

CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS

CITIZENSHIP AND NATIONALITY OF THE MEMBER STATES

ELISA PÉREZ VERA

Catedrática de Derecho internacional privado. UNED

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN, COMO NOCIÓN DEPENDIENTE DE LA NACIONALIDAD. II. EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA Y LA NACIONALIDAD. III. LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA Y LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS. CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

Del establecimiento de la ciudadanía de la Unión como un status superpuesto a la nacionalidad de uno de los Estados miembros me ocupé en fecha temprana¹, en un momento en que su ejercicio efectivo se presentaba rodeado de incógnitas, y en el que, por tanto, su desarrollo futuro no podía considerarse garantizado, si no fuera por la inercia que preside el proceso de integración europeo, que hace que instituciones y competencias de la Unión (antes, de las Comunidades Europeas) tiendan a permanecer, aunque a veces sufran profundas modificaciones.

Como hemos visto ayer y hoy, no es éste el caso de la ciudadanía de la Unión que, desde su establecimiento, ha permanecido básicamente igual a sí misma. Pese a ello, ha pervivido a varias crisis de identidad de la Unión puesta en jaque, tanto por pasos en falso especialmente dolorosos –como el fracaso del proyecto de Cons-

¹ Por todos, «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers». *Revue des Cours*. A.D.I., tome 261 (1996).

titución Europea–, como por una crisis financiera global que ha reducido el peso relativo de la Unión Europea en la escena internacional, y, ha afectado negativamente al bienestar de los pueblos de Europa, con el consiguiente desapego de los ciudadanos respecto de las instituciones que los gobiernan.

Pues bien, en aquellos momentos iniciales mi preocupación giraba en torno a la idoneidad o el carácter ineludible de la nacionalidad de los Estados miembros como criterio atributivo de la ciudadanía, amén de las consecuencias, teóricas y prácticas, que de la opción realizada se derivaban para la construcción de una Europa políticamente unida. Esa preocupación no se ha disipado y, precisamente, de la difícil articulación de nacionalidad y ciudadanía, tal y como se refleja en la reciente jurisprudencia del TJUE me ocuparé en la segunda parte de esta exposición, tras recordar algunos de los interrogantes que, desde la perspectiva de la Unión, suscita el que se haya recurrido a una institución jurídica –la nacionalidad estatal– ajena en principio al ordenamiento europeo, para determinar quiénes son sus ciudadanos.

I. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN, COMO NOCIÓN DEPENDIENTE DE LA NACIONALIDAD

La necesidad de aproximar la construcción europea a los «pueblos de Europa», que se encuentra en germen en las declaraciones previas a la adopción de los Tratados fundacionales, se manifestaría con fuerza a partir de la década de los setenta, para precipitarse en los años previos a la adopción del Tratado sobre la Unión Europea. Con tal planteamiento –y puesto que la idea de base es crear vínculos sólidos entre los pueblos de los Estados miembros, generando en ellos la conciencia de pertenecer a un espacio común–, resulta lógico que la ciudadanía de la Unión se concibiera como superpuesta, complementaria e inseparable de la ciudadanía nacional. La idea está en los proyectos del Parlamento Europeo y se mantiene incólume en las distintas iniciativas planteadas en vísperas de la Conferencia intergubernamental de la que nacería el Tratado de la Unión Europea, entre las que se encuentra, en lugar destacado, por su influencia en el texto resultante, la propuesta española. Pues bien, en ella la ciudadanía europea se concibe, en estrecho paralelismo con la noción de nacionalidad, como «el estatuto personal e inseparable de los nacionales de los Estados miembros, que por su pertenencia a la Unión son sujetos de derechos y deberes especiales propios en el marco de la Unión y que son ejercidos y protegidos de manera específica en el interior de sus fronteras, sin perjuicio de que tal condición se extienda también fuera de éstas».

Finalmente, el texto adoptado (que apenas ha sufrido cambios), establecería que «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro». Texto al que el Tratado de Lisboa añadiría la aclaración, tal vez innecesaria, de que, «La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla» (art. 20 TFUE). Así, el enfoque retenido determina que, como se-

ñalara Carlos BRU², la ciudadanía se caracterice por ser superpuesta, de naturaleza jurídica, derivada, de atribución automática y de contenido evolutivo. Ello implica, por una parte, que la ciudadanía va a seguir los avatares de la nacionalidad que le sirve de base; por otra, que la existencia de otros vínculos entre las personas y la Unión, por fuertes que sean (como la residencia prolongada, la relación familiar con un ciudadano o el nacimiento en territorio de la Unión, por ejemplo) no permiten acceder a la ciudadanía. A su vez, su atribución automática a quien posee la nacionalidad de un Estado miembro supone que no es posible renunciar a ella, conservando la nacionalidad que le sirve de base, ni puede ser adquirida al margen de la nacionalidad de un Estado miembro.

De este modo, el ámbito de aplicación subjetivo de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión viene determinado por la posesión de la nacionalidad de uno de los Estados que la integran. Posesión que, en principio, escapa al control del Derecho europeo que no contiene, falto de competencias, normas en la materia. De este modo, pertenece a los legisladores internos de los veintiocho Estados miembros establecer, indirectamente, quienes son los ciudadanos de la Unión; una tarea que cumplen al fijar los términos de obtención y pérdida de la propia nacionalidad. Los textos que en el Derecho originario salvaguardan esta competencia estatal son inequívocos y se prestan mal a interpretaciones restrictivas.

