

TJUE – SENTENCIA DE 05.05.2011, *S. McCARTHY / SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT*,
C-434/09 – «ARTÍCULO 21 TFUE — LIBRE
CIRCULACIÓN DE PERSONAS — NACIONAL
QUE SIEMPRE HA RESIDIDO EN EL ESTADO
MIEMBRO DE SU NACIONALIDAD»

NUEVOS Matices A LA PROTECCIÓN QUE OFRECE
EL ESTATUTO DE CIUDADANO DE LA UNIÓN

DIANA MARÍN CONSARNAU¹

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL LITIGIO PRINCIPAL Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES QUE SE PLANTEAN.
- III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.
 1. SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA.
 2. SOBRE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 21 TFUE.
- IV. SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS, DISCRIMINACIÓN INVERSA Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR: ¿SOLUCIONES EN ESPIRAL?
- V. CONSIDERACIONES FINALES.

¹ Doctora en Derecho. Profesora Ayudante del Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero, Área de Derecho Internacional Privado, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, España.

I. INTRODUCCIÓN

La condición de beneficiario del derecho a la libre circulación y el alcance de la extensión del derecho de residencia a los nacionales de terceros Estados cuando son familiares de ciudadanos de la Unión no deja de ser una cuestión controvertida y que precisa de la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE)². La tensión se genera en la difícil conjugación entre los intereses de los Estados en imponer límites a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros Estados y las estrategias de los ciudadanos de la Unión para llevar a cabo su vida familiar.

Este conflicto observa mayores dificultades cuando se trata del desarrollo de las relaciones familiares entre un ciudadano de la Unión, que nunca ha ejercido la libre circulación, y un nacional de un tercer Estado, debido a que esta realidad se enfrenta a las consecuencias que plantea el fenómeno de la discriminación inversa³. La diferencia de trato que los Estados pueden imponer a sus propios nacionales fomenta las pericias de los particulares, que se revelan buscando amparo a sus pretensiones en el Derecho de la Unión cuando pretenden que sus familiares nacionales de terceros Estados sean autorizados a residir junto a ellos en el Estado en el que ostentan la nacionalidad, a pesar de no haber ejercido la libre circulación. Estas situaciones, tradicionalmente enmarcadas en el ámbito de las cuestiones puramente internas, aunque aparecen, en principio, desamparadas de la protección que brinda el Derecho de la Unión en la esfera de la libre circulación, en contraposición se consideran en el alcance que ofrece la protección del estatuto de ciudadanía de la Unión.

Tal y como ha puesto de relieve el TJUE en su jurisprudencia, la voluntad es que el estatuto de ciudadanía se convierta en el estatuto fundamental de los ciudadanos de la Unión⁴. Para ello, y sin ser extraño al debate que

² A modo de ejemplo, tras la Directiva 2004/38/CE de libre circulación y residencia, la Sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock*, C-127/08, *Rec.* 2008, p. 06241.

³ Sobre la regulación de las diferentes legislaciones internas en los Estados miembros y el tratamiento de sus propios nacionales en el ámbito de la reagrupación familiar WALTER, A., *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Centre for Migration Law, Nijmegen, 2008.

⁴ Podemos observar esta voluntad a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal. Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Rec.* 2001, p. I-06193, apartado 31; Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C-413/99, *Rec.* 2002, p. I-07091, apartado 82; Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, *Rec.* 2003, p. I-11613, apartado 21; Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*,

mantiene los Estados respecto a las situaciones internas⁵, ha optado por dotar de una mayor intensidad a la protección que ofrece el estatuto de ciudadanía, pero que se ha encargado de matizar en el asunto *McCarthy*⁶. Tras *Ruiz Zambrano*⁷, las expectativas en *McCarthy*, objeto del presente comentario, eran considerables, en atención a cuál iba a ser el posicionamiento del Tribunal ante una nueva situación que pone en el centro de atención la protección que ofrece el Derecho de la Unión en un supuesto en el que la nacional de un Estado miembro que posee la nacionalidad del Estado en el que reside se enfrenta a la denegación de la residencia de su familiar que es na-

C-200/02, *Rec.* 2004, p. I-09925, apartado 25; Sentencia de 3 de marzo de 2010, *Rottmann*, C-135/08, *Rec.* 2010, p. I-1449, apartado 43 y Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, apartado 41.

