

EL CONTROVERTIDO ‘DERECHO’ DE RESIDENCIA DE LOS NACIONALES TURCOS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA STJUE DE 15 NOVIEMBRE 2011 (ASUNTO DERECI)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

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

Recibido: 16.01.2012 / Aceptado: 23.01.2012

Resumen: El presente estudio aborda la situación jurídica de los nacionales turcos en la Unión Europea, a raíz de la STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres*. En esta decisión, el TJUE delimita con una mayor precisión el contenido y límites de las obligaciones que respecto a dichos nacionales impone a los Estados miembros la normativa derivada del Acuerdo de Asociación suscrito en 1963 entre la Comunidad Europea y Turquía. Centrando su análisis en este enfoque, el TJUE soslaya la cuestión -también planteada- de la posible extensión de los derechos de la ciudadanía europea a los familiares no comunitarios de los ciudadanos de la Unión.

Palabras clave: ciudadanía de la Unión, nacionales de terceros Estados, normativa estatal sobre derecho de entrada y residencia, cláusula *standstill*, Acuerdo de Asociación con Turquía.

Abstract: The present study addresses the status of Turkish nationals in the European Union, following the ruling of the ECJ, dated November 15, 2011, in Case C-256/11, *M. Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres*. In this decision, the ECJ defines with greater precision the content and limits of the obligations imposed on such nationals to Member States regulations deriving from the Association Agreement signed in 1963 between the European Community and Turkey. Focusing its analysis on this approach, the ECJ also sidesteps the question posed-of-the possible extension of the rights of European citizenship to non-EU family members of citizens of the Union.

Key words: Union citizenship, third States nationals, details rules governing the exercise of the right of entry and of residence, standstill clause, EEC Turkey Association Agreement.

Sumario: I. El asunto «M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres». 1. Los hechos litigiosos. 2. Las cuestiones prejudiciales. II. Los fundamentos jurídicos no empleados ante el Tribunal de Justicia o no acogidos por él. 1. La Directiva 2004/38 y el artículo 8 CEDH. 2. El artículo 20 TFUE y la jurisprudencia Ruiz Zambrano. III. Los fundamentos jurídicos utilizados por el TJUE. 1. La normativa comunitaria respecto a Turquía. 2. La cláusula *standstill*. IV. Conclusiones.

I. El asunto «M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres»

1. El presente estudio constituye una reflexión sobre el estatuto jurídico de los nacionales turcos en la Unión Europea, suscitada por la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con fecha 15 de noviembre de 2011, en el asunto C-256/11, *M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres*. La sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada al TJUE por un tribunal austríaco que si bien giraba inicialmente sobre dos materias (ciudadanía de la Unión y régimen jurídico de los nacionales turcos en territorio Derecho comunitario) el TJUE deja reducida a una de una

forma escasamente argumentada. Con ello, lo que inicialmente parecía que podía constituir un peldaño más en la senda jurisprudencial marcada por el TJUE en el ámbito de la ciudadanía de la Unión¹, constituye una interpretación judicial de la extensión y límites del derecho de residencia de los ciudadanos turcos en la Unión Europea.

2. Ello exige realizar el análisis de dicha decisión sobre la siguiente base: Turquía y la Unión Europea mantienen una particular relación desde que en 1963 la entonces denominada Comunidad Económica Europea -antecesora de la UE- firmara un Tratado de asociación con el Estado turco un Tratado de asociación con el estado turco, conocido como Acuerdo de Ankara². Fue firmado en dicha ciudad el 12 de septiembre de 1963 y estableció una asociación con la República de Turquía, con vistas al ulterior ingreso de dicho Estado en la Comunidad Económica Europea. El acuerdo se completó con la firma, el 23 de noviembre de 1970, de un Protocolo Adicional que sentaba las bases para la creación de una unión aduanera³. A fin de hacer efectivo el contenido del acuerdo, éste creó un Consejo de Asociación, al que faculta la adopción de decisiones destinadas a controlar su desarrollo y efectuar su ejecución.

Tanto el acuerdo como su protocolo adicional y las decisiones del Consejo forman parte del ordenamiento comunitario, y su jurisprudencia ha declarado que dicho acervo normativo otorga derechos específicos a los nacionales turcos en materia de residencia y trabajo⁴, que además poseen un efecto directo que los hace directamente invocables ante los Estados miembros⁵. En él se incluye la Decisión nº 1/80, de 19 de septiembre de 1980, del Consejo de Asociación, objeto de una de las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto. En su sentencia, el TJUE analiza Acuerdo y la Decisión desde la perspectiva de los límites que su contenido fija a la actuación de los Estados miembros cuando dicha acción es susceptible de limitar los privilegios que esta normativa atribuye a los nacionales turcos en el territorio comunitario, con el objetivo de suprimir progresivamente las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

1. Los hechos litigiosos

3. La sentencia analiza el litigio planteado entre cinco nacionales extracomunitarios y el Estado austríaco, a raíz de la denegación por éste de sus respectivas solicitudes de residencia en dicho país. Varios son los elementos comunes a las cinco personas que integran la parte enfrentada al Ministerio del Interior austríaco (*Bundesministerium für Inneres*): todos ellos son nacionales de terceros países, familiares de ciudadanos austríacos (y por tanto, ciudadanos de la Unión Europea) que nunca han ejercitado su derecho a la libre circulación y que en ningún caso dependen económicamente de sus familiares extracomunitarios.

Junto a estas similitudes, los interesados presentaban también una diferencia sustancial respecto del Sr. Dereci: la nacionalidad turca de éste último. Como veremos, tal disparidad empieza por mediatizar el desarrollo del litigio (orientando el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por el órgano judicial austríaco) y termina por inclinar la decisión final del TJUE. Asimismo, concurrían en sus respectivas circunstancias otras divergencias finalmente menos relevantes, como el carácter regular (asuntos Heiml y Kokollari) o irregular (asuntos Dereci y Maduik) de la entrada en Austria, así como

¹ Sobre la orientación y alcance de esta jurisprudencia, sendos análisis exhaustivos y rigurosos pueden encontrarse en E. PATAUT, «Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique», *Revue trimestrielle de droit européen*, N. 3, jul.-sept. 2010, pp. 617-63; y D. SARMIENTO, «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. 211-227.

² Concluido en nombre de la Comunidad por la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, (*JO* 217, du 29 décembre 1964, p. 3685).

³ *JO* L 293, du 29 décembre 1972 p. 4.

⁴ *Vid.* entre otras, las SSTJCE 26 noviembre 1998, *Mehmet Birden y Stadtgemeinde Bremen*, 1/97, Rec. 1998, p. 774; y 24 enero 2008, *The Queen, Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk c. Secretary of State for the Home Department*, 294/06, *DOUE* C 64 de 8 marzo 2008, p. 10.

⁵ STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros y Nadi Sahin c. Bundesanstalt für Arbeit*, 317/01 y 369/01, Rec. 2003, p. 12301, apartados 58 y 117.

de su residencia en dicho Estado (únicamente la Sra. Stevic poseía la preceptiva autorización). También variaba el vínculo familiar que unía a los reclamantes con ciudadanos de la Unión: cónyuge y padre de hijos de corta edad en el asunto Dereci, cónyuge en los asuntos Heiml y Maduik, e hijo mayor de edad en los asuntos Kokollari y Stevic). Pero la principal -por decisiva en la resolución del TJUE- diferencia entre los reclamantes radica en la nacionalidad turca de uno de ellos, el Sr. Dereci, ya que las restantes partes del procedimiento ostentaban nacionalidades extracomunitarias procedentes de otros países (Sri Lanka, Nigeria, Yugoslavia y Serbia).

4. Examinemos pues los elementos del asunto Dereci: se trata de un nacional turco que en noviembre de 2001 había entrado en Austria sin los permisos legales pertinentes. En julio de 2003 contrajo matrimonio con una nacional austríaca, con la que tuvo tres hijos que poseían la nacionalidad materna y que en la fecha del litigio eran menores de edad. En junio de 2004, el Sr. Dereci solicitó el permiso de residencia en Austria al amparo de la Ley federal sobre entrada y establecimiento de extranjeros de 1997⁶, que recogía su derecho al mismo por su condición de cónyuge de una nacional austríaca. Sin embargo, su petición fue rechazada en aplicación de una norma que derogaba la anterior, la Ley sobre establecimiento y residencia (en adelante, NAG), cuya entrada en vigor se había producido el 1 de enero de 2006⁷.

Conforme a esta normativa, los nacionales de terceros países que quieran obtener un permiso de residencia en Austria deben permanecer fuera de su territorio en tanto se resuelve su solicitud. Por este motivo, las autoridades austríacas consideraron que, mientras permanecía a la espera de la resolución de su solicitud, se encontraba en Austria de forma irregular desde el 1 de enero de 2006. En consecuencia, su petición fue denegada, dictándose contra él una orden de expulsión, que habiendo sido recurrida en apelación, se encontraba suspendida y pendiente de resolución. Es importante subrayar desde ahora que en esta decisión fue determinante la aplicación de la NAG de 2006, cuya entrada en vigor supuso la derogación de la normativa de 1997, que establecía un régimen mucho más favorable a la concesión del permiso de residencia a los familiares de ciudadanos austríacos, pese a que la solicitud había sido presentada bajo la vigencia de la normativa anterior.

Durante la tramitación de las solicitudes de residencia, el *Bundesministerium* rehusó la posibilidad de aplicar a los peticionarios el régimen establecido por la Directiva 2004/38 en materia de derecho de circulación y residencia de los familiares de ciudadanos de la Unión. El argumento para tal rechazo fue que los familiares comunitarios de los respectivos peticionarios no habían ejercitado su derecho a la libre circulación con anterioridad a sus solicitudes de residencia en Austria. Correlativamente, la autoridad austríaca también se negó a conceder los permisos de residencia solicitados sobre la base del artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar⁸.

5. La decisión administrativa y su posterior confirmación fueron recurridas en apelación por los cinco interesados ante el tribunal administrativo austríaco (*Verwaltungsgerichtshof*). En su defensa, los recurrentes invocaron la aplicación de la Directiva 2004/38⁹, el citado derecho a la vida privada y familiar, y la jurisprudencia fijada por el TJUE unos meses atrás en el asunto *Ruiz Zambrano*¹⁰. En esencia, dicha doctrina legal constituye una interpretación extensiva de los derechos de los ciudadanos de la

⁶ *Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden*, BGBl. I, 75/1997.

⁷ *Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich*, BGBl. I, 100/2005.