No obstante, el hecho de que la nacionalidad delimite el campo de aplicación subjetivo de las políticas de la Unión determina, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, que en las relaciones intracomunitarias la nacionalidad otorgada por un Estado miembro tenga un componente «común» que, desde que se estableció la ciudadanía de la Unión, repercute sobre ésta, como veremos a continuación. Estos esfuerzos de adaptación, fragmentarios y titubeantes, pueden legítimamente llevar a cuestionar —entre nosotros con la profesora JUÁREZ PÉREZ³—, la base jurídica del concepto de ciudadanía configurada en su opinión desde el inicio como una noción «dependiente, excluyente e incompleta», cuya estrechez e insuficiencia han sido puestas de relieve con el tiempo. Que estamos ante un estatuto dependiente, después de lo dicho, no requiere de mayores comentarios. En cuanto a su naturaleza excluyente de todos los no nacionales es una característica inherente al enfoque elegido (del mismo modo que lo es la nacionalidad estatal, respecto de quien no la posee); por lo demás, su carácter incompleto se predica en relación con el Derecho de la Unión cuya aplicabilidad resulta de criterios ajenos a las normas sobre la atribución de la nacionalidad de los Estados miembros.

Por otra parte, la competencia de los Estados miembros se encuentra también fortalecida por el hecho de que a ellos les corresponde, igualmente, designar quienes son sus nacionales «a efectos comunitarios», con la consecuencia de que no

² BRU, C., *La ciudadanía europea*, Madrid, Sistema, 1994.

³ P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998. Más recientemente, «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.º 2, pp. 249-266.

todos los nacionales de Estados miembros son automáticamente ciudadanos de la Unión, como prueban los ejemplos del Reino Unido (sólo son ciudadanos de la Unión los «british citizens», es decir, los nacidos en Inglaterra, País de Gales, Escocia, Irlanda del Norte, Islas anglonormandas e Isla de Man) y Dinamarca (la ciudadanía de la Unión no se extiende a los daneses que residen en las Islas Feroe).

En la misma línea, pero yendo aún más lejos, el TJCE en Sentencia de 12 de septiembre de 2006, a partir de la premisa de que el Derecho comunitario no determina de forma expresa y precisa quiénes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, entendió que los Estados miembros, dentro del respeto del Derecho de la Unión, pueden reconocer esos derechos a determinadas personas que tengan un estrecho vínculo con ellos, aunque no sean sus propios nacionales, ni ciudadanos de la Unión residentes en su territorio⁴. En el caso concreto origen de la decisión en que se contienen tales afirmaciones, el Reino de España se enfrentaba al Reino Unido con motivo de la organización de las elecciones al Parlamento Europeo de 2004; una organización a la que el Reino Unido venía obligado por una decisión del TEDH⁵ que lo había condenado por no haberlo hecho en una ocasión anterior. Así lo recuerda el Tribunal de Luxemburgo; sin embargo, el punto clave debatido por España no estaba en la organización misma de las elecciones, sino en que al hacerlo las autoridades británicas habían reconocido el derecho al voto a ciertos ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar, siempre que cumpliesen determinados requisitos («*qualifying Commonwealth citizens*» o QCC), pese a que, según la propia legislación británica, no tenían la condición de nacionales a efectos comunitarios.

En el mismo día, la Sentencia referida al asunto C-300/04 resolvió una cuestión prejudicial planteada por el «Nederlandse Raad van State» y que, desde el punto de vista jurídico, situaba al Tribunal de Justicia ante la otra cara de la moneda del tema suscitado por las elecciones al Parlamento Europeo organizadas en Gibraltar. En efecto, en ella se preguntaba si un Estado miembro –en el caso Holanda– puede excluir del derecho a participar en las elecciones europeas a determinadas categorías de sus propios nacionales por el hecho de residir en un Territorio de Ultramar Asociado a la Comunidad –en el caso Aruba, que se encuentra comprendido en el Reino de los Países Bajos–, pero que gozan de la nacionalidad única holandesa siendo, por tanto, ciudadanos de la Unión.

El Tribunal de Justicia, tras afirmar que la residencia en un Territorio de Ultramar no afecta al disfrute de los derechos de ciudadanía, al tratar la concreta cuestión de si un ciudadano de la Unión en las circunstancias descritas goza de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, va a reiterar la doctrina sentada en la aludida Sentencia sobre el asunto 145/04, insistiendo en que la determinación de los titulares de estos derechos es competencia de los Estados miem-

⁴ Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Reino de España c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, (C-145/04), especialmente, apdo 78.

⁵ Sentencia del TEDH, *Matthews c. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999 (asunto 24833/94).

bros, dentro del respecto del Derecho comunitario. Ahora bien, a la luz del principio de igualdad de trato, comparando la situación descrita –negación del derecho al voto a los holandeses residentes en Aruba–, con la de los holandeses residentes en un país tercero, que sí gozan de los derechos electorales europeos, el Tribunal entiende que el Gobierno neerlandés no ha justificado de manera suficiente que tal diferencia esté objetivamente justificada, por lo que no se ha demostrado que la decisión cuestionada no constituya una violación del principio de igualdad de trato⁶.

Sin duda, el análisis de ambas decisiones merecerían un estudio autónomo; aquí, prescindiendo de sus muchos matices, nos limitaremos a destacar que en ambas sentencias se afirma la competencia de los Estados miembros para delimitar el ámbito subjetivo de los derechos de ciudadanía. Y ello, no sólo determinando quiénes son sus nacionales a efectos comunitarios sino, además, admitiendo que los Estados pueden reconocer o condicionar el disfrute de los derechos de ciudadanía, bien extendiéndolo a quienes ellos mismos no han incluido entre sus nacionales a efectos comunitarios, bien condicionando su ejercicio por algunos de sus nacionales titulares, en línea de principio, de todos los derechos de los ciudadanos de la Unión. Pues bien, si la fragmentación de los derechos de la ciudadanía me parece, en principio, cuestionable, todavía me resulta más ajena a la finalidad confesada del establecimiento de la ciudadanía el que se reconozcan ambas posibilidades a los Estados miembros, respecto de los derechos de mayor contenido político y mayor significado democrático; aquéllos que guardan una relación más directa con la representación de los pueblos de Europa en un Parlamento que, progresivamente, ha ido ganando peso en la gobernanza de la Unión Europea.

II. EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA Y LA NACIONALIDAD

No es este el contexto adecuado para analizar los derechos que corresponden a los ciudadanos de la Unión. De algunos de ellos se han ocupado concretamente diversos ponentes de estas Jornadas y a ellos se han referido, con carácter general, tanto E. BARÓN, expresidente del Parlamento Europeo, como E. LINDE, al ocuparse de los nuevos retos de la ciudadanía. A los efectos que aquí importan, basta con señalar que las reformas puntuales que ha experimentado la ciudadanía de la Unión desde que se instaurara, no han supuesto cambios trascendentes ni en cuanto a la naturaleza ni en cuanto al número de los derechos que otorga a los ciudadanos. De mayor envergadura son las alteraciones indirectas sobre su contenido que se derivan de la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (Niza 2000) y de su incorporación a su ordenamiento con el mismo valor jurídico de los Tratados (art. 6 TFUE).

En efecto, aunque los derechos proclamados en el Título V de la Carta, bajo el epígrafe «ciudadanía», no incrementan significativamente los derechos recogidos

⁶ Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *M.G.Eman y O.B.Sevinger v. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, (C-300/04).

en los artículos 18 y siguientes del Tratado de Funcionamiento, su consagración como Derechos Fundamentales ha tenido (y debería tener aún más en el futuro) una influencia decisiva en su configuración jurisprudencial, favoreciendo una interpretación expansiva de los mismos. Interpretación expansiva que puede venir también propiciada por la incidencia sobre los derechos de la ciudadanía de otros derechos fundamentales como el derecho al respeto de la vida familiar (arts. 7 y 33 de la Carta). Por lo demás, no debe sorprender, ni cabe extraer de ello conclusiones que estimo apresuradas⁷, el hecho de que la Carta formule alguno de estos derechos como Derechos fundamentales que se predicen de todos los que se encuentran en el territorio de la Unión (en particular los que se derivan del derecho a una buena administración, *ex art.* 41 de la CDFUE).

En relación con este último dato, hay que tener presente que protección de los derechos fundamentales y ciudadanía de la Unión son dos procesos distintos que, aunque respondan al mismo objetivo último de salvar las distancias entre las instituciones europeas y los pueblos de los Estados miembros, obedecen a dos designios diferentes. La preocupación por el respeto de los derechos humanos en la elaboración y aplicación del Derecho europeo se inscribe en el deseo de que la Unión se consolide como un espacio regido por el Derecho, como es propio de una sociedad democrática y como exige el desarrollo del Derecho internacional; por el contrario, el desarrollo de una ciudadanía europea obedece al convencimiento de que resulta necesario individualizar a los destinatarios de las políticas europeas, si se quiere que se sientan partícipes en la construcción de una Europa unida. Así, mientras los primeros han de predicarse de «toda persona dependiente de su jurisdicción» (por utilizar la correcta terminología del art. 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos, del Consejo de Europa –Roma, 4 de noviembre de 1950–), los vinculados a la ciudadanía deben fortalecer la conciencia de pertenecer a un mismo espacio político.

Así lo entiende también el TJUE que, desde su Sentencia *Grzelczyk* de 2001⁸, viene repitiendo en sus decisiones sobre la ciudadanía, cual si de un mantra se tratara, que **la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros**, de donde se derivaría que quede proscrita la adopción de medidas nacionales que impliquen la privación a un ciudadano europeo «del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto» (principio del efecto útil). Como ha señalado la profesora Juárez, «a partir de este planteamiento, el Tribunal desarrolla un concepto amplísimo de ciudadanía, susceptible de oponerse a cualquier medida que –directa o indirectamente– implique una restricción de los derechos que ésta conlleva»⁹.

⁷ Así C. MARZO, «Aux frontières de l'Europe: comparaison de la situation des résidents, ressortissants de différents États tiers, à celle de citoyens de l'Union européenne» *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, mai 2010, pg. 292, para el que la Carta, por esta vía, parece diseñar una ciudadanía por residencia.

⁸ Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczyk v. Centre Public d'Aide Sociale d'Otignies-Louvain-la-Neuve* (C-184/99).

⁹ P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión...», *ob. cit.*, p. 255.

Extensión, añade, que se hace mayor cuando en la situación se encuentran involucrados derechos fundamentales recogidos en la Carta que, con toda evidencia, son todos ellos predicables de los ciudadanos de la Unión.

