

TJUE – SENTENCIA DE 15.11.2011 (GRAN SALA),
*M. DERECI Y OTROS / BUNDESMINISTERIUM FÜR
INNERES* C-256/11 – «CIUDADANÍA – DERECHO
DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y DE LOS
MIEMBROS DE SUS FAMILIAS A CIRCULAR Y RESIDIR
LIBREMENTE – CIUDADANO DE LA UNIÓN
RESIDIENDO EN EL ESTADO CUYA NACIONALIDAD
POSEE – PERMISO DE RESIDENCIA A MIEMBROS DE
LA FAMILIA NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES –
PRIVACIÓN DEL DISFRUTE EFECTIVO DE LA ESENCIA
DE LOS DERECHOS VINCULADOS AL ESTATUTO DE
CIUDADANO DE LA UNIÓN».

SOBRE LO ESENCIAL DE LOS DERECHOS VINCULADOS
A LA CIUDADANÍA Y SU ARTICULACIÓN CON EL
DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA FAMILIAR

JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN*

- I. CONTEXTO JURISPRUDENCIAL DEL ASUNTO.
- II. EL FALLO DEL TJUE EN EL ASUNTO *DERECI*.
- III. COMENTARIOS.
 1. SOBRE LA ARTICULACIÓN DEL DISFRUTE EFECTIVO CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA FAMILIAR.
 2. UN DESAFÍO PENDIENTE: LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho Público, Profesor *Jean Monnet* de Derecho e Instituciones de la Unión Europea, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

I. CONTEXTO JURISPRUDENCIAL DEL ASUNTO

De las inmensas implicaciones en términos de profundización que la introducción del elemento federalizador que constituye el estatuto de la ciudadanía de la Unión ha tenido en el proceso de integración europeo, ampliando considerablemente el ámbito de aplicación material y personal de las disposiciones de los tratados, no parece existir hoy en día ninguna duda. Desde una perspectiva general, cualquier ciudadano de la Unión es acreedor en la actualidad de las disposiciones que desarrollan este estatuto con independencia de que posea un vínculo con las libertades económicas clásicas o desarrolle una actividad transfronteriza. Al igual que en otras instituciones jurídicas de este ordenamiento, en este desarrollo cabe otorgar un papel clave a la interpretación extensiva que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o TJ) ha desarrollado, en particular, del derecho a circular y residir en cualquier Estado miembro, cuya exégesis reciente aparece plagada de implicaciones constitucionales más que simplemente pro-integracionistas¹.

Si tratáramos de sintetizar una jurisprudencia rica en matices podría decirse que en una primera etapa el TJ garantizó el derecho de residencia mediante un exponencial desarrollo del principio de no discriminación cuando era necesario para permitir que un nacional de un Estado miembro se trasladara a otro para ejercer cualquiera de las libertades, contribuyendo así a la consecución del Mercado Interior. La introducción de la ciudadanía europea le llevó a adoptar una doctrina más liberal en relación con el reconocimiento de este derecho superando implícitamente el paradigma del Mercado Único mediante la aceptación de que este nuevo estatuto podía requerir la garantía de circulación y residencia aún en situaciones no estrictamente necesarias para permitir el ejercicio de esas libertades o bien su conexión con aquellas era bastante residual, bastando la mera existencia de un vínculo familiar junto con el elemento de la transnacionalidad². Este estatuto también le llevó a distinguir entre medidas que impiden el ejercicio del derecho a

¹ Como afirmó el célebre Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus Conclusiones en el asunto C-228/07, *Petersen*, Rec. p. I-6989, Punto 28, la libre circulación de personas se convierte en una circulación de ciudadanos libres, cambio de perspectiva que no parece baladí, pues el centro de atención deja de recaer en la circulación para trasladarse al individuo.

² Puede recordarse en este sentido el asunto *Carpenter*, STJCE de 11 de julio de 2002, C-60/00, Rec. p. I-6279.

circular y residir³ y aquellas otras que tan sólo dificultan su ejercicio⁴; a flexibilizar el elemento transfronterizo hasta plantear dudas acerca de su verdadera existencia⁵ y a evitar privar de todo efecto útil el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión menores que necesitan del cuidado de sus progenitores hasta hacer emerger un derecho de residencia derivado para aquellos⁶.

La característica común de todos estos fallos es que el ciudadano de la Unión real o potencialmente se traslada a otro Estado miembro y su situación queda cubierta por la Directiva 2004/38/CE⁷. En defecto de desplazamiento estaríamos ante una situación puramente interna que quedaría fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva, planteándose entonces si las disposiciones del Tratado de Funcionamiento sobre la Ciudadanía podrían constituir un fundamento que legitime la residencia de la familia del ciudadano nacionales de países terceros aunque aquel no haya ejercido la libertad de desplazamiento. Pese a que el TJ afirmó algunos años después de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht que este estatuto no tenía

³ Incluso frente al Estado miembro de origen del ciudadano, vid. STJCE de 10 de julio de 2008, *Jipa*, C-33/07, *Rec.* p. I-5157.

⁴ Con arreglo al criterio establecido en los asuntos *García Avello*, STJCE de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *Rec.* p. I-11613; y *Grunkin y Paul*, STJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Rec.* p. I-7639, Sentencia ésta comentada por BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. en *RDCE* n.º 33, 2009, pp. 649-ss.

⁵ Aunque la situación de un ciudadano europeo que nunca ha ejercido su derecho de libre circulación no debe equipararse automáticamente a una situación puramente interna, STJCE de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03, *Rec.* p. I-6421, apartado 22; de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, *Rec.* p. I-9925, apartado 19; es dudoso si este elemento transnacional ha existido siempre. En este último asunto, Catherine Zhu había nacido en una parte del Reino Unido (Irlanda del Norte) y simplemente se trasladó dentro del Reino Unido (a Inglaterra). En el asunto *Rottmann*, STJUE de 2 de marzo de 2010, C-135/08, *Rec.* p. I-1449; la nacionalidad alemana fue adquirida por naturalización por el Dr. Rottmann después de trasladarse a Alemania, aunque el fallo no tiene en cuenta la circulación realizada con anterioridad, examinando únicamente los efectos *pro futuro* de la pérdida de aquella. Asimismo, en el asunto *García Avello*, *cit.*, los progenitores eran españoles que se habían trasladado a Bélgica, pero sus hijos, que tenían doble nacionalidad española y belga y cuyos controvertidos apellidos constituían el objeto del procedimiento, nunca habían abandonado Bélgica.

⁶ STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, *R / Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, *Rec.* p. I-7091.

⁷ 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 (*DO* L 158, p. 77).

por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tenían ningún vínculo con el Derecho de la Unión⁸, lo cierto es que el tiempo parece haber venido a demostrar que la línea de demarcación entre situaciones internas y aquellas otras en las que este ordenamiento recibe una potencial aplicación es muy sutil y difícil de diferenciar hasta tal punto que la doctrina científica se ha mostrado partidaria de un desarrollo de sus disposiciones que amplíe su ámbito material de aplicación⁹. Y aunque como veremos el TJUE no ha eliminado estas discriminaciones inversas, lo cierto es que sus fallos recientes parecen hacer trascender la lógica transnacional a través de una nueva doctrina basada en el disfrute efectivo de los derechos dimanantes de la ciudadanía de la Unión.

