Allí, el Tribunal se opuso a que se denegara a una nacional extracomunitaria, ciudadana comunitaria que dependía de su cuidado efectivo y económico, la posibilidad de residir junto a su hija en el Estado miembro de acogida¹⁶. Su planteamiento descansaba sobre un dato jurídico: el derecho de residencia que el artículo 18 TCE (actual artículo 21 TFUE) otorga a los ciudadanos comunitarios. Sobre esta base, resultó entonces evidente para el Tribunal —y vuelve a serlo en el asunto Ruiz Zambrano— que el disfrute de un derecho de residencia por un

¹⁵ Apartado 41 de la sentencia, que reitera los pronunciamientos contenidos en la STJCE 20 septiembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre Public d'Aide Sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 184/99, *Rec.* 2001, p. 6193; STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R c. Secretary of State for Home Department*, 413/99, *Rec.* 2002, p. 7091; STJCE 2 octubre 2003, *Carlos García Avello c. État Belge*, 148/02, *Rec.* 2003, p. 11613; y STJCE 2 marzo 2010, *Rottmann*, cit.

¹⁶ La madre de Catherine Zhu, de nacionalidad china, obtuvo un derecho de residencia derivado de la nacionalidad irlandesa de su hija, adquirida por su nacimiento en Belfast conforme a la normativa irlandesa sobre nacionalidad, sin que ello implicara también la atribución de la nacionalidad británica. Madre e hija se habían trasladado posteriormente a Cardiff (Reino Unido), ejercitando con ello el derecho a la libre circulación concedido a los ciudadanos comunitarios y por extensión, a sus familiares nacionales de terceros Estados.

menor comunitario conlleva aparejado su derecho a estar acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo. La consecuencia de este pronunciamiento es inmediata: la persona a cuyo cargo se encuentra un ciudadano comunitario de corta edad debe poder residir con éste en el Estado miembro de acogida¹⁷. En otras palabras, el TJUE reconoció la posibilidad de extender a un nacional de un tercer Estado del derecho de residencia que el artículo 18 TCE otorga a los ciudadanos de la Unión, medida que ese mismo año generalizaría la Directiva 2004/38/CE.

15. Pero existe una diferencia esencial entre el asunto *Zhu y Chen* y el caso Ruiz Zambrano: en el primero se había dado un previo ejercicio del derecho a la libre circulación por parte de una ciudadana comunitaria, mientras que en el segundo los pequeños ciudadanos comunitarios no habían residido jamás en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad. Como vimos, para los Estados parte en el procedimiento, esta circunstancia convertía el litigio en un asunto puramente interno, excluido del ámbito de acción del ordenamiento comunitario. Entran aquí en juego, por tanto, las consideraciones realizadas en torno a la denominada discriminación inversa: la ausencia de un ejercicio previo de un derecho aparejado al estatuto de ciudadano de la Unión puede situar a su titular en una situación de inferioridad respecto a quienes sí lo han hecho, al privarle de la efectiva protección de sus derechos que le brinda el ordenamiento comunitario.

16. Volviendo al problema de la discriminación inversa, se la ha considerado una anomalía respecto de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, pues se da la paradoja de que el nacional de un Estado puede verse discriminado respecto de un nacional de ese mismo Estado por el simple hecho de que su concreta situación no entre en el ámbito de aplicación de los Tratados comunitarios, mientras que sí lo hacen las de otros compatriotas¹⁸. El resultado es que un Estado puede llegar a discriminar a sus propios nacionales respecto de otros nacionales o de nacionales de otros Estados miembros que se amparan en el ejercicio de alguna libertad comunitaria, pues en el primer caso no resulta aplicable la prohibición de discriminación contenida en el artículo 18 TFUE.

Pero en el asunto Ruiz Zambrano el TJUE ha puesto coto a esta consecuencia, reforzando una consideración ya propuesta por el Abogado General Jacobs en el asunto C-274/96, *Bickel y Franz*: que «la no discriminación por razón de la nacionalidad es el derecho más fundamental conferido por el Tratado, y debe considerarse un elemento básico de la ciudadanía de la Unión»¹⁹. La sentencia Ruiz Zambrano confirma esta impresión, como veremos, al elevar a la categoría de estatuto primordial del ciudadano de la Unión los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales²⁰. Se aprecia aquí un avance en lo que constituye una «*jurisprudencia audaz*» del TJUE²¹, que viene ampliando el ámbito de aplicación de los derechos de la ciudadanía -como la libre circulación o la no discriminación por razón de nacionalidad-, que de este modo trascienden la frontera que a su ejercicio marcó en un principio el requisito de que la situación controvertida estuviera dentro del ámbito del ordenamiento comunitario, excluyendo así las situaciones puramente internas, que permanecían sometidas al único imperio de las respectivas normativas estatales.

¹⁷ Vid. también la STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R.*, cit., apartados 71 a 75.

¹⁸ J.D. JANER TORRENS, «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 14, enero-abril 2003, p. 308.

¹⁹ Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 19 de marzo de 1998, asunto C-274/96, *Horst Otto Bickel y Ulrich Franz*, Rec. 1998 p. 7637, apartado 24.

²⁰ Como indican J.I. UGARTEMENDÍA y D. SARMIENTO, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es posible deducir la «ausencia de una conexión (al menos directa) entre la ciudadanía europea y los derechos fundamentales», no obstante la cual, el Tribunal viene desarrollando una interpretación que los aproxima cada vez más, ofreciendo la tutela del Derecho comunitario sobre algunos derechos fundamentales aun cuando su ejercicio no incida de forma directa sobre las libertades comunitarias («La protección de los derechos fundamentales del ciudadano europeo en tránsito. ¿Cuestión interna o comunitaria?», *InDret* 1/2008, p. 5).

²¹ E. PATAUT, «Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique», *Revue trimestrielle de droit européen*, N. 3, jul.-sept. 2010, p. 619.