Ahora bien, en la base de esta construcción sigue estando la nacionalidad de un Estado miembro. Así, el artículo 18 de TFUE (el primero de la Segunda Parte consagrada a «No discriminación y Ciudadanía de la Unión») prohíbe «*en el ámbito de aplicación de los tratados...* toda discriminación por razón de la nacionalidad». Reservemos, por el momento, el inicio de la frase referido al ámbito regido por el Derecho europeo, para fijarnos sólo en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Nacionalidad cuya regulación hay que entender, con los textos rectores de la ciudadanía, a que antes hacíamos referencia, y con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, reservada a la competencia de los Estados miembros, siempre que respeten los límites que le marca el Derecho europeo. Un ejemplo significativo de esta situación lo constituye la STJCE de 7 de julio de 1992, en el asunto *Micheletti*. En aquel caso, el Sr. MICHELETTI, nacional italo-argentino, cuya última residencia habitual se había encontrado en Argentina, solicitó el permiso de residencia en España como nacional italiano. La Administración española entendió que, por aplicación del artículo 9.9 del Código Civil español, la nacionalidad efectiva del solicitante era la argentina, por lo que no accedió a lo solicitado. En estas circunstancias, se plantea al Tribunal una cuestión prejudicial sobre si la competencia estatal en materia de nacionalidad abarcaba también la capacidad de determinar cuál es la nacionalidad efectiva de quien ostenta más de una, cuando al menos una de ellas es la de un Estado de la Unión. La respuesta del Tribunal va enfatizar la idea que ya aparece en la Sentencia *Auer*¹⁰, respecto de una medida adoptada por un Estado en ejercicio de sus competencias, en el sentido de que la existencia de la competencia estatal —en este caso en materia de nacionalidad— no es absoluta, pues debe necesariamente respetar los principios fundamentales del Derecho europeo, por lo que no puede llegar al punto de limitar los efectos de una nacionalidad otorgada por otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para el ejercicio de libertades fundamentales consagradas por los Tratados¹¹.

Si he calificado como significativa esta jurisprudencia es porque es anterior a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, en el que se establece la ciudadanía de la Unión, mostrando que viene de lejos el interés del Derecho comunitario/Derecho europeo sobre las consecuencias del ejercicio de la competencia estatal exclusiva en materia de nacionalidad (que se reconoce siempre con tal carácter, incluso, en el apartado 10 de la misma Sentencia *Micheletti*).

Con posterioridad a la institucionalización de la ciudadanía y con referencia, por tanto, a la nacionalidad de un Estado miembro como base de la misma, el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre distintos aspectos de

¹⁰ Sentencia de 22 de septiembre de 1983, *V. Auer V. Ministère Public* (C-271/82), apdo. 19.

¹¹ Sentencia de 7 de julio de 1992, *M.V. Micheletti y otros v. Delegación del Gobierno en Cantabria* (C-369/90)

la ciudadanía de la Unión. Esta jurisprudencia, aunque no demasiado numerosa, es lo suficientemente rica como para que no podamos recogerla aquí en su integridad. Por eso me limitaré a evocar algunas de las decisiones más recientes, con la intención, sobre todo, de ver si marcan alguna tendencia que pueda orientarnos sobre la evolución futura de la ciudadanía. Para proceder a su análisis dedicaremos un apartado autónomo a los derechos de los ciudadanos de la Unión y su repercusión sobre la situación de nacionales de terceros países.

La primera decisión a la que me referiré es la recaída en el asunto *Rottman*¹². Los hechos que están en la base de la misma son, brevemente expuestos, los siguientes: El Sr. ROTTMAN, de origen austriaco, se nacionalizó alemán después de varios años de residencia en Alemania, ocultando que se hallaba imputado ante un tribunal penal austriaco por un delito de estafa grave en el ejercicio de su profesión, y que se había dictado una orden de detención contra él. Al adquirir la nacionalidad alemana, perdió su nacionalidad de origen. Meses después de que se le concediera la nacionalidad alemana (febrero de 1999), las autoridades alemanas tuvieron conocimiento (en agosto del mismo año) del expediente penal del Sr. ROTTMAN que abarcaba los hechos reseñados, más otro proceso penal en 1995. En vista de lo cual, en julio de 2000 revocaron la nacionalidad que le habían concedido, con lo cual el Sr. ROTTMAN se convirtió en apátrida, al no recuperar, en la nueva situación, la nacionalidad austriaca que ostentaba con anterioridad.

El Sr. ROTTMAN recurrió esta decisión y su recurso llegó hasta el Tribunal Administrativo Federal que plantearía dos cuestiones prejudiciales encadenadas. La primera se refería a la compatibilidad con el Derecho comunitario de la consecuencia jurídica que se derivaba de la pérdida de la nacionalidad alemana (nada menos que la pérdida de la condición de ciudadano europeo); la segunda, que sólo procedía si la primera recibía una respuesta negativa –dicha competencia *no* sería compatible con el ordenamiento europeo–, cuestionaba sobre cuál de los dos Estados involucrados en la relación, el alemán y el austriaco, deberían adaptar su legislación para evitar la consecuencia de la pérdida de la ciudadanía.

Pues bien, el primer problema que se plantea el Tribunal es el de la discutida «extranjería» de la cuestión; en otros términos, si estamos en el ámbito de aplicación de los tratados (recuerden, esa es la fórmula del art. 18 TFUE). Tanto Alemania como Austria sostenían que el tema planteado era exclusivamente interno porque la cuestión de la nacionalidad del Sr. ROTTMAN había de ser resuelto exclusivamente de acuerdo con sus respectivos ordenamientos jurídicos internos; no obstante, el Tribunal concluirá que el tema sí afectaba al Derecho europeo puesto que de la aplicación de ambos ordenamientos se derivaba la pérdida de un estatuto conferido por él y de los derechos correspondientes. Por tanto, la situación creada «por su propia naturaleza, está comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión».

En cuanto a las cuestiones planteadas, el Tribunal contesta a la primera entendiendo que la revocación de la naturalización alemana no es contraria al Derecho

¹² Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottman v. Freistaat Bayern*, (C-135/08).

comunitario, ya que obedece a un motivo de interés general –la lucha contra el fraude–, que no solo es acorde con el Derecho alemán sino con los Tratados internacionales en la materia. Por otra parte, en cuanto a la subsiguiente pérdida de la ciudadanía entiende el Tribunal de Justicia que ha de examinarse a la luz del principio de proporcionalidad, aplicando como criterios, su utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto a los dos primeros, su utilidad, a fin de conseguir que los Estados miembros protejan la relación especial de solidaridad y lealtad entre él y sus nacionales, resulta clara. Su necesidad parece más discutible (¿no había otra medida menos lesiva? ¿Podía aplazarse la privación de la nacionalidad alemana hasta la recuperación de la austriaca?), lo que repercute sobre la proporcionalidad en sentido estricto. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal parece otorgar un voto de confianza a Austria, que aún no se había pronunciado sobre la recuperación de la nacionalidad del Sr. ROTTMAN, ya que entendía que los requisitos para la recuperación no se daban «en la actualidad», a la espera de que el Tribunal de Justicia se manifestase.