⁸ «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros».

⁹ 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 (DOUE L 229 de 29 junio 2004).

¹⁰ STJCE 8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 34/09, DOUE C 130 de 30 abril 2011, p. 2.

Unión, que amplía su disfrute a quienes, por su condición de nacionales de un tercer Estado, no ostentan su titularidad¹¹. Con ello, la ciudadanía de la Unión 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.

En la sentencia invocada, el Tribunal de Justicia reconoció al Sr. Ruiz Zambrano, nacional colombiano, el derecho a residir y trabajar en Bélgica por su condición de padre de ciudadanos comunitarios -nacionales belgas- que se encontraban a su cargo. Para el TJUE, la permanencia de los hijos en Bélgica, y por tanto en territorio comunitario, dependía de forma directa de la presencia del interesado en dicho Estado, entendida como una residencia legal y económicamente productiva. Sólo su estancia en Bélgica en tales condiciones podía garantizar la de sus hijos, lo que a su vez constituía un requisito indispensable para el efectivo disfrute de sus derechos como ciudadanos de la Unión¹².

La alegación de los recurrentes suscitó en el órgano judicial austríaco la duda sobre la aplicabilidad de dicha jurisprudencia al asunto Dereci, planteándose además la incidencia que la expulsión de los recurrentes del territorio comunitario podría tener sobre el efectivo disfrute por parte de sus familiares comunitarios de su derecho a la vida familiar. Por el contrario, la invocación de la Directiva 2004/38 no fue acogida por el *Verwaltungsgerichtshof*, considerando que faltaba el requisito del previo ejercicio de la libre circulación que para determinar su ámbito personal de aplicación consagra su artículo 3¹³. Sin perjuicio de lo cual, el tribunal se muestra mediatizado por la doctrina Ruiz Zambrano y parece temer posibles consecuencias negativas para los familiares comunitarios de la expulsión de Austria de los recurrentes no comunitarios. En consecuencia, se planteó la opción de tener en cuenta dicha Directiva en el presente asunto, de forma que su objetivo principal (el mantenimiento de la unidad familiar) permitiera entender que la imposibilidad de llevar una vida familiar en un Estado miembro podría tener el efecto de privar a los ciudadanos de la Unión de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto.

6. Asimismo, y ya exclusivamente en relación con el Sr. Dereci, el órgano jurisdiccional austríaco se cuestionó sobre la posible incidencia de su nacionalidad turca en la normativa aplicable a su solicitud de residencia en Austria. La base jurídica de dicho planteamiento es el ya mencionado Acuerdo de Ankara¹⁴, al considerar el tribunal austríaco que sus disposiciones podían verse vulneradas por la aplicación al Sr. Dereci de una normativa nacional más estricta que la anterior de cara a la obtención del permiso de residencia. Recordemos que dicha legislación, vigente desde el 1 de enero de 2006, fue la que llevó a las autoridades austríacas a rechazar la solicitud del Sr. Dereci, presentada en junio de 2004. Se trataba, en esencia, de dilucidar si el citado Acuerdo de Ankara establece un nivel tal de favorabilidad a la residencia de los nacionales turcos en territorio comunitario que ésta no pueda verse mermada por una legislación nacional restrictiva de un estatus anteriormente reconocido.

2. Las cuestiones prejudiciales

7. Por todo lo expuesto, el tribunal austríaco suspendió el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

¹¹ Sobre este asunto, H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*», *European Law Review*, 36, october, 2011, pp. 704-72; P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (asunto Ruiz Zambrano)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2011, vol. 3, N. 2, pp. 249-266; nota de R. MORRIS en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, pp. 179-189.

¹² Apartados 42 y 45 sentencia *Ruiz Zambrano*.

¹³ Beneficiarios. «1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia (...) que le acompañen o se reúnan con él».

¹⁴ Vid. nota 2.

- «1) a) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE¹⁵ en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar al nacional de un país tercero cuyo cónyuge y cuyos hijos menores son ciudadanos de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia del cónyuge y de los hijos, cuya nacionalidad éstos poseen, aun cuando dichos ciudadanos de la Unión no dependen para su sustento del nacional del país tercero? (asunto Dereci)*
- b) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar al nacional de un país tercero cuyo cónyuge es ciudadano de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia del cónyuge, cuya nacionalidad éste posee, aun cuando dicho ciudadano de la Unión no depende para su sustento del nacional del país tercero? [asuntos Heiml y Maduik]*
- c) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar al nacional mayor de edad de un país tercero cuya madre es ciudadana de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia de la madre, cuya nacionalidad ésta posee, aun cuando, si bien la ciudadana de la Unión no depende para su sustento del nacional del país tercero, éste sí depende para su sustento de la ciudadana de la Unión? [asunto Kokollari]*
- d) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar a la nacional mayor de edad de un país tercero cuyo padre es ciudadano de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia del padre, cuya nacionalidad éste posee, aun cuando, si bien el ciudadano de la Unión no depende para su sustento de la nacional del país tercero, ésta recibe alimentos del ciudadano de la Unión?» [asunto Stevic].*

Tras esta batería de preguntas, el tribunal austríaco añadía otra, para el supuesto de que alguna de las respuestas a las cuatro anteriores fuera afirmativa: *«¿la obligación de los Estados miembros de permitir la residencia a los nacionales de un país tercero con arreglo al artículo 20 TFUE constituye un derecho de residencia derivado directamente del Derecho de la Unión, o basta con que el Estado miembro reconozca al nacional del país tercero el derecho de residencia con carácter constitutivo?»*

En tercer lugar, y en previsión de que la respuesta a esta segunda cuestión fuera la existencia de un derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión, el órgano estatal preguntaba: *«¿en qué condiciones no existe, de forma excepcional, el derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión, o en qué condiciones puede retirarse al nacional de un país tercero el derecho de residencia?»*; y *«¿en qué condiciones puede denegarse al nacional del país tercero el derecho de residencia (pese a la obligación que en principio incumbe al Estado miembro de permitir la residencia)?»*

8. Finalmente, tras este grupo de cuestiones centradas de forma genérica en la situación de los cinco recurrentes, el juez austríaco se centra en el caso del Sr. Dereci, consciente del especial régimen jurídico que en el ámbito de la Unión Europea rige para los nacionales turcos en materia de entrada y residencia en el territorio comunitario. Así, plantea la hipótesis de que aun cuando el artículo 20 TFUE no sea contrario a la denegación de la residencia en un Estado miembro a un nacional extracomunitario, exista un obstáculo jurídico ulterior a dicha negativa, constituido por la Decisión nº 1/80 del Consejo

¹⁵ Bajo la rúbrica «No discriminación y ciudadanía de la Unión», el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dispone: «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. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a. de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b. de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c. de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d. de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos».

de Asociación fundado por el Acuerdo de Ankara y su Protocolo Adicional, de 23 de noviembre de 1970. En concreto, plantea la siguiente cuestión prejudicial: ¿se oponen el artículo 13 de la Decisión o el artículo 41 del Protocolo Adicional a que, «en un caso como el del Sr. Dereci, se someta la primera entrada en el país de un nacional turco a una normativa nacional más estricta que la que se aplicaba previamente a los nacionales turcos en su primera entrada, aunque las disposiciones nacionales que facilitaban la primera entrada entraron en vigor después del momento en que las citadas disposiciones relativas a la Asociación con Turquía adquirieron eficacia respecto al Estado miembro?»

9. Dos son, por tanto, los ejes sobre los que giran las cuestiones planteadas al TJUE en el presente litigio: el primero, la posible extensión del derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios a sus familiares no comunitarios en virtud del que ya hemos denominado principio del efecto útil de la ciudadanía de la Unión¹⁶, que proscribe la adopción de cualquier acción estatal que restrinja o -lo que resulta más relevante- sea susceptible de restringir el efectivo disfrute de los derechos de los ciudadanos comunitarios¹⁷. El segundo, el eventual límite que el Acuerdo con Turquía y su legislación derivada pueden constituir de cara a la aplicación a los nacionales turcos de las modificaciones legislativas que en cada Estado miembro impongan un régimen sobre entrada y residencia más restrictivo que el anterior.

El primer bloque de cuestiones se refería, en esencia, a la interpretación del artículo 20 TFUE y al alcance de esta disposición tras las sentencias *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*¹⁸. Pero la respuesta del Tribunal defraudó las expectativas de que el asunto Dereci constituyera una oportunidad para definir su jurisprudencia anterior y delimitar de forma más precisa su ámbito de aplicación. Con una argumentación escuetamente fundamentada, el Tribunal rechazó de manera tajante la posible aplicación de dicha doctrina legal al presente supuesto, centrando su análisis en las consecuencias legales de la nacionalidad turca del Sr. Dereci para la obtención de su residencia en Austria, y excluyendo con ello a los restantes interesados del contenido de su decisión.

II. Los fundamentos jurídicos no empleados ante el Tribunal de Justicia o no acogidos por él

10. Como ya se ha dicho, la respuesta del TJUE puede resultar decepcionante -o desconcertante, según otra valoración- desde el punto de vista de la ciudadanía de la Unión, al haber obviado el Tribunal las cuestiones que podían haberle dado pie a precisar los contornos de su jurisprudencia sobre el efecto expansivo de esta figura¹⁹. El órgano judicial austríaco planteó hasta cinco cuestiones prejudiciales sobre el alcance efectivo del artículo 20 TFUE, y correlativamente, una sobre las posibles consecuencias expansivas del estatuto del ciudadano de la Unión sobre sus familiares nacionales de terceros Estados. Todas ellas, cuestiones que la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia ha puesto en primer plano, tras emitir significativas decisiones que promueven una interpretación especialmente extensiva de los derechos reconocidos a los nacionales no comunitarios familiares -especialmente, cónyuges- de

¹⁶ P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión...», cit., p. 265.

¹⁷ La necesidad del efecto útil de la ciudadanía de la Unión ha sido expresa y detalladamente por la STJCE de 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, 200/02, Rec. p. I-9925.

¹⁸ STJCE de 5 mayo 2011, *Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department*, 434/09, el texto de la sentencia puede verse en www.Curia.europa.eu, 5.5.2011. DOUE C 186 de 26 junio 2011. Una certera exposición sobre las diferencias existentes entre ambos pronunciamientos y el contenido en la STJCE 2 marzo 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, 135/08, (DOUE C 113 de 1 de mayo de 2010), puede verse en H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», cit., pp. 715-716; y E. PATAUT, «La citoyenneté et les frontières du droit de l'Union européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, N. 3, Juillet-Septembre, 2011, juill-sept. 2011, pp. 564-576.