El germen de esta nueva doctrina tal vez debamos situarlo en el asunto *Rottmann*¹⁰ aunque es probable que su inspiración ya se encontrara presente en algún fallo anterior como el recaído en el asunto *Zhu y Chen*. La característica común de ambos es que era bastante dudoso si realmente existía un elemento transnacional, pareciendo ilustrar que los ciudadanos europeos podían derivar derechos de los tratados incluso en situaciones que no envolvían el ejercicio de una libertad¹¹. Comoquiera que sea, la constatación de que algo fundamental de alcance constitucional parece estar

⁸ STJCE de 5 de junio de 1997, *Kari Uecker and Vera Jacquet*, C-64 y 65/96, *Rec.* p. I-3171, apartado 23.

⁹ Entre otros, EDWARD, D., «European Citizenship – Myth, Hope or Reality?», en *Problèmes d'interprétation – À la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Gedenkschrift, Atenas/Bruselas, 2004, pp. 123 y ss. (131-133); DAUTRICOURT, C. / THOMAS, S., «Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under Community Law: All for Ulysses, nothing for Penelope?», *ELRev.*, vol. 34-2009, 433-454; SPAVENTA, E., *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, The Hague, 2007; «Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects», *CMLRev.* vol. 45-2008, n.º 1, pp. 13-46; TRYFONIDOU, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2009.

¹⁰ Sobre este asunto, entre otros, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «TJUE - Sentencia de 02.03.2010 (Gran Sala), Janko Rottmann / Freistaat Bayern, C-135/08», *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, vol. 37-2010, n.º 3, pp. 933-950; KOCHENOV, D., «Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010», *CMLRev.*, vol. 47-2010, pp. 1831-1846; MOUTON, J. D., «Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08)», *RGDIP*, vol. 114-2010, n.º 2, pp. 257-280.

¹¹ TRYFONIDOU, A., «Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens Europe», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35-2008, n.º 1, pp. 43-67 (55-60).

moviéndose en el ámbito de la ciudadanía pudo constatarse no hace mucho con el asunto *Ruiz Zambrano* en el que se trataba de saber si las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía conferían al ascendiente, nacional de un país tercero, que asumía la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, un derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores eran nacionales y en el que residían¹². En ausencia de desplazamiento era evidente que la Directiva (CE) n.º 2004/38 era inaplicable, lo cual hacía intuir que se trataba de una situación puramente interna, que no permitía activar las disposiciones del TFUE. Sin embargo, el Tribunal no siguió ese razonamiento y declaró que denegar un permiso de residencia y de trabajo al Sr. Ruiz Zambrano era contrario al artículo 20 TFUE, «en la medida en que (...) *privarían* a [los] menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión». Poco después, el asunto *McCarthy* vino a demostrar que no se trataba de eliminar las situaciones puramente internas de forma general como parecía deducirse de una lectura apresurada de aquel fallo, sino que la clave residía más bien en la privación de lo esencial de los derechos del ciudadano de la Unión por parte de su Estado miembro¹³. Se trataba de una ciudadana con doble nacionalidad británica e irlandesa aunque jamás había residido en un Estado miembro distinto del Reino Unido. Tras casarse con un nacional jamaicano, la Sra. McCarthy y su marido solicitaron

¹² STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C 34/09, aún no publicada en la *Rec.* Sobre este fallo, vid., entre otros, CARMONA LUQUE, R., «TJUE – Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala) – G. Ruiz Zambrano/Office national de l’emploi. El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de Ciudadanía de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, n.º 38, Enero/Abril 2011, pp.; IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión», *RGDE*, 2011, n.º 24; LANSBERGEN, A. / MILLER, N., «European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l’emploi (ONEM)», *European Constitutional Law Review*, vol. 7-2011, n.º 2, pp. 287-307.

¹³ STJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C 434/09, aún no publicada en la *Rec.* Sobre este asunto, vid., entre otros, VAN ELSUWEGE, P., «European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited Decision of 5 May 2011, Case C-434/09 Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department», *European Constitutional Law Review*, vol. 7-2011, n.º 2, pp. 308-324; ROSSI, S., «Il caso McCarthy: la cittadinanza europea e la cruna dell’ago. Corte di giustizia dell’Unione europea (terza sezione). Sentenza 5 maggio 2011, causa C-434/09, Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, n.º 3, pp. 1238-1243; WIESBROCK, A., «Disentangling the «Union Citizenship Puzzle»? The McCarthy Case», *ELRev.*, 2011, n.º 6, pp. 861-873.

a las autoridades del Reino Unido una autorización de residencia conforme al Derecho de la Unión como ciudadana de la Unión y cónyuge de tal ciudadana, solicitudes que fueron desestimadas. El TJUE señaló que contrariamente a la situación que caracterizaba el asunto *Ruiz Zambrano*, esta denegación no llevaba a la Sra. McCarthy a salir del territorio de la Unión, pues disfrutaba en virtud de un principio de Derecho internacional de un derecho de residencia incondicional en el Reino Unido. El TJUE añadió que la situación personal de la Sra. McCarthy no presentaba ningún punto de conexión con las situaciones previstas por el Derecho de la Unión, de modo que el artículo 21 TFUE no resultaba aplicable. Por consiguiente, en contraste con la situación de los hijos belgas del Sr. Ruiz Zambrano, la Sra. McCarthy no se veía obligada a abandonar el territorio de la Unión y, por consiguiente, no se veía imposibilitada de ejercer los derechos dimanantes de la ciudadanía.

La principal novedad de los fallos en los asuntos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy* es que venían a confirmar la superación de la lógica transnacional que había predominado hasta ahora en la jurisprudencia del TJUE, es decir, la opción de trasladarse actual o potencialmente a otro Estado miembro, novedad fundamentada en el estatuto de la ciudadanía. Con todo, esta nueva doctrina del disfrute efectivo debía aún concretarse, además de articular sus relaciones con el derecho fundamental a la vida familiar, cuestiones sobre las que el TJUE arroja alguna luz en su reciente fallo en el asunto *Dereci*.

II. EL FALLO DEL TJUE EN ASUNTO *DERECI*

Pese a las implicaciones sustanciales del fallo en el asunto *Ruiz Zambrano*, que parecen confirmar la transfiguración de la ciudadanía hacia una nueva etapa plasmada de matices federales donde parece prevalecer la dimensión humana del proceso de integración, lo cierto es que la generosa interpretación de los arts. 18 y 21 TFUE vino a crear más interrogantes de los que esta doctrina trataba de paliar, siendo fundamental que el TJUE contribuyera de forma rápida a concretar sus implicaciones. Y ello a pesar de que el fallo en el asunto *McCarthy* ya hacía presagiar que esta nueva doctrina quedaría reservada para circunstancias extraordinarias a fin de evitar transgredir el umbral del principio de atribución. En efecto, ya antes del fallo objeto de este comentario era previsible que una medida nacional privaría realmente a un ciudadano europeo del disfrute efectivo de

la esencia de sus derechos vinculados a este estatuto en situaciones en las que se viera afectado su derecho de residencia en toda la Unión (*Ruiz Zambrano*) o su mismo estatuto como ciudadano de la Unión (*Rottmann*). Por el contrario, sería insuficiente para garantizar la unidad de sus familiares nacionales de terceros países frente al Estado de su nacionalidad si el ciudadano de la Unión podía residir en otro Estado miembro.

