

Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación*

Koen Lenaerts

Juez y Presidente de Sala del TJUE

José Antonio Gutiérrez-Fons

Letrado del TJUE, gabinete del Juez Koen Lenaerts

RESUMEN:

En la sentencia de 8 de marzo de 2011 en el asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), el TJUE declaró que, incluso en situaciones en las que no se ha producido ningún movimiento transfronterizo, «el artículo 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». A través de un análisis profundo de la evolución jurisprudencial del TJUE en lo relativo al ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la Ciudadanía de la Unión, intentaremos explicar por qué dicha sentencia constituye un hito en el proceso de integración europea. Lejos de ser una quinta libertad de circulación, la Ciudadanía de la Unión goza desde ahora de un espacio constitucional que le es propio en la medida en que confiere derechos a los ciudadanos europeos, sin que la existencia de un movimiento transfronterizo sea un prerrequisito para poder invocarlos. De ahí que la sentencia Ruiz Zambrano implique, como sugiere el título de este comentario, la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación.

ABSTRACT:

In Ruiz Zambrano (Case C-34/09, judgment of 8 March 2011), the European Court of Justice (the 'ECJ') held that, even in situations where there is no cross-border movement, 'Article 20 TFEU precludes national measures which have the effect of depriving citizens of the Union of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union'. By examining how the case law of the ECJ on the scope of application of the Treaty provisions on European citizenship has evolved, we attempt to explain why Ruiz Zambrano is an important landmark in the European integration process. Far from being a fifth fundamental freedom, European citizenship now enjoys its own constitutional space, given that it confers rights to European citizens upon which the latter may rely regardless of whether they 'move' or 'stand still'. Hence, Ruiz Zambrano has, as the title of this case note stresses, emancipated EU citizenship from the constraints inherent in its free movement origins.

* Los autores se expresan a título personal.

Palabras Clave: Ciudadanía de la Unión, situación puramente interna, elemento transfronterizo, discriminación inversa, disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión.

Keywords: European citizenship, purely internal situation, cross-border element, reverse discrimination, the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of the status of citizen of the Union.

Fecha recepción original: 7 de septiembre de 2011

Fecha aceptación: 27 de septiembre de 2011

SUMARIO

- I. EL MÉTODO TRADICIONAL DE ANÁLISIS
 - II. HECHOS DEL ASUNTO OBJETO DEL COMENTARIO—A) *La situación migratoria del Sr. Ruiz Zambrano*—B) *La prestación por desempleo*—C) *Las cuestiones prejudiciales y un análisis tradicional*
 - III. LAS TESIS ALTERNATIVAS DE LA ABOGADO GENERAL SHARPSTON—A) *La discriminación inversa*—B) *La importancia de la sentencia Rottmann*
 - IV. LA SENTENCIA RUIZ-ZAMBRANO—A) *El fallo*—B) *Comentario*
 - V. EL EPÍLOGO: McCARTHY
 - VI. CONCLUSIÓN
-

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano* (C-34/09)¹, constituye, sin duda alguna, un hito en el proceso de integración europea. Ello se debe a que, desde que el Tratado de Maastricht enmendase el Tratado CE mediante la introducción de las disposiciones relativas a la Ciudadanía Europea hasta la sentencia objeto del presente comentario, la aplicación de dichas disposiciones había *a priori* estado condicionada a la existencia de un «elemento transfronterizo». En otras palabras, en ausencia de libre circulación transfronteriza, los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión no podían aplicarse. Esto daba pie a una discriminación denominada «inversa» entre ciudadanos del mismo Estado miembro, a saber, entre ciudadanos que habían ejercido su derecho a la libre circulación y aquellos que no. Sin embargo, a la luz de *Ruiz-Zambrano*, el TJUE viene a decirnos que, incluso en situaciones en las que no se ha producido ningún movimiento transfronterizo:

«el artículo 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»².

El objeto del presente comentario radica, por un lado, en explicar como el TJUE llega a tal conclusión y, por otro, en tratar de determinar cuáles son las consecuencias de dicho fallo para el futuro desarrollo de la Ciudadanía de la Unión. El comentario se estructura en seis partes. En primer lugar, intentaremos clasificar los distintos supuestos en los que el TJUE ha identificado la existencia de un «elemento transfronterizo» que hace posible la aplicación de los artículos relativos a la Ciudadanía de la Unión (I). En este sentido, afirmaremos que el TJUE ha seguido una interpretación más bien laxa a la hora de calificar una situación de «transfronteriza». En segundo lugar, describiremos de forma concisa los hechos objeto del presente asunto, para luego analizarlos a la luz del enfoque tradicional que venía defendiendo el TJUE (II). En la tercera parte, resumiremos las dos tesis alternativas defendidas por la Abogado General SHARPSTON³. Según una primera tesis, el TJUE debería apostar por una lectura expansiva de la sentencia *Rottmann*⁴. De conformidad con la segunda tesis defendida por la Abogado General, la discriminación inversa resulta incompatible con la Ciudadanía de la Unión (III). En cuarto lugar, comentaremos la sentencia objeto del presente comentario desde una perspectiva contextual (IV). Así

¹ STJ, de 8.03.2011, as. *Ruiz-Zambrano* (C-34/09).

² *Ibid.*, apartado 42. Véase igualmente STJ, de 2.03.2010, as. *Rottmann* (C-135/08), apartado 42.

³ Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09), presentadas el 30.09.2010.

⁴ STJ, de 2.03.2010, as. *Rottmann* (C-135/08).

pues, argumentaremos que, de conformidad con la primera tesis de la Abogado General SHARPSTON, el fallo del TJUE en *Ruiz Zambrano* se basa en una lectura expansiva del enfoque defendido previamente en *Rottmann*. En lo que concierne al impacto de *Ruiz Zambrano* para el futuro desarrollo de la Ciudadanía de la Unión, veremos como la sentencia *McCarthy* viene a responder a algunas de las preguntas que *Ruiz Zambrano* dejó abiertas (V)⁵. Finalmente, y a modo de conclusión, expondremos por qué *Ruiz Zambrano* supone el punto de inflexión para la emancipación conceptual de la Ciudadanía de la Unión, en la medida en que ésta última ya no esté sometida a los límites inherentes a la libertad de circulación (VI).

I. EL MÉTODO TRADICIONAL DE ANÁLISIS

Tanto los artículos del Tratado relativos a las libertades de circulación (la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, la libre circulación de capitales) como aquellos relativos a la Ciudadanía de la Unión requieren, para su aplicación, la existencia de un «vínculo» («nexo» o «punto de conexión») con el Derecho de la Unión⁶. Si la situación es calificada de «puramente interna», dicho «vínculo» («nexo» o «punto de conexión») no existe. En consecuencia, las situaciones puramente internas están única y exclusivamente sometidas al derecho interno de cada Estado miembro. Por ejemplo, en el asunto *Saunders*, el TJUE determinó que «las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de los trabajadores no pueden aplicarse a situaciones puramente internas de un Estado miembro, es decir, cuando no exista ningún punto de conexión con alguna de las situaciones que contempla el Derecho [de la Unión]»⁷.

A tal respecto, cuando el Tratado de Maastricht introdujo las disposiciones del Tratado en materia de Ciudadanía de la Unión, nada cambió. En el apartado 23 de la sentencia *Uecker y Jacquet*, el TJUE fue muy claro al señalar 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] [...] Las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro

⁵ STJ, de 5.05.2011, as. *McCarthy* (C-434/09).

⁶ En lo relativo a la libre circulación de mercancías, véase, por ejemplo, STJ, de 18.02.1987, as. *Mathot* (98/86). En lo relativo a la libertad de trabajadores, véase, por ejemplo, STJ, de 27.10.1982, as. ac. *Morson y Jhanjan* (35/82 y 36/82). En lo relativo a la libertad de establecimiento, véase, por ejemplo, STJ, 3.10.1990, as. ac. *Nino y otros* (C-54/88, C-91/88 y C-14/89). En lo relativo a la libre prestación de servicios, véase, por ejemplo, STJ, de 9.09.1999, as. *RI.SAN.* (C-108/98). En lo relativo a la libre circulación de capitales, véase, por ejemplo, STJ, de 5.03.2002, as. ac. *Reisch y otros* (C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99). En lo relativo a la Ciudadanía de la Unión, véanse, por ejemplo, SSTJ, de 5.06.1997, as. ac. *Uecker y Jacquet* (C-64/96 y C-65/96); y de 25.07.2008, as. *Metock y otros* (C-127/08).

