

CALOGERO PIZZOLO (\*)

STATUS DE CIUDADANO  
Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS (\*\*)

**ABSTRACT:** The paper aims to analyze the right of the free circulation related to the third countries citizens resident in one of Member States. In this filed, according to article 20 TFUE, EU Court of Justice realized an analysis to strengthen the EU citizens guarantees regards the EU Institutions and the Member States. Mainly attention will be posted on the parental relationships between the family members in the light of Directive 2004/38/EC. To apply the Directive above mentioned according to the right of the free circulation, for EU Courts of Justice interpretation, the primary interest to take into consideration shall be the child interest also if borne from third countries citizens.

SUMARIO: 1. De una libertad económica básica para el mercado común a un derecho fundamental del ciudadano de la Unión. – 2. El elemento transfronterizo. – 3. Protección del interés superior del niño y residencia de ciudadanos de terceros países. – 4. La Directiva 2004/38/CE. – 5. Consideraciones finales.

---

(\*) Universidad de Buenos Aires, Catedrático Jean Monnet.

(\*\*) Sobre el tema ver A.P. ABARCA JUNCO, M.V. GÓMEZ-URRUTIA, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario* (STJUE Ruiz Zambrano), en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, 23, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org); D. BLÁZQUEZ PEINADO, *Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2, 1998, 3, pp. 261-280; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany E.A.)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 6, 2002, 13, pp. 943-960; L.D.A. DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2011, 92; E. LINDE PANIAGUA, *La libre circulación de los trabajadores versus libre circulación de las personas. La ciudadanía europea*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, segundo semestre 2003, 5; A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1998; A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2010; D. MARÍN CONSARNAU, *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*

1. — *De una libertad económica básica para el mercado común a un derecho fundamental del ciudadano de la unión.*

El Tratado de Roma (1957), mediante el cual nace la entonces Comunidad Económica Europea<sup>(1)</sup>, contemplaba la libre circulación de personas económicamente activas (trabajadores) en función del desarrollo de un mercado común<sup>(2)</sup>. Este derecho, por tanto, se venía disfrutando como *eje esencial* de un proceso de integración basado en el establecimiento de un Mercado Común en el que los agentes económicos debían gozar de libertad de movimientos para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia y desempeñarlo (permanencia), prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión, etc. *Residir* en un Estado miembro, por su parte, para llevar a cabo las citadas actividades económicas, independientemente de la nacionalidad, había quedado ya desde mediados de los años setenta del siglo pasado al margen de todo poder discrecional de los Estados miembros<sup>(3)</sup>.

La prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad, en este

---

*el estado miembro de su nacionalidad». Nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, enero-abril 2012, 41; M.A. MARTÍN VIDA, La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, julio-diciembre 2007, 8, pp. 95-137; C.F. MOLINA DEL POZO, Violaciones del Derecho de la Unión Europea en materia social: la expulsión de gitanos del territorio francés, en Derechos sociales en los procesos de integración, Curitiba, 2011, pp. 167-189; C.F. MOLINA DEL POZO, Derecho de la Unión Europea, Madrid, 2011; C.F. MOLINA DEL POZO, Manual de derecho de la comunidad europea, 3ª ed., Madrid, 1997; C. PIZZOLO, Derecho e Integración regional, Buenos Aires, 2010; V. RUIZ RODRÍGUEZ, Ciudadanía y nacionalismo frente a la libre circulación de personas en la Unión Europea, en Revista de Derecho de la Unión Europea, Madrid, primer semestre 2003, 4; A. VALLE, La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, enero-junio 1998, 3.*

<sup>(1)</sup> Cfr. artículo 3.

<sup>(2)</sup> Ello se explica, recuérdese, porque el objetivo inicial y distintivo de la actual Unión Europea era netamente económico: la creación de un mercado común, donde la libre circulación de trabajadores se erigía en una libertad económica más junto a la de capitales, mercancías y servicios.

<sup>(3)</sup> C. PIZZOLO, *Derecho e Integración regional*, cit., pp. 696-697.

contexto y gracias al aporte de la jurisprudencia comunitaria, fue alcanzando una dimensión sobresaliente. Sin embargo, la libertad que estudiamos junto a las otras libertades básicas, fueron consideradas ante todo como *libertades económicas*. Este criterio, con el progreso de la integración europea<sup>(4)</sup>, va ha ser dejado de lado<sup>(5)</sup> para finalmente dar lugar a un criterio mucho más amplio e inclusivo. Un criterio que vincula la libre circulación de personas, *más allá* de su sentido económico, a los derechos derivados del estatuto de ciudadanía de la Unión<sup>(6)</sup>.

El *salto cualitativo* vino de la mano del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. La libre

---

<sup>(4)</sup> La limitativa normativa originaria del citado Tratado de Roma en materia de libre circulación económica no discriminatoria se había visto redimensionada por el Acta Única Europea con la noción de mercado interior como *espacio sin fronteras interiores* en el que la libre circulación de personas queda garantizada, posteriormente acompañada de un derecho de residencia.

<sup>(5)</sup> Aun cuando sus antecedentes más remotos se encuentran en la formulación de ciertas propuestas – en el marco del proyecto de una Unión Europea que surge en la Cumbre de París de 1972 – encaminadas a hacer extensivo el derecho de libre circulación a todos los nacionales de los Estados miembros, las primeras fisuras en el plano normativo, relativas a la consideración de dicha libertad como un derecho de contenido no necesariamente económico y no circunscrito en exclusiva a los trabajadores o a las personas en busca de un empleo, llegaron casi veinte años más tarde. El primer punto de inflexión se produjo gracias a las tres siguientes normas: la Directiva 90/364/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia*; la Directiva 90/365/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional*; y la Directiva 90/366/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los estudiantes* (posteriormente sustituida por la Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre). La importancia de estas tres Directivas – hoy derogadas por la Directiva 2004/38/CE –, ha sido determinante para la evolución que seguimos.