¹⁹ Así, antes de emitirse el pronunciamiento en el asunto Dereci, algunos autores confiaban en que, con ocasión del mismo, el TJUE despejara algunas dudas surgidas a raíz de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, como el alcance de la extensión de derechos concedida a los ciudadanos de la Unión (H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», cit., p. 713). El silencio del Tribunal sobre ése o cualquier otro aspecto de dicha doctrina legal, pese a las expectativas creadas, justifica el calificativo otorgado a su decisión.

ciudadanos de la Unión²⁰. Sin embargo, el TJUE cerró todo posible juego del artículo 20 TFUE y su eventual aplicación a ciudadanos no comunitarios con el parco razonamiento de que ello no implicaba una privación del efectivo disfrute de los derechos aparejados a la ciudadanía de la Unión.

11. A este rechazo se añade otro previo del propio tribunal austríaco, que rehusó plantear tanto la posible aplicabilidad al litigio de la Directiva 2004/38 como la alegación de los recurrentes basada en el derecho a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 CEDH. En coherencia con lo cual, en sus cuestiones prejudiciales obvió toda referencia a este punto, dando por sentado esta posibilidad queda indubitadamente excluida, pese a tratarse de una cuestión discutible, como evidenció el propio Abogado General en sus conclusiones al presente asunto²¹.

1. La Directiva 2004/38 y el artículo 8 CEDH

12. Pese a tratarse de un asunto finalmente no recogido en las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Verwaltungsgerichtshof* austríaco, el presente análisis no quedaría completo si obviásemos toda referencia a la posible aplicación al litigio de la Directiva 2004/38. Y ello, porque se trata de un asunto en absoluto indiscutible, que suscitó entre los Gobiernos personados en el litigio opiniones encontradas, y respecto del que el TJUE, sin haber sido sometida a su consideración, emitió al respecto un pronunciamiento que no cabe soslayar aquí.

13. Desde el punto de vista jurídico, la discusión se centró en determinar si los interesados podían acogerse a las prerrogativas que la citada directiva otorga a los miembros no comunitarios de la familia de un ciudadano de la Unión. Por una parte, la mayor parte de los Gobiernos presentes²² y la Comisión sostenían que la Directiva 2004/38 no resultaba aplicable al presente asunto, ya que los ciudadanos de la Unión afectados no habían ejercido su derecho a la libre circulación, lo que lo convertía en una cuestión puramente interna que no cabía someter al Derecho comunitario.

14. A esta interpretación se oponían tanto el Sr. Dereci como el Gobierno griego. El primero argumentaba que el carácter interno o no de la situación resultaba irrelevante, debiendo tenerse en cuenta únicamente la consecuencia que la negativa a concederle un permiso de residencia en Austria habría de tener para su familia, ya que al depender económicamente de él sus hijos menores, podían sufrir un notable perjuicio con su eventual expulsión del territorio austríaco. Como veremos, la decisión final del TJUE sobre este punto no significa que disienta del planteamiento, sino que se basa en la negativa de la premisa que lo sostiene: la condición de soporte económico de su familia alegada por el interesado.

Por su parte, el Gobierno griego planteaba una objeción no de corte fáctico, como la anterior, sino jurídica: que el respeto a la más reciente jurisprudencia comunitaria exigía realizar una interpretación del asunto conforme al sentido y espíritu del Derecho comunitario, y en particular de la Directiva 2004/38. En su opinión, dicha lectura obligaba a conceder el permiso de residencia a los interesados siempre que concurriesen ciertas condiciones: que los ciudadanos comunitarios y sus familiares no comunitarios cumplieren los restantes requisitos de la Directiva, que la acción estatal implicase un menoscabo sustancial del derecho a circular y residir libremente, y que la legislación nacional no otorgase una protección al menos equivalente a la ofrecida por la Directiva²³.

²⁰ M. BENLOLO CARABOT, «Vers une citoyenneté européenne de résidence?», *Revue des affaires européennes*, N. 1, 2011, pp. 7-28, esp. pp. 25-28.

²¹ Que explica la postura del Tribunal de Justicia como un intento de que las competencias de la Unión y de sus instituciones invadan las del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Sentado lo cual, afirma que «no cabe excluir que, en los asuntos del litigio principal, la denegación de un permiso de residencia y/o las órdenes de expulsión dirigidas a algunos de los demandantes en el litigio principal, progenitor, hijo o cónyuge de un nacional de un Estado miembro, puedan constituir un menoscabo del respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Opinión del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentada el 29 de septiembre de 2011, apartado 41.

²² Concretamente, en esta postura se alineaban los Gobiernos austríaco, danés, alemán, irlandés, holandés, polaco y británico (apartado 38 de la sentencia *Dereci*).

²³ Apartado 43 de la sentencia *Dereci*.

15. En cuanto al invocado espíritu del Derecho comunitario, es importante recordar lo declarado por la Directiva 2004/38 en su sexto Considerando: «*Para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión*»²⁴.

16. Oponiéndose a esta argumentación, los citados Gobiernos y la Comisión argüían que dicha jurisprudencia -y en especial los principios acuñados en la sentencia *Ruiz Zambrano*- aborda «*situaciones muy excepcionales donde la aplicación de una medida nacional daría lugar a la privación del goce de la mayoría de los derechos que confiere la ciudadanía de la Unión*». Desde su punto de vista, dicha excepcionalidad no concurría en el presente asunto, pues la expulsión del Sr. Dereci del territorio comunitario no había de conllevar necesariamente para su familia la pérdida de la posibilidad de ejercitar sus derechos como ciudadanos comunitarios.

17. Al abordar esta cuestión, el TJUE admite inicialmente que la situación de un ciudadano comunitario que, como en el presente caso, no ha hecho uso de su derecho a la libre circulación no puede por este único motivo ser asimilada a una situación puramente interna²⁵. Sin embargo, seguidamente recuerda que la normativa sobre libre circulación y las decisiones adoptadas para su ejecución no pueden aplicarse a situaciones que no tienen ningún vínculo de conexión con el Derecho comunitario, al localizarse todos sus elementos en el territorio de un solo Estado miembro²⁶.

En consecuencia, el TJUE considera que no resulta aplicable la Directiva 2004/38 porque sobre ninguno de los cinco supuestos de hecho planteados en el asunto Dereci parece planear el riesgo de una privación efectiva de la esencia de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión o de un obstáculo al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia que también contiene dicho estatuto. En el caso del Sr. Dereci, porque -a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Ruiz Zambrano*- su cónyuge poseía la nacionalidad de un Estado miembro, gozando por tanto del estatuto de ciudadana de la Unión, y ni su sustento ni el de sus hijos menores, también ciudadanos comunitarios, dependía de la presencia del marido en Austria. Por tanto, su posible expulsión no implicaba inevitablemente el abandono del país para toda la familia.

A idéntica conclusión llega el TJUE respecto de los restantes interesados, declarando que los respectivos cónyuges de la Sra. Heiml y del Sr. Maduiké poseían sendos trabajos en Viena, por lo que no se veían en la necesidad de abandonar el país austríaco en caso de expulsión de los primeros, subrayando el Tribunal la similitud de estas situaciones con la resuelta por la sentencia *McCarthy*. Por último, respecto de los Sres. Kokollari y Stevic, hijos mayores de edad de ciudadanos de la Unión, sostiene igualmente que no estarían obligados a salir del territorio comunitario con sus hijos, al no depender económicamente de ellos.

18. De todo lo anterior cabe extraer varias conclusiones. En primer lugar, que el carácter puramente interno de una situación no implica de forma automática la inaplicabilidad del ordenamiento comunitario. En segundo lugar, que la posible entrada en juego de este ordenamiento tiene, en situaciones como la descrita, carácter excepcional. Que la excepcionalidad deriva de la concurrencia de un riesgo de que los ciudadanos comunitarios se vean privados del ejercicio efectivo de sus derechos como tales, u obstaculizados en el mismo. Y en tercer lugar, que dicha privación u obstáculo se produce indefectiblemente cuando el ciudadano de la Unión depende económicamente de su familiar no comunitario, porque

²⁴ Respecto a la *ratio legis* de la Directiva 2004/38, *vid.* M. BENLOLO CARABOT, «Vers une citoyenneté», pp. 19-20.

²⁵ Apartado 61 de la sentencia Dereci (*vid. infra* nota 68).

²⁶ Apartado 60 de la sentencia Dereci (*vid. infra* nota 67).

la expulsión del segundo del territorio comunitario conlleva de forma directa e inmediata que el primero se vea obligado a abandonar también dicho territorio.

Mucho se podría objetar a estas conclusiones: el propio concepto de «situación puramente interna»²⁷, lo dogmático de la afirmación de que sólo la dependencia económica implica una potencial pérdida o lesión de derechos para los ciudadanos comunitarios, la posible vulneración del principio de no discriminación contenida en este planteamiento²⁸, etc. En los siguientes epígrafes se desarrollan dichas objeciones, pues los argumentos utilizados por el TJUE en este punto son reiterados al resolver las cuestiones prejudiciales efectivamente sometidas a su consideración.

19. Pero antes, detengámonos en otro precepto jurídico no recogido en las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE, pese a haber sido alegado ante éste y ante el órgano judicial austríaco, y cuya posible aplicación al caso resulta más que defendible: el artículo 8 CEDH. Ya hemos dicho que el tribunal austríaco se abstiene de plantear cualquier cuestión relativa a la eventual aplicabilidad al caso del artículo 8 CEDH, hurtando así al TJUE la posibilidad de pronunciarse al respecto; lo cual es de lamentar, dadas las dudas que dicho punto suscita. En efecto, resulta cuanto menos cuestionable la argumentación de la Administración austríaca para rechazar de plano la posible entrada en juego del derecho a la vida familiar consagrado por el artículo 8 CEDH: en su opinión, la incierta e irregular situación legal de los recurrentes desde el inicio de su estancia en Austria impedía que su vida privada y familiar fuese un factor a tomar en consideración.