A aclarar el alcance de esta doctrina ha contribuido recientemente el TJUE con su fallo en el asunto *Dereci*¹⁴, en el que confirma su carácter particular y excepcional, abarcando exclusivamente aquellas medidas estatales que puedan menoscabar el efecto útil de las disposiciones sobre la ciudadanía¹⁵. Se trataba de una cuestión prejudicial promovida por una jurisdicción austriaca que tenía planteados ante sí cinco procedimientos con un contexto fáctico similar dirigidos a obtener la anulación de las denegaciones de residencia¹⁶. Todos tenían en común el hecho de que los deman-

¹⁴ STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci y otros / Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, aún no publicada en la *Recopilación*.

¹⁵ *Ibid.*, apartado 67.

¹⁶ En el primero, el Sr. Murat Dereci, nacional turco, había entrado ilegalmente en Austria en noviembre de 2001 y contraído matrimonio dos años después con una ciudadana austriaca, con la que tuvo tres hijos menores, todos de nacionalidad austriaca. Su permiso de residencia fue desestimado tras la entrada en vigor en 2006 de la Ley austriaca de establecimiento y residencia (en adelante, Ley de establecimiento), a tenor de la cual, los solicitantes de terceros países que pretendan obtener un permiso de residencia en Austria deben permanecer fuera del territorio de dicho Estado mientras esperan la resolución de su solicitud. Las autoridades austriacas consideraron, por tanto, que desde esa entrada en vigor, el Sr. Dereci permanecía de forma ilegal en el país, emitiendo una orden de expulsión que fue objeto de una apelación con efecto suspensivo. Según las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente, las autoridades austriacas dudaban que dispusiera de recursos suficientes para acogerse a la reagrupación familiar, puesto que los ingresos familiares no alcanzaban efectivamente el importe legal requerido por las disposiciones de la Ley de establecimiento. La demandante en el segundo asunto, la Sra. Vishaka Heiml, era nacional de Sri Lanka y se casó con un ciudadano austriaco en mayo de 2006. Tras beneficiarse de la expedición de un visado en 2007 entró legalmente en Austria y poco después solicitó la concesión de un permiso de residencia como miembro de la familia de un nacional austriaco. Su solicitud también fue denegada porque debía haber permanecido en el extranjero a la espera de la decisión sobre su solicitud. En el tercer asunto, el Sr. Alban Kokollari, originario de Kosovo, entró legalmente en Austria en 1984 cuando contaba sólo dos años de edad acompañado de sus padres, entonces de nacionalidad yugoslava. En 2007, presentó una solicitud de residencia aduciendo que su madre, que ya era nacional austriaca y estaba empleada, garantizaría su sustento, mientras que su padre recibía un subsidio de desempleo. Esta solicitud también fue denegada debido a que debería haber abandonado el territorio austriaco y permanecer en el extranjero a la espera de respuesta. En el cuarto asunto, el Sr. Izunna Emmanuel Maduike,

dantes en el litigio principal eran nacionales de terceros países, miembros de la familia de ciudadanos de la Unión residentes en Austria, que deseaban vivir juntos en este país. Coincidían, asimismo, en la circunstancia de que los ciudadanos de la Unión nunca habían hecho uso de su derecho a circular libremente y para su sustento no dependían de los demandantes en el litigio principal, miembros de su familia¹⁷. En estas circunstancias, el juez *a quo* planteaba en esencia la interpretación del artículo 20 TFUE y su alcance tras los asuntos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*.

La mayoría de los Estados miembros intervinientes, así como la Comisión, coincidieron en afirmar que la Directiva (CE) n.º 2004/38 no era aplicable puesto que los ciudadanos no habían ejercido su derecho a la libre circulación, ni tampoco eran aplicables las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía en la medida en que se trataba en su opinión de situaciones puramente internas sin elementos de conexión con este ordenamiento. En cuanto a la aplicación de la doctrina establecida por el TJUE en el

nacional nigeriano, entró de forma ilegal en Austria en 2003, presentando una solicitud de asilo sobre la base de declaraciones falsas, cuya desestimación devino irrevocable en 2005. Entretanto, se casó con una ciudadana austriaca y solicitó en diciembre de 2005 la expedición de un permiso de residencia. Su solicitud fue denegada debido a que había residido ilegalmente en Austria a la espera de la respuesta a su solicitud y a que, al haber cometido una infracción de las normas reguladoras del asilo, constituía una amenaza para el orden público que impedía que se le concediese tal permiso. En el quinto asunto, una nacional serbia, la Sra. Stevic, permanecía en Serbia con su marido y sus hijos mayores de edad. En 2007 solicitó un permiso de residencia en Austria para reunirse con su padre que acababa de obtener la nacionalidad. Según sus declaraciones, una vez en Austria su padre garantizaría su sustento. No obstante, las autoridades de este país desestimaron su solicitud debido a que los recursos de su padre eran insuficientes para garantizar el sustento de la Sra. Stevic garantizar su sustento. En todos estos asuntos, las autoridades austriacas consideraron que ni el Derecho de la Unión, ni el artículo 8 CEDH obligaban a conceder a los demandantes un permiso de residencia.

¹⁷ Sin embargo, estos cinco asuntos también presentaban algunas diferencias que se referían fundamentalmente: al carácter legal (asuntos *Heiml*, *Kokollari*) o ilegal (asuntos *Dereci* y *Maduike*) de la entrada en Austria; al carácter legal o ilegal de la residencia (a excepción de la demandante en el quinto asunto del litigio principal, la Sra. Dragica Stevic, los demás demandantes en el litigio principal estuvieron en situación irregular en Austria); al vínculo familiar que los unía con el ciudadano o ciudadanos de la Unión de que se trata (cónyuge y padre de hijos de corta edad en el asunto *Dereci*; cónyuge en los asuntos *Heiml* y *Maduike*; hijo mayor de edad en los asuntos *Kokollari* y *Stevic*), así como a su eventual dependencia económica respecto de dichos ciudadanos de la Unión (estado de dependencia más o menos acentuado del nacional del país tercero en todos los asuntos, salvo en el asunto *Maduike*).

asunto *Ruiz Zambrano*, estimaron que debía reservarse para circunstancias completamente excepcionales en las que la aplicación de una medida nacional condujera realmente a la privación del disfrute efectivo de lo esencial de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadanía, no encontrándose en esta situación estos ciudadanos al no verse obligados a abandonar el territorio de la Unión, pudiendo residir en cualquier otro Estado miembro. Por el contrario, los demandantes en el asunto principal consideraron que carecía de pertinencia si existía o no una situación transfronteriza puesto que en su opinión lo esencial era tomar en consideración si al ciudadano se le impedía disfrutar de lo esencial de sus derechos. Una opinión ecléctica mantuvo el Gobierno griego, proponiendo una aplicación analógica de la Directiva (CE) n.º 2004/38 para permitir la residencia de los demandantes si reunían las siguientes condiciones: que la situación de los ciudadanos estáticos fuera análoga a los que ejercen la libre circulación, debiendo cumplir los requisitos de seguro de enfermedad y medios de subsistencia previstos en esta Directiva; que las medidas nacionales implicaran un obstáculo sustancial al ejercicio del derecho a circular y residir libremente y, finalmente, que el Derecho nacional no proporcionara una protección, al menos, equivalente. Finalmente, el Abogado General Mengozzi propuso en sus Conclusiones que el artículo 20 TFUE no se aplicara a un ciudadano de la Unión que era cónyuge, progenitor o hijo menor de un nacional de un país tercero cuando dicho ciudadano siempre ha residido en el Estado miembro cuya nacionalidad posee, siempre y cuando su situación no se viera acompañada de la aplicación de medidas nacionales que tuvieran como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizaran el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁸, propuesta acogida por el TJUE excepto en lo referente a la obstaculización del ejercicio de este derecho.