⁵ Si bien, los Estados, conscientes de la problemática que generan estas situaciones, han pretendido abordar en la elaboración de las normas comunitarias el tratamiento que tienen que recibir los propios nacionales que no ejercen la libre circulación, lo cierto es que los resultados son, por el momento, infructuosos y abandonados en la negociación y posterior adopción de los textos finales. Esta cuestión fue tratada en la negociación de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre reagrupación familiar. La primera propuesta de Directiva presentada por la Comisión disponía también de un derecho a la reagrupación familiar para los ciudadanos de la UE que no ejercieran la libre circulación, cuestión que desapareció en el texto final. Alemania, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido mostraron ciertas reservas a esta propuesta, debido a que sus legislaciones internas disponían de disposiciones más rigurosas para sus nacionales. Al respecto, véanse los Documentos del Consejo: 5772/00 MIGR 12, 10 de febrero de 2000; 11524/00 MIGR 76, 4 de enero de 2001; 5682/01 MIGR 5, 31 de enero de 2001; 6450/01 MIGR 11, 6 de marzo de 2001; 7144/01 MIGR 18, 23 de marzo de 2001; 8491/01 MIGR 39, 10 de mayo de 2001; 9019/01 MIGR 46, 21 de mayo de 2001. La Comisión al observar la problemática de algunos Estados para aceptarla suprimió su inclusión, habida cuenta de la negociación de la propuesta de Directiva relativa al derecho de los Estados de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EM. COM (2002) 225 final, 2 de mayo de 2002. Sin embargo, este objetivo no se alcanza con la Directiva 2004/38/CE de libre circulación y residencia. CORTÉS MARTÍN, J. M., «Inmigración y derecho de reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?», *Anuario de Derecho Europeo*, nº 4, 2004, pp. 27-54; también del mismo autor, «Immigration et regroupement familial dans l'Union Européenne: Un droit à géométrie variable?», *Revue de Droit de l'Union Européenne*, nº 4, 2005, pp. 721-759.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 05 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department*, C 434/09, no publicado aún en la *Recopilación*.

⁷ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, no publicada aún en la *Recopilación*.

cional de un tercer Estado. No obstante, en el asunto *McCarthy* nos encontramos con la peculiaridad añadida de que esta ciudadana de la Unión ostenta además la nacionalidad de otro Estado miembro. Con base a esta otra nacionalidad, la Sra. *McCarthy* pretende fundamentar su derecho de residencia y el de su cónyuge nacional de un tercer Estado, amparándose en la condición de beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión⁸.

La apuesta del TJUE ante este tipo de situaciones supone una evolución del estatuto de ciudadanía, iniciado en *Rottman*⁹, *Ruiz Zambrano* y que continúa en *McCarthy*. El Tribunal no se conforma con encasillar automáticamente a estos supuestos como situaciones meramente internas ajenas al Derecho de la Unión, y acogiendo a la idea de que la vocación de este estatuto es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, despliega un amparo que emana directamente del artículo 20 TFUE¹⁰. Ahora bien, sea como fuere, aunque no puede obviarse que las particularidades que presentan *Ruiz Zambrano* y *McCarthy* ofrecen la oportunidad al Tribunal de pronunciarse sobre una casuística rica en matices en el desarrollo de las relaciones familiares de estos ciudadanos de la Unión nacionales del Estado donde residen con nacionales de terceros Estados¹¹, el denominador común final deriva en la cuestión a la que el Tribunal no hace frente; el tratamiento de la discriminación inversa que surge fruto de las diferencias de trato que estos nacionales reciben en las legislaciones internas nacionales.

⁸ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, *DO*, L 158 de 30.4.2004, pp. 77-ss.

⁹ Sentencia de 3 de marzo de 2010, *Rottmann*, C-135/08, *Rec.* 2010, p. I-1449.

¹⁰ El Tribunal en los Asuntos *Rottmann* y *Ruiz Zambrano* se ha encargado de afirmar que el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión. En ambas sentencias, apartado 42.

¹¹ WRAY, H., «Family Life and EU Citizenship: A commentary on McCarthy C-434/09 5 May 2011», *EUDO citizenship forum*. Puede consultarse en <http://eudo-citizenship.eu>. Las especialidades de estos supuestos ofrecen particularidades específicas, consecuencia de las complejidades y los factores que influyen en el elemento de extranjería de las relaciones familiares y que confluyen también con las cuestiones de nacionalidad, y que escapan a la comprensión y necesidades de los ciudadanos de la Unión que desarrollan sus relaciones familiares con nacionales de terceros Estados.

II. EL LITIGIO PRINCIPAL Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES QUE SE PLANTEAN

El litigio principal se refiere a una solicitud de derecho de residencia conforme al Derecho de la Unión, presentada por una ciudadana de la Unión que tiene la nacionalidad del Estado miembro en el que siempre ha residido y que ostenta además la nacionalidad de otro Estado miembro. Mediante esta solicitud pretende la regularización de la residencia de su cónyuge que resulta ser nacional de un tercer Estado.