20. Sin embargo, pese a no haber sido objeto de cuestión prejudicial alguna, el TJUE realiza una mención sobre la eventual aplicabilidad del artículo 8 CEDH, que pone de manifiesto cuál hubiera sido su respuesta en caso de haberse planteado dicha cuestión. Como punto de partida, el Tribunal recuerda que el derecho a la vida privada y familiar no sólo se encuentra consagrado por el artículo 8 CEDH, sino que el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁹ (en adelante, la Carta) le otorga igualmente el carácter de fundamental con el mismo alcance que el precepto anterior. A continuación, declara que en virtud de su artículo 51 y conforme al principio de subsidiariedad, las disposiciones contenidas en la Carta resultan exigibles a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»³⁰. Subraya también el TJUE que el mismo precepto reconoce que la Carta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión»³¹.

21. En consecuencia, la hipotética vulneración del derecho a la vida privada y familiar de los ciudadanos de la Unión afectados en el asunto Dereci únicamente podría ser sometida al enjuiciamiento del Tribunal de Justicia si estuviésemos ante un derecho protegido por el ordenamiento comunitario, esto es, ante el artículo 7 de la Carta. Por el contrario, si se considera -como estimó el tribunal austríaco- que se trata de una situación puramente interna, por no haber ejercitado dichos ciudadanos comunitarios su derecho a la libre circulación, la eventual vulneración del mismo derecho sólo podría ser juzgada -y en su caso, sancionada- a través de los mecanismos nacionales y convencionales de protección existentes para ello. En el presente caso, resulta evidente que ni el órgano judicial austríaco ni el TJUE consideraron que la situación litigiosa entraba dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario. La consecuencia es inmediata: el derecho a la vida privada y familiar de los familiares comunitarios de los recurrentes no podía verse amparado por el ordenamiento comunitario, ya fuera por la vía del estatuto del ciudadano de la Unión, ya fuera por la vía de la aplicación de la Carta.

²⁷ En este sentido, H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...» cit., p. 710, donde los autores cuestionan la propia noción de «situación interna».

²⁸ E importa reseñar que, como indican E. MUIR y A. PIETER VAN DER MEL, «la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se ha convertido en la columna vertebral de la ciudadanía de la Unión» («Editorial», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, p. 3).

²⁹ DOUE C 364 de 18 de diciembre de 2000.

³⁰ Sobre la interpretación del alcance de la Carta a la luz de este precepto, vid. E. MUIR, «Enhancing the protection of third-country nationals against discrimination: putting EU anti-discrimination law to the test», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, pp. 136-156, esp. pp. 153-154.

³¹ Apartado 71 sentencia *Dereci*.

22. Bien es cierto según la jurisprudencia del TJUE, la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión no incluye el derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el artículo 8.1 CEDH. Así, especialmente de la sentencia *McCarthy* se infiere que el derecho al respeto de la vida familiar resulta en sí mismo insuficiente para atraer hacia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión la situación de un ciudadano de la Unión que no ha ejercido su derecho a la libre circulación y no ha sido privado del disfrute efectivo de uno de los derechos enumerados en el artículo 20 TFUE. Sin embargo, junto a lo discutible de esta diferente protección del derecho de un ciudadano de la Unión a su vida familiar en función de que previamente haya ejercido o no su libertad de libre circulación³², de lo que no cabe duda es de que tal derecho se ve amparado en todos los Estados miembros por la triple protección que le proporcionan los ordenamientos nacional, comunitario y convencional. En el caso de los ciudadanos de la Unión que hayan ejercido las libertades aparejadas a su estatuto, su derecho a la vida familiar queda amparado por la normativa comunitaria y convencional³³. En caso contrario, la tutela del mismo debe quedar garantizada en los planos nacional y convencional.

Y es justamente en este punto donde la parca argumentación de las autoridades austríacas suscita serias dudas desde el punto de vista de la efectiva protección del derecho a la vida familiar de los ciudadanos comunitarios. Así lo declara el propio Abogado General, recordando que la normativa austríaca exige una valoración de la concurrencia de motivos de denegación de los motivos de denegación del permiso de residencia desde la óptica del necesario respeto a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 CEDH. En el presente caso, el Abogado General cuestiona que dicha valoración se haya llevado a cabo efectivamente³⁴, si bien no va más allá en su evaluación, toda vez que se trata de una materia no sometida a la consideración del TJUE y cuyo control ha de quedar, eventualmente, sujeto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

23. Queda, por tanto, simplemente apuntada aquí, reiterando lo discutible de la expeditiva y sucintamente argumentada exclusión de la aplicación del artículo 8 CEDH al presente asunto. Más aún, desde la perspectiva de la jurisprudencia Ruiz Zambrano, que ampliando el ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario amplió también las facilidades de entrada en juego de las disposiciones de la Carta³⁵. Pero la inaplicación, en los términos que veremos seguidamente, de esta jurisprudencia al asunto Dereci cerró la posibilidad de dar entrada al juego del artículo 8 CEDH.

2. El artículo 20 TFUE y la jurisprudencia Ruiz Zambrano

24. En la sentencia *Ruiz Zambrano*, el Tribunal de Justicia dictaminó que el artículo 20 TFUE se opone, por una parte, a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos menores ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales; y por otra, a que el Estado miembro deniegue a dicho nacional extracomunitario un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión³⁶.

³² Reparo que evidencian a la perfección las siguientes palabras del Abogado General Mengozzi: «(...) no puedo pasar por alto el hecho de que las consecuencias de la aplicación pura y simple de la jurisprudencia Ruiz Zambrano y McCarthy en los asuntos del litigio principal suscitan ciertas situaciones de perplejidad que cabría considerar como escollos o, al menos, como paradojas. Una de ellas consiste en el hecho de que, para poder disfrutar efectivamente de una vida familiar en el territorio de la Unión, los ciudadanos de la Unión de que se trata se ven obligados a ejercer una de las libertades de circulación previstas por el TFUE» (Opinión del Abogado General, apartado 43). Sobre esta cuestión, *vid.* F. DE WITTE, «The End of EU Citizenship and the Means of Non-Discrimination», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, pp. 86-108.

³³ STJCE de 11 julio 2002, *Mary Carpenter y Secretary of State for the Home Department*, 60/00, *Rec.* 2000, p. 6279, apartado 41 y STJCE 25 julio 2008, *Metock y otros*, 127/08, *Rec.* 2008, p. 6241, apartado 56.

³⁴ «En el caso de la familia Dereci, tampoco está claro que las autoridades nacionales hayan comprobado que la denegación del permiso de residencia motivada, en parte, por el incumplimiento del baremo estricto, establecido por la normativa austríaca, relativo al nivel de ingresos exigido para esa familia, sea proporcionada en relación con la exigencia de la protección de la vida familiar» (Opinión del Abogado General, apartado 29).

³⁵ H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», *cit.*, p. 717.

³⁶ Apartado 46 sentencia *Ruiz Zambrano*.

25. En el asunto *Dereci*, el Tribunal de Justicia rechazó la posibilidad de aplicar los postulados de la sentencia *Ruiz Zambrano*, declarando que el Derecho comunitario y en particular las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión, no se oponen a que un Estado miembro deniegue el permiso de residencia a un nacional extracomunitario familiar de un ciudadano de la Unión nacional de dicho Estado miembro y cuyo territorio no ha abandonado jamás. El argumento principal del TJUE para descartar dicha aplicación es que tal denegación no supone para el ciudadano de la Unión una privación del efectivo disfrute de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadanía europea.

A juicio del TJUE, no cabía invocar aquí la doctrina *Ruiz Zambrano* por existir entre éste y el asunto *Dereci* una diferencia sustancial: la ausencia de riesgo de pérdida de sus medios de subsistencia para los familiares comunitarios del Sr. *Dereci*. Como vimos, el factor que inclinó definitivamente la decisión del Tribunal en el caso *Ruiz Zambrano* fue la constatación de que la no concesión del permiso de residencia al progenitor implicaría que sus hijos menores, ciudadanos de la Unión, deberían abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus padres. Igualmente, la no expedición correlativa de un permiso de trabajo crearía el riesgo de que la falta de medios de subsistencia en la Unión Europea obligase al Sr. *Ruiz Zambrano* 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.

De este modo, el TJUE realizó una interpretación amplia y de futuro: pese a no haberse vulnerado efectivamente ningún derecho de un ciudadano de la Unión -ni siquiera limitado su ejercicio- existía el riesgo de que los que integran su estatuto se vieran obstaculizados, de cumplirse las hipótesis del órgano judicial. Ante el peligro de que dicho riesgo se convirtiera en un daño real, el Tribunal adelantó la barrera protectora del Derecho comunitario y declaró no conforme al mismo la negativa de las autoridades belgas a conceder al Sr. *Ruiz Zambrano* (nacional colombiano) el permiso de residencia y trabajo, una decisión puramente estatal cuya adopción en principio tan solo competía al Estado belga³⁷.

26. En el presente asunto, el TJUE acogió finalmente las alegaciones de la mayor parte de los Gobiernos personados en los autos, así como de la Comisión, susceptibles de ser resumidas en tres ejes principales. En primer lugar, subrayaban el carácter excepcional de la doctrina *Ruiz Zambrano*, en su opinión únicamente aplicable a los supuestos en que una decisión nacional -como la no concesión del permiso de residencia y/o trabajo- podía ocasionar la privación del goce efectivo de los derechos aparejados al estatuto de la Unión. En segundo lugar, aducían que en el caso *Dereci* no existía un verdadero riesgo de que su familia -todos ciudadanos de la Unión- se viera obligada a abandonar el territorio comunitario, pues la nacionalidad austríaca de la madre le garantizaba su derecho a permanecer en el Estado austríaco junto a sus hijos, también nacionales del mismo, y a disfrutar de los derechos contenidos en el artículo 20.2 TFUE. Finalmente, Gobiernos y Comisión afirmaban que al no depender ni la esposa ni los hijos económicamente del Sr. *Dereci*, en el caso de que éste fuera expulsado a Turquía, su familia no corría el riesgo de verse obligada a abandonar el territorio de la Unión, a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Ruiz Zambrano*, donde ambos progenitores eran nacionales extracomunitarios y el sustento de sus hijos dependían de la actividad económica del padre. Como vimos, a los restantes reclamantes se aplicaron las mismas consideraciones fácticas y correlativamente, idéntica consecuencia jurídica.

27. Al acoger estos razonamientos, el factor de la dependencia económica se revela como el elemento clave de la decisión del Tribunal de Justicia. Sobre este argumento, el TJUE elabora un silogismo que puede explicarse como sigue: si los recursos económicos de un ciudadano de la Unión están supeditados a los ingresos de un nacional no comunitario, la expulsión de éste obligará a aquél a abandonar también el territorio comunitario, privándole de la posibilidad de ejercitar efectivamente sus derechos como ciudadano de la Unión. En consecuencia, la dependencia económica se revela como el factor decisivo que garantiza el verdadero disfrute de los derechos aparejados al estatuto del ciudadano de la Unión.