<sup>(6)</sup> En julio de 2009 la Comisión afirmó que más de 8 millones de ciudadanos de la Unión han hecho uso de su derecho de libre circulación y residencia, y viven ahora en otro Estado miembro. La libre circulación de los ciudadanos «constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior y es el núcleo del proyecto europeo» (ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: «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», Bruselas, 2 de julio de 2009, COM(2009) 313 final, p. 3).

circulación y residencia venía abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no era un ámbito completo, es decir, no afectaba, antes de 1992, a «toda la sociedad»<sup>(7)</sup>.

El Tratado de Maastricht añadió una nueva segunda parte al entonces Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), bajo el título «Ciudadanía de la Unión». En palabras del actual artículo 20.1 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE, antiguo artículo 17 TCE): «Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla».

Bajo estas premisas, los ciudadanos de la Unión fueron beneficiarios de una serie de derechos civiles y políticos, de entre los cuales el *derecho a circular y residir libremente* en el territorio de los Estados miembros – con independencia ya de motivaciones de carácter laboral o profesional – es el que mayor repercusión jurídica y práctica ha venido teniendo. El artículo 21.1 (TFUE, antiguo artículo 18.1 TCE) dice al respecto: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), en el presente con el «el mismo valor jurídico que los Tratados» (cfr. art. 6.1, TUE), reconoce en su artículo 45.1 que: «Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».

Nos encontramos, como sostiene Mangas Martín, frente a un «derecho universal de todo ciudadano» de la Unión. La libre circulación y residencia, «libertad fundamental vinculada a un hecho económico y prevista en los tratados fundacionales, se transformó en una libertad política fundada en un derecho de la ciudadanía de la Unión y vinculada a este estatuto a partir de 1992». Como un derecho «no solo de agentes económicos (trabajadores,

---

<sup>(7)</sup> Ver su comentario al artículo 45 en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, cit., p. 719.

prestación de servicios, establecimiento), sino de todos los nacionales de los Estados miembros»<sup>(8)</sup>. Es un derecho fundamental inherente a la categoría política de la ciudadanía de la Unión. Se establece, continúa la autora citada, como una “obligación de resultado”. Es, además, una norma de «aplicación directa cuyo disfrute en sí mismo no está condicionado por medidas de ejecución del Consejo o de los Estados miembros». Todas las condiciones de ejercicio y eventuales límites «deben estar previstos en el Tratado de funcionamiento y en las normas de desarrollo»<sup>(9)</sup>.

El efecto directo del antiguo artículo 18.1 (TCE) – actual artículo 21.1, TFUE – fue asumido directamente por la jurisprudencia comunitaria<sup>(10)</sup>. En palabras del Tribunal de Justicia, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión «es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»<sup>(11)</sup>. El TUE, se afirma, no exige que los ciudadanos de la Unión ejerzan una actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia, para poder disfrutar de los derechos relativos a la ciudadanía de la Unión. Además, concluye el Tribunal, no hay nada en el texto del Tratado que permita considerar que los ciudadanos de la Unión, que se hayan establecido en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena, se verán privados de los derechos conferidos por razón de la ciudadanía europea, cuando cese dicha actividad<sup>(12)</sup>. La libre circulación de personas es una de las bases de la Unión Europea. Por tanto, las excepciones a este principio deben interpretarse de forma estricta<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, cit., p. 721.

<sup>(9)</sup> A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, loc. ult. cit.

<sup>(10)</sup> Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C-413/99, EU:C:2002:493, apartado 84.

<sup>(11)</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, apartado 31.

<sup>(12)</sup> Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C-413/99, EU:C:2002:493, apartado 83.

<sup>(13)</sup> Sentencia de 3 de junio de 1986, *Kempf*, C-139/85, EU:C:1986:223, apartado 13, y *Jipa*, sentencia de 10 de julio de 2008, C-33/07, EU:C:2008:396, apartado 23.

Se trata de la “comunitarización” del acervo de Schengen<sup>(14)</sup>, cuya razón de ser se dirigía precisamente a la «creación de un espacio de libre circulación entre los Estados signatarios, mediante la eliminación de los controles a las personas en sus fronteras interiores y el reforzamiento de éstos en sus fronteras exteriores»<sup>(15)</sup>. Lo que en un primer momento estaba concebido como una libertad con implicaciones esencialmente económicas, reconocida en exclusiva a los nacionales de los Estados miembros que pretendiesen llevar a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio de otro Estado miembro, actualmente aparece revestida de una dimensión social indiscutible, como lo prueba el hecho de que esta libertad se haya extendido al conjunto de ciudadanos de la Unión, con independencia de las razones que puedan motivar su desplazamiento. De todas formas, conviene dejar sentado que esa dimensión social que acompaña ahora a la libre circulación – y que ha quedado definitivamente apuntalada con la instauración de una ciudadanía europea – sigue coexistiendo con la económica<sup>(16)</sup>.

La creación de una ciudadanía de la Unión, con el corolario de la libre circulación de sus titulares por el territorio de todos los Estados miembros, supone un gran avance cualitativo, porque *desvincula esa libertad de sus elementos funcionales o instrumentales* (la relación con una actividad económica o con la consecución del mercado interior) *y la eleva a la categoría de derecho propio e independiente*, inherente al *status* político de los ciudadanos de la Unión<sup>(17)</sup>.

La libre circulación de personas, señala Molina del Pozo, tiene una triple vertiente<sup>(18)</sup>: a) la libre circulación de personas no activas, en íntima conexión con la ciudadanía europea, b) la libre circulación de trabajadores, tanto por

---

<sup>(14)</sup> Los países que aplican en su totalidad el acuerdo de Schengen constituyen un territorio denominado «espacio de Schengen». El acuerdo permite, por tanto, suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados signatarios y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en dicho espacio con arreglo a procedimientos idénticos.

<sup>(15)</sup> L.D.A. DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, cit., p. 263.