La Sra. *McCarthy*, nacional del Reino Unido, Estado en el que reside sin haber ejercido nunca la libre circulación, ostenta también la nacionalidad irlandesa. En el año 2002 contrae nupcias con un nacional jamaicano que no tiene autorización de residencia en el Reino Unido, según la normativa interna sobre inmigración. Tras el matrimonio, ella obtiene el pasaporte irlandés y en el año 2004 solicitan una autorización de residencia y una tarjeta de residencia conforme al Derecho de la Unión a la *Secretary of State*, en calidad de ciudadana de la Unión, basándose en su nacionalidad irlandesa, y de cónyuge de una ciudadana de la Unión. No obstante, las autoridades competentes deniegan sus solicitudes por no considerar a la Sra. *McCarthy* beneficiaria del Derecho de la Unión, en consonancia con la Directiva 2004/38/CE de libre circulación y residencia. Instados los procedimientos de recurso en el Reino Unido, finalmente la *Supreme Court of the United Kingdom* suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión, que es sobre la que va a pronunciarse el TJUE, se centra en determinar si una persona que es nacional de dos Estados miembros a la vez, pero que sólo ha vivido en uno de ellos sin haber ejercitado nunca la libre circulación, puede invocar el Derecho de la Unión y considerarse «beneficiaria» en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2004/38/CE, extendiéndose de este modo la condición de beneficiario a su familiar que es nacional de un tercer Estado. En la segunda cuestión se solicita al Tribunal que se pronuncie sobre cuáles son los requisitos que la «residencia legal» debe cumplir para la adquisición del derecho de residencia permanente (artículo 16), a tenor de la referida Directiva. Sin embargo, el Tribunal se limita a señalar que no procede responder a la segunda cuestión habida cuenta, como veremos, de la respuesta negativa dada en la primera cuestión prejudicial¹².

¹² En las conclusiones de la Abogado General Kokott se informa de forma subsidiaria que el concepto «residencia legal» contenido en el art. 16 de la Directiva 2004/38/CE

III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El TJUE anuncia con carácter previo que aunque el órgano remitente limita las cuestiones a la interpretación de los artículos 3.1 y 16 de la Directiva 2004/38/CE de libre circulación y residencia, ello no impide que se sirva de aquellos preceptos que le ayuden a interpretar el Derecho de la Unión. En estos términos, reformula la cuestión y se plantea si a la situación descrita le resulta aplicable el artículo 3.1 de la Directiva 2004/38/CE o el artículo 21 TFUE. Para ello, analiza la condición de beneficiaria de la Sra. *McCarthy* sobre la base de la Directiva 2004/38/CE de libre circulación y residencia y, por ende, la extensión del derecho a la libre circulación a su cónyuge como familiar. El TJUE, como ya hizo en *Ruiz Zambrano*¹³, descarta su aplicabilidad, y entra a examinar seguidamente, partiendo de la protección que el derecho primario le brinda como ciudadana de la Unión, si a la situación controvertida le resulta de aplicación el artículo 21 TFUE.

1. SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

En el examen la aplicabilidad de la Directiva 2004/38/CE cabe apreciar dos cuestiones. Por un lado, el TJUE declara que en virtud de los principios del Derecho internacional por lo cuales un Estado no puede negar a sus propios nacionales el derecho a residir en su territorio o ser expulsados de éste o someter su residencia a condiciones, la Directiva no puede resultar de aplicación a un nacional propio, puesto que disfruta de un derecho de residencia incondicionado¹⁴. Por otro lado, el Tribunal afirma además que del tenor «literal, teleológico y sistemático» del artículo 3.1 de la Directiva se deriva que del ámbito de aplicación resulta que es beneficiario de la norma aquél que se traslade o que resida en un Estado miembro del que no sea nacional. En consecuencia, la residencia de la que se ocupa la Directiva es aquella que afecta a la libre circulación, regulándose de este modo y de manera exclusiva las situaciones de los ciudadanos de la Unión en un Estado miembro del que no son nacionales.

no responde a la situación de residencia en el caso de que el ciudadano sea un propio nacional del Estado miembro de acogida. Puntos 47 a 57. Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 25 de noviembre de 2010.

¹³ Apartado 39.

¹⁴ Apartado 34 en relación con el apartado 29.

Una vez descartada la aplicabilidad de la Directiva a la Sra. *McCarthy*, consecuencia de ostentar la nacionalidad del Estado donde reside, también rechaza el TJUE que su aplicación devenga de la condición de doble nacionalidad que ostenta, a pesar de que la otra nacionalidad sea la de un Estado miembro. El hecho de que también tenga esta otra nacionalidad no supone para el TJUE que se haya ejercido la libre circulación en las condiciones que establece la Directiva¹⁵.