En su argumentación, el propio Tribunal de Justicia reconoce que, a falta de un derecho de residencia secundario del nacional extracomunitario -derivado de su condición de familiar de un ciudadano

³⁷ P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión...», cit., p. 255.

de la Unión-, cabe otorgarle tal derecho, aunque con carácter excepcional, en virtud de la necesidad de proteger el efecto útil de la ciudadanía europea. La tutela de este efecto útil ha llevado en otras ocasiones al TJUE a reconocer a nacionales extracomunitarios un derecho a residir en la Unión Europea, en su condición de garantes del sustento -y consiguiente permanencia en territorio comunitario- de ciudadanos de la Unión, cuyo derecho de residencia garantiza el artículo 21.2 TFUE³⁸.

28. El efecto inmediato de esta jurisprudencia es reconocer a los nacionales de terceros Estados a cuyo cargo se encuentra un ciudadano comunitario de corta edad el derecho a residir con éste en el Estado miembro de acogida. De este modo, el TJUE admite la posibilidad de extender a un nacional de un tercer Estado del derecho de residencia que el artículo 21 TFUE TCE otorga a los ciudadanos de la Unión, aun cuando dicho nacional extracomunitario no pueda acogerse a los beneficios otorgados por la Directiva 2004/38/CE.

En el asunto Dereci, el TJUE consideró que no concurría el elemento decisivo para facultar dicha extensión, al declarar que los ciudadanos comunitarios familiares de los nacionales de terceros Estados «no corrían el riesgo de verse privados de sus medios de subsistencia». En consecuencia, no se daba el carácter excepcional que el Tribunal de Justicia ha querido dar a su jurisprudencia expansiva elaborada en el caso Ruiz Zambrano, que en última instancia viene a depender de la situación económica de los integrantes del núcleo familiar.

29. Dos objeciones cabe hacer a este pronunciamiento, una fáctica y otra jurídica. La primera se refiere a la concreta situación del Sr. Dereci, que plantea serias dudas respecto a la contundencia de lo afirmado por el Tribunal de Justicia. Así lo advierte el propio Abogado General en sus conclusiones, que recuerda que el reclamante alegó ante el TJUE que tenía una obligación de alimentos hacia sus hijos³⁹. Asimismo, en el proceso judicial previo había indicado al *Verwaltungsgerichtshof* que en caso de concedérsele el permiso de residencia, tendría la posibilidad de ejercer una actividad asalariada, con la consiguiente contribución que ello supondría a la economía del núcleo familiar, integrado -no resulta ocioso recordarlo- por tres hijos de corta edad.

Pero ni el órgano judicial austríaco ni el TJUE acogen dichas alegaciones, considerando que el sustento económico de la familia quedaba suficientemente cubierto con los ingresos de la Sra. Dereci, y por tanto, asegurada su permanencia en el Estado austríaco; y por ende, en el territorio comunitario, con la subsiguiente garantía de su efectivo disfrute de los derechos que integran el estatuto del ciudadano de la Unión. Aquí radica la objeción fáctica anteriormente mencionada, pues del desarrollo de los procedimientos ante ambos tribunales y de sus respectivas apreciaciones sobre la situación económica de la familia Dereci, se desprenden dudas sobre la certeza de la afirmación final: que el sustento familiar quedaba garantizado por la Sra. Dereci. Dudas que no sólo se proyectan al futuro (¿qué ocurriría si la Sra. Dereci dejara de percibir ingresos o éstos resultaran insuficientes para mantener a sus hijos?), sino que se plantean también respecto de la situación económica que el núcleo familiar alega en el momento del litigio.

A esta cuestionable valoración fáctica se añade la segunda objeción al planteamiento del TJUE, esta vez de corte jurídico. Según el razonamiento empleado por el Tribunal, la aplicación de la jurisprudencia Ruiz Zambrano a situaciones similares a la planteada en dicho asunto queda al albur de las circunstancias económicas que puntualmente aleguen los interesados; o peor aún, de las que tengan la capacidad de acreditar y el Tribunal estime apreciables. En consecuencia, la aplicación de una doctrina legal queda supeditada a cuestiones fácticas e incluso probatorias, que acrediten respecto de los nacionales extracomunitarios su condición de garantes del efectivo derecho del estatuto de ciudadanos de la Unión de los miembros de su unidad familiar, avalando con su capacidad económica su permanencia en el territorio comunitario.

En palabras del Abogado General Mengozzi, «las diferentes situaciones específicas de las que habrá de conocer el Tribunal de Justicia con ocasión de las peticiones de decisión prejudicial serán las

³⁸ Sobre la incidencia del efecto útil de la ciudadanía europea sobre el derecho de residencia, *vid.* STJCE 19 octubre 2004, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department*, 200/02, *Rec.* 2002, p. 9925.

³⁹ Opinión del Abogado General Mengozzi, nota 23.

que determinen el alcance exacto de la sentencia Ruiz Zambrano. Admito que esta situación es poco satisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica»⁴⁰. Este carácter decisivo que se otorga a una circunstancia puntual, cambiante, e incluso susceptible de ser falsificada, suscita notables reparos, pues no sólo genera inseguridad jurídica, sino que puede dar lugar a actuaciones fraudulentas fácilmente imaginables⁴¹. Para combatir ambos riesgos, consideramos más apropiado basar la aplicación de la doctrina Ruiz Zambrano en circunstancias más objetivas y jurídicamente evaluables, como la relación familiar existente entre el nacional extracomunitario y los ciudadanos europeos y el derecho a la vida privada y familiar consagrado por la normativa comunitaria e internacional.

III. Los fundamentos jurídicos utilizados por el TJUE

30. Como acabamos de ver, el TJUE descartó de plano la posible aplicabilidad al litigio del artículo 21 TFUE y la subsiguiente aplicación de la jurisprudencia Ruiz Zambrano. La consecuencia inmediata de esta decisión fue el no reconocimiento a cuatro de los cinco recurrentes del derecho a permanecer en el territorio austríaco por extensión del derecho de residencia cuya titularidad ostentaban sus familiares. En el estado actual del Derecho y la jurisprudencia comunitarias, dos son las «*rutas*» por las que los nacionales de terceros Estados pueden acceder a la residencia en territorio comunitario: la Directiva 2004/38 y la extensión del art. 21 TFUE⁴². Cerradas ambas para cuatro de los cinco recurrentes en el presente supuesto, al Sr. Dereci le quedaba otra posible vía de acceso, eventualmente contenida en la normativa comunitaria respecto de Turquía. Por tanto, el tribunal austríaco demandó del TJUE una respuesta sobre las implicaciones de tal normativa en este supuesto concreto, permitiéndole pronunciarse sobre el alcance de las prerrogativas que esta legislación otorga a los nacionales turcos en la Unión Europea, y las correlativas limitaciones que a la acción de los Estados miembros conlleva su tutela.

1. La normativa comunitaria respecto a Turquía

31. Ante todo, hay que volver a reseñar un dato: la nacionalidad turca del Sr. Dereci; reseña que, lejos de resultar una obviedad o una redundancia innecesaria, resulta clave aquí para entender el planteamiento del litigio, las dudas iniciales del órgano judicial austríaco, sus consiguientes cuestiones prejudiciales y la resolución dada por el TJUE. Como vimos, el órgano remitente se pregunta, en relación con la nacionalidad del demandante en ese asunto del litigio principal, si el Acuerdo de Ankara de 12 de septiembre de 1963 constituye un obstáculo a la aplicación a los nacionales turcos de una normativa estatal más estricta que la anterior en materia de entrada y residencia en el territorio austríaco. Soslayada por el TJUE la opción de analizar el asunto desde la perspectiva de los derechos del ciudadano comunitario (en su condición de tal, y como titular de derechos fundamentales), éste acaba siendo el enfoque elegido, centrándose su pronunciamiento en establecer la extensión y límites del estatuto de los nacionales turcos en la Unión Europea.

32. En concreto, la cuestión prejudicial preguntaba si los artículos 13 de la Decisión nº 1/80 del Consejo de Asociación⁴³ ó 41.1 del Protocolo Adicional⁴⁴ impiden que se someta la primera entrada en el país de un nacional turco a una normativa nacional más estricta que la que se aplicaba previamente a los nacionales turcos en su primera entrada. Y ello, teniendo presente que la normativa nacional sobre

⁴⁰ Opinión del Abogado General Mengozzi, apartado 49.

⁴¹ Sobre las objeciones que cabe realizar al «*test de circunstancias*» empleado por el TJUE en el asunto Ruiz Zambrano, vid. nota de R. MORRIS en *Maastricht Journal*..., cit., pp. 183-183.

⁴² H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», cit., pp. 720-721.

⁴³ Article 13. «*The Member States of the Community and Turkey may not introduce new restrictions on the conditions of access to employment applicable to workers and members of their families legally resident and employed in their respective territories*».

⁴⁴ Article 41.1. «*Les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles réstrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services*».

la primera entrada en territorio austríaco había entrado en vigor cuando las disposiciones relativas a la Asociación con Turquía ya habían adquirido eficacia respecto a dicho Estado miembro.

El TJUE inicia su respuesta puntualizando que se trata de preceptos que no cabe aplicar de forma conjunta⁴⁵, pese a que ambas disposiciones poseen la misma naturaleza⁴⁶ y un objetivo idéntico: crear condiciones favorables para la aplicación progresiva, respectivamente, de la libre circulación de trabajadores (art. 13), del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios (art. 41.1) mediante la prohibición a las autoridades nacionales de introducir nuevos obstáculos al ejercicio de dichas libertades por los nacionales turcos⁴⁷. En el asunto Dereci, el fundamento jurídico elegido por el TJUE para resolver la cuestión es el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, al tratarse de un litigio que afecta a su potencial libertad de residencia en el territorio comunitario.

33. La doctrina jurisprudencial en torno a este precepto parte de una premisa: la cláusula de *standstill* en él recogida no puede, por sí sola, generar a favor de un nacional turco un derecho de establecimiento ni un derecho de residencia derivados directamente de la normativa comunitaria⁴⁸. Es jurisprudencia reiterada que las disposiciones relativas a la asociación con Turquía no invaden la competencia de los Estados miembros para regular tanto la entrada en su territorio de los nacionales turcos como las condiciones de su primera actividad profesional. Antes al contrario, esta normativa sólo regula la situación de los trabajadores turcos que ya están legalmente integrados en el Estado miembro de acogida⁴⁹.