En el fallo, el TJUE confirma que la Directiva (CE) n.º 2004/38 no se aplica a las situaciones planteadas porque los beneficiarios no habían ejercido su derecho a la libre circulación¹⁹. A continuación, analiza si pueden basarse directamente en las disposiciones del Tratado sobre la ciudadanía y

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto *Dereci y otros*, Punto 50.

¹⁹ STJUE *Dereci y otros*, apartado 57. También rechazó la aplicabilidad de la Directiva (CE) n.º 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO n.º 251/12, de 3 de octubre de 2003) por cuanto su art. 1 excluye a los ciudadanos de la Unión, *ibíd.* apartado 46.

aunque reitera que esas reglas no pueden aplicarse a situaciones cuyos elementos pertinentes se sitúan en el interior de un solo Estado miembro²⁰, reitera una vez más que el hecho de no haber ejercido la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna²¹. Recuerda, además, que los ciudadanos de la Unión pueden invocar, también frente a su Estado miembro de origen, los derechos correspondientes a su estatuto²². Y recordando sus fallos en los asuntos *Ruiz Zambrano* y *Rottmann*²³, confirma que el artículo 20 TFUE se opone a las medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por este estatuto²⁴, procediendo a continuación a explicitar este criterio. Y sobre ello aclara que se refiere a situaciones caracterizadas por la circunstancia en que el ciudadano se ve obligado a abandonar de hecho el territorio de la Unión, no sólo del Estado miembro del que es nacional, sino igualmente el territorio de la Unión en su conjunto. Ahora bien, no basta que esta privación le cause algunas dificultades como sería el simple hecho de que al ciudadano le parezca conveniente por razones económicas continuar viviendo en su país como eran las circunstancias del asunto *McCarthy* o deseable mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, sino que para que se vea realmente privado de la esencia de los derechos dimanantes de esta ciudadanía tendría que verse obligado a abandonar el territorio de la Unión como aparentemente ocurría en el asunto *Ruiz Zambrano*, correspondiendo al juez nacional evaluar si el rechazo del derecho de residencia a la familia del ciudadano privaría de su efecto útil a las disposiciones del Tratado. De todo ello el TJUE dedujo que las disposiciones sobre la ciudadanía debían interpretarse en el sentido de que no se oponían a que un Estado miembro denegara a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, si pretende residir con un miembro de su familia ciudadano de la Unión que nunca ha ejercido la libre circulación, siempre que esa denegación no implique privar al ciudadano del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por este estatuto, correspondiendo esta evaluación al juez *a quo*²⁵.

²⁰ STJUE *Dereci y otros*, apartado 60.

²¹ *Ibíd.*, apartado 61.

²² *Ibíd.*, apartado 63.

²³ STJUE *Ruiz Zambrano*, apartado 41, *Rottmann*, apartado 42.

²⁴ STJUE *Dereci y otros*, apartado 64.

²⁵ Otro desarrollo importante del fallo en el asunto *Dereci* fue la confirmación de la interpretación extensiva de la reagrupación familiar basada en el Acuerdo de Asociación con Turquía (*DO* 1964, 217, p. 3685), en particular, sus cláusulas de *standstill* que prohíben la

III. COMENTARIOS

La primera constatación que implica el fallo es la confirmación de la doctrina basada en la privación del disfrute efectivo. Al mismo tiempo, sin embargo, el TJUE parece insistir en su carácter excepcional, algo que ya se presagiaba desde el fallo en el asunto *McCarthy*, al afirmar que no es suficiente para demostrar esta privación que la denegación del permiso de residencia del nacional de un país tercero contradiga la conveniencia económica o la preferencia por vivir juntos en un Estado miembro²⁶, lo cual dificultará, sin duda, la prueba de la transgresión de la esencia de los derechos conferidos por este estatuto cuando viene motivada por el rechazo del permiso de residencia de un familiar nacional de un país tercero²⁷. Mientras que no cabe duda que este apartado del fallo parece cercar la aplicación de esta doctrina, la parca clarificación ofrecida por el TJUE

introducción de nuevas restricciones en el acceso al empleo, el establecimiento y los derechos de residencia, las cuales han permitido ir eliminando progresivamente las nuevas limitaciones impuestas por los Estados miembros, vid. respecto a la circulación de trabajadores turcos el art. 13 de la Decisión nº 1/80 del Consejo de Asociación; y respecto a la libertad de establecimiento, el artículo 41 del Protocolo Adicional a este Acuerdo. Incluso si estas cláusulas no confieren a la familia del trabajador turco un derecho de residencia automático, prohíben de manera general la introducción de nuevas medidas que sometan el ejercicio por parte de estos ciudadanos de las libertades económicas a condiciones más restrictivas que las aplicables el día de entrada en vigor del Protocolo adicional, constituyendo gracias a la interpretación extensiva otorgada por el TJUE una importante protección para esos trabajadores. En relación con estas cláusulas se debatía la situación concreta del Sr. Murat Dereci. Las disposiciones de Ley austriaca de establecimiento suprimieron el derecho concedido a los extranjeros establecidos conforme al régimen de la Ley austriaca de 1997 de permanecer en el territorio mientras se tramitaba su primera solicitud de permiso de residencia. Por consiguiente, se planteaba si la cláusula de *standstill* de este Acuerdo en relación con el derecho de establecimiento se oponía a que un Estado miembro sometiera la primera entrada de nacionales turcos a normas internas más estrictas que las que regulaban anteriormente dicha entrada. Y a esta cuestión el TJUE respondió de forma afirmativa, rechazando explícitamente las observaciones de varios Gobiernos en el sentido de que esta cláusula no debía aplicarse a los nacionales turcos que se encontraran en situación irregular. Y ello porque en el momento de presentar su solicitud, el demandante en el litigio principal poseía —según el TJUE— un derecho de establecimiento basado en el matrimonio con una nacional austriaca, de lo que dedujo que había sido la nueva Ley de establecimiento la que había provocado la ilegalidad de su residencia y el consiguiente rechazo de su solicitud, STJUE *Dereci y otros*, apartado 99, confirmando por tanto su línea jurisprudencial sobre estas cláusulas de *standstill*.

²⁶ STJUE *Dereci y otros*, apartado 68.

²⁷ *Ibid.*, apartado 67.

parece dejar un amplio poder de apreciación al juez nacional para concretar su controvertida aplicación, teniendo en cuenta que aún adolece de ciertas dosis de indeterminación, en particular, en cuanto a su articulación con el respeto de la vida familiar o en relación a cuando debe considerarse realmente que un ciudadano se ve obligado a abandonar el territorio de la Unión. Y ello porque si la Sra. McCarthy podía viajar a otro Estado miembro para no separarse de su marido²⁸, también lo podrían hacer las familias Ruiz Zambrano o Dereci, teniendo en cuenta que sus hijos menores ciudadanos de la Unión pueden invocar este estatuto frente al Estado miembro de acogida, sin necesidad de ser económicamente activos, pudiendo valerse a este respecto de los recursos de un miembro de la familia, aunque sea un nacional de un país tercero²⁹ o de una tercera persona³⁰. Sólo si ponemos el acento en la dificultad que supondría para los señores Ruiz Zambrano o Dereci encontrar trabajo en otro Estado miembro, lo que les impediría demostrar que sus hijos ciudadanos de la Unión poseen recursos suficientes y un seguro de enfermedad, puede entenderse la conculcación del disfrute efectivo y cobraría sentido la rotundidad expresada por el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*, presumiendo que la denegación del permiso de residencia tenía la inevitable consecuencia de que los menores se veían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores³¹. Sin embargo, la novedad del fallo en el asunto *Dereci* es que las razones de tipo económico no son suficientes para demostrar la conculcación de la esencia de este estatuto³².