⁷ STJ, de 28.03.1979, as. *Saunders* (C-175/78), apartado 11.

en lo que respecta al Derecho de ese Estado están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste, por lo que deben ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado»⁸.

Según un sector de la doctrina, exigir un vínculo con el Derecho de la Unión para la aplicación de los artículos relativos a la Ciudadanía de la Unión no sería más que una expresión concreta del principio de atribución consagrado en el artículo 5 TUE. A modo de ejemplo, si el Derecho sustantivo de la Unión se aplicase a situaciones puramente internas (esto es, fuera de su ámbito de aplicación), los Estados miembros tendrían que adaptar sus políticas nacionales a la realización de objetivos que no están reconocidos como tales por el Derecho de la Unión, dando lugar a un resultado incompatible con el principio de atribución⁹. Además, la manera en que el TJUE define dicho vínculo tiene repercusiones importantes en el reparto de poderes entre los Estados miembros y la Unión¹⁰. Cuanto más laxo sea dicho vínculo, más amplio será el ámbito de aplicación del Derecho sustantivo de la Unión, y más escasas serán las situaciones en las cuales surja la discriminación inversa¹¹. Desde una óptica federal, cuando más laxa sea la forma en que el TJUE interprete dicho vínculo, mayor será el número de situaciones donde se impongan límites «negativos» a las competencias no atribuidas a la Unión que corresponden a los Estados miembros.

A la luz de su jurisprudencia, podemos afirmar que el TJUE ha optado por una interpretación amplia de las situaciones en las cuales existe un «vínculo» con el Derecho de la Unión. A modo de ilustración, nos gustaría citar cinco situaciones distintas donde el TJUE ha considerado que dicho vínculo existe:

En primer lugar, tanto las libertades fundamentales como las disposiciones del Tratado en materia de Ciudadanía de la Unión han sido aplicadas a situaciones donde un Estado miembro erige barreras internas a la libre circulación, lo que produce un aislamiento de una parte del territorio nacional respecto del resto¹². En segundo lugar, el TJUE ha seguido una interpretación amplia a la hora de evaluar los efectos disuasorios que una medida nacional puede producir en el ejercicio de las libertades fundamentales o de los derechos que otorga el estatuto de ciudadano europeo¹³. En tercer

⁸ STJ, de 5.06.1997, as. ac. *Uecker y Jacquet* (C-64/96 y C-65/96), apartado 23.

⁹ RITTER, C., «Purely internal situations, reverse discrimination, *Guimont, Dzodzi* and Article 234», *European Law Review*, n° 31, 2006, pp. 690-710.

¹⁰ LENAERTS, K., «Federalism and the rule of law: Perspectives from the European Court of Justice», *Fordham International Law Journal*, n° 33, 2010, pp. 1338-1387.

¹¹ Véase también, SARMIENTO, D., «Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española», *Revista Española de Derecho Europeo*, n°15, 2005, pp.375-411, especialmente p. 381.

¹² Véanse, por ejemplo, SSTJ, de 16.07.1992, as. *Legros e.a.* (C-163/90); y de 6.06.2000, as. *Angonese* (C-281/98).

¹³ Véanse, por ejemplo, SSTJ, de 11.07.2002, as. *Carpenter* (C-60/00); y de 9.01.2007, as. *Jia* (C-1/05).

lugar, resulta de una línea jurisprudencial consolidada que el Derecho de la Unión protege a ciudadanos que, habiendo ejercido su derecho a la libre circulación, regresan a su Estado miembro de origen¹⁴. En cuarto lugar, una persona puede invocar los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión otorga a otro individuo, quien es a su vez ciudadano de la Unión, siempre y cuando exista un «vínculo directo» entre la posición jurídica de la primera persona y los derechos subjetivos de ese otro individuo¹⁵. Finalmente, debemos señalar que las disposiciones del Tratado en materia de Ciudadanía de la Unión han sido aplicadas a situaciones donde no ha habido ningún movimiento físico transfronterizo. En la medida en que, como explicaremos más adelante, en *Ruiz Zambrano* no hubo ningún movimiento físico transfronterizo, nos parece oportuno ilustrar este tipo de situación mediante dos ejemplos.

En *García Avello*¹⁶, este señor, de nacionalidad española, y su mujer, la Sra. Weber, de nacionalidad belga, ambos residentes en Bélgica, decidieron aplicar la ley española a la hora de elegir los apellidos de sus dos hijos, esto es, sus hijos tendrían por apellidos «García Weber». Sin embargo, el Registro Civil Belga se opuso a dicha decisión, alegando que, en Bélgica, las personas llevan únicamente el apellido del padre. Al albergar dudas sobre la compatibilidad de dicha decisión administrativa con el Derecho de la Unión, el *Conseil d'État* belga decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial de conformidad con el artículo 267 TFUE. Ante el TJUE, Bélgica planteó una objeción de admisibilidad fundamentando que los hijos del Sr. García Avello eran dos ciudadanos belgas residentes en Bélgica, y por tanto la situación era puramente interna. Sin embargo, el TJUE rechazó dicha objeción. El TJUE sostuvo que los hijos del Sr. García Avello eran también dos ciudadanos españoles que residían legalmente en Bélgica¹⁷. A continuación, el TJUE consideró que la práctica administrativa controvertida era contraria a los artículos 18 y 20 TFUE, ya que causaba inconvenientes a menores con doble nacionalidad. Según el TJUE, «está claro que semejante disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado, derivados, en particular, de las dificultades para disfrutar en un Estado miembro cuya nacionalidad poseen de los efectos jurídicos de actos o documentos expedidos con un apellido reconocido en otro Estado miembro cuya nacionalidad también poseen»¹⁸.

¹⁴ Véanse, por ejemplo, SSTJ, de 11.07.2002, as. *D'Hoop* (C-224/98); de 9.11.2006, as. *Turpeinen* (C-520/04); y de 14.10.2008, as. *Grunkin y Paul* (C-353/06).

¹⁵ Véase, por ejemplo, STJ, de 12.07.2005, as. *Schempp* (C-403/03).

¹⁶ STJ, de 2.10.2003, as. *García Avello* (C-148/02).

¹⁷ *Ibid.*, apartados 27 y 28. En este sentido, véase STJ de 7.07.1992, as. *Micheletti y otros* (C-369/90), apartado 10 (donde el TJUE estimó que «no corresponde a un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado»).

¹⁸ *Ibid.*, apartado 36.

Por su parte, en *Zhu y Chen*¹⁹, el TJUE estimó que el artículo 21 TFUE impedía a las autoridades británicas llevar a cabo la deportación de la Sra. Chen, una ciudadana china que era la madre de Catherine Zhu, una ciudadana irlandesa menor de edad, y con suficientes recursos económicos para mantener a su hija y a sí misma. En este sentido, se desprende del fallo del TJUE que el hecho de que Catherine Zhu (quien había adquirido la nacionalidad irlandesa por el mero hecho de haber nacido en Irlanda del Norte) no hubiese nunca salido del Reino Unido no fue óbice para la aplicación del artículo 21 TFUE.

II. HECHOS DEL ASUNTO OBJETO DEL COMENTARIO

Los hechos en *Ruiz Zambrano* se desarrollan en torno a dos tipos de contenciosos que están, sin embargo, intrínsecamente ligados. Por una parte, el contencioso relativo a la situación migratoria del Sr. Ruiz Zambrano (A). Por otra parte, el contencioso relativo a la prestación por desempleo (B).

A) La situación migratoria del Sr. Ruiz Zambrano

El Sr. Ruiz Zambrano y su esposa son de nacionalidad colombiana. El 7 de abril de 1999, llegaron a Bélgica procedentes de Colombia, acompañados de su primer hijo. Una semana más tarde, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó asilo en Bélgica. Fundamentó su solicitud en la necesidad de huir de Colombia tras haber recibido amenazas de muerte de los paramilitares, haber presenciado ataques a su hermano y sufrido el secuestro de su hijo de tres años durante una semana en enero de 1999. El 11 de septiembre del mismo año, las autoridades competentes belgas denegaron la solicitud de asilo y dictaron una orden requiriéndole que abandonara Bélgica. Sin embargo, debido a la crítica situación existente en Colombia, una cláusula de *non-refoulement* fue añadida a dicha orden.

El 20 de octubre de 2000, el Sr. Ruiz Zambrano presentó una solicitud de regularización de su estancia. No obstante, dicha solicitud fue denegada mediante resolución de 8 de agosto de 2001, confirmada por la sentencia del *Conseil d'État* de 23 de marzo de 2003.