Y es que, en efecto, el Acuerdo con Turquía y su legislación derivada no eliminan la condición de nacionales de terceros Estados de los ciudadanos turcos, que por dicho motivo carecen del derecho a circular libremente dentro de la Unión Europea. La prerrogativa que les reconoce el ordenamiento comunitario es el disfrute de ciertos derechos en el Estado miembro de acogida en cuyo territorio han entrado legalmente y han ejercido un empleo legal durante un período determinado. En consecuencia, la primera admisión de un nacional turco en el territorio de un Estado miembro está inicialmente regulada en exclusiva su ordenamiento nacional y el interesado sólo puede invocar, con arreglo al Derecho comunitario, determinados derechos en materia de ejercicio de un empleo asalariado o de una actividad por cuenta propia y, por consiguiente, en materia de residencia, si se encuentra ya en situación legal en el Estado miembro de que se trate⁵⁰.

34. Sin embargo, esta afirmación se ve considerablemente matizada por la cláusula *standstill* recogida en el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, que impide que un Estado miembro adopte cualquier medida nueva que tenga como finalidad o como consecuencia someter la residencia de un nacional turco en su territorio a requisitos más restrictivos que los que eran aplicables en el momento de la entrada en vigor de dicho Protocolo Adicional en el Estado miembro de que se trate. De esta forma, el artículo 41.1 constituye el «*corolario necesario de los artículos 13 y 14 del Acuerdo de Asociación, del que constituye el medio indispensable para llevar a cabo la eliminación progresiva de los obstáculos nacionales a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios*»⁵¹.

35. En el asunto enjuiciado, en el momento de la adhesión de Austria a la Comunidad Europea, 1 de enero de 1995 -y por ello el de entrada en vigor del Protocolo Adicional en dicho Estado- estaba vigente la normativa sobre entrada de extranjeros notablemente más benevolente que la aplicada al Sr.

⁴⁵ Apartado 81 de la sentencia.

⁴⁶ STJCE 11 mayo 2000, *The Queen contra Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, 37/98, Rec. 2000, p. 2927.

⁴⁷ STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301.

⁴⁸ SSTJCE 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartados 64 y 67; y 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301.

⁴⁹ SSTJCE 19 febrero 2009, *Mehmet Soysal y Ibrahim Savatli c. Bundesrepublik Deutschland*, 228/06, Rec. 2009, p. 1031; 10 febrero 2000, *Ömer Nazli, Caglar Nazli y Melike Nazli c. Stadt Nürnberg*, 340/97, Rec. 2000, p. 957.

⁵⁰ STJCE 21 julio 2011, *Tural Oguz c. Secretary of State for the Home Department*, 186/10, Rec. 2011; y 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartado 65.

⁵¹ STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301.

Dereci para resolver su solicitud de permiso de residencia⁵². Proyectando su jurisprudencia anterior sobre el asunto Dereci, el TJUE declara una vez más que la interpretación conjunta de los artículos 13 de la Decisión nº 1/80 y 41.1 del Protocolo Adicional lleva a considerar que el alcance de la obligación de *standstill* en ellos contenida se extiende a cualquier nuevo obstáculo que los Estados pretendan interponer al ejercicio de la libertad de establecimiento, de la libre prestación de servicios o de la libre circulación de trabajadores⁵³.

36. Por «nuevo obstáculo» entiende el Tribunal cualquier agravación de las condiciones existentes en el momento de la entrada en vigor de la Decisión nº 1/80 y el Protocolo Adicional en el Estado miembro de que se trate, impidiendo con ello que los Estados se alejen del objetivo perseguido por la cláusula *standstill* contenida en dicha normativa. De esta forma, la cláusula de mantenimiento del *statu quo* prohíbe a las autoridades nacionales agravar las condiciones de residencia de los nacionales turcos mediante la introducción de nuevas medidas que restrinjan el acceso a la misma. Aplicada a libertad de establecimiento, la obligación de *standstill* pretende lograr que las autoridades nacionales se abstengan de adoptar disposiciones que puedan comprometer la consecución de los objetivos del Protocolo Adicional.

En el asunto Dereci se puso de manifiesto que la entrada en vigor de la NAG, el 1 de enero de 2006, había supuesto un endurecimiento de las condiciones al ejercicio de la libertad de establecimiento de los nacionales turcos -y con carácter general, de todos los nacionales extracomunitarios-, al exigirles la permanencia fuera del territorio austríaco en tanto se resolvía su solicitud de residencia (art. 21 NAG). Por el contrario, bajo normativa anterior, contenida en la ley de 1997, los nacionales turcos que se encontrasen en una situación similar a la del Sr. Dereci podían disfrutar, en su calidad de familiares de nacionales austríacos, de la libertad de establecimiento y presentar su solicitud de residencia una vez que habían accedido a dicho Estado (art. 49).

Esta situación debía ser enjuiciada a la luz de los artículos 13 de la Decisión nº 1/80 y 41.1 del Protocolo Adicional, cuyo efecto directo faculta a los nacionales turcos a invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales para excluir la aplicación de disposiciones estatales contrarias a las cláusulas de *standstill* contenidas en dichos preceptos⁵⁴. Se hacía preciso, por tanto, analizar el alcance de dicha cláusula, a fin de determinar si su protección alcanzaba al supuesto planteado por la situación del Sr. Dereci.

2. La cláusula *standstill* o de mantenimiento de *statu quo*

37. En su última cuestión prejudicial, el *Verwaltungsgerichtshof* demanda del Tribunal de Justicia una interpretación de las cláusulas *standstill* aplicables en el contexto del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Unión y la República de Turquía. Como vimos, dicha cláusula se recoge en el artículo 41.1 del Protocolo Adicional con el siguiente tenor: «*las Partes Contratantes se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios*».

38. En el asunto Dereci, la nacionalidad turca del interesado generó incertidumbre sobre la legitimidad de la aplicación respecto de su solicitud -no así respecto de la de los restantes recurrentes, nacionales de otros Estados- de la legislación austríaca de 2006, que endurecía los requisitos para la concesión del permiso de residencia en dicho Estado. Más aún, cuando el solicitante había presentado su petición en 2004, bajo la vigencia de una normativa menos estricta que databa de 1997, si bien ésta había sido resuelta una vez entrada en vigor la nueva regulación.

La cuestión debatida se centró pues en determinar si el sometimiento de la solicitud del Sr. Dereci a la nueva regulación sobre extranjería constituía por parte del Estado austríaco una «nueva restricción» a la libertad de establecimiento que el Protocolo Adicional reconocía a los nacionales turcos.

⁵² En concreto, regían en dicho momento la ley sobre establecimiento 466/1992 (*Aufenthaltsgesetz*) y la ley de extranjería (*Fremdengesetz*) 838/1992, que serían posteriormente derogadas por la Ley de 75/1997, a su vez derogada el 1 de enero de 2006 por la entrada en vigor de la NAG.

⁵³ Apartado 94 sentencia *Dereci*.

⁵⁴ STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., apartados 58 y 117.

Como hemos visto, el TJUE dictaminó sobre este punto que el artículo 41.1 del Protocolo Adicional permitía calificar de «nueva restricción» la promulgación de una normativa más restrictiva que la anterior, teniendo en cuenta además que esta última suponía una flexibilización de las condiciones previas al ejercicio de la libertad de establecimiento de los nacionales turcos en el momento de la entrada en vigor en Austria del Protocolo Adicional.

39. Sentado lo cual, procede ahora definir el alcance y límites de la cláusula *standstill* contenida en el artículo 41.1 del Protocolo. La esencia de dicha disposición es impedir un nivel de protección decreciente respecto de los derechos conferidos a los nacionales turcos por el Acuerdo de Ankara y el Protocolo Adicional, garantizando el mantenimiento, en todos los Estados miembros, del *statu quo* concedido a los ciudadanos turcos en la fecha de entrada en vigor de dicha normativa.

Para el Tribunal de Justicia, la conservación del *statu quo* anterior a la entrada en vigor de la legislación austríaca que endurecía los requisitos para la concesión del permiso de residencia impedía, en el asunto Dereci, aplicar dicha normativa a su solicitud, pues ello implicaba exigirle el cumplimiento de una condición no exigida en la fecha de su petición: permanecer fuera del territorio austríaco durante la tramitación del permiso de residencia. De este modo, la situación del reclamante quedaba «blindada» frente a ulteriores modificaciones legislativas que, en el Estado austríaco, pudieran dificultar su acceso a la residencia en dicho país. Tales modificaciones son calificadas por el TJUE de «nueva restricción» prohibida por el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, precepto del que subraya además su efecto directo ante los Estados miembros. En virtud del cual, los derechos que confiere a los nacionales turcos a los que resulta aplicable pueden ser directamente invocados ante las jurisdicciones nacionales para impedir la aplicación de disposiciones internas que les resulten desfavorables (aquí, la NAG austríaca de 1 de enero de 2006).

40. Esta consecuencia queda fuera de toda duda para el Tribunal de Justicia, afirmando que el precepto enuncia «*en términos claros, precisos e incondicionales*», una «*cláusula inequívoca de standstill*»⁵⁵, que genera para los Estados miembros una obligación que se traduce legalmente en una mera abstención de levantar nuevas barreras jurídicas al ejercicio de los derechos adquiridos por los ciudadanos turcos en virtud del Acuerdo de Asociación. En este punto, el TJUE nada innova sobre su jurisprudencia anterior, que reiteradamente ha señalado que el artículo 41.1 del Protocolo Adicional prohíbe con carácter general la introducción de cualquier medida nueva que tenga por objeto o por efecto someter el ejercicio por un nacional turco de las libertades económicas protegidas a una normativa legal más restrictiva que la que resultaba aplicable en la fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional en cada Estado miembro⁵⁶.

41. Sin embargo, también es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que la cláusula de *standstill* del artículo 41.1 del Protocolo Adicional no confiere, por sí misma, a los nacionales turcos, sobre la mera base de la normativa comunitaria, un derecho de establecimiento y correlativo de residencia, ni un derecho de libre prestación de servicios, ni un derecho de entrada en el territorio de un Estado miembro⁵⁷. Tales derechos continúan regulados por la normativa interna de los Estados miembros⁵⁸, ya que la cláusula contenida en este precepto «*no opera como norma de fondo que convierta casi en inaplicable el Derecho material pertinente al que sustituya, sino como norma de naturaleza cuasi-procedimental, que prescribe ratione temporis cuáles son las disposiciones de la normativa de un Estado miembro que deben regir la apreciación de la situación de un nacional turco que desee ejercitar*

⁵⁵ Apartado 87 de la sentencia *Dereci*.