<sup>(16)</sup> L.D.A. DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, loc. ult. cit.

<sup>(17)</sup> Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de marzo de 2007, C-11/06 y C-12/06, EU:C:2007:174, apartado 82.

<sup>(18)</sup> Cfr. C.F. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 328 ss.

cuenta ajena como por cuenta propia, y c) la libre circulación no solo de los nacionales de los países de la Unión sino también de nacionales de terceros países que pretendan vivir o residir en el territorio de los Estados miembros.

El TFUE, por su parte, dedica su Título IV a la «Libre circulación de personas, servicios y capitales». En su artículo 45.1 concretamente se dice: «Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión».

A continuación, la norma cita manifiesta que la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2). Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión (art. 45.3). Concluyendo la norma en que, las nombradas disposiciones, «no serán aplicables a los empleos en la administración pública» (art. 45.4).

De manera concordante, el artículo 15 (CDFUE) sostiene que todo ciudadano de la Unión tiene «la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro». Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión. En similar sentido se expresa el artículo 49 (TFUE).

La UE ha evolucionado, como observamos, hacia un espacio de integración regional que encuentra puntos de convergencia con la tutela de los derechos humanos. La vigencia de una CDFUE, junto a un Tribunal de Justicia que la interpreta, ha permitido un desarrollo jurisprudencial sobre el alcance de la ciudadanía de la Unión con el fin de garantizar su *efecto útil*. Esto último

ha quedado en evidencia cuando ha sido necesario tutelar la libre circulación y residencia de personas menores de edad cuyos padres, siendo ciudadanos de terceros países veían amenazado su derecho de permanecer en el territorio de la Unión. La jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo creo entonces, dadas ciertas circunstancias que examinamos a continuación, un *nexo* entre los padres extracomunitarios y sus hijos ciudadanos de la Unión que permite reconocer los beneficios de la libre circulación y residencia a sus progenitores. Para entender los alcances de esta jurisprudencia comunitaria es necesario primero entender como incide, según el Tribunal de Justicia, el elemento transfronterizo.

## 2. — *El elemento transfronterizo.*

En la definición del alcance de la libre circulación de personas y residencia cobra relevancia el *elemento transfronterizo*<sup>(19)</sup>. Esto es la invocación de esta libertad – como las otras libertades básicas – *requiere de algún tipo de circulación entre los Estados miembros*. El derecho de la Unión «no se aplica a las cuestiones meramente internas. No existe pues aplicación del estatuto del ciudadano sino se ejerce el derecho a la libertad de circulación, es decir, sin movimiento transfronterizo»<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Del artículo 21 (IFUE) se infiere que tanto la circulación como la residencia han de presentar un *carácter intracomunitario* ya que dentro de cada Estado Miembro tienen sus nacionales, por obra de su propio derecho, el de residencia y circulación, que por supuesto no están sujetos «a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados». Igualmente sucede con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18, TFUE) aplicable «en el ámbito de aplicación de los Tratados». Igualmente en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyos destinatarios son las instituciones y órganos de la Unión así como los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión* y obliga a las instituciones a respetarlos en todos los ámbitos competenciales de la Comunidad (artículo 51, citada Carta). Dejando claro que la Carta «no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión». También la Carta, como Derecho de la Unión que es, sólo se aplicará a las *situaciones intracomunitarias*.

<sup>(20)</sup> Ver A.P. ABARCA JUNCO, M.V. GÓMEZ-URRUTIA, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario* (STJUE Ruiz Zambrano), cit., p. 11.



Ahora bien, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, esta situación no parece en absoluto *excluyente* de cualquier otra que no aparezca vinculada al *previo cruce* de una frontera. Como ha puesto de relieve la Abogada General en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>(21)</sup>: «no creo que el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía de la Unión esté siempre inextricable y necesariamente unido a la circulación física. Actualmente, existen además situaciones de ciudadanía en los cuales el elemento de circulación real o apenas se distingue o sinceramente no existe».

La misma abogada cita tres sentencias del Tribunal de Justicia en apoyo a su afirmación. El asunto *García Avelló* donde los progenitores eran españoles que se habían trasladado a Bélgica, pero sus hijos, Esmeralda y Diego (que tenían doble nacionalidad española y belga y cuyos controvertidos apellidos constituían el objeto del procedimiento) nacieron en Bélgica y, por lo que se deduce del informe para la vista, nunca abandonaron dicho Estado<sup>(22)</sup>. El asunto *Zhu y Chen*, donde Catherine Zhu había nacido en una parte del Reino Unido (Irlanda del Norte) y simplemente se trasladó dentro del Reino Unido (a Inglaterra). La normativa que concedía en aquel entonces la nacionalidad irlandesa a quien hubiera nacido en la isla de Irlanda (incluida Irlanda del Norte), conjuntamente con un buen asesoramiento jurídico, le permitieron basarse en la ciudadanía de la Unión para fundamentar un derecho de residencia en el Reino Unido para ella y su madre, de nacionalidad china, ya que, de otro modo, le habría sido imposible, siendo infante, ejercer de manera efectiva sus derechos como ciudadana de la Unión<sup>(23)</sup>. El asunto *Rottmann*, la nacionalidad crucial (alemana por naturalización, antes que su nacionalidad anterior austriaca, de origen) fue adquirida por el Dr. Rottmann después de trasladarse a Alemania desde Austria. Sin embargo, la sentencia no tiene en cuenta la circulación realizada con anterioridad, y examina únicamente los efectos *pro futuro* que tendría la pérdida de la nacionalidad

---

<sup>(21)</sup> Conclusiones de la Abogado General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, EU:C:2010:560, apartado 77.

<sup>(22)</sup> Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avelló*, C-148/02, EU:C:2003:539.

<sup>(23)</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639.

alemana, que habría convertido al Dr. Rottmann en apátrida<sup>(24)</sup>.