17. Consciente de las negativas consecuencias que genera la denominada discriminación inversa, el Tribunal ha ido modificando sus apreciaciones de principio sobre esta cuestión, expandiendo progresivamente el conjunto de situaciones que caen dentro de la esfera de protección del derecho comunitario. Situaciones que en otra época hubieran sido calificadas de puramente internas y excluidas por ello de la protección que el ordenamiento comunitario otorga a los derechos de sus ciudadanos. Esta interpretación inicial puede verse en reiteradas decisiones del Tribunal²², que no obstante a partir de la década de los noventa inicia la elaboración de una interpretación expansiva del artículo 12 TCE (actual art. 18 TFUE), extendiendo su operatividad sobre situaciones no estricta o específicamente relativas al ejercicio de las libertades del Tratado, con la consiguiente incidencia en el ámbito de las competencias retenidas por los Estados²³.

En el asunto Ruiz Zambrano, el Tribunal resuelve, sin citarlo expresamente, el problema de la discriminación inversa a través de esta interpretación expansiva que de los derechos de los ciudadanos comunitarios viene haciendo su jurisprudencia. Aquí la tutela de tales derechos se extiende a unos titulares —los hijos del Sr. Ruiz Zambrano— que no han ejercido aún ninguno de ellos, manteniéndose por tanto dentro de las fronteras territoriales y jurídicas del Estado belga. Pese al carácter interno de dicha situación, el Tribunal utiliza su condición de ciudadanos de la Unión como instrumento de protección frente a una medida estatal —la denegación del permiso de residencia y trabajo a su progenitor— que puede imposibilitar el ejercicio futuro sus derechos como ciudadanos comunitarios. De este modo, la ciudadanía se convierte en la herramienta que permite al TJUE salvar el alegado carácter interno del conflicto, transformándose en un inesperado escudo del ciudadano de la Unión frente a una medida adoptada por su Estado de nacionalidad²⁴.

18. A partir de la sentencia Ruiz Zambrano, resulta más difícil imaginar qué situaciones habrán de ser respetadas por el Tribunal como sometidas a la única competencia de los Estados miembros, pues el concepto expansivo que de la ciudadanía acuña dicha decisión es susceptible de dar entrada —literalmente, en las fronteras físicas de cada Estado— a la tutela comunitaria de los derechos que conforman su estatuto. Igualmente, ya no ha de resultar tan incuestionable que, en los supuestos estrictamente internos, un Estado miembro dispense a sus propios nacionales un tratamiento distinto del otorgado a los nacionales de otros Estados miembros o a sus propios nacionales que hayan ejercitado alguna libertad comunitaria, pues ello constituiría una manifestación de la implícitamente proscrita discriminación inversa.

Se aprecia aquí una evolución «*tan coherente como inevitable*»²⁵ de la jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión, que en su momento llevó al TJUE a declarar el efecto directo del artículo 21 TFUE. Así lo manifestó en la sentencia *Baumbast*, reconociendo un derecho autónomo de libre circulación a los particulares no activos económicamente²⁶. Se desvincula así el efectivo disfrute de los

²² La STJCE 30 mayo 1989, *Comisión c. Grecia*, 305/87, *Rec.* 1989, p. 1461, el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 12 TCE está destinado «*a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación*» (p. 1477, apartado 13). Por su parte, la STJCE 15 enero 1986, *Hurd c. Jones*, 44/84, *Rec.* 1986, p. 29, señaló que «*el principio de no discriminación consagrado por el artículo 7 del Tratado CEE [actual artículo 12] (...) no puede ser aplicados a situaciones puramente internas de un Estado miembro que no presenten ningún vínculo de relación con una cualquiera de las situaciones previstas por el Derecho comunitario*» (p. 85, apartado 55).

²³ J.I. UGARTEMENDÍA y D. SARMIENTO, «La protección de los derechos fundamentales...», cit., p. 7.

²⁴ En este punto, el Tribunal de Justicia parece aceptar finalmente una línea argumental ya marcada por el Abogado General Jacobs en el asunto *Konstantinidis* (STJCE 30 marzo 1993, *Christos Konstantinidis*, 168/91, *Rec.* 1993, p. 1191). En esencia, que un nacional comunitario que se encuentra en otro Estado miembro debe estar protegido por los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario por el hecho de ser un *ciudadano europeo*. Sobre las implicaciones de esta consideración, *vid.* J.I. UGARTEMENDÍA y D. SARMIENTO, «La protección de los derechos fundamentales...», cit., pp. 5-6.

²⁵ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 125.

²⁶ STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R*, cit. Sobre esta decisión, señala D. SARMIENTO que en ella el Tribunal de Justicia estableció lo que hasta entonces muy pocos daban por válido: que el art. 18 TCE tiene efecto directo, pudiendo ser invocado por todos los sujetos que ejerzan la libre circulación ante todos los tribunales de los Estados miembros, pese a que hasta ese momento parecía que este derecho sólo era titularidad de quienes desarrollasen una actividad económica («A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 26, abril/junio 2000, pp. 218-219).

derechos de la ciudadanía del componente económico que tradicionalmente venía aparejado a ellos, consecuencia de la originaria estructura de la Comunidad Europea como un mercado unificado. Los ciudadanos ya no son meros factores económicos de producción, y la conversión de dicho mercado en una verdadera Unión Política vuelve incoherente y desproporcionada toda exigencia de actividad económica sus ciudadanos, ligados a la Unión por un vínculo político y verdaderos titulares de derechos fundamentales. Sobre este punto, señala S. DE LA ROSA que esta consagración del efecto directo de dicho derecho ha favorecido la construcción de una jurisprudencia específica en materia de ciudadanía, subrayando las trascendentes consecuencias de esta línea interpretativa para la «*emancipación*» de los derechos del estatuto del ciudadano de la Unión²⁷.

La realidad actual de la Unión Europea es la coexistencia de unidades familiares diferentes, compuestas únicamente por ciudadanos comunitarios o integradas por éstos y nacionales de terceros Estados. Si los componentes de unas y otras familias no reciben el mismo trato que las de los ciudadanos comunitarios que han ejercido su derecho a la libre circulación, se corre el riesgo de privar a tal derecho de cualquier contenido real²⁸. A ello se añade el reconocimiento de amplios derechos fundamentales por parte del ordenamiento comunitario, que determina que el ejercicio de los derechos de la ciudadanía deba enfocarse desde la protección de tales derechos fundamentales.