Aunque no me consta, confío en que tras la decisión del Tribunal, Austria haya permitido la recuperación de su nacionalidad al Sr. ROTTMAN y, con ello, la conservación de su estatus como ciudadano de la Unión.

III. LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA Y LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

Nos ocuparemos ahora de una serie de decisiones en las que los derechos de los ciudadanos de la Unión se relacionan con los de nacionales de terceros países y su permanencia en territorio de la Unión. En efecto, una de las primitivas libertades comunitarias es el Derecho a la libre circulación y residencia, hoy regulado por la Directiva 2004/38/CE, que lo consagra como un derecho primario e individual, tan sólo condicionado a la posesión de la ciudadanía, sin vinculación con ningún objetivo económico, aunque para beneficiarse de los derechos que lo rodean está condicionado al traslado de residencia a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad y a que no suponga una carga económica para el país de acogida. En efecto, el derecho de circulación del ciudadano de la Unión, para ser efectivo, se extiende a sus familiares nacionales de terceros Estados. Pues bien, en todos los casos a los que nos referiremos, las dudas se han planteado en relación con los permisos de residencia de estos familiares, cuya exigencia venía condicionada por la aplicabilidad o no del Derecho europeo, por estar «en el ámbito de aplicación de los Tratados».

Cronológicamente el primer caso al que nos queremos referir es el asunto *Zhu y Chen*¹³ (STJCE de 19 de octubre de 2004), en el que a una nacional china, madre de una menor irlandesa por haber nacido en la isla en Irlanda que después se traslada

¹³ Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen v. Secretary of State for the Home Department* (C-200/02).

al Reino Unido, se le reconoce el derecho de residencia, ya que el ejercicio por la menor de la libertad de circulación implica su derecho a estar acompañada de la persona que se encarga de su cuidado efectivo.

Más lejos va el Tribunal en el caso *Ruiz Zambrano* (STJUE de 8 de marzo de 2011)¹⁴, en el que se afirma igual criterio respecto de dos menores ciudadanos de la Unión y de nacionalidad belga que nunca habían abandonado Bélgica que era al mismo tiempo el país de su nacimiento. De esta forma, el Tribunal se enfrenta resueltamente con la discriminación inversa que conduce a la paradoja de que los nacionales de un Estado puedan verse discriminados respecto de sus compatriotas que sí ejercieron el derecho a la libre circulación, entrando de este modo en el ámbito de aplicación de los Tratados. Esta jurisprudencia, que cabría a justo título de calificar como audaz, suponía ampliar el ámbito de aplicación de los derechos de la ciudadanía, trascendiendo el requisito del previo ejercicio de la libertad de circulación, sin el cual la situación sería puramente interna.

En este punto, considera el Tribunal que, aunque no concurría el ejercicio previo de la libertad de circulación, de ello no se deriva que la situación «sólo por esta razón [pueda equipararse] a una situación puramente interna». Como señalaba la Abogada General, todo depende de la concepción que se tenga de la ciudadanía: bien como institución supeditada a su efectivo ejercicio –en concreto, del derecho de libre circulación– dentro del ámbito del Derecho comunitario; bien, yendo mucho más allá, si permite el reconocimiento directo de los derechos que le son inherentes –incluido el de residir en el propio Estado de origen–, sin necesidad de realizar previamente acción alguna que «active» la aplicación del Derecho europeo.

El Tribunal optó por la segunda vía, entendiendo que estaban en juego derechos fundamentales que el ordenamiento europeo tiene la obligación de tutelar. Una aproximación que resultaba ciertamente facilitada, en el caso concreto, en el que, desde la cuestión prejudicial planteada, los derechos de ciudadanía –concretamente el derecho de residencia–, se habían vinculado íntimamente con otros Derechos fundamentales –en concreto, los derechos del niño y los derechos a la seguridad social y ayuda social–. En tales circunstancias, entiende el Tribunal que, dada la dependencia de todo tipo de los ciudadanos menores de sus progenitores colombianos, negarles a éstos el permiso de residencia supondría que los menores tendrían que abandonar el territorio de la Unión, con la consiguiente imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos de los que son titulares como ciudadanos de ésta. Así, ante el riesgo de que eso ocurra, el Tribunal va a declarar que no es conforme con el ordenamiento europeo la negativa de las autoridades belgas a conceder al permiso de residencia y trabajo a los progenitores de los menores concernidos.

¹⁴ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi* (C-34/09). Entre los estudios de esta Sentencia, *vid.*, por todos, P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión...», *ob.cit.*; P. ABARCA y M. VARGAS, «El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)», www.reei.org. 2012.

De este modo, la ciudadanía de la Unión, ostentada por los hijos, se convierte en el vehículo por el que se amplía el ámbito de aplicación del Derecho europeo a sus progenitores, ciudadanos de un tercer país; y ello, pese a que los menores no habían ejercido previamente su derecho a la libre circulación en el interior de la Unión.