⁵⁶ SSTJCE 21 julio 2011, *Tural Oguz c. Secretary of State for the Home Department*, cit.; 20 septiembre 2007, *The Queen, Veli Tum y Mehmet Dari contra Secretary of State for the Home Department*, 16/05, Rec. 2007, p. 7415, apartado 46; 19 febrero 2009, *Soysal y Savatli*, cit.; 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartados 46 a 54 y 71; 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., 58, 59 y 117; y 20 de septiembre de 2007, *Tum y Dari*, cit., apartado 46.

⁵⁷ SSTJCE 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartados 64 y 71; 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., apartado 52.

⁵⁸ STJCE 19 de febrero de 2009, *Soysal y Savatli*, cit., apartado 47.

la libertad de establecimiento en un Estado miembro»⁵⁹. Por tanto, no genera en absoluto ni un derecho material de establecimiento ni una igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de que se trate⁶⁰.

42. Junto a esta confirmación de su jurisprudencia ya consolidada sobre el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, en el asunto Dereci el TJUE aborda una cuestión puntualmente tratada por su doctrina legal: el ámbito de aplicación personal de la cláusula *standstill*, cuya extensión ha sido discutida en ocasiones por los Estados miembros⁶¹. En presente caso, los Gobiernos austriaco, alemán y británico alegaban que la situación irregular del Sr. Dereci en Austria le impedía beneficiarse del privilegio contenido en el artículo 41.1 del Protocolo Adicional. Pero el Tribunal de Justicia rebate dicha argumentación, recordando que la irregularidad de la estancia del Sr. Dereci en Austria derivaba de una legislación sobrevinida, ya que a la fecha de su solicitud de residencia el interesado poseía el derecho de establecimiento derivado de su condición de cónyuge de una ciudadana austriaca.

43. Con este pronunciamiento, la *sentencia Dereci* supone un avance de la jurisprudencia anterior del TJUE sobre el estatuto de los nacionales turcos en territorio comunitario, ya que ésta había admitido la posibilidad de que los Estados miembros introdujeran nuevas restricciones al ejercicio por los nacionales turcos de las citadas libertades en los supuestos en que éstos no se encontrasen aún de forma regular en sus respectivos territorios⁶². De este modo, la situación irregular del Sr. Dereci en territorio austriaco no constituye un elemento que pueda «desactivar» la cláusula *standstill* y legitimar la aplicación a su solicitud de residencia una normativa que restringe el acceso a la misma frente a la regulación precedente y cuya entrada en vigor se produjo con posterioridad a la del Protocolo Adicional. Un pronunciamiento, por demás, coherente con la tradición jurisprudencial del TJUE de llevar las interpretaciones sobre la normativa relativa a Turquía «lo más lejos posible» en el marco del ordenamiento comunitario⁶³.

IV. Conclusiones

44. A raíz del planteamiento al TJUE de las cuestiones prejudiciales contenidas en el asunto Dereci, el Abogado General Mengozzi celebraba que dichas cuestiones tuvieran «el mérito de situar rápidamente al Tribunal de Justicia ante la tarea de precisar los límites de su jurisprudencia incipientes». Con ello se refería a la *sentencia Ruiz Zambrano*, dictada apenas tres meses antes. Pero el augurio del Abogado General no se cumplió en absoluto: antes al contrario, la primera sensación que despierta la *sentencia Dereci* es que estamos ante una decisión «prudente».

⁵⁹ STJCE 20 de septiembre de 2007, *Tum y Dari*, cit., apartado 55. Vid. el análisis que de esta jurisprudencia realiza N. TEZCAN/IDRIZ, quien concluye que la *sentencia Soysal* es «la consecuencia natural» de la *sentencia Tum y Dari* («Free movement of persons between Turkey and the EU: To move or not to move? The response of the judiciary», *Common Market Law Review*, V. 46, n. 5, october 2009, pp. 1621-1665).

⁶⁰ STJCE 11 julio 2011, *Tural Oguz*, cit., apartado 45.

⁶¹ STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., apartado 75: «No puede aceptarse el argumento (...) según el cual dicho artículo 13 no afecta al derecho de los Estados miembros a adoptar, incluso con posterioridad al 1 de diciembre de 1980, nuevas restricciones al acceso al empleo de los nacionales turcos, sino que implica únicamente que éstas no son aplicables a aquellos nacionales que ya ejercen un empleo legal y poseen para ello un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en el momento en que se introducen dichas restricciones (...). Semejante interpretación resulta paradójica y puede vaciar de contenido al artículo 13 de la Decisión nº 1/80, puesto que un nacional turco que ya ejerce legalmente un empleo en un Estado miembro ya no necesita estar protegido por una cláusula de «standstill» relativa al acceso al empleo, precisamente porque tal acceso ya ha tenido lugar y el interesado se beneficia, en el marco de su carrera en el Estado miembro de acogida, de derechos que el artículo 6 de la misma Decisión le confiere explícitamente».

⁶² STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301: «el tenor de este artículo 13, que se separa en determinados aspectos del tenor de dicho artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional, se manifiesta más bien a favor de la interpretación según la cual la prohibición de nuevas restricciones se refiere solamente al momento en el que son legales la primera estancia y la primera ocupación del trabajador en el territorio del Estado miembro de que se trate».

⁶³ N. TEZCAN/IDRIZ, «Free movement of persons...», cit., p. 1621.

En cierto modo, el Tribunal de Justicia ha rehuído pronunciarse sobre el alcance a nacionales de terceros Estados de los derechos que el artículo 21 TFUE confiere a los ciudadanos de la Unión utilizando fundamentalmente dos argumentos. El primero, que se trataba de una situación puramente interna no cubierta por el ordenamiento comunitario; el segundo, que no existía una dependencia económica sustancial de los ciudadanos de la Unión respecto de sus familiares no comunitarios. Con ambos argumentos, en TJUE ha descartado la aplicación al litigio de la Directiva 2004/38, del artículo 21 TFUE y del artículo 8 CEDH, limitando la base jurídica de su decisión a la normativa comunitaria vigente respecto de los nacionales turcos; y con ello, al supuesto específico que constituía la situación del Sr. Dereci.

45. De esta forma, lo que inicialmente podía haber sido una decisión judicial aclaratoria del significado y repercusión de la senda jurisprudencial que en materia de ciudadanía de la Unión inició el TJUE con ocasión de las sentencias *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*⁶⁴, se convirtió en una sentencia dirigida a delimitar el alcance de la legislación aplicable a los nacionales turcos en la Unión europea y los límites que ésta impone a la acción de los Estados miembros.

Respecto al primer punto, es inevitable lamentar que el Tribunal de Justicia haya dejado pasar la ocasión de pronunciarse sobre su incipiente jurisprudencia expansiva en materia de ciudadanía de la Unión. Sin embargo, también es posible realizar de este silencio otra lectura: quizá la prudencia del TJUE evidencie su propia postura ante dicha jurisprudencia, al no haberla aplicado en toda su extensión a los cinco supuestos planteados, tal vez temiendo las excesivas consecuencias de una jurisprudencia demasiado generosa con los nacionales de terceros Estados. No resulta osado por ello deducir que la sentencia *Dereci* viene a otorgar a la jurisprudencia *Ruiz Zambrano* un carácter de excepcionalidad que anteriormente tan sólo podía presumirse.

46. Con independencia de lo anterior, que no deja de ser una suposición basada en la parca fundamentación jurídica del TJUE para descartar la aplicabilidad al caso de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, la sentencia *Dereci* sí resulta cuestionable en algunos de los argumentos expresamente utilizados por el Tribunal de Justicia. En primer lugar, la conversión del criterio de la dependencia económica en un factor *cuasi sine qua non* para facultar la ampliación del derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios a sus familiares nacionales de terceros Estados. Como ya dijimos, esta regla crea inseguridad jurídica y puede dar lugar a fraudes, además de resultar cuestionables los métodos para acreditar su efectiva concurrencia, como apuntó el propio Abogado General Mengozzi.

En nuestra opinión, sería más apropiado basar dicha extensión -que aprobamos y aplaudimos- en factores más objetivos y un fundamento jurídico diferente: la relación familiar existente entre el nacional extracomunitario y los ciudadanos europeos y el derecho a la vida familiar de éstos últimos. Bien es cierto es que el criterio de la vinculación familiar también es susceptible de generar situaciones fraudulentas, que el Derecho de extranjería conoce de sobra. Sin embargo, ello sólo cabría respecto del vínculo matrimonial -no así de filiación-, respecto del que todos los Estados poseen ya mecanismos para prevenir y combatir la celebración de los denominados «matrimonios blancos».

A mayor abundamiento, consideramos que el requisito de la dependencia económica entre ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados no constituye el único argumento posible para justificar la concesión a los segundos de la oportunidad de permanecer en el territorio comunitario junto a sus familias. Como indicó la Abogada General Sharpston en sus conclusiones a la sentencia *Ruiz Zambrano*, «cuando los ciudadanos circulan, lo hacen como seres humanos, no como robots. Se enamoran, contraen matrimonio y fundan familias. La unidad familiar (...) puede estar compuesta (...) de ciudadanos de la Unión y nacionales de Estados terceros, estrechamente vinculados unos a otros. Si los miembros de la familia no reciben el mismo trato que los ciudadanos de la Unión que ejercen sus

⁶⁴ Una clarificación que resulta más que necesaria, habida cuenta de la notable incertidumbre que respecto al contenido del concepto de «estatuto fundamental del ciudadano de la Unión» ha despertado la doctrina legal contenida en dichas decisiones. En este sentido, *vid.* E. PATAUT, «La citoyenneté et les frontières...», cit., pp. 571-576.

*derechos a la libre circulación, el concepto de libre circulación queda desprovisto de cualquier contenido real*⁶⁵.

Utilizando un enfoque estrictamente jurídico, sustentado por la *ratio legis* de la Directiva 2004/38 y el derecho contenido en los artículos 8 CEDH y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es legítimo cuestionarse si el mantenimiento de la unidad familiar -aun sin interdependencia económica- no es suficiente para justificar por sí solo una ampliación del derecho de residencia en la Unión Europea. ¿Es más relevante la dependencia económica que la emocional, hasta el punto de ser la primera la única que para el TJUE impida la ruptura del núcleo familiar? Obviamente, son situaciones imposibles de cuantificar y quizá el intento de hacerlo únicamente desde una perspectiva pecuniaria no sólo resulte insuficiente, sino también discriminatorio para los ciudadanos de la Unión no económicamente dependientes.