Una consecuencia de esta nueva perspectiva es considerar desproporcionada la exigencia de un ejercicio efectivo y previo de los derechos de la ciudadanía para poder reclamar su tutela. En otras palabras, los ciudadanos comunitarios residentes en su país de origen que no han circulado jamás por el territorio comunitario se encuentran en una situación de desprotección respecto de quienes sí lo han hecho —que pueden reclamar la efectiva tutela de sus derechos comunitarios—, con la consiguiente vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

19. Como se ha indicado, la jurisprudencia comunitaria más reciente se muestra ya sensible a esta cuestión, venciendo su tradicional reticencia a abordarla, por considerar una competencia de los Estados miembros²⁹. Así, ha comenzado ya el Tribunal de Justicia a establecer decisiones correctoras, en lugar de dejar a los Estados miembros -como venía haciendo- la tarea de evitar la producción de esta consecuencia contraria al art. 18 TFUE³⁰. Así se aprecia en las sentencias *Carpenter*³¹, *Zhu y Chen*, y *Metock*³². En esta última, el Tribunal de Justicia admitió que era preciso reconsiderar su jurisprudencia

²⁷ «La citoyenneté européenne à la mesure des intérêts nationaux: a propos de l'arrêt Förster», *Cahiers de droit européen*, N. 3-4, 2009, pp. 549-568, esp. pp. 551-554.

²⁸ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 128.

²⁹ S. HAMMAMOUN Y N. NEUWAHL, «Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 (CJCE, affaire *Metock*, C-127/08)», *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 1, Janvier/Mars 2009, p. 101.

³⁰ Esta línea jurisprudencial sostenía que el Derecho de la Unión no ofrece solución alguna al problema de la discriminación inversa. En este sentido, vid. STJCE 1 abril 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, 212/06, *Rec.* 2008, p. 1683, apartado 33; STJCE 25 julio 2008, *Blaise Baheten Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 127/08, *Rec.* 2008, p. 6241, donde el Tribunal declaró que la eventual diferencia de trato entre los ciudadanos de la Unión, en relación con la entrada y la residencia de los miembros de sus familias procedentes de Estados terceros, en función de si tales ciudadanos de la Unión han ejercido anteriormente su libertad de circulación, se considera una cuestión excluida del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (apartado 78).

³¹ STJCE 11 julio 2002, *Carpenter*, 60/00, *Rec.* 2000, p. 6979. Como indica D. SARMIENTO, en este litigio la vinculación con el ordenamiento comunitario resultaba algo débil, ya que el ciudadano comunitario, nacional británico, que reclamaba la no expulsión del territorio británico de su esposa filipina, residía y trabajaba en el Reino Unido, viajando sólo ocasionalmente a otros Estados miembros para visitar algún cliente. Pero para el Tribunal, esta exigua vinculación «*quedaba compensada por el hecho de que existía un derecho fundamental en juego: el derecho fundamental a la intimidad familiar, convertido en principio general del derecho comunitario*» («A vueltas con la ciudadanía...»), cit. p. 222).

³² STJCE 25 julio 2008, *Metock y otros*, 127/08, *Rec.* 2008, p. 6241. Sobre esta decisión, vid. S. HAMMAMOUN Y N. NEUWAHL, «Le droit de séjour...», cit., pp. 91-104, donde los autores lamentan la ocasión perdida en este asunto por el Tribunal para haber explorado todas las posibilidades de la Directiva 2004/38. Frente a ello, se contentó con hacer alusión al artículo 8 CEDH, y evitó pronunciarse sobre la discriminación indirecta aparejada a la aplicación del derecho comunitario. De este modo, dejó pasar la oportunidad de «*efectuar un deslizamiento hacia un derecho de reagrupación familiar basado en la noción de ciudadanía europea*» (p. 104), una oportunidad que finalmente ha aprovechado en el asunto Ruiz Zambrano.

anterior³³, de forma que el beneficio del derecho de residencia para el cónyuge no comunitario de un ciudadano de la Unión no puede hacerse depender de que dicho ciudadano haya ejercitado previamente su derecho a la libre circulación y residencia.

20. Sin embargo, no en todas sus decisiones se ha mostrado el Tribunal tan taxativo respecto a este punto, admitiendo en ocasiones la diferenciación entre ciudadanos comunitarios que ejercen su derecho a la libre circulación y aquellos que no lo han hecho. De hecho, la sentencia Ruiz Zambrano no se basa únicamente -ni siquiera de forma primordial- en la proscripción de la discriminación inversa, sino en el efectivo disfrute de derechos fundamentales reconocidos por la Carta, como veremos a continuación. No estamos, por tanto, ante una argumentación concluyente y aplicable en todo supuesto potencial de discriminación inversa, como evidencia la STJUE de 5 de mayo de 2011, dictada en el asunto *McCarthy*. De ella se deduce que, pese a este incipiente cambio de orientación jurisprudencial, el Tribunal de Justicia está aún lejos de haber zanjado los problemas ocasionados por la discriminación inversa que genera la interacción de las disposiciones comunitarias sobre ciudadanía y los derechos estatales.

El supuesto de hecho que dio lugar a este litigio es el siguiente: la Sra. McCarthy posee la doble nacionalidad británica e irlandesa, aunque ha residido toda su vida únicamente en el Reino Unido. Casada con un nacional jamaicano, éste no tenía derecho, según la normativa británica sobre extranjería, a residir en el Reino Unido. Para obtener dicha autorización, la Sra. McCarthy reclamó al Reino Unido un derecho de residencia para sí misma en dicho país, y el correlativo derecho de residencia derivado para su cónyuge; y ello, alegando su nacionalidad irlandesa y su condición de ciudadana de la Unión. Se trataba, en consecuencia, de dilucidar si una persona nacional de dos Estados miembros, que únicamente ha residido en uno de ellos, puede invocar ante dicho Estado el Derecho comunitario para obtener en ese país un derecho de residencia para sí y para su cónyuge, nacional de un tercer Estado.