2. SOBRE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 21 TFUE

El Tribunal se resiste a denegar de raíz la protección que confiere el estatuto de ciudadanía por el hecho de ostentar la nacionalidad del Estado miembro en el que siempre se ha residido y se plantea la aplicación en el supuesto del artículo 21 TFUE. Razona, en este sentido, que el disfrute de los derechos que confiere el estatuto de la ciudadanía no se trata de una cuestión aislada en una norma de derecho derivado destinada al desarrollo del derecho a la libre circulación, sino que debe también protegerse la esencia de los derechos que comporta este estatuto. Con ello, consigue que la no aplicabilidad de la norma de derecho derivado implique que el supuesto quede fuera automáticamente del amparo del Derecho de la Unión, por no detectarse un elemento transfronterizo¹⁶, y que el estatuto sí proporcione una base última de protección a la que aferrarse¹⁷.

El TJUE afirma que la situación de un ciudadano de la Unión que nunca ha ejercido la libre circulación no es de forma inmediata una situación puramente interna a la que no resulta de aplicabilidad las previsiones del Tratado¹⁸. Aunque no haya hecho uso de su derecho a la libre circulación, la Sra. *McCarthy* es una ciudadana de la Unión, y como tal, titular de unos derechos (artículo 20 TFUE). Por tanto, puede alegar estos derechos ante su Estado miembro (entendiendo esta pertenencia con motivo de ostentar su nacionalidad), entre los cuales se encuentra el derecho a libre circular por el territorio de los

¹⁵ Apartado 41.

¹⁶ Sobre el abandono de este elemento, HAILBRONNER, K.; THYM, D., «Case C-34/09, Ruiz Zambrano, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 March 2011, not yet reported», *Common Market Law Review*, nº 48, 2011, pp. 1253-1270.

¹⁷ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El Asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011, p. 7.

¹⁸ Apartado 46.

Estados miembros, derecho que le confiere este estatuto, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (artículo 21 TFUE). Con esta fórmula, elude el enfrentarse a la problemática sobre las consecuencias negativas que provocan las diferencias establecidas para las situaciones internas, y como solución proporciona un manto de protección basado en el estatuto de ciudadanía, cuya proyección abarcará el examinar y fiscalizar si la medida nacional adoptada y que ha dado lugar al litigio principal priva del disfrute efectivo de los derechos que ostenta como ciudadana de la Unión o le supone un obstáculo para libre circular y residir por el territorio de los Estados miembros.

Analizada la situación de la Sra. *McCarthy*, el Tribunal concluye que no encuentra ningún elemento que le indique que se haya producido dicha privación u obstáculo. Pero, ¿qué elementos son los que le hacen negar que se haya producido el efecto negativo que pretende evitar?¹⁹ Para dar una respuesta, el TJUE se basa en las previsiones del Derecho internacional público, que como indica, no resulta ajeno del Derecho de la Unión²⁰. Para el Tribunal la residencia de la Sra. *McCarthy* no se ve afectada y tampoco se ve obligada a abandonar el territorio de la Unión. En este sentido, no detecta la existencia de algún elemento de conexión alguna de las situaciones que contempla el Derecho de la Unión²¹. Y ello, no por tratarse de una nacional de

¹⁹ CARMONA LUQUE, R., «TJUE - Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala) - *G. Ruiz Zambrano / Office national de l'emploi*. C-34/09 «Ciudadanía de la Unión - artículo 20 TFUE - Derecho de residencia de un menor en el Estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación - concesión de un derecho de residencia derivado al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor» — El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de Ciudadanía de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo- RDCE*, nº 38, 2011, pp. 194-195.

²⁰ Apartado 50 en relación con el apartado 29.

²¹ La exigencia de un elemento transfronterizo se desplaza hacia los estándares de la medida adoptada, y no afecta a la condición de ciudadanía y la proyección de su estatuto, el cual impera al excluirse el supuesto de una situación puramente interna, convirtiéndose en el garante último del contenido mínimo irreductible de los derechos que confiere el estatuto de ciudadanía. Al respecto, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El Asunto Ruiz Zambrano: ...», *loc. cit.*. También, de la misma autora, el comentario de la Sentencia en el Asunto *Rottmann* «¿Tribunal de Justicia de la Unión Europea: TJUE - Sentencia de 02.03.2010 (Gran Sala), *Janko Rottmann / Freistaat Bayern*, C-135/08 «Ciudadanía de la Unión - Artículo 17 CE - Nacionalidad de un Estado miembro adquirida por nacimiento y por naturalización Pérdida de la nacionalidad de origen - Apatridia - Pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión» — ¿Hacia una nueva relación entre nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, nº 37, 2010, pp. 933-950.

un Estado miembro que invoca el Derecho de la Unión ante el Estado cuya nacionalidad posee, sino debido a que la medida nacional adoptada no ha tenido como efecto privar del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos como ciudadano de la Unión o barreras a su derecho a la libre circulación, resultando insuficiente la conexión de la nacionalidad irlandesa alegada por la interesada, por haber residido siempre en el Estado del que es nacional. En consecuencia, es esa falta de conexión suficiente la que hace que todos los elementos de la situación objeto de litigio se localicen en el interior de un Estado.