47. La segunda objeción que cabe hacer al pronunciamiento del Tribunal es su tajante descarte de la posible entrada en juego de la Directiva 2004/38. Aunque es obligado reconocer que su argumento resulta irrefutable desde el punto de vista jurídico, pues los interesados no entran dentro del concepto de «beneficiarios» acuñado por el artículo 3.1, y la decisión se muestra acorde con la doctrina consagrada en las sentencias *Metock*⁶⁶ y *McCarthy*. Sin embargo, no se debe olvidar el propio espíritu de la norma, recogido principalmente en su sexto Considerando («mantener la unidad de la familia en un sentido amplio»), que exige a los Estados miembros «estudiar (...) la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva», a fin de determinar si cabe concederles la entrada y residencia en sus territorios en atención a su relación con un ciudadano de la Unión y -lo que resulta aquí especialmente significativo- teniendo en cuenta «cualquier otra circunstancia», entre la que no sólo incluye la dependencia económica, sino también la física.

Estas consideraciones sí habían sido tenidas en cuenta por el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*, si bien hay que admitir que en él se apreció además el factor -decisivo- de la dependencia económica de los menores respecto de sus progenitores. Resolviendo de esta forma el presente litigio, quizá el TJUE haya querido poner cierto coto a su propia jurisprudencia, restringiendo la posibilidad de extender los derechos de los ciudadanos de la Unión a sus familiares no comunitarios al supeditarla a la concurrencia del requisito fáctico de la dependencia económica de los primeros respecto de los segundos, y limitando también la posibilidad de acogerse a las prerrogativas que a los nacionales extracomunitarios concede la Directiva 2004/38, al exigir de forma estricta el cumplimiento del requisito del previo ejercicio de la libre circulación por los ciudadanos comunitarios para poder acogerse a dichos beneficios. En este punto, recordemos que en el asunto *Ruiz Zambrano* tampoco había habido dicho ejercicio previo, pues los nacionales comunitarios afectados nunca habían salido de su Estado miembro de origen, aunque es cierto que se apreció la citada dependencia económica, lo cual cierra el círculo de la argumentación jurídica del Tribunal.

48. Las dos objeciones anteriores se fundamentan sobre un hecho incontestable: la jurisprudencia más reciente del TJUE ha puesto de manifiesto la existencia de demasiadas interferencias en el efectivo disfrute de los derechos aparejados a la ciudadanía de la Unión; interferencias que derivan de una carencia: la del ordenamiento comunitario para regular situaciones estrictamente nacionales. Así lo recuerda el TJUE en la presente sentencia, citando su propia jurisprudencia anterior⁶⁷, si bien admite la

⁶⁵ 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 128. En el mismo sentido, S. BARBOU DES PLACES, «Nationalité des Etats membres et citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire: la consécration d'une nationalité sans frontières», *Revue des affaires européennes*, N. 1, 2011, p. 31.

⁶⁶ STJCE 25 julio 2008, *Metock* y otros, cit., p. 6241. Una decisión criticada por 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, pp. 91-104, que la consideran una ocasión desperdiciada por el TJUE para haber interpretado la Directiva 2004/38 conforme a su verdadero sentido inspirador.

⁶⁷ Apartado 60 de la *sentencia Dereci*: «las normas que regulan la libre circulación y las medidas adoptadas para su aplicación no pueden aplicarse a situaciones que no tienen ningún punto de conexión con las situaciones reguladas por el ordenamiento comunitario y se limitan en todos sus aspectos relevantes al territorio de un solo Estado miembro». Vid. STJCE

posibilidad de salvar este obstáculo mediante una interpretación ya utilizada en otras ocasiones: que el solo hecho de no haber ejercitado el derecho a la libre circulación no basta para calificar la situación del ciudadano comunitario de puramente interna⁶⁸. Se aprecian aquí ciertas vacilaciones que la doctrina legal del Tribunal de Justicia viene arrastrando en sus últimas decisiones⁶⁹, pero no ha sido la sentencia *Dereci* la ocasión escogida para disiparlas.

49. Una vez visto lo que la sentencia *Dereci* no ha sido -una ocasión para precisar la jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía de la Unión-, finalizaremos ya su análisis con una reflexión sobre su pronunciamiento respecto a la cuestión del estatuto jurídico de los nacionales turcos en la Unión Europea. La nacionalidad turca de uno de los interesados suscitó en el tribunal austríaco la duda sobre su eventual derecho a la protección que la normativa relativa a Turquía dispensa a sus nacionales en el territorio comunitario. En la sentencia *Dereci*, el Tribunal de Justicia aborda esta cuestión desde un doble planteamiento: el alcance de la cláusula *standstill* contenida en la citada normativa y las implicaciones que respecto a su aplicación pueda tener el carácter irregular de la estancia de un nacional turco en el territorio de los Estados miembros.

50. Respecto al primer punto, el TJUE viene a reiterar una interpretación del artículo 41.1 del Protocolo Adicional ya constante en su jurisprudencia: que por «nueva restricción» en el sentido de dicho precepto se debe considerar la adopción de cualquier medida estatal que suponga un retroceso sobre los beneficios y prerrogativas que se vinieran otorgando a los nacionales turcos en el territorio de cada Estado miembro. Aplicada al caso *Dereci*, esta doctrina lleva al Tribunal a declarar contraria a la citada norma la aplicación a su solicitud de residencia de una legislación más restrictiva que la vigente en el momento de su presentación. Como hemos dicho, en este aspecto el Tribunal se muestra coherente con su jurisprudencia anterior, que ha venido interpretando en términos muy amplios la limitación que para la acción estatal implica la prohibición contenida en el artículo 41.1 del Protocolo.

51. Por lo que hace a la segunda cuestión, en este punto el Tribunal de Justicia se muestra más innovador, al emitir un pronunciamiento que constituye un avance en una línea jurisprudencial ya iniciada pero aún no consolidada. Y ello, como ya se dijo, porque sólo ocasionalmente se ha esgrimido ante el TJUE el argumento utilizado por el gobierno austríaco en el asunto *Dereci*: que su situación irregular en Austria le impedía beneficiarse de la cláusula *standstill* recogida en el artículo 41.1 del Protocolo. Rechazando este razonamiento, el Tribunal extiende el ámbito de aplicación de la cláusula a los nacionales turcos cuya situación en un Estado miembro no ha sido aún regularizada, contrariamente a lo declarado en otras decisiones, que habían admitido la introducción de ulteriores restricciones estatales al libre establecimiento de nacionales turcos en dicha situación⁷⁰.

Sin embargo, hay que subrayar que la decisión del Tribunal de Justicia no es tan osada e incondicional como pudiera parecer, pues se cuida de puntualizar que lo discutible de su situación irregular en Austria deriva de su condición de cónyuge de una nacional de dicho Estado. Existía, por tanto, un vínculo de conexión que en cierto modo protegía al Sr. *Dereci* -quizá más que la propia cláusula *standstill*- de la acción legislativa del Estado en materia de establecimiento y residencia. Se trata, por tanto, de un avance tímido, pero avance al fin, sobre la anterior jurisprudencia del TJUE, que en ocasiones ha admitido la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan respecto de los nacionales turcos en

1 abril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, DOUE C 128 de 24 mayo 2008, apartado 33; 25 julio 2008, *Metock y otros*, cit., apartado 77; y 5 mayo 2011, *McCarthy*, cit., apartado 45.

⁶⁸ Apartado 61 de la sentencia *Dereci*: «sin embargo, la situación de un ciudadano de la Unión (...) que no ha hecho uso de su derecho a la libre circulación no puede, por esa sola razón, ser asimilada a una situación exclusivamente interna». Vid. SSTJCE SSTJCE 12 julio 2005, *Egon Schempp/Finanzamt München V*, 403/03, Rec. 2005, p. 6421, apartado 22; y *McCarthy*, apartado 46.

⁶⁹ Al respecto, vid. A. ILIOPOULOU, «Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination», *Revue des affaires européennes*, N. 1, 2011, p. 57, que denuncia la debilidad de la «doctrina de las situaciones puramente internas» frente a la aplicación expansiva del Derecho comunitario.

⁷⁰ Vid. *supra* nota 62.

situación irregular en un Estado miembro el ejercicio de las libertades protegidas por el Acuerdo de Ankara y su Protocolo Adicional.

52. Como reflexión final, dejamos planteada una duda: ¿cuál hubiera sido el pronunciamiento del TJUE si ninguno de los recurrentes hubiera tenido la nacionalidad turca? No resulta descabellado preguntarse si la concurrencia de esta circunstancia en el Sr. Dereci pudo ir en perjuicio de sus compañeros de viaje, pues terminó siendo el factor determinante de su permanencia en el territorio de la Unión. Casualmente, era también el Sr. Dereci el único con hijos menores de edad ciudadanos comunitarios, y pese a la falta de dependencia económica de éstos respecto a aquél estimada por el TJUE, no hay que ignorar el peso que esta relación familiar tuvo en el pronunciamiento Ruiz Zambrano.

Desechada la posible aplicación de la Directiva 2004/38, por tratarse de un asunto interno (requisito que empieza a resultar también altamente cuestionable, pero no es ésta la sede dónde hacerlo), la única posibilidad de mantener la unidad familiar sería acogerse a la extensión de los derechos que integran el estatuto del ciudadano de la Unión conforme a la doctrina Ruiz Zambrano. Pero quizá el TJUE no ha querido ir tan lejos, pues reconocer dicha opción a los cinco recurrentes hubiera sido tanto como consagrar un derecho de reagrupación familiar paralelo al que regula la citada directiva y no sometido a sus requisitos. Y en el presente caso, ello no resultaba necesario para evitar la separación del Sr. Dereci respecto de sus hijos menores, al existir otra vía jurídica que avalara su permanencia en Austria.

En consecuencia, resulta legítimo preguntarse si habría sido idéntica la decisión si el interesado no hubiera tenido la nacionalidad turca. ¿Quizá en tal caso el Tribunal de Justicia hubiera elaborado una interpretación más generosa de la normativa comunitaria que en esta ocasión desechó utilizar para lograr el mismo objetivo: reconocer a un nacional no comunitario un derecho de residencia derivado de su vinculación familiar con ciudadanos de la Unión?