Otro aspecto a destacar del fallo es que no parece distinguir entre categorías de vínculos familiares a la hora de aplicar la doctrina del disfrute efectivo. El fallo en el asunto *McCarthy* nos había hecho creer que las relaciones matrimoniales por su propia naturaleza serían siempre inadecuadas para satisfacer las estrictas condiciones de esta doctrina puesto que el ciudadano de la Unión siempre podría trasladarse a otro Estado miembro acompañado de su cónyuge nacional de un país tercero, siendo, en cambio, las más propicias aquellas relaciones de dependencia entre un menor y su progenitor como ocurría en el asunto *Ruiz Zambrano*. Semejante diferen-

²⁸ STJUE *McCarthy*, apartado 50.

²⁹ STJCE *Baumbast*, apartados. 84 y ss., *Zhu y Chen*, apartado 29.

³⁰ STJCE de 23 de marzo de 2006, *Comisión / Bélgica*, C-408/03, *Rec.* p. I-02647, apartado 41.

³¹ STJUE *Ruiz Zambrano*, apartado 44.

³² STJUE *Dereci y otros*, apartado 68.

ciación parece tener poco fundamento a la luz del fallo en el asunto *Dereci*, y ello a pesar de la sugerencia del Gobierno austriaco en la vista de limitar el alcance de esta doctrina a los supuestos de ciudadanos de la Unión menores a cargo de uno de sus progenitores, ambos nacionales de países terceros³³. El hecho de que el TJUE deje sin aclarar explícitamente esta cuestión parece abogar por una indeterminación de vínculos familiares abarcados por esta doctrina siempre que se demuestre la privación del disfrute efectivo. Así, por ejemplo, si una ciudadana de la Unión se viera en la imposibilidad de trabajar y, por tanto, de satisfacer las necesidades de sus hijos, también ciudadanos de la Unión, habría un alto riesgo de que la expulsión de su marido, nacional de un país tercero, privara a sus hijos y a ella misma del disfrute efectivo de sus derechos como ciudadanos al obligarles, de hecho, a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a su marido a su país de origen, aunque tal vez no le impediría instalarse de forma duradera en otro Estado miembro con los miembros de su familia, incluido su cónyuge. Pensemos, por otra parte, en la denegación de un permiso de residencia a un nacional de un país tercero que hubiera de asumir la carga económica y/o jurídica, administrativa y afectiva de uno de sus progenitores, ciudadano de la Unión. Es probable que esta denegación llevara a ese ciudadano a correr el mismo riesgo de no poder acogerse a su estatuto y tener que abandonar el territorio de la Unión, aunque igualmente podrían viajar a otro Estado miembro.

Tampoco resuelve este fallo la cuestión de si cumpliendo las estrictas condiciones de aplicación del disfrute efectivo, los beneficiarios deben demostrar el requisito de los recursos suficientes establecido en la Directiva (CE) n.º 2004/38³⁴, que recordemos no se aplica puesto que no han ejercido la libre circulación. Sobre este particular, únicamente el Gobierno griego se pronunció durante su intervención en el procedimiento proponiendo como ya sabemos una analogía con las disposiciones de esta Directiva y exigiendo, por tanto, recursos suficientes. No obstante, el TJUE no abordó este aspecto por lo que tendremos que esperar nuevos desarrollos³⁵. Y aún

³³ Conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto *Dereci y otros*, Punto 46.

³⁴ Vid. LANSBERGEN, A. / MILLER, N., «European Citizenship Rights in Internal Situations...», *cit.*, pp. 287-307.

³⁵ Probablemente a la resolución del asunto C-356/11 *O, S* (pendiente) en el que un órgano jurisdiccional finés pregunta al TJUE si es contrario al artículo 20 TFUE denegar a un nacional de un país tercero un permiso de residencia por no tener garantizada la manutención si su cónyuge tiene la patria potestad del hijo ciudadano de la Unión.

desconociendo cual será la respuesta nos atreveríamos a afirmar que a la hora de aplicar esta doctrina, los Estados miembros han de acomodarse a su finalidad y tomar debidamente en consideración los principios generales del Derecho de la Unión, como el de preservar su efectividad y mantener la proporcionalidad³⁶. Por consiguiente, si deben exigirse recursos suficientes, su interpretación debe realizarse a la luz del objetivo de esta doctrina que es facilitar el ejercicio de los derechos dimanantes de la ciudadanía y respetar el derecho a la vida familiar, aunque al mismo tiempo los beneficiarios no deben convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Ello quiere decir que los Estados miembros deberían tener en cuenta la situación personal del solicitante, al igual que exige el art. 8, apartado 4, de la Directiva (CE) n.º 2004/38, disposición que también prohíbe establecer un importe fijo de recursos suficientes por debajo del cual el derecho de residencia puede denegarse automáticamente³⁷, algo que exigía la Ley austriaca de establecimiento³⁸ y que en nuestra opinión constituía una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y de residencia garantizado por el Tratado. Asimismo, basta con que el ciudadano de la Unión disponga de los recursos necesarios, sin que pueda imponerse la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia³⁹, debiendo aceptarse los recursos de una tercera persona⁴⁰.

1. SOBRE LA ARTICULACIÓN DEL DISFRUTE EFECTIVO CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA FAMILIAR

Una aportación importante de este fallo es la articulación entre la doctrina del disfrute efectivo con el derecho fundamental a la vida familiar frente al enigmático silencio de los asuntos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, el cual hacía presagiar que este derecho resultaba en sí mismo insuficiente para atraer hacia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión la situación de un ciudadano que no ha ejercido su derecho a la libre circulación

³⁶ STJCE *Baumbast y R*, apartado 91.

³⁷ Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE 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, COM(2009) 313 final, de 2 de julio de 2009, p. 8.

³⁸ Conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto *Dereci y otros*, Punto 29.

³⁹ STJCE *Zhu y Chen*, apartados 30-31.