Como hemos indicado en la introducción, las expectativas sobre cuál iba a resultar la postura del Tribunal en *McCarthy*, tras las consecuencias derivadas en *Ruiz Zambrano*, eran importantes²². En ambos casos, el TJUE activa la protección que confiere el estatuto de ciudadano de la Unión sin resultar marginados a meras situaciones internas. La diferencia radica en que el manto protector en *Ruiz Zambrano* se matiza en *McCarthy* en el fallo final, debido a que en *Ruiz Zambrano* se concluye que la medida nacional sí tiene efectos perversos y contrarios a los derechos que le confiere el estatuto de la ciudadanía de la Unión, y ello no se detecta en el segundo, puesto que la Sra. *McCarthy* no se ve obligada a abandonar el territorio de la Unión²³.

La determinación de la vulneración de la medida nacional del Derecho de la Unión Europea en *Ruiz Zambrano* deriva de los límites que supone para un menor que su progenitor no tenga una residencia en el Estado miembro en el que reside y del que es nacional para que el progenitor pueda cuidar de él, lo cual puede obligar a que dicho menor tenga que abandonar ese Estado para poder ser cuidado y desarrollar su vida familiar con sus progenitores. En este sentido, el TJUE en el asunto *Chen*²⁴ ha admitido que tiene cabida en la

²² A raíz de *Ruiz Zambrano* se albergaban dudas de que sus consecuencias no pudieran ampliarse a otros familiares como, por ejemplo, los cónyuges. GUILD, E., «The Court of Justice of the European Union and Citizens of the Union: A Revolution Underway? The *Zambrano* judgment of 8 March 2011», *EUDO citizenship forum*. Puede consultarse en <http://eudo-citizenship.eu>.

²³ Apartado 50.

²⁴ Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Chen*, C- 200/02, *Rec.* 2004, p. I-09925. Comentarios en KUNOY, B., «A Union of national citizens: the origins of the Court's lack of avantgardisme in the *Chen* case», *Common Market Law Review*, nº 43, 2006, pp. 179-190; CRESPO NAVARRO, E., «La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, nº 28, 2007, pp. 889-891.

interpretación de las normas que desarrollan la libre circulación el criterio de «dependencia inversa». Es decir, que cuando se trata de menores, en lugar de exigir que el menor ciudadano de la Unión tenga a su cargo al ascendiente al que pretende extenderse el derecho a la libre circulación, sea al contrario; que el ascendiente del menor ciudadano de la Unión esté a cargo del menor.

No obstante, las diferencias entre *Chen* y *Ruiz Zambrano* se traducen en que en *Chen* se valora la situación de una menor ciudadana de la Unión que reside en otro Estado miembro y en *Ruiz Zambrano* los menores no han ejercido su derecho a la libre circulación. Es por ello que el Tribunal admite la aplicabilidad de las normas de libre circulación del derecho derivado en el caso *Chen*, y en el caso *Ruiz Zambrano*, aunque excluye su aplicabilidad, la protección a la que obliga el estatuto de ciudadanía de la Unión, va más allá introduciendo este nivel de protección, que le permite determinar que la medida nacional no puede privar de que se posibilite la regularización de los progenitores del menor aunque se trate de una cuestión interna.

Finalmente, en referencia a la cuestión de la doble nacionalidad que ostenta la Sra. *McCarthy*, resultando ambas la nacionalidad de un Estado miembro, alude el Tribunal a las diferencias que en el asunto de autos se observan respecto del asunto *García Avello*²⁵, en el que la problemática generada en los apellidos si podía causar graves inconvenientes profesionales y privados²⁶. Recuerda el Tribunal que la importancia no radica tanto en que la diversidad de apellidos fuera consecuencia de la doble nacionalidad, sino en que dicha diversidad podía generar unos inconvenientes de tal entidad que constituirían un obstáculo a la libre circulación²⁷.

²⁵ Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, *Rec.* 2003, p. I-11613.

²⁶ Apartados 51 a 53. En sus conclusiones, el Abogado General Kokott no desconoce que la situación de doble nacionalidad puede resultar especialmente relevante en ciertos ámbitos, como por ejemplo, las cuestiones que sobre apellidos ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal, ahora bien, niega que de manera forzosa deban aplicarse los criterios interpretativos sobre estas cuestiones a las cuestiones de residencia que afectan al litigio, lo cual le lleva a calificar la situación de doble nacionalidad de la Sra. *McCarthy* como meramente circunstancial, teniendo en cuenta que nació en el Reino Unido y que siempre ha residido allí.