En sus consideraciones iniciales, el Tribunal declaró, como ya vimos, que no cabía calificar esta situación de puramente interna por el solo hecho de que la Sra. McCarthy no hubiera ejercitado nunca su derecho a la libre circulación. Pero, de forma algo incoherente, a continuación admite que el litigio queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE, cuyo artículo 3.1 constituía el fundamento de la petición de la reclamante. Y ello, porque que la citada Directiva no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro. No olvidemos que el objetivo de la Directiva 2004/38/CE es facilitar a los ciudadanos de la Unión la libre circulación en el territorio de los Estados miembros.

Llegados a este punto, cabría plantearse la posibilidad de extender a este supuesto el derecho a la libre circulación consagrado en el artículo 21 TFUE, sobre la base de su declarado efecto directo por el Tribunal de Justicia en otras ocasiones. Sin embargo, el propio Tribunal rechaza tal posibilidad, manifestando que dicho precepto no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro. Pero ello, con una salvedad: que la situación de ese ciudadano «no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»³⁴.

En el presente caso, frente a lo sentenciado en el asunto Ruiz Zambrano, el Tribunal estimó que no se producía sobre la Sra. McCarthy dicha privación de derechos ni se obstaculizaba en modo alguno

³³ Sentada principalmente en la STJCE 23 septiembre 2003, *Secretary of the State for the Home Department c. H. Akrich*, 109/01, Rec. 2003, p. 9607, donde declaró que «para poder disfrutar de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión» (apartado 50). Como indica la Abogada General Sharpston en sus conclusiones al asunto Ruiz Zambrano (apartado 138), pocos años más tarde, el Tribunal de Justicia reconoció que la jurisprudencia *Akrich* tenía que reconsiderarse, particularmente a la luz de la STJCE 25 julio 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Belgian State*, 459/99, Rec. 2002, p. 6591 y STJCE 29 octubre 1998, *Comisión/España*, 114/97, Rec. 1998, p. 6717.

³⁴ Apartados 56, 57 y 59 de la sentencia.

su derecho a la libre circulación y residencia. Así, pese a que en el primer asunto el Tribunal parece profundizar en una incipiente jurisprudencia que infiere de la ciudadanía de la Unión una prohibición de discriminación de los nacionales³⁵, en el segundo caso no lo estimó así, declarando la ausencia de una conexión suficiente entre el litigio y el ordenamiento comunitario que permitiera dicha interpretación, pese a la ciudadanía comunitaria ostentada por la Sra. McCarthy. Al contrastar la sentencia McCarthy con el pronunciamiento del TJUE en el asunto Ruiz Zambrano, surgen ciertas dudas, por tratarse de situaciones sustancialmente idénticas -ciudadanos comunitarios que no habían ejercitado previamente ninguno de sus derechos como tales- pero con elementos divergentes -minoría de edad de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano y por tanto, dependencia económica respecto de sus progenitores.

21. ¿No supone una restricción -si no una privación- del ejercicio efectivo del derecho de residencia en la Unión Europea la denegación del permiso de residencia al cónyuge no comunitario de un ciudadano comunitario? ¿Por qué, siendo ambos supuestos similares en lo esencial, sí implica una discriminación por razón de nacionalidad la no concesión del permiso de residencia al progenitor no nacional de un Estado miembro y no se considera así en el caso del cónyuge no nacional de un país comunitario? En el asunto McCarthy, el Tribunal entendió que no cabía extender el derecho del artículo 21 TJUE a una persona vinculada por lazos familiares a una nacional comunitaria, mientras que en la sentencia Ruiz Zambrano fue precisamente la vinculación familiar con dos ciudadanos comunitarios la que permitió a un nacional extracomunitario acceder al derecho de residencia en la Unión Europea.

En el primero se daban los elementos necesarios para considerar que se daba una situación de discriminación inversa; en el segundo, no concurrían dichos elementos: ¿dónde radica tal diferencia? Quizá no resulte aventurado conjeturar que en el asunto Ruiz Zambrano el elemento que inclinó de forma definitiva la decisión del tribunal en el sentido ya visto fue la consideración de la posible afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios implicados. En efecto, como veremos a continuación, gran parte de su pronunciamiento se sustenta sobre la necesaria tutela que a tales derechos debe otorgar el ordenamiento comunitario, por mandato de la Carta de los Derechos Fundamentales. Frente a esta interpretación cabe alegar, evidentemente, que la Sra. McCarthy era titular de los mismos derechos fundamentales recogidos en la Carta. Aun admitiendo dicha objeción, dos matices se imponen: por una parte, que la cuestión prejudicial en absoluto venía orientada bajo esa perspectiva; por otra, el hecho de que al Reino Unido no le resulte aplicable la Carta de los Derechos Fundamentales³⁶.

En efecto, recordemos que la primera cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia en el asunto Ruiz Zambrano versaba justamente sobre el alcance de los derechos consagrados en los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales: el derecho a la no discriminación³⁷, los derechos

³⁵ Sobre esta línea jurisprudencial, *vid.* E. SPAVENTA, «Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects», *Common Market Law Review* 45, 2008, pp. 30-39.

³⁶ *Vid.* Protocolo anejo al Tratado de Lisboa, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (BOE de 27 noviembre 2009), que dispone que la Carta no tiene fuerza vinculante en cuanto a los derechos que no se reconocen en ambos países. Artículo 1: «1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma. 2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional».