⁴⁰ STJCE *Comisión / Bélgica*, apartado 41.

y/o no se ve privado del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos. Es probable, sin embargo, que ese silencio fuera imputable a la necesidad de evitar extender en exceso la aplicación de esta nueva doctrina, cuya cita habría seguramente llevado a derivar esta evolución del valor jurídico primario otorgado a la Carta; y, especialmente, al interés por evitar que las competencias de la Unión y de sus instituciones invadan las de los Estados miembros en el ámbito de la inmigración. Comoquiera que sea, en el asunto *Dereci* el TJUE corrige esta deriva y evoca expresamente la eventual aplicación de este derecho fundamental a través de un razonamiento plasmado de pedagogía que trata probablemente de evitar las suspicacias de las cancillerías, procediendo a fijar los mimbres sobre los que fundamentar su protección, diseñando para ello una aparente armoniosa articulación de ordenamientos jurídicos. Comenzando por el art. 7 de la Carta, el TJUE recuerda los límites fijados para su aplicación, ya sea en el primer apartado de su artículo 51 en virtud del cual sólo es vinculante para los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión; o en su apartado segundo, según el cual, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de esta organización. Por consiguiente, si el juez *a quo* considera a la luz de las circunstancias de los litigios principales que la situación de los demandantes se enmarca en el Derecho de la Unión, deberá examinar si el rechazo del derecho de residencia atenta contra el derecho a la vida familiar previsto en el art. 7 de la Carta⁴¹. En caso contrario, deberá realizar este examen en relación con el art. 8 CEDH teniendo en cuenta que todos los Estados miembros son partes de este instrumento⁴². Este endoso al juez nacional de la difícil tarea de comprobar el respeto de este derecho fundamental decepcionará probablemente a aquellos que sean incapaces de probar las estrictas condiciones de la doctrina del disfrute efectivo porque el art. 7 de la Carta no será aplicable al constituir situaciones puramente internas al margen del ámbito de aplicación de este ordenamiento, pese a que probablemente serán las que más necesiten el amparo del Derecho de la Unión. Contarán, no obstante, con las garantías dimanantes del art. 8 CEDH, cuya tutela deben ofrecer los órganos jurisdiccionales nacionales bajo la supervisión del TEDH. Sin embargo, esta disposición no otorga, a diferencia del Derecho de la Unión, un derecho subjetivo a la reagrupación familiar, sino que sólo impone un mínimo nivel de protección que debe ser respetado por los Estados partes.

⁴¹ *Ibíd.*, apartado 72.

⁴² *Ibíd.*, apartado 73.

Como consecuencia de ello, la cuestión de si una medida infringe o no el CEDH depende en amplia medida de las circunstancias particulares de cada asunto, proporcionando un amplio margen de apreciación a los Estados partes para el control de la inmigración⁴³. Por el contrario, cuando esa disposición de la Carta pueda ser aplicable por reunir las condiciones estrictas de la doctrina del disfrute efectivo, recurrir a ella será redundante puesto que ya podrá establecerse una infracción del estatuto de la ciudadanía y será, por tanto, ésta última la que vendrá a remediar la situación. Aunque esta articulación de ámbitos de protección pueda parecer desafortunada para aquellos solicitantes que deseen invocar el Derecho de la Unión a favor de su solicitud de residencia, la posición del Tribunal es comprensible por cuanto el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir en el territorio de los Estados miembros no sólo agota el contenido del derecho fundamental a la vida familiar, sino que va más allá al constituir un auténtico derecho subjetivo claramente definido, puesto que en supuestos determinados obliga a los Estados miembros a autorizar la entrada y residencia del ciudadano y los miembros de su familia o autorizar su permanencia sin que puedan ejercer su facultad discrecional, algo que sí pueden hacer, aunque bajo condiciones, en el marco del art. 8 CEDH. Este deslinde de ámbitos de protección parece constituir una clara respuesta a la arriesgada propuesta realizada por la Abogado General Sharpston en sus Conclusiones en el asunto *Ruiz Zambrano*, quien había planteado hacer depender la invocabilidad de los Derechos fundamentales de la Unión de la existencia y ámbito de competencia material de esta organización. En su opinión, la regla debería ser que siempre que la UE tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, esos Derechos fundamentales de la Unión deberían proteger al ciudadano europeo aunque dicha competencia no hubiera sido ejercida aún⁴⁴. Decimos arriesgada porque proceder de esta forma no sólo supondría una *vis atractiva* de responsabilidad de la

⁴³ En este sentido, THYM, D.: «Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularise Illegal Stay?», *ICLQ*, vol. 57-2008, n.º 1, pp. 87-112. En la jurisprudencia reciente del TEDH se observa, no obstante, una priorización de los intereses del niño al valorar una potencial violación del art. 8 CEDH y equilibrar los intereses contrapuestos del individuo y la comunidad de acogida, reduciendo inevitablemente el margen de apreciación de los Estados Partes, vid., por ejemplo, STEDH de 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer / Países Bajos*, n.º 50435/99; STEDH de 28 de junio de 2011, *Núñez / Noruega*, n.º 55597/09.

⁴⁴ Conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto *Ruiz Zambrano*, Punto 163.

Unión ante el TEDH una vez vigente la adhesión al CEDH, incluso si el ilícito de enmarca en el ejercicio de la facultad discrecional de los Estados miembros o en la ejecución de un área compartida que no ha sido desarrollada aún por la Unión, sino especialmente porque chocaría de lleno con una concepción ampliamente defendida por los Estados miembros de preservar el ejercicio y la responsabilidad de sus competencias nacionales en áreas donde las competencias de la Unión no son exclusivas, además de implicar una extensión no consentida del ámbito de acción de la Unión. Las cautelas que sobre esta cuestión encontramos tanto en la Carta como en el Tratado de Lisboa quizás deban llevarnos a no pretender avanzar por este camino y, por ello, el TJUE parece rechazar de plano esta propuesta realizando una pedagógica explicación de que corresponde a cada cual, poniendo énfasis en el reparto de competencias y en la articulación de ordenamientos jurídicos. En su lugar, deberíamos preguntarnos si el TJUE ha apurado todas las consecuencias de la aplicación de este derecho fundamental al asunto que tenía planteado, incluso dentro de los mimbres de aplicación del Derecho de la Unión, en particular, si recordamos su fallo en el asunto *Carpenter*⁴⁵ donde a pesar de que era dudosa la aplicación del Derecho de la Unión el Tribunal aceptó que determinaba el resultado de un recurso contra una orden de deportación dictada por las autoridades del Reino Unido contra una nacional filipina, aceptando que en virtud del derecho a la vida familiar era más fácil para su marido ciudadano de la Unión prestar y recibir servicios porque ella cuidaba de sus hijos⁴⁶. O si recordamos la vinculación entre este derecho fundamental y el principio de proporcionalidad que realizó en el asunto *Baumbast*. A pesar de que los principios generales sólo se aplican para determinar la legitimidad de las limitaciones de derechos garantizados por los tratados (ámbito material) y no su ámbito de aplicación personal, nos preguntamos si este principio de proporcionalidad junto con el derecho fundamental a la vida familiar no podrían socorrer algunas situaciones límite a pesar de no cumplir las estrictas condiciones de esta doctrina del disfrute efectivo, en particular, como reacción frente a los posibles cambios por parte de los Estados miembros en materia de otorgamiento de la nacionalidad que esta nueva doctrina podría suponer⁴⁷. De una lado, la respuesta

⁴⁵ STJCE de 11 de julio de 2002, C 60/00, *Rec.* p. I 6279.

⁴⁶ *Ibid.*, apartado 39.