El 1 de septiembre de 2003, la esposa del Sr. Ruiz Zambrano dio a luz a su segundo hijo, Diego, que adquirió la nacionalidad belga en virtud del artículo 10, párrafo primero, del Código de nacionalidad belga²⁰, en la medida en que la ley colombiana no concede la nacionalidad a los nacidos fuera de territorio colombiano si sus progenitores no llevan a cabo expresamente los trámites necesarios para que la adquieran.

¹⁹ STJ, de 19.10.2004, as. *Zhu y Chen* (C-200/02).

²⁰ Con arreglo al artículo 10, párrafo primero, del Código de nacionalidad belga (Moniteur belge de 12 de julio de 1984, p. 10095), en su versión aplicable en el momento pertinente: «Son belgas, los nacidos en Bélgica y que, en cualquier momento antes de alcanzar la edad de 18 años, o de quedar emancipados, antes de esta edad, serían apátridas si no tuvieran esta nacionalidad».

El 9 de abril de 2004, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa presentaron una nueva solicitud de regularización de su estancia con arreglo al artículo 9, párrafo tercero, de la Ley de 15 de diciembre de 1980²¹, invocando como elemento nuevo el nacimiento de su segundo hijo y basándose en el artículo 3 del Protocolo n° 4 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales²² que a su juicio, obstaba a que se obligara a dicho menor a abandonar el territorio del Estado del que es nacional. Mediante resolución de 23 de julio de 2007, dicha solicitud fue declarada inadmisibile por *l'Office des Étrangers*. El Sr. Ruiz Zambrano interpuso un recurso de anulación contra dicha resolución ante el *Conseil du contentieux des étrangers*. Este último, mediante sentencia de 8 de enero de 2008, declaró dicho recurso sin objeto ya que *l'Office des Étrangers* había revocado la resolución impugnada.

El 26 de agosto de 2005, la esposa del Sr. Ruiz Zambrano dio a luz a su tercer hijo, Jessica, también de nacionalidad belga. Tal y como procedieron tras el nacimiento de Diego, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa presentaron el 2 de septiembre de 2005 una solicitud de residencia permanente basada en el artículo 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980²³, como ascendientes de un nacional belga. El 13 de septiembre de 2005, se expidió a cada uno de ellos un certificado de registro de residencia, que legalizaba temporalmente su estancia hasta el 13 de febrero de 2006. El 8 de noviembre de 2005, dicha solicitud fue rechazada, por considerar que el artículo 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 no podía ser invocado ya que, al no inscribir a su hijo ante las autoridades diplomáticas o consulares colombianas, el Sr. Ruiz Zambrano no había seguido los procedimientos establecidos por las leyes de su país. Frente a dicha resolución, el Sr. Ruiz Zambrano planteó un recurso de revisión, luego reconducido a recurso de anulación ante el *Conseil du contentieux des étrangers*.

²¹ El artículo 9 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en territorio belga, la estancia, la residencia permanente y la expulsión de extranjeros (Moniteur belge de 31 de diciembre de 1980, p. 14584), en su versión aplicable al litigio principal, dispone:

«Para poder residir en el Reino de Bélgica tras la expiración del plazo fijado en el artículo 6, el extranjero que no esté incluido en ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 10 deberá obtener una autorización del Ministro o la persona en quien delegue.

Salvo excepciones previstas por un tratado internacional, una ley o un real decreto, el extranjero deberá solicitar la mencionada autorización ante el puesto diplomático o consular belga competente por razón del lugar de su residencia o su estancia en el extranjero.

En circunstancias excepcionales, podrá presentarse la solicitud ante el alcalde del municipio en el que resida, el cual la remitirá al Ministro o la persona en quien delegue. En este caso, se expedirá en Bélgica».

²² El artículo 3 del Protocolo n° 4 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, titulado «Prohibición de la expulsión de los nacionales», dispone que: «1. Nadie podrá ser expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional. 2. Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional».

²³ El artículo 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 define la noción de «extranjero comunitario» y las personas que, con independencia de su nacionalidad, se le asimilan.

En sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno belga indica que, desde el 30 de abril de 2009, el Sr. Ruiz Zambrano tiene un derecho de residencia provisional, renovable salvo disposición en contrario, y que debería tener un permiso de trabajo tipo C con arreglo a las instrucciones de la Ministra de política de migración y de asilo, de 26 de marzo de 2009, relativas a la aplicación del antiguo artículo 9, párrafo tercero, y del artículo 9 bis de la Ley de 15 de diciembre de 1980.

B) La prestación por desempleo

A pesar de encontrarse en situación irregular, el Sr. Ruiz Zambrano celebró un contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo con la empresa Pastoria con efectos desde el 1 de octubre de 2001.

En octubre de 2005, el Sr. Ruiz Zambrano se encontró en situación de desempleo por razones objetivas, lo que le llevó a presentar la correspondiente solicitud de prestación por desempleo. Sin embargo, mediante resolución notificada al interesado el 26 de febrero de 2006, dicha solicitud fue denegada por *l'Office national de l'emploi* («l'ONem») notificada el 26 de febrero de 2006. Frente dicha resolución («primera resolución impugnada»), el 12 de abril de 2006, el Sr. Ruiz Zambrano interpuso un recurso ante el *Tribunal de travail* de Bruselas («el tribunal remitente»).

Con motivo de una investigación llevada a cabo el 11 de octubre de 2006 por *la direction générale du contrôle des lois sociales* en las instalaciones del empresario del Sr. Ruiz Zambrano, se comprobó que el interesado se encontraba trabajando. Debió abandonar el puesto de trabajo en ese mismo momento. Al día siguiente, el empresario del Sr. Ruiz Zambrano extinguió el contrato de trabajo con efectos inmediatos y sin indemnización. La solicitud presentada por el Sr. Ruiz Zambrano a fin de tener derecho a la prestación permanente por desempleo desde el 12 de octubre de 2006 fue desestimada por una resolución del ONem. Esta resolución («segunda resolución impugnada») fue también objeto de un recurso ante el tribunal remitente, interpuesto mediante demanda de 20 de diciembre de 2006.

Debemos señalar que, según consta en el auto del tribunal remitente, tanto la primera como la segunda resolución impugnadas se basan exclusivamente en que el período de ocupación cotizado requerido para tener derecho a la prestación por desempleo no se había cubierto respetando la normativa sobre la estancia de los extranjeros y la relativa a la contratación de trabajadores extranjeros.

C) Las cuestiones prejudiciales y un análisis tradicional

El tribunal remitente preguntaba, en esencia, si el Sr. Ruiz Zambrano, ciudadano colombiano en situación irregular en territorio belga, podía invocar los artículos del Tratado relativos a la ciudadanía de la Unión, en aras a obtener un derecho de residencia derivado en tanto padre de dos ciudadanos belgas. Obteniendo dicho derecho, el Sr. Ruiz Zambrano también pre-

tendía conseguir un permiso de trabajo al cual, como inmigrante irregular, no tenía derecho en Bélgica. El tribunal remitente quería igualmente saber si el Derecho de la Unión prohíbe la discriminación inversa, sugiriendo de forma implícita que la situación del Sr. Ruiz Zambrano podía calificarse de «puramente interna».

A nuestro entender, los hechos en *Ruiz Zambrano* pueden distinguirse de aquellos hechos analizados en el asunto *Zhu y Chen*. Es verdad que los hechos de ambos casos presentan tres elementos comunes: (1) Tanto Catherine Zhu como los hijos del Sr. Ruiz Zambrano son ciudadanos de la Unión menores de edad. (2) Cuando las cuestiones prejudiciales fueron planteadas, ni Catherine Zhu ni los hijos del Sr. Ruiz Zambrano habían ejercido su derecho a la libre circulación. (3) Finalmente, tanto Catherine Zhu como los hijos del Sr. Ruiz Zambrano eran dependientes de un ascendiente (madre o padre), nacional de un Estado tercero, que asumía su manutención. Sin embargo, mientras que Catherine Zhu es una ciudadana irlandesa que nació en el Reino Unido (Irlanda del Norte), los hijos del Sr. Ruiz Zambrano han nacido y residen en el Estado miembro del cual son nacionales.

Si el TJUE hubiese seguido su jurisprudencia clásica, la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano habría sido calificada de «puramente interna», al ser los hijos del Sr. Ruiz Zambrano dos ciudadanos belgas nacidos y residentes en Bélgica que nunca habían ejercido su derecho a la libre circulación. En efecto, de conformidad con este análisis tradicional, el TJUE se habría declarado incompetente para responder a las preguntas realizadas por el tribunal remitente. De esta forma, el hecho de que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano fueran víctimas de una discriminación inversa, no habría sido relevante²⁴.