³⁷ Artículo 21. No discriminación. «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares».

de la infancia³⁸ y derecho a la seguridad social y a la asistencia social³⁹. Por el contrario, las presentadas en el caso McCarthy obviaban toda referencia a los derechos fundamentales⁴⁰, limitándose a inquirir al Tribunal por el ámbito de aplicación de los artículos 3.1 y 16 de la Directiva 2004/38/CE. Ello permite introducir aquí este matiz, pues tras el pronunciamiento de la sentencia Ruiz Zambrano subyace en esencia la efectiva tutela de los invocados derechos fundamentales. Asimismo, y en coherencia con su falta de mención por el tribunal británico, debe reiterarse que al Reino Unido no le resulta de aplicación el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales, pese a los ruegos del Parlamento Europeo en tal sentido⁴¹. No hay, por tanto, en el presente caso, base jurídica para sustentar respecto de la Sra. McCarthy una doctrina similar a la elaborada en la sentencia Ruiz Zambrano⁴². Veamos, pues, cuál es el alcance que en dicha decisión adquieren los derechos fundamentales invocados.

2. Los derechos fundamentales como derechos subyacentes a la ciudadanía de la Unión

22. Aprobada por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴³ posee el mismo valor jurídico que los Tratados⁴⁴, y la misión de

³⁸ Artículo 24. «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

³⁹ Artículo 34. Seguridad social y ayuda social. «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

⁴⁰ Salvando la somera mención al derecho de circulación y residencia en el territorio comunitario (art. 45 de la Carta), que el Tribunal enjuicia desde la perspectiva del correlativo artículo 21 TFUE.

⁴¹ Que en su Decisión de 29 de noviembre de 2007 pidió «encarecidamente a Polonia y al Reino Unido que hagan todos los esfuerzos para poder llegar finalmente a un consenso sobre la aplicación sin restricciones de la Carta» (Decisión sobre la aprobación por el Parlamento Europeo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE C 297 de 20 noviembre 2008).

⁴² Y en el asunto *Carpenter*, con el que presenta una mayor similitud (*vid. supra* nota 31), cabe sostener que en el caso de la Sra. McCarthy pudiera estar en riesgo el derecho a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales, pues la no concesión a su marido jamaicano del derecho a residir en el Reino Unido suponía un obstáculo de considerable entidad para el efectivo ejercicio de tal derecho. Comparando ambas decisiones, además del dato apuntado relativo a la no vinculación para el Reino Unido de la Carta, otra divergencia surge con fuerza: en la sentencia *Carpenter*, el Tribunal defendió a ultranza la vinculación del asunto con el Derecho comunitario -pese a lo cuestionable de dicha afirmación-, mientras que en la sentencia McCarthy se muestra igualmente tajante en el sentido opuesto, declarando la ausencia de vinculación con el ordenamiento comunitario por la falta de ejercicio del derecho a la libre circulación, sin que surja dicha relación porque la ciudadana comunitaria posea las nacionalidades de dos Estados miembros.

⁴³ DOUE C 83 de 30 marzo 2010.

⁴⁴ Artículo 6.1 TUE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones». Con esta declaración, el Tratado de Lisboa introdujo finalmente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien no incorporando el texto de la Carta, sino remitiéndose a la misma y asimilando su valor jurídico al de los Tratados. Al respecto, indica A. TORRES PÉREZ que con esta fórmula, «la aparición de la Carta en el escenario del derecho originario no se produce por la puerta grande, sino por remisión (...) en línea con el esfuerzo de 'desconstitucionalización' del Tratado de reforma después del fracaso del proyecto constitucional» (*cfr.* «La dimensión estructural de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 253-297, en p. 253).

velar por su efectivo disfrute y protección queda atribuida al Tribunal de Justicia⁴⁵. La Carta constituye una recopilación de los derechos que hasta entonces se encontraban dispersos en diferentes normativas, como legislaciones estatales y comunitarias y convenios internacionales. Entre otras consecuencias, su sistematización en este instrumento ha tenido el efecto de dotar a estos derechos de claridad y visibilidad, con el consiguiente incremento de la seguridad jurídica que ello conlleva.

Los derechos que consagra se encuentran divididos en seis capítulos, atribuyéndose expresamente a los ciudadanos de la Unión la titularidad de los recogidos en el capítulo V, que es casi una reproducción exacta de los ya establecidos desde el origen por el Tratado de Maastricht⁴⁶. Los restantes derechos son atribuidos a «toda persona», lo que se ha calificado de «*transferencia simbólica*» de los derechos humanos bajo la lógica propia de la construcción comunitaria⁴⁷. De acuerdo con ella, de los derechos fundamentales recogidos en la Carta son beneficiarios todos aquellos que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, sin que la posesión del título de ciudadano de la Unión sea un requisito para su disfrute.

23. Sin embargo, la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia -y la correlativa orientación que éste dio a su pronunciamiento- vinculan ambos estatutos: el de titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta a «toda persona» y el de ciudadano de la Unión, con los específicos derechos que lo integran. En concreto, la segunda cuestión prejudicial se refería a las consecuencias y extensión de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 21, 24 y 34 de la Carta en relación con los reconocidos por los artículos 12, 17 y 18 TCE a los ciudadanos comunitarios. De la respuesta dada por el Tribunal, cabe afirmar que la extensión al Sr. Ruiz Zambrano del derecho de sus hijos menores a residir en territorio belga se sustenta jurídicamente sobre la conjunción de dos consideraciones: la prohibición de la discriminación inversa, en los términos ya vistos, y la tutela efectiva de los derechos fundamentales controvertidos.

Sobre este planteamiento, el Tribunal vuelve a reiterar en su decisión final que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y pese a constituir este aserto una ratificación de pronunciamientos anteriores⁴⁸, la novedad radica en el amplio alcance que en esta ocasión otorga el Tribunal a dicho estatuto, permitiendo que el disfrute de algunos de sus derechos se propague al progenitor de sus titulares directos, los hijos del Sr. Ruiz Zambrano, que son quienes ostentan la ciudadanía de la Unión. Para el Tribunal, no permitir dicha expansión podría suponer una lesión del efectivo disfrute de unos ciudadanos comunitarios de sus derechos como tales.