⁴⁷ Tras el fallo en el asunto *Zhu y Chen*, la normativa irlandesa sobre nacionalidad fue modificada por la Irish Nationality and Citizenship Act 2004 y cuando se estaba tramitando el asunto *Ruiz Zambrano* también lo fue la Ley belga sobre nacionalidad, vid. las

podría ser afirmativa puesto que tras señalar que el simple deseo de mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión o la conveniencia económica por vivir en su país no son suficientes⁴⁸; el TJUE añade que esto no prejuzga, sin embargo, la cuestión de saber si sobre otros fundamentos, en particular, el derecho a la vida familiar; obligarían a permitir la residencia del nacional del país tercero⁴⁹. De otro, podría pensarse que para el TJUE no es necesario seguir por ese camino puesto que la protección del derecho unionista a la vida familiar en los supuestos determinados en los que este ordenamiento se aplica es más amplia que la protección convencional otorgada por el CEDH. Y aún en el supuesto de que los demandantes en el litigio principal no sean acreedores de la aplicación del Derecho unionista a la vida familiar, los Estados miembros deberán otorgar esa protección vía CEDH. Y es aquí donde el fallo adquiere una importancia práctica fundamental porque pese a lo afirmado por el Gobierno austriaco en el procedimiento no debe excluirse que la denegación del permiso de residencia y/o las órdenes de expulsión dirigidas a algunos de los demandantes en el litigio principal podían constituir un menoscabo del respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 CEDH⁵⁰.

Desde una perspectiva más general, esta explicación pedagógica parece dejar claro que las exigencias derivadas de la protección de los Derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros en todos los casos en que deben aplicar el Derecho de la Unión, estando obligados en lo posible a

críticas de WIESBROCK, A., «Union Citizenship and the Redefinition of the ‘Internal Situations’ Rule: The Implications of *Zambrano*», *German Law Journal*, vol. 12-2011, n.º 11, pp. 2077-2094 (2013); quien señala que los Estados miembros podrían verse inclinados a negar esta nacionalidad a los niños apátridas. Aunque es probable que algunos ajustes puedan sobrevenir, esta deriva debilitaría en nuestra opinión las implicaciones del Convenio sobre la reducción de los casos de apatridia, de 30 de agosto de 1961 o el Convenio del Consejo de Europa sobre la nacionalidad, de 6 de noviembre de 1997, cuyo objeto es precisamente evitar la apatridia.

⁴⁸ STEJUE *Dereci y otros*, apartado 68.

⁴⁹ *Ibíd.*, apartado 69.

⁵⁰ Vid., en este sentido, Conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto *Dereci y otros*, Punto 41; señalando que pese a que el Derecho austriaco exige que las autoridades nacionales ponderen los motivos que inciden en la denegación de un permiso de residencia y la necesidad de respetar la vida privada y familiar, en el sentido del art. 8 CEDH, de la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente no se desprendía con claridad que tal ponderación se hubiera llevado a cabo en los casos de los Sres. Kokollari, Maduiké y Dereci.

no menoscabar tales exigencias⁵¹; desechando anteriores elucubraciones que parecían evocar la sutil distinción entre aplicación de este Derecho y situaciones que no suponen aplicación aunque presentan otros elementos de conexión con este último⁵².

2. UN DESAFÍO PENDIENTE: LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS

Aparentemente, la articulación entre ordenamientos jurídicos parece haber sido cuidadosamente buscada por el TJUE en este fallo no sólo en cuanto a la protección del derecho fundamental a la vida familiar, sino especialmente en cuanto a la subsistencia de las discriminaciones inversas. Se trata de una situación que si bien parece respetuosa con el principio de atribución no es ajena a ciertas dosis de inseguridad jurídica, desigualdad e incluso potenciales violaciones de los derechos fundamentales, que algunos derechos constitucionales nacionales corrigen, mientras que otros permiten su subsistencia. Del asunto *Dereci* parece desprenderse que sólo cuando exista riesgo de desconocer el efecto útil de la ciudadanía y de manera excepcional⁵³ el TJUE estará dispuesto a descartar la calificación de situación puramente interna y extender el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión. Con todo, el TJUE deja apuntado que los inconvenientes de esta discriminación sólo puede imputarse a los Estados miembros, recordando que la eliminación de esta diferencia de trato fue categóricamente rechazada por el Consejo en los debates de la propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión en 1999⁵⁴. Pese a ello, es indudable que la introducción de esta doctrina de disfrute efectivo reduce en cierta medida el ámbito de aplicación natural de estas situaciones internas, produciendo previsiblemente una tensión potencial con aquella, aunque no alcanza a eliminarla teniendo en cuenta, en particular, la dificultad de prueba de la conculcación del disfrute efectivo. Continua-

⁵¹ Vid., por ejemplo, STJCE de 11 de octubre de 2007, *Möllendorf y Möllendorf-Niehuus*, C-117/06, *Rec. p.* I-8361, apartado 78.

⁵² Recuérdese en este sentido, el Auto del TJUE de 12 de noviembre de 2010, *Asparuhov Estov y otros*, C-339/10, apartado 14: «Dado que la resolución de remisión no contiene ningún elemento concreto que permita considerar que la resolución del Ministerski savet na Republika Bulgaria (...) constituye una medida de aplicación del Derecho de la Unión o que presente otros elementos de conexión con este último (...)».

⁵³ STJUE *Dereci y otros*, apartado 67.

⁵⁴ COM (1999) 638 final. Las discrepancias entre los Estados miembros llevó a la Comisión a suprimir de su propuesta esta cláusula de homogenización para facilitar que se pudiera alcanzar un acuerdo en el Consejo, COM (2002) 225 final, p. 3.

rá, por tanto, existiendo una cierta incoherencia en toda esta materia porque una ciudadana como la Sra. McCarthy no podrá exigir la reagrupación familiar basada en el Derecho europeo, mientras que otros ciudadanos podrán invocar semejante derecho aunque hayan prestado ocasionalmente servicios en otros Estados miembros como era el caso del Sr. Carpenter. Por consiguiente, la línea divisoria entre situaciones cubiertas y no cubiertas por el Derecho de la Unión continuará siendo ambigua, minando probablemente la legitimidad y previsibilidad esta nueva y quizás aún indeterminada doctrina⁵⁵.

Desde una perspectiva más general no puede negarse que este estatuto de la ciudadanía, que fue percibido por algunos como meramente simbólico, ha ido logrando consistencia a través de una prudente, aunque persistente, doctrina jurisprudencial. Y un hito sustancial en esta evolución es permitir desencadenar la aplicación de las garantías previstas en este ordenamiento no tanto en virtud de la conexión transnacional de la situación fáctica del ciudadano con este mercado sino a través del impacto de la potencial severidad de las normas nacionales sobre este estatuto jurídico. Desde esta innovadora perspectiva, al menos potencialmente el Derecho de la Unión restringe aquellas normas nacionales capaces de acarrear la pérdida de este estatuto⁵⁶ o, de forma más general, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos, situaciones que caerían por su propia naturaleza en el ámbito de aplicación de este ordenamiento⁵⁷. Todo indica, sin embargo, que esta evolución no alcanza aún a eliminar el fenómeno de la discriminación inversa, perdurando por tanto la sensación de discriminación que sufren los ciudadanos europeos estáticos, es probable, sin embargo, que esta empresa sólo sea posible a través de una voluntad política más decidida y el debate sobre la reforma de la Directiva (CE) n.º 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar que acaba de lanzar la Comisión brinde quizás una buena ocasión para calibrar esa voluntad⁵⁸.

⁵⁵ TRYFONIDOU, A.: «Reverse Discrimination in Purely Internal Situations...», *op. cit.* p. 34.

⁵⁶ STJUE *Rottmann*, apartado 42.

⁵⁷ STJUE *Ruiz Zambrano*, apartado 42.