No obstante, esta línea jurisprudencial no puede considerarse consolidada. Así, sólo unos meses después de la Sentencia *Ruiz Zambrano*, el 5 de mayo de 2011, el TJUE dictaría su Sentencia en el asunto *McCarthy*¹⁵ en el que la discriminación inversa –implícitamente proscrita en la primera– se consagra en un supuesto de doble nacionalidad, que podía suscitar serias dudas. Los hechos en la base de esta decisión son los siguientes: Una ciudadana de la Unión con doble nacionalidad irlandesa y británica que siempre había residido en el Reino Unido se casa con un jamaicano. Para obtener el permiso de residencia de su marido, la Sra. McCarthy solicitó del Reino Unido un permiso de residencia para ella misma, alegando su condición de nacional irlandesa; derecho de residencia, que comportaría el derecho de aquél, como nacional de un tercer Estado.

El Tribunal va a declarar que la situación no puede calificarse de puramente interna, pero a continuación considera que no le es aplicable la Directiva 2004/38/CE, ni el art. 21 TFUE, cuyo efecto directo había sido declarado por el Tribunal en otras ocasiones, con el argumento de que tal precepto no es aplicable a un ciudadano de la Unión que no ha hecho uso de su derecho de libre circulación y que siempre ha residido en el territorio de un Estado miembro cuya nacionalidad posee, aunque tenga además la nacionalidad de otro Estado miembro. Siempre con la salvedad de que ello «no implique la aplicación de **medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión** u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Circunstancia que el Tribunal no aprecia en el presente caso, pese a que la situación desde el punto de vista del Derecho europeo es sustancialmente la misma que en el asunto *Ruiz Zambrano*, con dos diferencias que resultarían decisivas, aunque resulte difícil decidir cuál de ellas determinó el pronunciamiento del Tribunal.

En efecto, aparte de que la cuestión prejudicial no vinculaba el tema debatido a los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales, la primera diferencia era de tipo fáctico –en el caso *Ruiz Zambrano* existía una clara dependencia económica de los menores, ciudadanos de la Unión, respecto de sus progenitores, ciudadanos de un tercer país–; la segunda se refería a la peculiar situación del Reino Unido en relación con la Carta de Derechos Fundamentales, según resulta del Protocolo anexo al Tratado de Lisboa (*BOE* de 27 de noviembre de 2009) según el cual la Carta no tiene fuerza vinculante en Polonia y Reino Unido en cuanto a los derechos que no se reconocen en ambos países («*nada en lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccio-*

¹⁵ Sentencia de 5 de mayo de 2011, *S. McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, (C-434/09)

nales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional»). Por ello, se pudo concluir que no hay «base jurídica para sustentar respecto de la Sra. McCarthy una doctrina similar a la elaborada en la Sentencia *Ruiz Zambrano*»¹⁶.

Esta lectura de la Sentencia *McCarthy* no toma en consideración el aspecto referido a la dependencia económica, un aspecto que, por el contrario, cobra protagonismo en la Sentencia de 15 de noviembre de 2011, en el asunto *Dereci*¹⁷. La Sentencia responde a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austriaco en relación con los litigios planteados por cinco ciudadanos extracomunitarios, familiares de ciudadanos austriacos –y, por ello, ciudadanos de la Unión–, que nunca habían ejercido su derecho a la libre circulación, contra el Estado austriaco. Los ciudadanos extracomunitarios pretendían obtener el permiso de residencia en Austria, en cuanto familiares (cónyuge, padre, hijo mayor de edad) de ciudadanos de la Unión. Invocaban la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, el derecho a la vida privada y familiar y la jurisprudencia en el asunto *Ruiz Zambrano*; además, en relación sólo con el Sr. DERECI –esposo y padre de menores austriacos–, el Tribunal se planteaba también la incidencia que sobre su situación podría tener el hecho de que fuera nacional turco (con base jurídica en el Tratado de Asociación –Acuerdo de Ankara–, firmado el 12 de septiembre de 1963, completado por un Protocolo Adicional, de 23 de noviembre de 1970).

Las cuestiones suscitadas por el tribunal austriaco podían así agruparse en dos grandes bloques. En el primero, referido a todos los solicitantes, se buscaba que el Tribunal de Justicia precisara su jurisprudencia anterior sobre el artículo 20 TFUE, el que consagra la ciudadanía de la Unión y sus derechos más característicos (incluido el de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros). El segundo, que afectaba sólo al Sr. DERECI, se centraba en el régimen de los ciudadanos turcos en la UE.

Pues bien, el Tribunal va a rechazar la aplicación de la Directiva 2004/38/CE a los supuestos en cuestión con el argumento de que en ninguno de los cinco supuestos planteados la expulsión de los ciudadanos extracomunitarios tendría por qué suponer la salida del territorio de la Unión de los ciudadanos de la Unión, dado que éstos no dependían económicamente de los primeros, que es el supuesto excepcional al que responde la Sentencia *Ruiz Zambrano*. Por otra parte, aunque el Tribunal cuestionante no había suscitado la posible aplicabilidad del artículo 8 CEDH, el tema resulta pertinente puesto que un precepto similar se recoge en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el TJUE deja adivinar cuál hubiera sido su decisión en el caso de que se le hubiera planteado. Al respecto, señala que el 51 de la propia Carta, en aplicación del principio de subsi-

¹⁶ P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión...», *ob. Cit.* P. 261

¹⁷ Sentencia de 15 noviembre 2011, *Dereci y otros v. Bundesministerium für Inneres*, (C-256/11). Sobre esta Sentencia, *vid.*, P. JUÁREZ PÉREZ, «El controvertido ‘derecho’ de residencia de los nacionales turcos en la Unión Europea: la STJUE de 15 de noviembre de 2011 (Asunto Dereci)», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), vol. 4, Nº 1, pp. 256-276.

diariedad, señala que sus disposiciones sólo resultan vinculantes para los Estados miembros «cuando apliquen Derecho de la Unión», lo que no se producía en los asuntos considerados, dado que previamente se había declarado inaplicable la Directiva 2004/38/CE. De este modo, la protección de la vida privada y familiar queda encomendada al TEDH y a los Tribunales internos, en una construcción cicatera que personalmente no comparto.