²⁷ Alude el Tribunal esta interpretación a lo establecido en la Sentencia de 14 de octubre de 2008, *Grunkin Paul*, C 353/06, *Rec.* 2008, I-07639 (comentada en la *RDCE* 33 de 2009, pp. 649-ss. por BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.), en referencia al asunto *García Avello*, apartado 24.

IV. SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS, DISCRIMINACIÓN INVERSA Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR: ¿SOLUCIONES EN ESPIRAL?

En *Rottman*, *Ruiz Zambrano* y ahora en *McCarthy*, el Tribunal inicia una andadura de interpretación evolutiva de la función protectora del Derecho de la Unión que ofrece el estatuto de ciudadanía. De este modo, se emancipa de la necesidad de que para que opere su manto protector se ejerza el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia. Cuestión diferente es si para que éste resulte vulnerado se busque un elemento que le conecte con el Derecho de la Unión. Esta técnica le permite, sin atacar el siempre presente problema de la discriminación inversa, la posibilidad de avanzar en la configuración de un estatuto de ciudadanía, cuya protección parece que se extiende y se desvincula del derecho derivado, y que resulta ser, en definitiva, la preocupación máxima de los Estados.

El Tribunal no se pronuncia directamente sobre las situaciones de discriminación inversa en el asunto *McCarthy*. No obstante, la Abogado General, en sus Conclusiones, sí hace referencia a este fenómeno de forma abierta al recordar que, según reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión no ofrece ninguna solución a este problema²⁸ y que aunque —señala en cita literal— en la doctrina, hasta ahora se ha considerado la posibilidad de inferir de la ciudadanía de la Unión una prohibición de discriminación de los nacionales, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho de la Unión, a pesar de que ello no es obstáculo para descartar que el Tribunal reconsiderase su jurisprudencia y «se vea inducido en el futuro a inferir de la ciudadanía de la unión una prohibición de discriminación de los nacionales»²⁹.

En el asunto de autos, aunque se desvincula la situación del litigio principal de ser una cuestión puramente interna, huérfana de la protección que brinda el Derecho de la Unión de forma automática, lo cierto es que el hecho de que la Sra. *McCarthy* siempre haya residido en el Estado en el que

²⁸ Tal y como señala PICKUP, nos encontramos ante una laguna en el Derecho europeo que está abierta a la acción del legislador europeo, que podría proceder a la armonización del fenómeno de la discriminación inversa. PICKUP, D., «Reverse discrimination and freedom of movement for workers», *Common Market Law Review*, nº 23, 1986, p.139.

²⁹ Puntos 40-42.

posee la nacionalidad, parece impedir que la posesión de la nacionalidad de otro Estado miembro, sin que se haya producido un traslado, se traduzca en un elemento suficiente que haga conectar la situación con alguna de las situaciones previstas por el Derecho de la Unión. Con ello, el resultado final práctico para la interesada acaba por ser similar a lo que ocurre en una situación interna, aunque la argumentación encuentre amparo en un fundamento distinto al seguido para las situaciones puramente internas³⁰.

Con anterioridad a esta línea jurisprudencial, el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre si el Derecho de la Unión resulta o no aplicable a las situaciones puramente internas en asuntos que han abordado la reagrupación familiar³¹, sin inmiscuirse en si su exclusión produce la posibilidad de que los Estados miembros regulen de tal modo que se establezca un trato diferenciado entre el propio nacional y el ciudadano de la Unión. Esta indiferencia ha contribuido al fomento del fenómeno de la discriminación inversa³², teniendo en cuenta que su aceptación es una cuestión, cuanto menos, controvertida³³. No en vano, supone un trato

³⁰ COUTTS, S., «Case C- 434-09: Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department», en <http://eudo-citizenship.eu>.

³¹ BERNARD, N., «Discrimination and free movement in EC Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 85-89.

³² Sobre los elementos que definen la discriminación inversa, PICKUP, D., «Reverse discrimination and freedom of movement for workers», *Common Market Law Review*, nº 23, 1986, p. 137; JESSURUN D' OLIVEIRA, H. U., «Is Reverse Discrimination Still Permissible Under the Single European Act?», AA.VV., *Forty years on: the evolution of post war private international law in Europe: symposium in celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law, University of Amsterdam*, Kluwer, Deventer, 1990, p. 71; CANNIZZARO, E., «Producing reverse discrimination through the Exercise of EC Competences», *Yearbook of European Law*, vol. 17, 1998, p. 29; JANER TORRENS, J. D., «El ámbito de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, nº 14, 2003, p. 308; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours*, tome 317, 2005, p. 341; SCHAFFRIN, D., «Which standard for family reunification of third-country nationals in the European Union?», CARLIER, J-Y.; DE BRUYCKER, P., *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 143; WALTER, A., *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Centre for Migration Law, Nijmegen, 2008, p. 1; MARÍN CONSARNAU, D., *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 104-106.