En el mismo sentido se había expresado con anterioridad otro Abogado General al afirmar que «no se debe circunscribir esta doctrina a las hipótesis en las que se ha circulado, pues también comprende aquellas en las que *se impide o se disuade de circular*, cuando los auxilios se destinan a formarse en otros Estados miembros, evidenciándose así la imprescindible conexión comunitaria para invocar el artículo 18 (TCE)»<sup>(25)</sup>. El derecho europeo «permanece al margen de la política de los Estados sobre las ayudas para estudiar en el extranjero, pero, si deciden otorgarlas, vigila que las condiciones impuestas para disfrutarlas no limiten indebidamente la libre circulación»<sup>(26)</sup>. En este sentido, el Tribunal de Justicia resolvió que los citados artículos 17 (TCE) y 18 (TCE), «se oponen, en circunstancias como las de los litigios principales, a un requisito según el cual, para poder obtener una beca para cursar estudios en un Estado miembro que no sea el de la nacionalidad de los estudiantes que la solicitan, dichos estudios han de ser continuación de los realizados durante al menos un año en el territorio del Estado miembro de origen de los estudiantes»<sup>(27)</sup>.

En el asunto *Ruiz Zambrano* la cuestión prejudicial que se plantea es sí el progenitor extranjero no comunitario de un niño nacional de un Estado miembro que no ha ejercido la libertad de circulación puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación<sup>(28)</sup>. EL Tribunal de Justicia reconoce que, la Directiva 2004/38/CE, no es de aplicación en base a dos consideraciones: de una parte, porque en su artículo 3 apartado 1 la misma establece que se aplicará a «cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado

<sup>(24)</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104.

<sup>(25)</sup> Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de marzo de 2007, C-11/06 y C-12/06, EU:C:2007:174, apartado 87. Sin resaltar en el original.

<sup>(26)</sup> Id., apartado 88.

<sup>(27)</sup> Sentencia de 23 de octubre de 2007, *Riannon Morgan c. Bezirksregierung Köln y Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, C-11/06 y C-12/06, EU:C:2007:626.

<sup>(28)</sup> Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124.

del que tenga la nacionalidad»; y, de otra parte, porque dentro de los familiares incluidos en su ámbito de aplicación material entran los ascendientes “a su cargo”, más no a la inversa, por lo que tampoco sería de aplicación a este supuesto. El fundamento de la sentencia se ubica entonces en el propio estatuto de ciudadano de la Unión cuya función es, como vimos, convertirse en el *estatuto fundamental* de los nacionales de los Estados miembros.

La sentencia recuerda que el artículo 20 (TFUE) se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de tales derechos y, en este sentido declara que las decisiones referentes a la denegación de un permiso de residencia o trabajo «privarían a los menores ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión»<sup>(29)</sup>.

En efecto, la denegación del permiso de trabajo o de la residencia en Bélgica de los Sres. Ruiz Zambrano tendría la consecuencia, como bien indica el Tribunal, que los menores se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión del que son ciudadanos. Siguiendo este razonamiento, y en consecuencia lógica, los referidos derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión pertenecen, según el Tribunal, a todos los ciudadanos comunitarios *sin más condiciones*.

En base a lo expuesto, se ha señalado que existen *de facto* «dos tipos de ciudadanos». El que tiene todos los derechos de la ciudadanía (porque «se ha movido» y aquel otro que es sólo potencialmente ciudadano («mientras no se mueva»). Situación confusa pues, efectivamente, desde el Tratado de Maastricht, la ciudadanía no requiere más condición que la de ser nacional de un Estado miembro (art. 20, TFUE). Para el Tribunal de Justicia, una situación como la del asunto *Ruiz Zambrano* «no es una mera situación que quede desprotegida automáticamente del Derecho de la Unión y, en este sentido, es el estatuto de ciudadanía el que va a darle cobertura, activando además la protección comunitaria de los derechos fundamentales»<sup>(30)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Id., apartado 44.

<sup>(30)</sup> A.P. ABARCA JUNCO, M.V. GÓMEZ-URRUTIA, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)*, cit., p. 14.

El problema de fondo que plantea el asunto *Ruiz Zambrano* es, como vemos, el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en una materia como es la libertad de circulación de personas y, en especial, su *superposición* con el ámbito interno de los Estados miembros. El criterio *expansivo* de aquella sentencia fue reacomodado en pronunciamientos posteriores. En el asunto *Shirley McCarthy*, un caso semejante (porque no se aprecia el ejercicio de la libre circulación) el Tribunal de Justicia sentencia que el artículo 21 (TFUE): «no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»<sup>(31)</sup>.

En ambos casos, el Tribunal de Justicia 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*. Ello 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 Unión<sup>(32)</sup>.

En el reciente asunto *Chávez-Vilchez y otros*<sup>(33)</sup>, el Tribunal de Justicia vuelve sobre la cuestión que tratamos al resolver una petición de interpretación prejudicial presentada en el marco de una serie de litigios entre, por una

---

<sup>(31)</sup> Sentencia de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, apartado 56.

<sup>(32)</sup> Ver D. MARÍN CONSARNAU, *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*, cit., p. 229.

<sup>(33)</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354.

parte, la Sra. H.C. Chávez-Vílchez y otras siete nacionales de países terceros, madres de uno o de varios hijos menores de edad de nacionalidad holandesa, de los que asumen el cuidado diario y efectivo, y, por otra parte, las autoridades competentes del Estado, *en relación con la denegación de sus solicitudes de prestación de asistencia social y de prestaciones familiares por no disponer de un derecho de residencia en los Países Bajos.*

3. — *Protección del interés superior del niño y residencia de ciudadanos de terceros países.*

Los ocho litigios principales que se tratan en el asunto *Chávez-Vílchez y otros* versan sobre las solicitudes de prestación de asistencia social (*bijstandsuitkering*) y de prestación familiar (*kinderbijslag*), presentadas ante las autoridades holandesas competentes con arreglo a la Ley sobre la asistencia social y a la Ley de prestaciones familiares, respectivamente, por nacionales de países terceros<sup>(34)</sup>. Esto es por madres de uno o varios menores de nacionalidad holandesa, cuyo padre comparte dicha nacionalidad. Todos esos menores han sido reconocidos por dichos padres pero viven principalmente con sus madres.