En su conjunto, esta Sentencia que termina reconociendo al Sr. DERECI, como ciudadano turco, el derecho de residencia que solicitaba, rechaza las pretensiones de los restantes implicados, al hacer del factor de la dependencia económica el elemento clave de la extensión de derechos a ciudadanos extracomunitarios que había realizado en la Sentencia *Ruiz Zambrano*. Una conclusión que resulta lamentable, no sólo porque hace depender el derecho de una prueba –la de la dependencia económica– más o menos manipulable, sino porque reduce el derecho a la vida privada y familiar (reconocido, no lo olvidemos, también en el Derecho europeo) a unos términos económicos inasumibles cuando hablamos de seres humanos.

¿Qué hay en este planteamiento de la dependencia afectiva, emocional, del derecho a fundar una familia con la persona de su elección, del derecho de los menores al contacto con ambos progenitores, etc.? Tanto la *ratio legis* de la Directiva tantas veces citada, dictada según su sexto Considerando para «mantener la unidad de la familia en un sentido amplio», como el derecho a la vida privada y familiar proclamada en la Carta deberían bastar para ampliar el derecho de residencia en la Unión Europea, que tal y como se configura en la jurisprudencia que acabamos de referir puede considerarse discriminatorio de los ciudadanos europeos que no hayan hecho uso del derecho de circulación y residencia o, en su defecto, no sean económicamente dependientes de ciudadanos de terceros países.

Por lo demás, esta impresión negativa se ve reforzada a la luz de la Sentencia en el asunto *Aloka*¹⁸, de octubre de 2013. Resumidamente los hechos en el origen de la decisión son los siguientes: la Sra. ALOKA, ciudadana de Togo, dio a luz en Luxemburgo a dos gemelos prematuros que fueron reconocidos como sus hijos por un nacional francés, en las actas de nacimiento. En consecuencia, ambos obtuvieron la nacionalidad francesa y, por tanto, la condición de ciudadanos de la Unión. La Sra. ALOKA, que disfrutaba de un «estatuto de tolerancia» concedido por las autoridades luxemburguesas en atención a los cuidados especiales que requerían los menores, solicitó un permiso de residencia con arreglo a la Ley sobre la libre circulación, que le fue denegado. Llegado el caso ante los tribunales, la «Cour administrative» de Luxemburgo plantea una cuestión prejudicial, sobre si el Derecho europeo se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer país el derecho a residir en su territorio, cuando dicho nacional asume en solitario el cuidado de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, que residen con él en ese Estado miembro desde su nacimiento, sin tener la nacionalidad de dicho Esta-

¹⁸ Sentencia de 19 de octubre de 2013, *Aloka y otros v. Ministre du travail, de l'emploi et de l'immigration* (C-86/12).

do, *ni haber ejercido su derecho a la libre circulación*. Al mismo tiempo, plantea la incidencia que sobre esta situación puede tener el hecho de que el otro progenitor sea nacional de otro Estado de la Unión, en el que tiene su residencia.

Ante todo, en mi opinión, resulta discutible la afirmación de la que parte el Tribunal *a quo*, y que es asumida por el Tribunal de Justicia, de que los menores no habían ejercido su derecho a la libre circulación, dado a esta expresión un sentido de traslado material del que carece incluso en la Directiva 2004/38 que, en su artículo 3, se refiere a cualquier ciudadano de la Unión que «*se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad*». Del mismo modo, no deja de sorprender que en las conclusiones del Abogado General (a las que alude la Sentencia), se entienda que el traslado de los menores a Francia generaría un derecho derivado de la Sra. Alokpa a acompañarlos y residir con ellos en territorio francés.

Finalmente, el Tribunal de Justicia remite al órgano jurisdiccional cuestionante la constatación de si, en el caso concreto, los menores reúnen los requisitos exigidos por la Directiva 2004/38 (en particular si disponen de recursos y disponen de un seguro de enfermedad), o si la denegación del permiso de residencia a la Sra. Alokpa tendría como consecuencia que sus hijos se verían obligados, por este hecho, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, resultando así privados del disfrute efectivo del contenido esencial de sus derechos como ciudadanos. Pues bien, si la respuesta a ambas cuestiones fuera negativa, el Tribunal estima que los artículos 20 y 21 TFUE no se oponen a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer país el derecho a residir en su territorio.

En esta decisión llama la atención tanto el fallo, sobre el que cabe preguntarse si ha podido influir el hecho de que el Estado concernido sea Luxemburgo, el miembro con mayor presencia relativa de ciudadanos nacionales de otros países de la Unión, como el enfoque utilizado. En efecto, el análisis de la situación económica de los menores –dado que según la Sentencia el mantenimiento de ellos y de su madre gravitaba sobre los servicios sociales luxemburgueses puesto que su vida familiar común se desarrollaba en un hogar de acogida– tenía poco recorrido. Por tanto, el tema se centra en determinar si la negativa luxemburguesa se compensaría con el traslado de todos ellos a Francia, de modo que los pequeños ejercitaran por fin el derecho de libre circulación... hacía el país de su nacionalidad (¡!). Y es que, sólo en el caso de que se rechazara esta posibilidad, Luxemburgo habría de conceder el permiso de residencia solicitado por la Sra. ALOKPA.