³³ Tal y como apunta SHUIBHNE: «The resultant existence of reverse discrimination-where a *static* home national may be treated less favourably than someone from another

desfavorable a un ciudadano de la Unión, que aunque no haya ejercitado la libre circulación ostenta efectivamente este derecho, cuestión que entra en conflicto con la potestad que tienen los Estados miembros para regular sus propias cuestiones internas³⁴. En este sentido, el Tribunal ha aceptado la desigualdad de trato que comprenden las regulaciones de algunos Estados miembros al tratar de forma desfavorable a sus propios nacionales³⁵, siempre que éstos no hayan ejercido la libre circulación, sin atreverse a rechazar la situación de discriminación inversa de forma tajante³⁶. Es por ello que a lo largo de su jurisprudencia, podemos observar diferencias importantes, en tanto que en el litigio principal se traten situaciones en las que el nacional de un Estado miembro ha ejercido o no la libre circulación³⁷.

En esta casuística, la clave se encuentra en diferenciar la situación de los ciudadanos activos, entendiendo como tales a los ciudadanos que sí han ejercido la libre circulación, y la de los ciudadanos pasivos que no han ejercido la libre circulación, y que, por tanto, pueden ver afectado el derecho a reunir a su familia³⁸. Así, el Tribunal, en las diferentes ocasiones que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre asuntos que afectan a la reagrupación familiar como extensión del derecho a la libre circulación, se ha posicionado en rechazar la aplicación del Derecho de la Unión cuando se trata de familiares de los nacionales de un Estado que no han ejercido la libre circula-

Member State who could invoke EC law in similar factual circumstances- is usually conceived as an unusual but inevitable, and acceptable, corollary of non-interference by the Community in the internal affairs of the Member States». SHUIBHNE, N., «Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?», *Common Market Law Review*, nº 39, 2002, p. 731.

³⁴ GARDEÑES SANTIAGO, M., «Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa», ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza: actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 223-229.

³⁵ Como indica SPAVENTA puede cuestionarse la vulneración constitucional en las situaciones de discriminación inversa. SPAVENTA, E., *Free movement of persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, Kluwer Law Internationals, The Netherlands, 2007, pp. 128, 113-134.

³⁶ CANNIZZARO, E., «Producing reverse discrimination...», *loc. cit.*, p. 32.

³⁷ «The European Court has outlined the Member States' freedom to treat their own citizens worse than those of other Member States in the area of freedom of persons and of establishment». JESSURUN D' OLIVEIRA, H. U., «Is Reverse Discrimination Still Permissible Under the Single European Act?...», *op. et loc. cit.*, p. 76.

³⁸ FERRER I GÓMEZ, A., *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos, Barcelona, 2001, pp. 13 y 51.

ción³⁹, abogando, en algunos de los casos, por la permisión de su entrada y residencia en aras a la protección de la vida familiar del artículo 8 CEDH. En contrapartida, en los supuestos en los que el propio nacional sí ha ejercido la libre circulación y regresa al Estado de donde es nacional, el Tribunal ha expresado la obligación de los Estados de reconocer para sus nacionales los beneficios del Derecho de la Unión⁴⁰.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La Sentencia en el asunto *McCarthy* continúa con la línea iniciada en *Ruiz Zambrano*, con la consecuente contribución a la vocación de que el estatuto de ciudadanía de la Unión se convierta en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y en el abandono la idea de que un ciudadano de la Unión en el Estado miembro en el que es nacional no pueda invocar los derechos que le confiere tal estatuto por la mera situación de no haber ejercido la libre circulación. No obstante, esta continuidad se matiza al clarificar que no resulta de aplicabilidad el artículo 21 TFUE en la situación de un ciudadano de la Unión que ostenta la nacionalidad del Estado miembro de donde reside y en el que siempre ha residido aunque ostente la nacionalidad de otro Estado miembro. Y ello, al entender que una medida nacional que impida su residencia en ese Estado invocando su otra nacionalidad y, por ende, la de su cónyuge, suponga una barrera o límite al disfrute esencial de los derechos que le confiere la ciudadanía o le obstaculice su derecho a residir y libre circular en el territorio de los Estados miembros. De este modo, el Tribunal solventa, de nuevo, el no pronunciarse sobre el fenómeno de la discriminación inversa, y avanza en la definición del contenido fundamental del estatuto de ciudadanía de la Unión, aparentemente desvinculado de la vertiente económica de la libre circulación, pero cuyo trasfondo se encuentra inevitablemente en el plano de las cuestiones migratorias, al analizar si las medidas nacionales adoptadas resultan o no compatibles con el Derecho de la Unión.