III. LAS TESIS ALTERNATIVAS DE LA ABOGADO GENERAL SHARPSTON

En sus conclusiones, la Abogado General SHARPSTON invita al TJUE a que no califique la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano de «puramente interna», sino que más bien aplique los artículos del Tratado relativos a la Ciudadanía de la Unión. A tal efecto, la Abogado General aboga por una interpretación extensiva de la jurisprudencia *Rottmann*. De forma alternativa, y en el supuesto de que el TJUE calificase la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano de «puramente interna», la Abogado General entiende que el Derecho de la Unión se opone a la discriminación inversa.

En la medida en que el TJUE sigue, en esencia, la primera tesis de la Abogado General, creemos que, para comodidad del lector, es preferible explicar, en un primer lugar, la tesis de la Abogado General respecto de la discriminación inversa (A.), para después entrar a analizar tanto la tesis de la Abogado General como su respaldo por el TJUE (B.)

²⁴ Véase, por ejemplo, ATJ, 19.06.08, as. *Kurt* (C-104/08), apartado 23.

A) La discriminación inversa

1) Consideraciones generales

Según una jurisprudencia consolidada, las situaciones «puramente internas» se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión²⁵. Esto implica que, en ausencia de un vínculo con el Derecho de la Unión, un Estado miembro tiene la potestad de discriminar contra aquellos de sus ciudadanos que no hayan ejercido su derecho a la libre circulación. De conformidad con dicha jurisprudencia, el principio de atribución impediría la aplicación del Derecho de la Unión a situaciones que se encuentran confinadas, en todos los aspectos, a un solo Estado miembro. Además, podríamos decir que los Estados miembros han previsto suficientes medios políticos y jurisdiccionales para combatir esta diferencia de trato. Asimismo, los Estados miembros pueden actuar conjuntamente «en tanto miembros del órgano legislativo de la Unión para solucionar el problema de la discriminación inversa»²⁶.

Cuando existen medidas estatales que discriminan en contra de los ciudadanos de otros Estados miembros, estos últimos no disponen de medios políticos para intentar poner punto y final al trato discriminatorio que están sufriendo. Por el contrario, los nacionales, que se vean afectados por la discriminación inversa, gozan de medios políticos para acabar con dicha discriminación. En efecto, mediante el ejercicio de su derecho al sufragio, los nacionales de un Estado miembro pueden participar activamente en el proceso político, exigiendo responsabilidades políticas a los representantes que defienden medidas que dan lugar a desigualdades que afectan a un sector de la población. A título de ejemplo, cuando la discriminación inversa afecta a un gran número de ciudadanos, es muy difícil que ésta persista, debido a que los representantes políticos se doblegarán a la presión política y revisarán las medidas discriminatorias, adaptándolas a los deseos de la mayoría electoral. Sin embargo, ¿qué sucede si la discriminación inversa solo afecta a un número reducido de ciudadanos? Junto a la reacción en el plano político, cabrá también la reacción ante los tribunales nacionales esgrimiendo el Derecho interno, una solución ésta de especial interés en los supuestos en los que la discriminación afecta a una minoría de ciudadanos y se produce en el marco de un sistema que tiene un sesgo mayoritario²⁷. En este sentido, el TJUE ha señalado que «ante una cuestión de Derecho interno, incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar si éste genera una discriminación y si y en qué forma debe eliminarse»²⁸. Las víctimas de discrimi-

²⁵ STJ, de 28.03.1979, as. *Saunders* (C-175/78), apartados 9 y siguientes.

²⁶ VAN DER MEL, A. P. «Editorial: Combating reverse discrimination: who should do the job?» *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nº 16, 2009, pp. 379-382 (la traducción es nuestra).

²⁷ POIARES MADURO, M. «The Scope of European Remedies: The Case of Reverse Discrimination and Purely Internal Situations», en KILPATRICK, C., NOVITZ T., y SKIDMORE, P. (dir.) *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 117-140.

²⁸ STJ, de 16.06.1994, as. *Steen II* (C-132/93), apartado 10.

minación podrían invocar el principio de igualdad tal como viene recogido en las constituciones nacionales²⁹. Valgan aquí como referencia, a título de ejemplo, las soluciones adoptadas en Italia³⁰, Austria³¹ y Francia³². Además, el órgano jurisdiccional puede solicitar la asistencia del TJUE para solucionar asuntos donde el derecho nacional se opone a la discriminación inversa. En efecto, se desprende del asunto *Guimont*, que el TJUE no declarará inadmisibles las cuestiones referidas por un órgano jurisdiccional nacional en tanto y cuanto «no result[e] manifiesto que el Juez nacional no necesit[a] la interpretación del Derecho [de la Unión] solicitada. En efecto, tal respuesta podría serle útil en el supuesto de que, en un procedimiento como el de autos, su Derecho nacional concediera a un productor nacional los mismos derechos que el Derecho [de la Unión] reconoce a un productor de otro Estado miembro en la misma situación»³³.

Por lo tanto, el órgano nacional preguntará al TJUE si, en una situación transfronteriza, el Derecho de la Unión se opone a la normativa nacional impugnada. De ser así, el órgano nacional constatará la existencia de una discriminación inversa, y examinará si el Derecho nacional prohíbe este tipo de discriminación, y, en su caso, las consecuencias que se derivan de dicha prohibición. No obstante, como señala el Abogado General POIARES MADURO en sus conclusiones en el asunto *Carbonati Apuani*, a diferencia de los conflictos normativos entre el Derecho de la Unión y el derecho nacional, no todos los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para, en virtud del derecho nacional, inaplicar una norma legislativa que esté en conflicto con una norma constitucional, ni para invocar los principios de efectividad y equivalencia en aras a eliminar los obstáculos inherentes a la naturaleza misma de los ordenamientos jurídicos en cuestión³⁴.

Asimismo, ahí donde la Unión Europea goce de competencias legislativas, el legislador europeo tendrá la potestad de adoptar medidas de armonización que pongan un punto y final a situaciones que dan pie a una discrimi-

²⁹ POIARES MADURO, M. «The Scope of European Remedies: The Case of Reverse Discrimination and Purely Internal Situations», en KILPATRICK, C., NOVITZ T., y SKIDMORE, P. (dir.) *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 137 y siguientes.

³⁰ *Corte costituzionale*, sentencia No. 443 de 30.12.1997.

³¹ *Verfassungsgerichtshof Österreich*, sentencia No. G 42/99 y 135/99 de 9.12.1999 (cuyo fallo se basa principalmente en el artículo 7 de la Constitución Austriaca).

³² *Conseil d'État*, sentencia de 6.10.2008, *Compagnie des architectes en chefs des monuments historiques*, e.a. re. N° 310146. En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, véanse STC, de 25.04.2002, y su análisis por SARMIENTO, D., «Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 15, 2005, pp. 375-411.

³³ STJ, 5.12.2000, *Guimont* (C-448/98), apartado 23. Véanse también SSTJ, de 5.03.2002, as. ac. *Reisch y otros* (C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99), apartado 26; de 11.09.2003, as. *Anomar y otros* (C-6/01), apartado 41; de 30.03.2006, as. *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (C-451/03), apartado 29; de 5.12.2006, as. ac. *Cipolla y otros* (C-94/04 y C-202/04), apartado 30, y de 31.01.2008, as. *Centro Europa 7* (C-380/05), apartado 69.

³⁴ Conclusiones del Abogado General M. POIARES MADURO, as. *Carbonati Apuani* (72/03), presentadas el 6.05.2004, apartado 57.

nación inversa. Sin embargo, la acción legislativa no da más que una respuesta parcial al problema de la discriminación inversa, dado que las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación y a la Ciudadanía Europea pueden aplicarse a situaciones donde la Unión Europea carezca de competencias legislativas. Se desprende de una jurisprudencia consolidada que respecto de «las normas que [...] son competencia de los Estados miembros, estos, no obstante, deben respetar el Derecho [de la Unión] al ejercitar dicha competencia»³⁵. A modo de ejemplo, si bien es cierto que la Unión Europea no goza de competencia para armonizar las normas nacionales que rigen el apellido de una persona³⁶, en cuanto a las normas nacionales relativas a la fiscalidad directa,³⁷ o las normas nacionales que determinan los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo³⁸, «el hecho de que una materia sea competencia de los Estados miembros no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetar este último»³⁹. En consecuencia, podemos afirmar que no todo tipo de discriminación inversa puede resolverse mediante la adopción de normas legislativas de la Unión Europea.