Como en el caso de la sentencia Rottmann, el Tribunal declara aquí que el artículo 20 TFUE⁴⁹ impide la adopción de medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos comunitarios del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión⁵⁰. Pero a diferencia de aquel asunto, aquí dicha privación no es directa e inmediata -como en el caso del Sr. Rottmann, que al perder su nacionalidad alemana perdía también su condición de ciudadano comunitario, amén de devenir apátrida-, sino que tiene carácter indirecto, pues la imposibilidad para el padre de

⁴⁵ Ex artículo 263 TFUE, que establece su competencia en materia de «*violación de los Tratados*», que resulta aplicable a las posibles vulneraciones de derechos fundamentales por efecto de la mencionada equiparación de la Carta a los Tratados por lo que respecta a su valor jurídico.

⁴⁶ Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo Europeo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular. Todos ellos derechos originarios de la ciudadanía de la Unión, con la salvedad del derecho a una buena administración, que fue introducido por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 (DOUE C 80 de 10 marzo 2001).

⁴⁷ H. GAUDIN, «Citoyenneté européenne et droits fondamentaux», *Revue des Affaires Européennes*, année 15, n.1, 2006, p. 84.

⁴⁸ STJCE 20 septiembre 2001, *Rudy Grzelczyk y Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 184/99, Rec. 2001, p. 6193 (apartado 31); STJCE 17 septiembre 2002, *Baumbast y R*, cit. (apartado 82); STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, cit. (apartado 21) y STJCE 2 marzo 2010, *Rottmann*, cit. (apartado 43).

⁴⁹ «1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla».

⁵⁰ Vid. apartado 42 de la sentencia *Rottmann*.

residir y trabajar en Bélgica «conlleva el riesgo» de que sus hijos tengan que abandonar dicho país, no obstante ser nacionales del mismo⁵¹. Para evitar dicha indeseada -e hipotética- consecuencia, el Tribunal extiende al padre el derecho de sus hijos a residir en territorio comunitario, una decisión que convierte a un nacional no comunitario en garante del efectivo disfrute por parte de ciudadanos comunitarios de sus derechos como tales.

24. En esta considerable ampliación de los derechos aparejados al estatuto de la ciudadanía de la Unión ha tenido un papel nada desdeñable la circunstancia de que los derechos fundamentales planeasen bajo todo el litigio. No estaban aquí en cuestión únicamente los derechos integrantes del estatuto de ciudadano comunitario, sino los elevados a la categoría de derechos fundamentales por efecto de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta: el derecho a la no discriminación, los derechos de la infancia y derecho a la seguridad social y a la asistencia social. Para el Tribunal, el efectivo disfrute de tales derechos por hijos del Sr. Ruiz Zambrano depende directa e ineludiblemente de su efectiva presencia en territorio belga y de la necesaria capacidad de subsistencia de sus progenitores⁵².

Esta perspectiva deriva del planteamiento que de la cuestión realiza el tribunal belga, al inquirir sobre el papel que juegan los derechos fundamentales al determinar el ámbito de aplicación de los artículos 20 y 21 TFUE. La amplitud y generosidad de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a esta cuestión resulta acorde con su trayectoria respecto a la tutela -e incluso, consagración- de los derechos fundamentales⁵³. Así, el Tribunal enarbola el estatuto de los menores ciudadanos comunitarios como instrumento para oponerse a la adopción de medidas nacionales que puedan llegar a privarles del «*disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión*». Aun sin mencionarlos expresamente, en el pronunciamiento del Tribunal subyace la toma en consideración de los derechos fundamentales cuya titularidad también ostentan los ciudadanos comunitarios.

En este punto, el Tribunal parece seguir la senda apuntada por el Abogado General Poiares Maduro en el asunto *Centro Europa*⁵⁴, donde se mostraba partidario de potenciar la relación entre la ciudadanía y los derechos fundamentales, con el fin de dar auténtico sentido a la ciudadanía de la Unión⁵⁵. En este supuesto -como en el asunto Ruiz Zambrano- el hecho de que se tratase de una situación interna no bastaba, a juicio del Abogado General, para impedir la intervención del Derecho comunitario, pues el factor que debe activarla no es la aplicación *rationae materiae* de los Tratados, sino la constancia de una violación grave y reiterada de derechos fundamentales, susceptible de causar una infracción de la libre circulación⁵⁶.

⁵¹ Apartado 44: «(...) debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión».

⁵² Así se deduce del pronunciamiento contenido en el apartado 43 de la sentencia: «la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto» [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].

⁵³ En efecto, como recuerda M. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, pese a que habitualmente a la enunciación de un catálogo de derecho sigue el establecimiento de su garantía jurisdiccional, en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, «los acontecimientos se han producido al revés»: la garantía jurisdiccional ha precedido a la elaboración de un catálogo escrito de derechos fundamentales, y el TJUE ha llevado a cabo durante cuarenta años una protección paradigmática de los derechos al no contar con un instrumento específico de reconocimiento. Para la autora, durante este período, precisamente la inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales obligó al Tribunal de Justicia a dispensar una «*protección pretoriana, de pura custodia de los derechos*» («La protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2º semestre 2008, pp. 216-218).

⁵⁴ STJCE 31 enero 2008, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni y Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni Ministero delle Comunicazioni*, 380/05, *Rec.* 2005, p. 349.

⁵⁵ D. SARMIENTO, «A vueltas con la ciudadanía europea...», cit., p. 226.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 227.

25. Este planteamiento, unido al pronunciamiento en el asunto Ruiz Zambrano obliga a subrayar un dato: la libre circulación no es sólo un derecho de la ciudadanía (art. 21 TFUE), sino también un derecho fundamental⁵⁷. La segunda consideración permite otorgarle un contenido más extenso e incondicionado, de forma que no admita las restricciones a las que como derecho aparejado al estatuto jurídico del ciudadano puede estar sometido. No cabe, por tanto, exigir su previo ejercicio para poder invocar los efectos que el propio derecho lleva aparejado, como es eliminar toda limitación a su -efectivo o eventual- ejercicio. Ello permite obviar las restricciones que la Directiva 2004/38/CE establece en cuanto a su ámbito de aplicación, pues resultarían incompatibles con el carácter absoluto de la libre circulación como derecho fundamental.