³⁹ Sentencia de 27 de octubre de 1982, *Morson y Jhanjan*, asuntos acumulados C-35/82, C-36/82, *Rec.* 1982, p. 03723; Sentencia de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, C-297/89, *Rec.* 1990, p. I-03763; Sentencia de 5 de junio de 1997, *Uecker y Jacquet*, asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96, *Rec.* 1997, p. I-03171.

⁴⁰ Sentencia de 7 de julio de 1992, *Singh*, C-370/90, *Rec.* 1992, p. I-04265; Sentencia de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, *Rec.* 2002, p. I-06279; Sentencia de 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, C-109/01, *Rec.* 2003, p. I-09607; Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Eind*, C-291/2005, *Rec.* 2007, p. I-10719.

TJUE – SENTENCIA DE 05.05.2011, S. *McCARTHY / SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT*, C-434/09 – «ARTÍCULO 21 TFUE — LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS — NACIONAL QUE SIEMPRE HA RESIDIDO EN EL ESTADO MIEMBO DE SU NACIONALIDAD»

NUEVOS Matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión

RESUMEN: La Sentencia, dictada en la Sala Tercera del TJUE en el asunto *McCarthy*, niega la condición de beneficiario de la Directiva 2004/38/CE de libre circulación y residencia y la aplicación del art. 21 TFUE al nacional de un Estado miembro que nunca ha hecho uso de su derecho a la libre circulación y siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad, a pesar de ser también nacional de otro Estado miembro. El Tribunal argumenta, por un lado, que la situación de este nacional y la de su cónyuge no se enmarcan en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE, puesto que el ciudadano de la Unión no ha hecho uso de su derecho a la libre circulación, siempre ha residido en el Estado en el que es nacional y el hecho de ostentar la nacionalidad de otro Estado miembro no significa que haya ejercitado la libre circulación. Y, por otro lado, que el art. 21 TFUE no resulta aplicable a una situación como la descrita, siempre que la medida nacional adoptada no tenga como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que le confiere el estatuto de ciudadanía o le obstaculice su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

PALABRAS CLAVE: libre circulación; ciudadanía de la Unión; posesión de la nacionalidad de más de un Estado miembro; situaciones puramente internas; discriminación inversa

ECJ JUDGMENT OF 05.05.2011, S. *McCARTHY V. SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT*, C-434/09 «ARTICLE 21 TFEU — FREEDOM OF MOVEMENT FOR PERSONS — NATIONAL WHO HAS ALWAYS RESIDED IN THE MEMBER STATE OF HIS NATIONALITY »

CLARIFYING THE PROTECTION CONFERRED BY THE STATUS OF EU CITIZENSHIP

ABSTRACT: The Judgment of the CJEU (Third Chamber) regarding to the case *McCarthy* denies as a beneficiary of Directive 2004/38/EC and the application of art. 21 TFEU to a national of a Member State who has never exercised his right to freedom of movement and has always resided in the Member State of his nationality, despite he is also a national of another Member State. The Court based the decision on the Article 3(1) of Directive 2004/38 which must be interpreted as meaning that that Directive is not applicable to that Union citizen and to the spouse. On the other hand, Article 21 TFEU

is not applicable to a Union citizen in that situation, provided that the situation of that citizen does not include the application of measures by a Member State that would have the effect of depriving him of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of his status as a Union citizen or of impeding the exercise of his right of free movement and residence within the territory of the Member States.

KEY WORDS: freedom of movement; Union citizenship; effect of being a national of another Member State; purely internal situations; reverse discrimination.

CJUE ARRÊT DU 05.05.2011, S. MCCARTHY C. SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT, C-434/09 – «ARTICLE 21 TFUE — LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES — RESSORTISSANT AYANT TOUJOURS SÉJOURNÉ DANS L'ÉTAT MEMBRE DE SA NATIONALITÉ»

DE NOUVELLES NUANCES À LA PROTECTION OFFERTÉ
PAR LE STATUT DE CITOYEN DE L'UNION

RÉSUMÉ: L'arrêt de la Court (Troisième Chambre) dans le cas McCarthy nie la condition de bénéficiaire au sens de la Directive 2004/38/CE et l'application de l'article 21 TFUE à un citoyen d'un État membre qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, et qui a toujours résidé dans l'État membre dont il possède la nationalité malgré qu'il soit également de la nationalité d'un autre État membre. Le Tribunal argumente, d'une part, que la situation de ce national et celle de sa conjointe ne rentre pas dans le champ d'application de la Directive 2004/38/CE. Et, d'autre part, que l'article 21 TFUE n'est pas applicable dans la situation décrite, dans la mesure nationale adoptée n'ait pas comme effet de le priver de la jouissance effective de l'essence des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de résider librement sur le territoire des États membres.

MOT CLÉS: libre circulation; citoyenneté de l'Union; possession de la nationalité de plus d'un État membre; situation purement interne; discrimination inverse.