En todos los litigios aludidos, las solicitudes de prestación de asistencia social o de prestación familiar presentadas por las interesadas fueron denegadas por las autoridades competentes basándose en que, *al carecer de permiso de residencia, no tenían, en virtud de la normativa nacional, derecho a percibir tales prestaciones.*

En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente (*Centrale Raad van Beroep* o Tribunal Central de Apelación) se pregunta si las demandantes en los litigios principales, que son nacionales de países terceros, *pueden, como madres de un menor ciudadano de la Unión, beneficiarse de un derecho de residencia con arreglo al artículo 20 (TFUE) en las circunstancias específicas de cada una de ellas.* Considera que, de ser así, las demandantes podrían invocar las disposiciones

---

<sup>(34)</sup> En concreto se trata de dos madres de nacionalidad venezolana, dos surinamesas, una de la antigua Yugoslavia, una nicaragüense, una ruandesa, y una camerunesa.

de la Ley sobre la asistencia social y de la Ley de prestaciones familiares que permiten considerar nacionales holandeses a los extranjeros que residen de manera legal en los Países Bajos y percibir, en su caso, una prestación de asistencia social o una prestación familiar en virtud de dichas leyes, sin que se requiera a ese efecto ninguna resolución del Servicio de Inmigración y Naturalización de los Países Bajos que les conceda un permiso de residencia o les expida un documento que acredite la legalidad de su residencia.

Para llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional remitente invoca en su fundamento los ya citados asuntos *Ruij Zambrano* y *Dereci y otros*. En conformidad con dichos precedentes, se afirma, «se desprende que las demandantes en el litigio principal tienen un derecho de residencia basado en el artículo 20 [TFUE] que se deriva del derecho de residencia de sus hijos, que son ciudadanos de la Unión, siempre que se hallen en una situación como la recogida en dichas sentencias». Por lo tanto, es preciso determinar, en cada uno de los litigios principales, «si se dan circunstancias que obliguen efectivamente a esos menores a abandonar el territorio de la Unión si se deniega el derecho de residencia a sus madres»<sup>(35)</sup>. En consecuencia, se pregunta a los jueces de Luxemburgo qué importancia ha de atribuirse, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *al hecho de que el padre, ciudadano de la Unión, resida en los Países Bajos o en la Unión, considerada en su conjunto*.

La pregunta anterior se ve motivada en el hecho de que, en la práctica, diversos órganos administrativos holandeses interpretan las citadas sentencias *Ruij Zambrano* y *Dereci y otros*, de modo restrictivo y consideran que la jurisprudencia establecida en dichas sentencias sólo es aplicable en situaciones en las que el padre, conforme a criterios objetivos, no puede hacerse cargo del menor porque, por ejemplo, está en prisión, ingresado en una institución especializada o en un hospital, o ha fallecido. Fuera de estas situaciones, el progenitor nacional de un país tercero deberá probar de manera convincente que el padre no está en condiciones de hacerse cargo del hijo, ni siquiera con la ayuda, en su caso, de terceros. Según el órgano jurisdiccional remitente, esas reglas se derivan de la Circular sobre Extranjería.

---

<sup>(35)</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 33.

A lo expuesto se añade que, en todos los litigios principales citados, las autoridades holandesas involucradas no han considerado pertinentes ni el hecho de que el cuidado diario y efectivo del menor recayera sobre la madre, nacional de un país tercero, y no sobre el padre, ciudadano de la Unión, ni la naturaleza de los contactos entre el menor y su padre, ni en qué medida éste contribuía a la manutención y a la educación del menor, ni tampoco si el padre estaba dispuesto a hacerse cargo del menor. Asimismo, el hecho de que el padre no tuviera la guarda y custodia del hijo no se ha considerado pertinente porque no se ha demostrado de forma convincente que ésta no se le pudiera atribuir. El órgano jurisdiccional remitente, en definitiva, se pregunta si la nombrada jurisprudencia comunitaria debe interpretarse de un «modo tan restrictivo»<sup>(36)</sup>.

A su turno, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia en el sentido de que «los menores afectados por los litigios principales pueden, en su condición de nacionales de un Estado miembro, invocar, *también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen*, los derechos correspondientes a su estatuto de ciudadanos de la Unión, que les confiere el artículo 20 TFUE»<sup>(37)</sup>.

Asimismo, se reafirma que el citado artículo 20 (TFUE), se opone a me-

---

<sup>(36)</sup> En estas circunstancias, el *Centrale Raad van Beroep* (Tribunal Central de Apelación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes: «1) ¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que se opone a que un Estado miembro prive del derecho de residencia en dicho Estado miembro a un nacional de un país tercero encargado del cuidado diario y efectivo de su hijo menor de edad, que es nacional de dicho Estado miembro?, 2) ¿Resulta relevante para responder a esta cuestión el hecho de que la carga legal, económica o afectiva no recaiga por completo en este progenitor y, además, no se excluya que el otro progenitor, nacional del referido Estado miembro, pueda estar efectivamente en condiciones de hacerse cargo del menor?, 3) En este supuesto, ¿deberá acreditar el progenitor nacional de un país tercero que el otro progenitor no puede asumir la guarda y custodia del hijo, de suerte que éste se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si se denegara el derecho de residencia al progenitor nacional de un país tercero?».

<sup>(37)</sup> Sin resaltar en el original. Véase en este sentido las sentencias de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, apartado 48; de 15 de noviembre de 2011, *Derici y otros*, C-256/11, EU:C:2011:734, apartado 63, y de 6 de diciembre de 2012, *O. y otros*, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartados 43 y 44.

didadas nacionales, incluidas las decisiones que deniegan el derecho de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto»<sup>(38)</sup>.