2) Argumentos en contra de la discriminación inversa

Las críticas en contra de la actitud pasiva del TJUE respecto de la discriminación inversa han provenido tanto de la doctrina como de ciertos Abogados Generales⁴⁰. Éstos últimos entienden que la discriminación inversa por sí misma debería estar prohibida por los Tratados. Dicho de otra manera, un individuo debería tener la posibilidad de invocar el Derecho de la Unión para combatir la discriminación inversa, pese a que su situación fuese puramente interna.

³⁵ STJ, de 2.10.2003, as. *García Avello* (C-148/02), apartado 25. Esto es lo que LENAERTS, K. denomina «l'encadrement communautaire des compétences nationales» o «Framing the substantive and procedural law of the Member States». En este sentido, véanse LENAERTS, K., «Federalism and the rule of law: Perspectives from the European Court of Justice», *Fordham International Law Journal*, n.º 33, 2010, pp. 1338-1387, y LENAERTS, K. y BERNARDEAU, L., «L'encadrement communautaire de la fiscalité directe», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 43, 2007, pp. 19-110.

³⁶ STJ, de 2.10.2003, as. *García Avello* (C-148/02), apartado 25.

³⁷ STJ de 12.07.2005, as. *Schempp*, (C-403/03), apartado 19.

³⁸ STJ 12.09.2006, as. *España/Reino Unido*, (C-145/04), apartado 78.

³⁹ STJ, de 2.03.2010, as. *Rottmann* (C-135/08), apartado 41.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, NIC SHUIBHNE, N., «Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?», *Common Market Law Review*, 2002, n.º 39, pp. 731-771; TRYFONIDOU, A., «Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe», *Legal Issues of Economic Integration*, n.º 35, 2008, pp. 43-67; SPAVENTA, E., «Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects», *Common Market Law Review*, n.º 45, 2008, pp. 13-45; DAUTRICOURT, C. y THOMAS, S., «Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: all for Ulysses, nothing for Penelope?», *European Law Review*, n.º 34, 2009, pp. 433-454.

Para este sector de la doctrina, desde 1993 (cuando tuvo lugar la introducción de las disposiciones relativas a la Ciudadanía Europea), el TJUE ha interpretado de una forma un tanto laxa el vínculo «transfronterizo» que permite la aplicación del Derecho de la Unión. De esta forma, el TJUE ha evitado que surjan situaciones que dan lugar a una discriminación inversa. Sin embargo, pese a aplaudir los esfuerzos del TJUE para combatir dicho tipo de discriminación, estos autores afirman que la inercia expansionista, que ha caracterizado la postura del TJUE en lo relativo a la libre circulación de personas⁴¹, ha generado puntos de conexión con el Derecho de la Unión que son tenues e incluso artificiales, lo cual da pie a prácticas abusivas⁴². A su modo de entender, sería mejor que el TJUE adoptase una postura más clara y contundente frente a la discriminación inversa.

En un principio, la discriminación inversa servía para distinguir entre las personas que contribuían directamente al establecimiento y funcionamiento del mercado interior y aquellas que no. En efecto, en la medida en que las personas «estáticas» no participaban en el desarrollo del comercio intracomunitario, no había ninguna razón para que el entonces Derecho comunitario les protegiese⁴³. No obstante, cuando el Tratado de Maastricht enmendó el Tratado CE mediante la introducción de las disposiciones relativas a la Ciudadanía Europea, estos autores llegaron a opinar que dicha introducción supuso un nuevo paradigma según el cual el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros ya no era exclusivo de los operadores económicos que ejercían una actividad transfronteriza sino de todos los ciudadanos de la Unión⁴⁴. Este nuevo paradigma supone que los objetivos de la Unión Europea han evolucionado más allá del establecimiento y funcionamiento del mercado interior, de tal forma que la Unión Europea tiene como objetivo combatir toda clase de discriminación que resulte del proceso de integración⁴⁵. Así pues, si el TJUE se decantase por abandonar su postura clásica con respecto a la discriminación inversa, estaría redefiniendo el rol constitucional asignado a la Ciudadanía de la Unión. El artículo 20 TFUE trascendería la retórica de la integración económica, transformando en una realidad palpable «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»⁴⁶.

⁴¹ NIC SHUIBHNE, N., «Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?», *Common Market Law Review*, 2002, nº 39, p. 770.

⁴² TRYFONIDOU, A., «Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe», *Legal Issues of Economic Integration*, nº 35, 2008, p. 52.

⁴³ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁴ NIC SHUIBHNE, N., «Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?», *Common Market Law Review*, 2002, nº 39, p. 757 y siguientes.

⁴⁵ TRYFONIDOU, A., «Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe», *Legal Issues of Economic Integration*, nº 35, 2008, p. 61.

⁴⁶ Véanse, en particular, las SSTJ, 20.09.2001, as. *Grzelczyk* (C-184/99), apartado 31; de 17.09.2002, as. *Baumbast y R* (C-413/99), apartado 82; de 2.10.2003, as. *García Avello* (C-148/02), apartado 22; de 19.10.2004, as. *Zhu y Chen* (C-200/02), apartado 25, y de 2.03.2010, as. *Rottmann* (C-135/08), apartado 43.

3) Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON

Ruiz Zambrano no es el primer asunto donde la Abogado General SHARPSTON critica la postura tradicional del TJUE respecto de la discriminación inversa. Debemos referirnos, sobre todo, a sus conclusiones del asunto *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon*. En dicho asunto, la Abogado General sostuvo que en el ámbito de la libre circulación de personas, la jurisprudencia relativa a las barreras arancelarias internas debería aplicarse por analogía⁴⁷. Seguidamente, la Abogado General invitó al TJUE a que centrarse su análisis en «el estatuto de Ciudadano de la Unión». En primer lugar, la Abogado General entiende que el hecho de que una situación carezca de todo elemento transfronterizo no implica necesariamente que la situación sea «puramente interna» y que, por lo tanto, no exista ningún vínculo con el Derecho de la Unión. Por ejemplo, el artículo 157 TFUE, que consagra «el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor», se aplica, en la mayoría de los casos, a situaciones que son «puramente internas»⁴⁸. En segundo lugar, puso en duda la referencia al antiguo artículo 47 UE contenida en el apartado 23 de la sentencia *Uecker y Jacquet*⁴⁹.

Según la Abogado General, el antiguo artículo 47 UE solamente pretendía impedir que el acervo comunitario se viese afectado por las medidas adoptadas tanto bajo el segundo (la política exterior y de seguridad común, la «PESC») como bajo el tercer pilar (la cooperación judicial y policial en materia penal). Sería un error entender que dicha disposición pretendía evitar que ciertas partes del Tratado CE se vieran afectadas por otras partes del mismo Tratado, como los artículos sobre la ciudadanía, que fueron introducidos mediante enmiendas a ese mismo Tratado por el Tratado de Maastricht⁵⁰. En tercer lugar, la Abogado General observó que nada en el tenor del artículo 20 TFUE hace pensar que el «derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» deba ser interpretado como la «libertad para circular y luego residir» (esto es, que la libertad de residencia se deriva del ejercicio previo de la libertad de circulación). Al contrario, para la Abogado General, el artículo 20 TFUE puede ser interpre-

⁴⁷ Véanse las Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, as. *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon* (C-212/06), presentadas el 28.06.2007, apartado 122 y siguientes.

⁴⁸ *Ibid.*, apartado 135.

⁴⁹ La STJ, de 5.06.1997, as. ac. *Uecker y Jacquet* (C-64/96 y C-65/96), en su apartado 23, reza: «[...] procede señalar que la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo [17] del Tratado CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario. Por otra parte, el artículo [47] del Tratado de la Unión Europea prevé que ninguna disposición de dicho Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea sin perjuicio de las disposiciones por las que se modifican expresamente dichos Tratados».

⁵⁰ Véanse las Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, as. *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon* (C-212/06), presentadas el 28.06.2007, apartado 138.

tado de tal forma que sea posible ejercitar la libertad para «residir/seguir residiendo» sin ejercitar previamente el derecho a la libre circulación entre Estados miembros⁵¹. Partiendo de las conclusiones del Abogado General POIARES MADURO en *Carbonati Apuani*, donde este último sostuvo que «hoy en día entre los objetivos fundamentales de la [Unión] está claramente el de evitar crear cualquier discriminación como consecuencia de la aplicación de sus propias normas»⁵², la Abogado General SHARPSTON sostuvo que a la luz del artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (la «Carta») y del artículo 19 TFUE, «[l]a discriminación es, pues, generalmente percibida como algo repugnante y que debería estar prohibido»⁵³.