III. Conclusiones

26. Como punto de partida, recordemos que la primera decisión prejudicial presentada por el *Tribunal du travail* de Bruselas se refería al alcance del derecho de residencia de nacionales de un Estado tercero progenitores de dos menores ciudadanos de la Unión que no habían salido de su Estado miembro de origen. Surgía así la cuestión de determinar si la intervención del Derecho comunitario en este caso debía depender del previo ejercicio por parte de los menores de su derecho a la libre circulación, como requisito para considerar a sus progenitores destinatarios de la Directiva 2004/38/CE, cuyo artículo 3.1 la declara aplicable a los familiares de un ciudadano comunitario que se traslade o resida en un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad.

Al resolver esta pregunta, el Tribunal de Justicia avanza en la senda marcada por su previa jurisprudencia sobre el efecto directo del artículo 21 TFUE. No sólo configura un derecho libre circulación autónomo, desvinculado de toda actividad económica, sino que prescinde además de la exigencia de su previo ejercicio para poder invocar su tutela. Interesa señalar, como recordaba el propio *Tribunal du travail* belga, que la libre circulación ha sido elevada a la categoría de derecho fundamental por efecto del artículo 45 de la Carta. Sin duda, este dato ha sido tenido en cuenta por el TJUE, que configura una amplísima protección de este derecho, articulado en una tutela preventiva y de futuro, que impide la adopción de medidas estatales «potencialmente susceptibles» de obstaculizar su ejercicio.

27. De este modo, en el asunto Ruiz Zambrano el TJUE viene a declarar que el ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la Unión no es requisito *sine qua non* para invocar su tutela. Ello implica dotar al concepto de ciudadanía de dos notas que originariamente no poseía: amplitud e independencia. Amplitud, por la magnitud que los efectos de su protección pueden desplegar; aquí, la concesión de un derecho comunitario de residencia a nacionales de terceros Estados debido a su vinculación familiar con ciudadanos de la Unión. Independencia, porque el efecto directo del derecho de libre circulación impide supeditarlos a su vinculación con una actividad económica, y porque tampoco cabe exigir que haya sido ejercitado previamente para poder reclamar su tutela.

28. Como indica la Abogada General Sharpston, este planteamiento trasciende la concepción de la ciudadanía como una mera versión no económica de la libertad de circulación que desde hace tiempo existe para los agentes económicos y las personas económicamente independientes⁵⁸. Con esta decisión, el TJUE da entrada a una noción mucho más radical: una auténtica ciudadanía, que incluye un conjunto uniforme de derechos y obligaciones en una Unión de Derecho en la que el respeto de los derechos fundamentales debe desempeñar necesariamente una parte integral⁵⁹. Y pese a la ya subrayada falta de conexión directa entre los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión, resulta igualmente cierto

⁵⁷ Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia. «1. *Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.* 2. *De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.*»

⁵⁸ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, apartado 3

⁵⁹ *Ibidem*.

que la ciudadanía europea fue concebida como un instrumento atributivo de un nuevo estatuto jurídico, que «*de poco serviría si los derechos fundamentales fueran herramientas secundarias*»⁶⁰.

La sentencia Ruiz Zambrano se añade así a un conjunto de decisiones (asuntos *Carpenter*, *Zhu y Chen*), que parecen marcar un nuevo rumbo a la ciudadanía de la Unión. Hasta el punto de que aunque el vínculo con el Derecho de la Unión pueda resultar cuestionable, éste queda compensado por la existencia de derechos fundamentales en juego. La efectiva tutela que el ordenamiento comunitario debe otorgar a tales derechos no sólo permite trascender el carácter interno de la situación, sino que impide la exigencia de requisitos como la vinculación económica con el derecho controvertido o su previo ejercicio, al tiempo que permite extender los derechos de los ciudadanos de la Unión a quienes no ostentan tal estatuto.

29. Es importante reiterar que lo realmente novedoso -e incluso, revolucionario- de la sentencia Ruiz Zambrano es la amplitud que otorga a los derechos de los ciudadanos de la Unión, ampliando su disfrute a quienes, por su condición de nacionales de un tercer Estado, no ostentan su titularidad. De este modo, la ciudadanía de la Unión va más allá de ser una «*técnica de imputación de derechos*»⁶¹ para quienes poseen dicha categoría: se convierte en un título de extensión de derechos en beneficio de ciudadanos no comunitarios, que acceden a ellos como garantes del efectivo disfrute de tales derechos por sus titulares, los ciudadanos de la Unión. Así, el Sr. Ruiz Zambrano, nacional colombiano, adquiere el derecho a residir y trabajar en Bélgica por su condición de padre de ciudadanos comunitarios que se encuentran a su cargo. De su presencia en el Estado belga -entendida como residencia legal y económicamente productiva- depende la de sus hijos en dicho país, y por tanto en territorio comunitario, requisito a su vez para el efectivo disfrute de sus derechos como ciudadanos de la Unión.

30. La segunda nota a destacar es el carácter preventivo de la decisión del Tribunal, pues ya hemos subrayado que ésta se toma ante «el riesgo» de que se llegue a privar a los menores comunitarios del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión. Como todo riesgo, ésta resulta una posibilidad incierta -aunque probable- y potencial, pero ello basta al TJUE para extender frente a esa eventualidad el manto protector de la ciudadanía y ampliarlo tanto como para dar cobertura a quienes no son nacionales de un Estado miembro.

31. En esta concepción jurisprudencial de la ciudadanía de la Unión, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad parece haber tenido menos peso que el carácter fundamental de los derechos que integran el estatuto del ciudadano de la Unión. En consecuencia, y pese a haber sido planteada expresamente por tribunal belga, el problema de la discriminación inversa que puede generar la prohibición contenida en el artículo 18 TFUE continúa siendo una cuestión sin resolver por el Tribunal de Justicia, que tampoco lo ha hecho en esta ocasión⁶². En el litigio Ruiz Zambrano, el TJUE ha obviado prácticamente la cuestión, centrando su argumentación en la efectiva tutela de los derechos de la ciudadanía comunitaria, a los que implícitamente otorga la categoría de fundamentales. Así, la función que en la sentencia Rottmann desempeñó el principio de proporcionalidad -servir de límite a la acción estatal en materias de su exclusiva competencia- la cumple ahora el que podríamos llamar principio del efecto útil de la ciudadanía. En virtud del cual, resultan proscritas todas las acciones estatales que restrinjan o -lo que resulta más relevante- sean susceptibles de restringir el efectivo disfrute de los derechos de los ciudadanos comunitarios.