En cambio, también recuerda el Tribunal de Justicia, las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún *derecho autónomo* a los nacionales de un país tercero. En efecto, los eventuales derechos conferidos a tales nacionales no son *derechos propios* de esos nacionales, sino *derechos derivados* de los que tiene el ciudadano de la Unión. La finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión<sup>(39)</sup>.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia hace notar que ya ha declarado que existen «situaciones muy específicas» en las que, pese a no ser aplicable el derecho derivado en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trate no haya ejercido su libertad de circulación, «debe reconocerse sin embargo un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de lo contrario se vulneraría el *efecto útil* de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto»<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Ver sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartado 42, y de 6 de diciembre de 2012, *O. y otros*, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 45.

<sup>(39)</sup> Ver sentencias de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartados 72 y 73, y de 13 de septiembre de 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, apartados 27 y 28.

<sup>(40)</sup> Sin resaltar en el original. Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 44; de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, C-256/11, EU:C:2011:734, apartados 66 y 67; de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 74, y de 13 de septiembre de 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, apartado 29.



Las situaciones mencionadas en el apartado anterior se caracterizan, siempre según los jueces de Luxemburgo, por el hecho de que, aun cuando se rigen por normativas que *a priori* son competencia de los Estados miembros. Es decir, normativas sobre el derecho de entrada y de residencia de nacionales de terceros países fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Derecho derivado de la Unión que contemplan, bajo determinadas condiciones, la atribución de ese derecho. Dichas situaciones están sin embargo intrínsecamente relacionadas con la libertad de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a dichos nacionales en el Estado miembro en el que reside ese ciudadano, para no menoscabar tal libertad<sup>(41)</sup>.

En el asunto *Chávez-Vílchez y otros*, sentencia el Tribunal de Justicia, en el supuesto de que la denegación de la residencia a los nacionales de terceros países de que se trata en los litigios principales obligase a los interesados a abandonar el territorio de la Unión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, de ello podría derivarse una restricción de los derechos que confiere a sus hijos menores el estatuto de ciudadano de la Unión y, en particular, del derecho de residencia, puesto que dichos hijos menores podrían verse obligados a acompañar a su madre y, por tanto, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. De este modo, «la eventual obligación de sus madres de abandonar el territorio de la Unión privaría a sus hijos menores del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que, sin embargo, les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión»<sup>(42)</sup>.

Es esta *relación de dependencia* entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia, asevera el Tribunal de Justicia, la que puede desvirtuar el «efecto útil de la ciudadanía de la Unión», dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la

---

<sup>(41)</sup> Ver sentencias de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 75, y de 13 de septiembre de 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, apartado 30.

<sup>(42)</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vílchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 65.

Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria<sup>(43)</sup>.

En el asunto, *Rendón Marín* los jueces de Luxemburgo ya habían hecho referencia a la necesidad de proteger el *nexo* entre el progenitor extracomunitario y el hijo ciudadano de la Unión. La negativa a permitir que el progenitor, nacional de un tercer Estado – afirmó entonces el Tribunal de Justicia – que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida «privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un menor implica necesariamente que éste tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste»<sup>(44)</sup>. Por lo tanto, el artículo 21 (TFUE) y la Directiva 2004/38, según el Tribunal de Justicia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la *denegación automática* de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión que está a su cargo y que reside con él en el Estado miembro de acogida, debido únicamente a que dicho nacional de un tercer Estado tiene antecedentes penales<sup>(45)</sup>.

Volviendo al asunto *Chávez-Vilchez y otros*, recuerda el Tribunal de Justicia que para apreciar el riesgo de que el menor de que se trate, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión y quede, de este modo, privado del *disfrute efectivo* del contenido esencial de los derechos que le confiere el artículo 20 (TFUE) si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión, es preciso determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál

---

<sup>(43)</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 45; de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, C-256/11, EU:C:2011:734, apartados 65 a 67, y de 6 de diciembre de 2012, *O. y otros*, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 56.

<sup>(44)</sup> Sentencia de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 51.

<sup>(45)</sup> Sentencia de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, cit., apartado 51.

es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una *relación de dependencia efectiva* entre éste y el progenitor nacional de un país tercero. Al examinar estos extremos, sentencia el Tribunal de Justicia, las autoridades competentes *«deben tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la referida Carta»*<sup>(46)</sup>.

De este modo, se introduce un criterio de interpretación fundamental para la aplicación, por parte de las autoridades nacionales, del estatuto de ciudadanía de la Unión. Criterio ya estipulado en la Convención de los Derechos del Niño (ONU) que tiende más a amplificar la protección antes que limitarla mediante interpretaciones restrictivas.

A efectos de esa apreciación, concluye el Tribunal de Justicia, la circunstancia de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello *«constituye un elemento pertinente, pero no suficiente por sí mismo para poder declarar que no existe entre el progenitor de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión si a ese nacional de un país tercero se le denegase el derecho de residencia»*<sup>(47)</sup>.

En efecto, una declaración de esas características debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de éste entrañaría para el equilibrio del menor<sup>(48)</sup>.

En cuanto a la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia respon-

---

<sup>(46)</sup> Sin resaltar en el original. Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vélchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 70.

<sup>(47)</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vélchez y otros*, cit., apartado 71.

<sup>(48)</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vélchez y otros*, loc. cit.

de que, el artículo 20 (TFUE) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro supedita el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de su cuidado diario y efectivo, a la obligación de que ese nacional aporte los datos que permitan acreditar que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Corresponde, no obstante, a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate proceder, basándose en los datos aportados por el nacional de un país tercero, *a las investigaciones necesarias para poder apreciar, a la luz del conjunto de circunstancias del caso concreto, si una decisión denegatoria tendría esas consecuencias*<sup>(49)</sup>.