En *Ruiz Zambrano*, la Abogado General decidió aprovechar la ocasión para desarrollar su tesis. A la pregunta de si la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano entraba dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, la Abogado General invitó al TJUE a dar una respuesta afirmativa. En efecto, aunque la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano fuera calificada de «puramente interna», el artículo 18 TFUE, considerado en relación con el artículo 21 TFUE, prohíbe la discriminación inversa. Según la Abogado General, asuntos tales como *Carpenter*, *Zhu y Chen* y *Metock*, vendrían a sugerir que, al dar su respaldo a la postura tradicional respecto de la discriminación inversa, el TJUE estaría atrapado en un dilema de naturaleza constitucional. Por una parte, dichos casos generan inseguridad jurídica en áreas sensibles tanto del ordenamiento jurídico de la Unión como del de los Estados miembros ya que el fallo del TJUE en dichos asuntos se basa en una interpretación amplia e imprevisible del artículo 21 TFUE. Por otra parte, dicha interpretación del artículo 21 TFUE tiene por objetivo la protección de los derechos fundamentales, y en especial, del derecho al respeto de su vida privada y familiar, consagrado en el artículo 7 de la Carta.

En este sentido, la Abogado General SHARPSTON entiende que una postura más pro-activa y directa respecto de la discriminación inversa sería la solución perfecta al dilema de naturaleza constitucional que acabamos de mencionar, dado que pondría punto y final a la inseguridad jurídica que caracteriza dicha jurisprudencia sin que la protección de los derechos fundamentales se viese de ninguna manera afectada. Así pues, en el apartado 144 de las conclusiones de la Abogado General SHARPSTON, esta sintetiza la tesis alternativa que el TJUE debería aplicar respecto de la discriminación inversa:

«[...] el artículo 18 TFUE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la discriminación inversa causada por la interacción entre el artículo 21 TFUE y el Derecho nacional que entraña una infracción de un derecho

⁵¹ *Ibid.*, apartado 144.

⁵² Véanse las Conclusiones del Abogado General M. POIARES MADURO, as. *Carbonati Apuani* (72/03), presentadas el 6.05.2004, apartado 63.

⁵³ Véanse las Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, as. *Gouvernement de la Communauté française y gouvernement wallon* (C-212/06), presentadas el 28.06.2007, apartado 138. *Ibid.*, apartado 147.

fundamental protegido en virtud del Derecho comunitario, cuando no existe una protección al menos equivalente con arreglo al Derecho nacional»⁵⁴.

De conformidad con la tesis de la Abogado General SHARPSTON, deben cumplirse tres condiciones cumulativas: (i) la discriminación inversa surgiría únicamente en aquellos supuestos donde el Ciudadano de la Unión afectado reside en el Estado miembro del que es nacional⁵⁵; (ii) debe producirse una violación de sus derechos fundamentales, tal y como están garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esto quiere decir que no todo tipo de discriminación inversa entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión⁵⁶; (iii) las disposiciones del Tratado relativas a la Ciudadanía de la Unión solo serían de aplicación en tanto y en cuanto el ordenamiento jurídico del Estado miembro de origen no ofrezca una tutela judicial efectiva para poner fin a la discriminación inversa. Dicho de otro modo, el artículo 18 TFUE solo se podría esgrimir como un remedio subsidiario⁵⁷.

B) La importancia de la sentencia *Rottmann*

La sentencia del TJUE en el asunto *Rottmann* constituye, sin duda alguna, el punto de partida de la lógica argumentativa en la cual se basa tanto la primera tesis defendida por la Abogado General SHARPSTON como la sentencia del TJUE. En este sentido, creemos oportuno, en un primer lugar, analizar la sentencia *Rottmann* (1), para a continuación discutir la tesis de la Abogado General (2).

1) La sentencia *Rottmann*

Podríamos calificar la sentencia del TJUE en el asunto *Rottmann* como el advenimiento de una nueva etapa para la Ciudadanía de la Unión. En dicho asunto, el TJUE no trata de determinar la existencia de elementos que demuestren la naturaleza transfronteriza del caso de autos, sino que centra su análisis en «el estatuto de ciudadano de la Unión»⁵⁸. Los hechos de dicho asunto pueden resumirse de la siguiente forma:

En 1995, mientras era objeto de investigaciones criminales por las autoridades austriacas, el Dr. Rottmann, de nacionalidad austriaca, trasladó su domicilio a Alemania. Dos años más tarde, las autoridades austriacas dictaron una orden de detención en su contra. En febrero de 1999, el Dr. Rottmann adquirió la nacionalidad alemana por naturalización. Seguidamente, en agosto de ese mismo año, las autoridades austriacas informaron a sus homólogos alemanes sobre la orden de detención dictada en contra del Dr. Rott-

⁵⁴ Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09), presentadas el 30.09.2010., apartado 144.

⁵⁵ *Ibid.*, apartado 146.

⁵⁶ *Ibid.*, apartado 147.

⁵⁷ *Ibid.*, apartado 148.

⁵⁸ STJ, de 2.03.2010, as. *Rottmann* (C-135/08).

mann. A la vista de estas informaciones, las autoridades alemanas concluyeron que el Dr. Rottmann había ocultado que era objeto de diligencias judiciales en Austria y que, por consiguiente, había obtenido la nacionalidad alemana de manera fraudulenta. Así pues, mediante decisión de fecha 4 de julio de 2000 («la decisión impugnada»), las autoridades alemanas decidieron revocar, con efectos retroactivos, la nacionalidad alemana del Dr. Rottmann. Como consecuencia de dicha decisión, y en la medida en que la revocación de su nacionalidad alemana no suponía la recuperación de su nacionalidad de origen, el Dr. Rottmann adquirió la condición de apátrida. Por ello, éste último decidió entonces iniciar un proceso contencioso-administrativo ante los tribunales alemanes.

A título prejudicial, el Tribunal remitente preguntaba, «en esencia, si el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida de modo fraudulento mediante naturalización en la medida en que tal revocación priva al interesado de su estatuto de ciudadano de la Unión y de los derechos correspondientes, convirtiéndolo en apátrida, puesto que la adquisición de la nacionalidad de ese Estado miembro por naturalización supuso para la persona afectada la pérdida de la nacionalidad de su Estado miembro de origen»⁵⁹.

Todos los Gobiernos que habían presentado observaciones instaron al TJUE a que se declarase incompetente para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, al entender que las normas relativas a la adquisición y a la pérdida de la nacionalidad no pertenecían al ámbito de aplicación del derecho de la Unión, sino que eran competencia de los Estados miembros. Sin embargo, el TJUE, haciendo referencia a una reiterada jurisprudencia, sostuvo que «el hecho de que una materia sea competencia de los Estados miembros no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetar este último»⁶⁰. Para el caso de autos esto quería decir que, aunque el Estado miembro en cuestión sea competente para adoptar las normas relativas a la adquisición y a la pérdida de la nacionalidad que estime convenientes, siempre ha de hacerlo respetando el Derecho de la Unión.

Por otra parte, Alemania y Austria instaron al TJUE a que declarase inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, dado que todos los elementos del caso de autos se encontraban confinados a un solo Estado miembro, a saber, a Alemania. En efecto, en el momento en que la decisión impugnada fue adoptada, el Dr. Rottmann «era un nacional alemán, residente en Alemania, al que se dirigía un acto administrativo emanado de una autoridad alemana»⁶¹. Sin embargo, el Abogado General POIARES MADURO opinó que el TJUE debería de desestimar dicha objeción de

⁵⁹ *Ibid.*, apartado 36.

⁶⁰ *Ibid.*, apartado 41.

⁶¹ *Ibid.*, apartado

inadmisibilidad. En este sentido, centrando su análisis en «el origen de la situación del [Dr.] Rottmann»⁶², el Abogado General concluyó que «el ejercicio por el [Dr.] Rottmann de su derecho, como ciudadano de la Unión, a circular y residir en otro Estado miembro tuvo una incidencia en el cambio de su estado civil: debido a que trasladó su residencia a Alemania pudo cumplir los requisitos para adquirir la nacionalidad alemana, a saber, una estancia regular habitual en el territorio. La existencia de tal vínculo basta para admitir la conexión con el Derecho [de la Unión]»⁶³. Asimismo, el TJUE también desestimó la objeción formulada por Alemania y Austria. No obstante, a diferencia del Abogado General, la TJUE «no [tuvo] en cuenta la circulación realizada con anterioridad, y examin[ó] únicamente los efectos *pro futuro* que tendría la pérdida de la nacionalidad alemana, que habría convertido al Dr. Rottmann en apátrida»⁶⁴. En el pasaje crucial de la sentencia, el TJUE declaró que

«[e]s manifiesto que la situación de un ciudadano de la Unión que, como el demandante en el asunto principal, se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización adoptada por las autoridades de un Estado miembro que lo coloca, tras haber perdido la nacionalidad de origen de otro Estado miembro, en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo [20 TFUE] y de los derechos correspondientes está comprendida, por su propia naturaleza, en el ámbito del Derecho de la Unión»⁶⁵.