En este concreto asunto, como en los precedentes jurisprudenciales citados, la consecuencia de este efecto útil ha sido extender *de facto* el disfrute de derechos comunitarios a quienes, por carecer de la ciudadanía de la Unión, no podían acceder jurídicamente a ellos. El Derecho comunitario, que no puede concederles la condición de ciudadanos de la Unión, les otorga su contenido, incluso en contra de

⁶⁰ D. SARMIENTO, «A vueltas con la ciudadanía europea...», cit., p. 227, donde el autor recuerda que «*a fin de cuentas, las revoluciones jurídicas han sido acontecimientos liderados y abanderados por la jurisprudencia combativa del TJUE*».

⁶¹ E. PATAUT, «Citoyenneté de l'Union européenne...», cit., p. 619.

⁶² *Vid.* Conclusiones Abogada General Sharpston, apartado 51.

las disposiciones de los Estados miembros. Se genera así la paradoja de que los principales beneficiarios de este efecto útil de la ciudadanía de la Unión sean quienes no poseen dicho título: los nacionales de terceros Estados («extranjeros») a quienes la Unión Europea negó desde el inicio la posibilidad de acceder al estatuto de ciudadanos de la Unión. Y ello, por efecto de otra paradoja: quienes se convierten en garantes del efectivo disfrute de sus derechos comunitarios por parte de los ciudadanos de la Unión son nacionales de terceros Estados, que no pueden acceder a tales derechos de forma autónoma, ni mucho menos, al título de ciudadanos de la Unión.

32. Este encadenamiento de paradojas nos conduce, una vez más, a cuestionar la base jurídica del concepto de ciudadanía⁶³, cuya estrechez e insuficiencia han puesto sobradamente de relieve el tiempo y las decisiones del TJUE en esta materia. Con su jurisprudencia -y la sentencia Ruiz Zambrano constituye un peldaño más en esta construcción- el Tribunal de Justicia viene edificando una concepción de la ciudadanía más amplia y funcional que la recogida en el Tratado de Ámsterdam. Una concepción que parece asemejarse más al sentido originario de la ciudadanía, recogido en la Declaración de Virginia de 1776: personas que, habiendo demostrado suficientemente su adhesión e interés por la comunidad, están en disposición de conducirla, de formar su voluntad⁶⁴.

Fuera de la extensión que por vía interpretativa viene haciendo el TJUE, hablar de derechos de la ciudadanía para todos supone poner en cuestión la propia definición de ciudadanía, por esencia reservada a los nacionales de los Estados miembros⁶⁵. Sólo un nuevo concepto de ciudadanía por residencia permitiría superar dicha barrera⁶⁶, y a las numerosas propuestas ya existentes en tal sentido cabe añadir ahora la vía que ofrece la Carta de los Derechos Fundamentales, en la que parece apreciarse un indicio de esta corriente, al otorgar antes derechos a «todos» que a los ciudadanos de la Unión, en un orden que, aunque calificado de «sorprendente»⁶⁷, resulta más bien revelador.

Pero es obvio que la modificación del concepto de ciudadanía europea exige un cambio en su base política que no cabe augurar inminente, ni siquiera próximo, y menos aún cabe deducir una intención de la jurisprudencia comunitaria socavar dicho sustento político. Lo cual no impide apreciar las notables mutaciones que esta institución ha experimentado por obra del Tribunal de Justicia. Como muestra más reciente, las derivadas de la sentencia Ruiz Zambrano: una extensión del ámbito de aplicación subjetivo de derechos vinculados a ciudadanos comunitarios y una creciente vinculación entre la ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales. Consecuencias ambas que en modo alguno previeron los fundadores de la ciudadanía europea, que finalmente -y una vez más- nos lleva a extraer una única conclusión cierta: que seguimos estando ante un concepto en plena evolución.

⁶³ Una base jurídica que la configuró desde el inicio como una noción «dependiente, excluyente e incompleta» (P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 348), características que con el tiempo se han convertido en ocasiones en un lastre para el propio desarrollo de este concepto, que el Tribunal de Justicia ha tratado de salvar con su interpretación expansiva del mismo.

⁶⁴ E. LINDE, «La ciudadanía europea: un nuevo peldaño en la construcción del hombre de nuestro tiempo», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2º semestre 2008, p. 128. Sobre una base similar se vienen edificando también las propuestas de reconocimiento de una «ciudadanía cívica» a los nacionales de terceros Estados residentes en la Unión Europea (al respecto, *vid.* F. FORNI, «Cittadinanza dell'Unione e condizione delle minoranze negli stati membri», *Il Diritto dell'Unione Europea*, N. 4/10, 2010, p. 865).

⁶⁵ C. MARZO, «Aux frontières de l'Europe: comparaison de la situation des résidents, ressortissants de différents États tiers, à celle des citoyens de l'Union européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, N. 538, mai 2010, p. 290.

⁶⁶ En esta línea, argumenta C. MARZO que la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad defiende una ciudadanía europea abierta a los residentes legales. En una comunidad europea con más de veinte millones de residentes no comunitarios, el principio de no discriminación permite contemplar su inclusión, al tiempo que faculta la posibilidad de alcanzar la igualdad entre personas, no únicamente entre ciudadanos (*Ibidem*, p. 292).

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 291-292, que sostiene que la Carta abre la vía a una ciudadanía en fase de apertura, pues al no limitar a la ciudadanía comunitaria la titularidad de la mayor parte de sus derechos, parece diseñar una ciudadanía por residencia.