Para terminar de ubicar en su contexto la relevancia de la jurisprudencia que acabamos de repasar, cerramos el análisis con referencias a la Directiva 2004/38/CE, sobre el 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.

#### 4. — *La Directiva 2004/38/CE.*

Como su propio título sugiere, esta disposición viene a refundir en un único instrumento jurídico toda la dispersión normativa que hasta el momento existía en torno al derecho de libre circulación y residencia<sup>(50)</sup>. En su redacción se sigue muchos de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia más relevantes sobre la materia.

Desde sus considerandos iniciales, la Directiva 2004/38/CE parte de la

---

<sup>(49)</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, cit., apartado 78.

<sup>(50)</sup> 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.

base de que la ciudadanía de la Unión confiere «un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación»<sup>(51)</sup>.

También se la define como una de las libertades fundamentales del mercado interior, que implica un «espacio sin fronteras interiores» en el que la libre circulación de personas estará garantizada con arreglo a las disposiciones del Tratado<sup>(52)</sup>. El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en «condiciones objetivas de libertad y dignidad», debe serle reconocido – se afirma – también a los miembros de su familia, «cualquiera que sea su nacionalidad»<sup>(53)</sup>. El disfrute de una residencia permanente para los ciudadanos de la Unión que hayan decidido instalarse de forma duradera en un Estado miembro de acogida «refuerza el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía de la Unión y es un elemento clave para promover la cohesión social, que figura entre los objetivos fundamentales de la Unión»<sup>(54)</sup>.

La Directiva 2004/38/CE da relevancia al ya comentado *elemento transfronterizo*. Se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se «traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia», que le acompañen o se reúnan con él<sup>(55)</sup>. En consecuencia, queda garantizado el «derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro», estableciéndose que a las personas que ejerzan este derecho «no se les podrá imponer ningún visado de salida ni obligación equivalente»<sup>(56)</sup>. Consiguien-

---

<sup>(51)</sup> Directiva 2004/38/CE, considerando 1. Coincidentemente en su considerando 11 se afirma que: «El derecho fundamental y personal de residencia en otro Estado miembro ha sido otorgado directamente a los ciudadanos de la Unión por el Tratado, y no depende de haber completado los procedimientos administrativos».

<sup>(52)</sup> Directiva 2004/38/CE, considerando 2.

<sup>(53)</sup> Directiva 2004/38/CE, considerando 5.

<sup>(54)</sup> Directiva 2004/38/CE, considerando 17.

<sup>(55)</sup> Artículo 3 «Beneficiarios».

<sup>(56)</sup> Artículo 4 «Derecho de salida».

temente, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, «los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido». A los ciudadanos de la Unión, de esta forma «no se les podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente»<sup>(57)</sup>.

En cuanto al *derecho de residencia*, la Directiva 2004/38/CE lo regula conforme al tiempo de permanencia en el Estado de acogida. Si la residencia alcanza un período de *hasta tres meses*, los ciudadanos de la Unión pueden permanecer en el territorio de otro Estado «sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos». Lo mismo para los miembros de la familia en posesión de un pasaporte válido que no sean nacionales de un Estado miembro y acompañen al ciudadano de la Unión, o se reúnan con él<sup>(58)</sup>. Pero no debe olvidarse que los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia indicado «mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida»<sup>(59)</sup>. Aún así, sin perjuicio de las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, «en ningún caso» podrá adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión o miembros de su familia si: a) los ciudadanos de la Unión son trabajadores por cuenta ajena o propia, o b) los ciudadanos de la Unión entraron en el territorio del Estado miembro de acogida para buscar trabajo. En este caso, los ciudadanos de la Unión o los miembros de sus familias no podrán ser expulsados mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> Artículo 5 «Derecho de entrada».

<sup>(58)</sup> Artículo 6 «Derecho de residencia por un período de hasta tres meses».

<sup>(59)</sup> Cfr. artículo 14.1 «Mantenimiento del derecho de residencia».

<sup>(60)</sup> Cfr. artículo 14.4 «Mantenimiento del derecho de residencia».

A diferencia del caso anterior, todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período *superior a tres meses* si: a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de «recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida», o c) está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y cuenta con un «seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia», o d) es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c)<sup>(61)</sup>.

El derecho de residencia, como ha señalado la doctrina<sup>(62)</sup>, no se ejerce entonces independientemente de la situación económica y la cobertura sanitaria y social, por lo que quedarían dos categorías fuera del derecho de residencia: una, los ciudadanos de la Unión que carezcan de recursos económicos suficientes y, otra, las personas excluidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

Los Estados miembros no podrán establecer un «importe fijo» correspondiente a lo que consideran «recursos suficientes», sino que tendrán que tener en cuenta la situación personal del interesado. En cualquier caso, según la Directiva 2004/38/CE, dicho importe no superará el nivel de recursos

---

<sup>(61)</sup> Artículo 7 «Derecho de residencia por más de tres meses».

<sup>(62)</sup> A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 148.

por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder asistencia social a sus nacionales o, cuando no pueda aplicarse tal criterio, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida<sup>(63)</sup>. Por otra parte, el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia «no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión»<sup>(64)</sup>. El Tribunal de Justicia tiene dicho, en este punto, que deberán aceptarse los recursos de una tercera persona<sup>(65)</sup>.

En opinión de la Comisión, los ciudadanos de la Unión tienen derecho a residir en el Estado miembro de acogida si ejercen en él una actividad económica. Los estudiantes y los ciudadanos de la Unión que no ejerzan tal actividad «deberán tener *suficientes recursos* para que ellos mismos y los miembros de su familia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de su residencia, y tener cobertura *sanitaria total*»<sup>(66)</sup>.

Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un *período continuado de cinco años* en el Estado miembro de acogida tendrán un

---

<sup>(63)</sup> Cfr. artículo 8.4 «Trámites administrativos para los ciudadanos de la Unión».