Al llegar a dicha conclusión, el TJUE subrayó, una vez más, que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»⁶⁶. En aras a transformar esta idea en una realidad palpable, el TJUE pone de relieve el «estatuto de ciudadano de la Unión» en cuanto tal y no la libertad de circulación. A la luz de *Rottmann*, aunque no haya movimiento físico transfronterizo alguno, una medida nacional que pueda acarrear la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión y de los derechos correspondientes, se sitúa dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la Ciudadanía de la Unión.

2) *Las conclusiones de la Abogado General SHARPSTON en Ruiz Zambrano*

La sentencia *Rottmann* no dio respuesta a la cuestión de si la ausencia de todo elemento transfronterizo impedía la aplicación del artículo 20 TFUE cuando una medida nacional no priva a un individuo de su estatuto de ciudadano de la Unión, pero, a efectos prácticos, produce el mismo efecto. Dicho de otra manera, ¿la argumentación que fundamenta el fallo en *Rottmann* está limitada a medidas estatales cuyo efecto es la privación legal del

⁶² Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO, as. *Rottmann* (C-135/08), presentadas el 30.09.2009, apartado 11.

⁶³ *Ibid.*, apartado 13.

⁶⁴ Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09), presentadas el 30.09.2010, apartado 68.

⁶⁵ STJ, de 2.03.2010, as. *Rottmann* (C-135/08), apartado 42.

⁶⁶ *Ibid.*, apartado 43.

estatuto de ciudadano de la Unión («privación *de iure*») o, además, deben incluirse medidas 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 («privación *de facto*»)? En el asunto *Ruiz Zambrano*, el TJUE no tuvo más remedio que responder a esta pregunta.

Debemos señalar que tanto todos los Estados miembros que habían presentado observaciones como la Comisión estimaron que la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano era «puramente interna»: los hijos del Sr. Ruiz Zambrano eran dos ciudadanos belgas que nunca habían abandonado Bélgica en aras a ejercer su derecho a la libre circulación. Sin embargo, como antes hemos señalado, la Abogado General no compartía la misma postura. A su entender, casos como *García Avello*, *Zhu y Chen*, y *Rottmann* demostraban que «existen [...] situaciones de ciudadanía en los cuales el elemento de circulación [...] apenas se distingue o sinceramente no existe»⁶⁷. Asimismo, criticó la postura tradicional del TJUE en dichos asuntos, alegando que «[e]l azar, más que la lógica, parecería regular el ejercicio de los derechos de ciudadanía de la UE»⁶⁸.

En lo que concierne al caso de autos, la Abogado General reconoció que, a diferencia de la decisión impugnada en *Rottmann*, la legislación belga en cuestión no privaba a los hijos del Sr. Ruiz Zambrano de su nacionalidad y, por consiguiente, de su estatuto de ciudadano de la Unión. Sin embargo, entendió que la deportación del Sr. Ruiz Zambrano a Colombia (o en su caso a cualquier Estado no miembro de la Unión Europea) implicaría que sus hijos se verían también obligados a abandonar el territorio de la Unión. La Abogado General SHARPSTON concluyó por tanto que «[en] la práctica, ello colocaría a los hijos del Sr. Ruiz Zambrano “en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por [su ciudadanía de la Unión] y de los derechos correspondientes”. De ello se deriva –como sucedió con el Dr. Rottmann– que la situación de los menores “está comprendida, por su propia naturaleza y sus consecuencias, en el ámbito del Derecho de la Unión”»⁶⁹.

Al igual que la situación de Catherine Zhu en *Zhu y Chen*, resultaría imposible para los hijos del Sr. Ruiz Zambrano ejercer sus derechos de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros sin contar con el apoyo de su padre⁷⁰. La Abogado General concluyó que el artículo 20 TFUE es de aplicación a situaciones como la de autos. Además, constató que la legislación belga en cuestión constituía una interferencia con los derechos de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano de circular y residir libremente

⁶⁷ Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09), presentadas el 30.09.2010., apartado 77.

⁶⁸ *Ibid.*, apartado 88.

⁶⁹ *Ibid.*, apartado 95.

⁷⁰ *Ibid.*, apartado 96.

en el territorio de los Estados miembros, que además no respetaba el principio de proporcionalidad⁷¹.

IV. LA SENTENCIA RUIZ-ZAMBRANO

A) El fallo

En *Ruiz Zambrano*, podemos decir que el TJUE siguió, en esencia, la primera tesis defendida por la Abogado General, al entender que el artículo 20 TFUE era aplicable a la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano.

Como observación preliminar, el TJUE constató que el artículo 3 de la Directiva 2004/38⁷², que define las personas que entran dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva, no era aplicable al caso de autos, ya que dicho artículo 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»⁷³. Seguidamente, el TJUE entendió que, dado que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano eran de nacionalidad belga, el artículo 20 TFUE les confiere el estatuto de ciudadano de la Unión⁷⁴.

Después de subrayar que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»⁷⁵, el TJUE estimó, en el pasaje crucial de la sentencia, refiriéndose a la sentencia *Rottmann*, que:

«el artículo 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»⁷⁶.

Para el caso de autos, esto suponía que la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal «efecto de privación»⁷⁷. Por lo tanto, se desprende del fallo del TJUE que el Sr. Ruiz Zambrano tenía un derecho de residencia derivado en Bélgica.

⁷¹ *Ibid.*, apartado 98 y siguientes.

⁷² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29.04. 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.

⁷³ STJ, de 8.03.2011, as. *Ruiz-Zambrano* (C-34/09), apartado 39.

⁷⁴ *Ibid.*, apartado 40.

⁷⁵ *Ibid.*, apartado 41.

⁷⁶ *Ibid.*, apartado 42.

⁷⁷ *Ibid.*, apartado 43.

B) Comentario

Aunque es muy pronto todavía para pronosticar cuál va a ser el impacto de la sentencia *Ruiz Zambrano* para el futuro desarrollo de la Ciudadanía de la Unión, nos gustaría, sin embargo, hacer las seis observaciones siguientes.

En primer lugar, se desprende de la sentencia *Ruiz Zambrano* que el artículo 20 TFUE se aplica a ciudadanos de la Unión que residen en el Estado miembro de su nacionalidad pero que nunca han ejercido su derecho a la libre circulación, en tanto y cuanto las medidas nacionales en cuestión tengan por efecto privar a esos ciudadanos del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión. A diferencia de la postura tradicional del TJUE, *Ruiz Zambrano* recalca que puede existir un vínculo con el Derecho de la Unión, aunque no exista movimiento físico transfronterizo alguno.

En segundo lugar, aunque el TJUE se refiera al «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión», creemos que la argumentación en la cual se basa el fallo del TJUE también es aplicable a medidas nacionales cuyo efecto es privar a un ciudadano de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de algunos, y no todos, los derechos conferidos por dicho estatuto. En efecto, la legislación belga en cuestión no privaba a los hijos del Sr. *Ruiz Zambrano* de, por ejemplo, su derecho a acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro.

En tercer lugar, *Ruiz Zambrano* demuestra que la Ciudadanía de la Unión ya no está limitada a la retórica pro-integracionista del mercado interior, sino que más bien se aproxima a la manera en la que los derechos humanos se aplican. En efecto, a la luz de *Ruiz Zambrano*, podemos afirmar que cualquier ciudadano de la Unión:

«tiene derecho a afirmar *civis europeus sum* [ante todos los Estados miembros, incluido el Estado miembro del que es nacional,] y a invocar [las disposiciones del Tratado relativas a la Ciudadanía de la Unión] para oponerse a cualquier [privación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión]»⁷⁸.

Al igual que los derechos humanos en sociedades democráticas, los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión actúan como una «sombra protectora» que protege a los ciudadanos de la Unión, independientemente de si estos se mueven o se quedan quietos. En consecuencia, el hecho de que la privación de estos derechos tenga lugar en ausencia de un elemento transfronterizo no tiene relevancia alguna.