⁵⁸ A través del Libro Verde COM(2011) 735 final, *Sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE)*, de 15 de noviembre de 2011, la Comisión ha abierto un debate público sobre la necesidad de reformar esta Directiva, en el que plantea a los Estados miembros y a todas las partes interesadas una serie de preguntas derivadas de su aplicación.

TJUE – SENTENCIA DE 15.11.2011 (GRAN SALA), M. DERECI Y OTROS /
BUNDESMINISTERIUM FÜR INNERES C-256/11 – «CIUDADANÍA – DERECHO
DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y DE LOS MIEMBROS
DE SUS FAMILIAS A CIRCULAR Y RESIDIR LIBREMENTE – CIUDADANO
DE LA UNIÓN RESIDIENDO EN EL ESTADO CUYA NACIONALIDAD POSEE –
PERMISO DE RESIDENCIA A MIEMBROS DE LA FAMILIA NACIONALES
DE TERCEROS PAÍSES – PRIVACIÓN DEL DISFRUTE EFECTIVO
DE LA ESENCIA DE LOS DERECHOS VINCULADOS AL ESTATUTO
DE CIUDADANO DE LA UNIÓN».

SOBRE LO ESENCIAL DE LOS DERECHOS VINCULADOS A LA CIUDADANÍA
Y SU ARTICULACIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA
FAMILIAR

RESUMEN: El fallo del TJUE en el asunto *Dereci* confirma una vez más la doctrina basada en la privación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadanía de la Unión y constata su carácter excepcional no siendo suficiente para justificar una mera conveniencia económica o la preferencia del ciudadano por vivir junto a su familia en el territorio de la Unión. Al mismo tiempo, el TJUE otorga un amplio poder de apreciación a los jueces nacionales para concretar su controvertida aplicación, teniendo en cuenta que aún parece adolecer de ciertas dosis de indeterminación, en particular, sobre cuando debe considerarse que un ciudadano se ve obligado realmente a abandonar el territorio de la Unión o acerca de la articulación de esta doctrina con el derecho al respeto de la vida familiar. Frente al enigmático silencio de los asuntos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, dicho engarce constituye una de las principales aportaciones del fallo, diseñando el TJUE una aparente armonioso deslinde de ámbitos de protección. Sin embargo, esta evolución no alcanza aún a eliminar el fenómeno de la discriminación inversa, perdurando por tanto una cierta sensación de discriminación por parte de los ciudadanos europeos estáticos, empresa que quizás sólo sea posible a través de una voluntad política más decidida por parte de los Estados miembros.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía de la Unión; privación del disfrute efectivo; derecho fundamental a la vida familiar; situaciones puramente internas; nacionales de países terceros; Acuerdo de asociación con Turquía; cláusulas de *stand still*.

ECJ JUDGMENT OF 15.11.2011 (GRAND CHAMBER), *M. DERECI Y OTROS V. BUNDESMINISTERIUM FÜR INNERES*, C-256/11 - «CITIZENSHIP OF THE UNION - RIGHT OF CITIZENS OF THE UNION AND THEIR FAMILY MEMBERS TO MOVE AND RESIDE FREELY - CITIZEN OF THE UNION RESIDING IN THE STATE WHICH NATIONALITY POSSESSES – RESIDENCE PERMIT FOR NATIONALS OF THIRD COUNTRIES WHO ARE FAMILY MEMBERS – DENIAL OF THE GENUINE ENJOYMENT OF THE SUBSTANCE OF THE RIGHTS CONFERRED BY VIRTUE OF HIS STATUS AS A CITIZEN OF THE UNION»

ON THE ESSENTIAL OF THE RIGHTS LINKED TO CITIZENSHIP AND ITS RELATIONSHIPS WITH THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FAMILY LIFE

ABSTRACT: In *Dereci* the ECJ confirms the doctrine based on the privation of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of his status as a citizen of the Union. At the same time, it ratifies its exceptional character not being sufficient to justify a simple economic convenience or the preference of the citizen for living with her family in the territory of the Union. At the same time, the ECJ grants a wide discretion to national judges to concrete this controversial application, bearing in mind that still seems to suffer from uncertainty. This is especially the case either about the question on when should be considered that a citizen must leave the Union territory or the relationships between this doctrine and the fundamental right to family life. Contrary to the enigmatic silence about this fundamental right in *Ruiz Zambrano* and *McCarthy*, this relationship is one of the main contributions of this judgement. To solve this question the ECJ designs an apparently harmonious demarcation of protection areas. Nevertheless, this evolution is not sufficient to eliminate the phenomenon of reverse discrimination, remaining therefore a certain feeling of discrimination for static European citizens. Probably, this only will be possible by means of a more determined political will by Member States.

KEY WORDS: Citizenship of the Union; denial of the genuine enjoyment; fundamental right to family life; purely internal situations; third country nationals; Association Agreement with Turkey; standstill clauses.

CJUE ARRÊT DU 15.11.2011 (GRANDE CHAMBRE), *M. DERECI Y OTROS*
c. *BUNDESMINISTERIUM FÜR INNERES*, C-256711 - «CITOYENNETÉ
DE L'UNION - DROIT DES CITOYENS DE L'UNION ET DES MEMBRES
DE LEURS FAMILLES DE CIRCULER ET DE SEJOURNER LIBREMENT -
CITOYEN DE L'UNION RÉSIDANT DANS L'ÉTAT DONT LA NATIONALITÉ
POSSÈDE - PERMIS DE SÉJOUR AUX MEMBRES DE LA FAMILLE
RESSORTISSANTS D'ÉTATS TIERS - PRIVATION DE LA JOUISSANCE
EFFECTIVE DE L'ESSENTIEL DES DROITS CONFÉRÉS PAR LE STATUT
DE CITOYEN DE L'UNION».

SUR L'ESSENTIEL DES DROITS LIÉS À LA CITOYENNETÉ ET SON
ARTICULATION AVEC LE DROIT FONDAMENTAL À LA VIE FAMILIALE

RÉSUMÉ: L'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Dereci* confirme encore une fois la doctrine basée sur la privation de la jouissance effective de l'essence des droits conférés par le statut de la citoyenneté de l'Union. Au même temps, elle constate son caractère exceptionnel, n'étant pas suffisante en elle-même pour justifier une simple convenance économique ou une préférence du citoyen pour vivre avec sa famille dans le territoire de l'Union. D'un autre côté, la CJUE semble octroyer un large marge d'appréciation aux juges nationaux pour concrétiser l'application de cette controversée et encore indéterminée doctrine. Cette indétermination peut être constatée soit au sujet de quand doit être considéré qu'un citoyen se voit réellement obligé d'abandonner le territoire de l'Union ou soit en ce qui concerne son articulation avec le droit au respect de la vie familiale. Face au silence énigmatique des affaires *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, cette assemblage est l'un des apports principaux de cet arrêt, en dessinant la CJUE des rapports apparemment *harmonieux* des domaines de protection. Cependant, cette évolution n'atteint pas à éliminer encore le phénomène de la discrimination à rebours, en restant une certaine sensation de discrimination de la part de citoyens européens statiques. Il semble que cette entreprise ne pourra être attendue qu'à travers d'une volonté politique plus décidée de la part des États membres.

MOTS CLÉS: Citoyenneté de l'Union; privation de la jouissance effective; droit fondamental a la vie familial; situations purement internes; ressortissants d'états tiers; accord d'association avec la Turquie; clauses de stand still.