<sup>(64)</sup> Cfr. artículo 14.3 «Mantenimiento del derecho de residencia».

<sup>(65)</sup> Sentencia de 23 de marzo de 2006, *Comisión v. Bélgica*, asunto C-408/03, EU:C:2006:192. Afirma el Tribunal que «basta con que los nacionales de los Estados miembros «dispongan» de los recursos necesarios, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia. Esta interpretación se impone con mayor motivo si se tiene en cuenta que las disposiciones que consagran un principio fundamental como el de la libre circulación de personas deben interpretarse en sentido amplio» (apartado 40). La tesis contraria, sostiene el Tribunal, «constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y de residencia (...) puesto que no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido, a saber, la protección del erario de los Estados miembros» (apartado 41). En el mismo sentido, sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, apartado 30 ss.

<sup>(66)</sup> Cfr. apartado 2.3 en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: «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», ya citada, pág. 8. Resaltado en el original.



*derecho de residencia permanente* en éste. Dicho derecho no está sujeto a las condiciones previstas en los dos casos anteriores. Lo mismo para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida. La continuidad de la residencia no se ve afectada por «ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año, ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares, ni por ausencias no superiores a doce meses consecutivos por motivos importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, la realización de estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país». Una vez adquirido, el derecho de residencia permanente sólo se perderá por ausencia del Estado miembro de acogida durante más de dos años consecutivos<sup>(67)</sup>.

La Directiva 2004/38/CE también prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para «denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia»<sup>(68)</sup>. El *fraude* puede definirse como un engaño o artificio deliberado con el fin de obtener el derecho de libre circulación y residencia conforme a la citada Directiva. En el contexto de esta normativa, es probable que el fraude se limite a la falsificación de documentos o a la representación falsa de un hecho material referente a las condiciones vinculadas al derecho de residencia. En consecuencia, podrá denegarse, extinguirse o retirarse sus derechos en virtud de la Directiva 2004/38/CE a las personas a las que se haya expedido un documento de residencia a consecuencia de una conducta fraudulenta respecto de la que hayan sido condenadas<sup>(69)</sup>. Mientras que la constatación de que se trata de una práctica *abusiva* exige, en palabras de los jueces de Luxemburgo, «por un

---

<sup>(67)</sup> Artículo 16 «Norma general para los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia». No obstante en el artículo siguiente se establecen excepciones para los trabajadores que cesen su actividad en el Estado miembro de acogida y los miembros de sus familias.

<sup>(68)</sup> Artículo 35 «Abuso de derecho».

<sup>(69)</sup> Cfr. Sentencia de 5 de junio de 1997, *Kol*, C-285/95, EU:C:1997:280, apartado 29.

lado, que concurran una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa. Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención»<sup>(70)</sup>.

Los *matrimonios por conveniencia* son definidos en la Directiva 2004/38/CE como una relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia<sup>(71)</sup>.

Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Derecho originario y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la Directiva 2004/38/CE gozarán de *igualdad de trato* respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente<sup>(72)</sup>.

El principio de igualdad de trato, afirma el Tribunal de Justicia, constituye una expresión particular, «prohíbe las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, pero también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado»<sup>(73)</sup>.

Sin embargo, no se trata de un principio absoluto, en la misma sentencia citada, el Tribunal debe resolver si el Derecho de la Unión se opone a una normativa municipal, como la que es objeto del litigio principal, que prohíbe la admisión de personas que no residan en los Países Bajos en los *coffee shops* situados en el municipio de Maastricht. Esto es, si dicha normativa muni-

---

<sup>(70)</sup> Cfr. Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695, apartados 52-53.

<sup>(71)</sup> Cfr. Directiva 2004/38/CE, considerando 28.

<sup>(72)</sup> Cfr. artículo 24 «Igualdad de trato».

<sup>(73)</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Josemans*, asunto C-137/09, EU:C:2010:774, apartado 58.

pal constituye una restricción al ejercicio de libertades básicas como la libre circulación y, en su caso, si la citada medida puede estar justificada por el objetivo de la lucha contra el “turismo de la droga” y las molestias que éste conlleva, y, por último, si constituye una medida proporcionada a la luz de dicho objetivo. El Tribunal de Justicia concluye en que, no hay duda de que los objetivos citados constituyen un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión. Es innegable, sostiene, que la prohibición de admitir a no residentes en los *coffee shops*, es una medida que limita de manera sustancial el turismo de la droga y, en consecuencia, reduce los problemas ocasionados por éste<sup>(74)</sup>. Por lo tanto, el Tribunal encuentra que la restricción está justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

##### 5. — *Consideraciones finales.*

La Unión Europea es el único proceso de integración regional, al menos hasta hoy, donde la dinámica de la integración económica es convergente con la dinámica de la integración humana instrumentalizada esta última a través de la libre circulación de personas. En otras palabras, queda expresada tanto en un Mercado Común libre de barreras económicas – arancelarias, paraarancelarias, etc. –, como un espacio social común libre de controles fronterizos. Sin olvidar todos los conflictos *intra-bloque* que lo dicho genera, estamos frente a un avance de proporciones inimaginables apenas décadas atrás.

La integración europea ha logrado superar, como observamos, el enfoque económico que se le da a la circulación de personas anclando su fundamento, ya no en una libertad básica del Mercado Común, sino en el estatuto de ciudadanía de la Unión.

El diseño institucional de los procesos de integración regional, por otra

---

<sup>(74)</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Josemans*, cit., apartado 75.

parte, demuestra no ser ajeno a su éxito o fracaso, si observamos en el tiempo a las distintas experiencias integracionistas. La atribución de competencias a organismos supranacionales –lo cual permite su ejercicio común-, ha demostrado ser determinante para que la libre circulación de personas se consolide en la Unión Europea, por ejemplo, con la constitución del espacio Schengen.