En suma, estamos ante un planteamiento formalista, centrado en el análisis de los textos sobre la libre circulación, en el que el Tribunal de Justicia ha prescindido de toda consideración sobre los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE y de su importancia hermenéutica para el resto del Derecho europeo. De este modo –y ello resulta desalentador–, ha eludido avanzar por las vías más generosas abiertas con anteriores pronunciamientos¹⁹.

¹⁹ En este sentido, no deja de resultar significativa la ausencia de toda referencia al asunto Ruiz Zambrano.

CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir, tras el análisis de lo que la ciudadanía de la Unión ha dado de sí en estos veinte años, creo que hay que reconocer que, en buena medida, su debilidad reside en su vinculación con una nacionalidad de los Estados miembros mantenida en el ámbito de sus competencias exclusivas. Por eso, tal vez haya llegado el momento de recuperar o buscar otras hipótesis de trabajo que nos permitan avanzar en la consolidación de una institución sin la que resultará difícil progresar en la Unión política.

Evidentemente a ello contribuiría el establecimiento por la Unión de condiciones uniformes de adquisición y pérdida de la nacionalidad de los Estados miembros, como ya propusiera el Parlamento Europeo en 1991²⁰. Del mismo modo, cabría pensar en ir sentando las bases para la creación de una ciudadanía de la Unión que se aproximara a las de algunos Estados federales, que se adquiriría y perdería en relación con la nacionalidad de los Estados miembros, pero superando su absoluta dependencia actual. En esta línea, hace cerca de veinte años sugerí, para solventar las tensiones que ya podían augurarse que, para evitar posibles situaciones abusivas derivadas de una concesión excesivamente laxa de la nacionalidad de un Estado miembro, el Derecho de la Unión estableciera unas condiciones mínimas para que las nacionalidades otorgadas por los Estados miembros pudieran servir de base a la ciudadanía²¹. Tales condiciones, que en nada alterarían la competencia estatal en materia de nacionalidad, serían un ingrediente propiamente europeo de la ciudadanía y deberían inspirarse, en criterios de efectividad, concretados en normas jurídicas que permitieran su apreciación automática y uniforme, añadiendo así a la ciudadanía un elemento genuinamente europeo.

Entiendo que ambos tipos de medidas, no sólo no son incompatibles sino que pueden considerarse complementarias, y que ambas reforzarían el contenido político de la Unión. Ahora bien, también es cierto que estamos hablando de medidas que implican reformas del Derecho europeo que posiblemente habría que enmarcar en una operación más ambiciosa.

En tanto esas u otras reformas sean posibles, hemos de ser conscientes de que los problemas suscitados hasta la fecha ante el TJUE han tenido que ver, sobre todo, con el disfrute de los derechos de ciudadanía. Pues bien, en relación con ellos, el Tribunal ha hecho una interpretación de la normativa, respetuosa siempre con la competencia estatal en materia de nacionalidad, aunque no hayan faltado decisiones que han buscado su adaptación funcional a unos objetivos comunes, presididos por los Derechos fundamentales consagrados en la CDFUE; esta línea, sin embargo, parece quebrarse con unos últimos fallos que no resulten en absoluto esperanzadores. Pues bien, frente a los mismos, hay que confiar en que, al menos, el Tribunal

²⁰ Rapport de la Commission sur affaires institutionnelles sur l'Union européenne. Doc. A3-0300/91, PE 153.099/fin, p.10

²¹ *Loc. cit.* en Nota 1, p. 343.

de Justicia, recupere su jurisprudencia más audaz en favor de los derechos de los ciudadanos que los sitúe en un real plano de igualdad, al margen de su nacionalidad de origen y del uso o no que hayan hecho de su derecho de libre circulación; es decir, que avance en un concepto autónomo de ciudadanía europea cuyo desarrollo, además, esté en armonía con los Derechos Fundamentales que se proclaman en la Carta de la Unión. Mientras que, al menos, estos pasos no se den, la ciudadanía de la Unión –nacida para evolucionar, pero que no ha respondido a las expectativas que despertó– no cumplirá la función integradora que se le atribuyó desde su mismo origen.

RESUMEN: La ciudadanía de la Unión, instaurada para aproximar a los «pueblos de Europa» al proceso de integración europeo, nació ligada a la nacionalidad de los Estados miembros, cuya regulación sigue siendo de la competencia exclusiva de éstos. Tal vinculación es, posiblemente, una de las razones por las que, veinte años más tarde, apenas se haya profundizado en el desarrollo de una institución concebida para evolucionar. Ahora bien, como un cambio en la situación requeriría de reformas en los Tratados originarios (que no son previsibles), la evolución del actual estado de cosas ha de confiarse a que la jurisprudencia del TJUE, en la interpretación de los derechos de ciudadanía, responda al espíritu integrador de las libertades europeas, además de tomar especialmente en cuenta el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía de la UE. Nacionalidad de los Estados miembros. Ejercicio de la libertad de circulación y establecimiento. Discriminación inversa. Nacionales de terceros Estados y derechos de ciudadanía.

ABSTRACT: European Citizenship was created to establish closer links among people in Europe in the European integration process. Derived from the nationality of Member States it's regulation still an exclusive attribution of Member States. Probably this link is one of the reasons why more than twenty years after , this status has not developed significantly while it was created to progress. Actually any change on this situation demands a reform of the Treaties which probably will not take place in a long term. That's why any evolution remains on EU CJ in it's task to interpret rights derived EU Citizenship in providing an interpretation in accordance the European Charter on Fundamental Rights.

KEY WORDS: EU Citizenship. Nationality of Member States. Freedom of movement and establishment. Reverse Discrimination. Nationals from third countries and rights derived from EU Citizenship.