En cuarto lugar, contrariamente a los análisis llevados a cabo en la sentencia

⁷⁸ Este párrafo se inspira de las Conclusiones del Abogado General F. JACOBS, as. *Konstantinidis* (C-168/91), presentadas el 9.12.1992, apartado 46.

Rottmann y en las conclusiones de la Abogado General SHARPSTON, el TJUE estimó que una medida nacional como la de autos se oponía al artículo 20 TFUE, y ello sin antes determinar si la dicha medida nacional era compatible con el principio de proporcionalidad. Esto no implica, sin embargo, que el núcleo argumentativo sobre el cual reposa la sentencia *Ruiz Zambrano* no de cabida al principio de proporcionalidad. A nuestro entender, los motivos por los cuales el TJUE no examinó la validez de la medida nacional en cuestión a la luz del principio de proporcionalidad yace en que Bélgica no aportó ninguna justificación al respecto, limitándose a sostener que el artículo 20 TFUE no era aplicable al caso de autos. Además, es muy difícil, por no decir imposible, que una medida nacional que cause la pérdida *de facto* del estatuto de ciudadano de la Unión pueda ser calificada de «proporcional», puesto que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»⁷⁹.

En quinto lugar, en situaciones confinadas a un solo Estado miembro, una interpretación *a contrario* de la sentencia *Ruiz Zambrano* nos viene a decir que, cuando una medida nacional *no* tenga 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», entonces no existirá ningún vínculo con el Derecho de la Unión. Dicha interpretación *a contrario* da lugar a dos preguntas distintas, aunque conexas entre sí.

La primera pregunta sería: ¿La expresión «medidas nacionales que tengan por efecto privar...» debe interpretarse como medidas nacionales que «puedan obstaculizar o hacer menos atractivo»⁸⁰ el ejercicio de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión (interpretación amplia); o, por el contrario, dicha expresión se refiere únicamente a situaciones donde se haya producido una pérdida *de facto* de alguno de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión (interpretación restrictiva)? Respecto de la segunda pregunta, ¿qué debemos entender por «la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión»?

Parece que la privación del disfrute efectivo de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión debe afectar a «la esencia» de dichos derechos. Sobra decir que si el TJUE adopta una interpretación restrictiva de la expresión «medidas nacionales que tengan por efecto privar...», en ese caso la palabra «esencia» perderá toda importancia, en la medida en que la pérdida *de facto* de uno de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión implica *necesariamente* que la esencia de dicho derecho se vea afectada. Por el contrario, la palabra «esencia» será de suma importancia, si el TJUE decide adoptar una interpretación amplia de la expresión «medidas nacionales que tengan por efecto privar...», ya que el

⁷⁹ *Ibid.*, apartado 41.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, STJ, de 31.03.1993, as. *Kraus* (C-19/92), apartado 32.

TJUE estará obligado a hacer la distinción entre las medidas nacionales que afectan la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión y las que no.

En sexto y último lugar, a diferencia de las conclusiones de la Abogado General SHARPSTON, el TJUE no abordó el problema de la discriminación inversa. A lo mejor, una vez establecido que la situación de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano no era «puramente interna», el TJUE estimó que no era necesario determinar el papel que juega la discriminación interna en el ámbito de la Ciudadanía de la Unión. Sin embargo, también es posible afirmar que, ante las dos tesis expuestas por la Abogado General, el TJUE prefirió la tesis que hace hincapié en el estatuto de ciudadano de la Unión sobre aquella fundamentada en la prohibición de la discriminación inversa. Anotamos que es cierto que, en *Ruiz Zambrano*, ambas tesis conducían al mismo resultado. Sin embargo, no siempre es así. Como demuestra la sentencia *McCarthy*, la discriminación inversa puede surgir en situaciones donde no exista una privación «a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión»⁸¹.

V. EL EPÍLOGO: McARTHY

La sentencia del TJUE en el asunto *McCarthy* reviste una gran importancia⁸². En dicho asunto, el TJUE aplicó, por primera vez, su nueva postura respecto de la Ciudadanía de la Unión, dando así respuesta a algunas de las preguntas suscitadas por la sentencia *Ruiz Zambrano*. Sobre todo, el TJUE esclarece cómo los artículos 20 y 21 TFUE se articulan así como la forma en que ha de interpretarse la expresión «medidas nacionales que tengan por efecto privar...».

Podemos resumir los hechos en el asunto *McCarthy* de la siguiente forma. La Sra. McCarthy era una ciudadana que ostentaba la doble nacionalidad británica e irlandesa, que había nacido y siempre había vivido en el Reino Unido, por lo que nunca había ejercido su derecho a la libre circulación. El 15 de noviembre de 2002, la Sra. McCarthy contrajo matrimonio con un nacional jamaicano que no poseía la correspondiente autorización de residencia en el Reino Unido conforme a la normativa sobre inmigración de ese Estado miembro. Por ello, para evitar su deportación, el 23 de julio de 2004, la Sra. y el Sr. McCarthy solicitaron al *Secretary of State* una autorización de residencia y una tarjeta de residencia de conformidad con el Derecho de la Unión, en calidad de ciudadana de la Unión y de cónyuge de una ciudadana de la Unión, respectivamente. Sin embargo, su solicitud fue denegada debido a que la Sra. McCarthy no era una persona económicamente activa ni con suficientes medios para subsistir al ser beneficiaria de prestaciones sociales. Ante dicha decisión, la Sra. y el Sr. McCarthy interpu-

⁸¹ STJ, de 8.03.2011, as. *Ruiz-Zambrano* (C-34/09), apartado 42.

⁸² STJ, de 5.05.2011, as. *McCarthy* (C-434/09).

sieron sendos recursos hasta llegar a la Corte Suprema del Reino Unido («el tribunal remitente») que planteó, en esencia, la siguiente cuestión prejudicial:

¿El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 o el artículo 21 TFUE son aplicables a la situación de 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 además tiene la nacionalidad de otro Estado miembro?

De ser así, el tribunal remitente también deseaba saber si dicho ciudadano de la Unión podía ser considerado como un ciudadano de la Unión que «ha residido legalmente» a efectos del artículo 16 de la Directiva 2004/38, pese a que no reunía los requisitos establecidos por el artículo 7 de dicha Directiva.

Al igual que hiciera en *Ruiz Zambrano*, el TJUE decidió, en primer lugar, determinar si la Directiva 2004/38 era aplicable a una situación como la de autos. Así, el TJUE estimó que un ciudadano de la Unión en una situación como la de la Sra. McCarthy no estaba incluido en el concepto de «beneficiario» a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38. Además, el TJUE entendió que una interpretación teleológica y contextual de dicho artículo de la Directiva 2004/38 también apuntaban a su inaplicabilidad. En este sentido, para el TJUE, la residencia de una persona que reside en el Estado miembro de su nacionalidad no puede estar sometida a condiciones, ya que esto sería contrario al principio de Derecho Internacional Público⁸³, reconocido por el Derecho de la Unión, que se opone a que un Estado miembro niegue a sus propios nacionales el derecho a entrar en su territorio y a residir en él⁸⁴, y se opone también a que ese Estado miembro expulse de su territorio a sus nacionales, o bien les deniegue, o someta a condición, su derecho a residir en ese territorio⁸⁵. Dado que la Directiva 2004/38 establece las condiciones de ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no puede aplicarse respecto de ciudadanos de la Unión que gozan de un derecho incondicional de residencia fundado en el hecho de que residen en el Estado miembro de su nacionalidad⁸⁶.

En lo que concierne a la aplicabilidad del artículo 21 TFUE, el TJUE estimó que el Derecho de la Unión no abarca «situaciones que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en

⁸³ Véase artículo 3 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁸⁴ Véanse SSTJ, de 4.12.1974, as. *Van Duyn* (41/74), apartado 22, y de 27.09.2001, as. *Barkoci y Malik* (C-257/99), apartado 81.

⁸⁵ Véanse SSTJ, de 7.07.1992, as. *Singh* (C-370/90), apartado 22, y de 11.12.2007, as. *Eind*, C-291/05, apartado 31.

⁸⁶ STJ, de 5.05.2011, as. *McCarthy* (C-434/09), apartado 34.

el interior de un solo Estado miembro»⁸⁷. Sin embargo, el TJUE señaló que «la situación de un ciudadano de la Unión que, como la Sra. McCarthy, no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, solo por esta razón, a una situación puramente interna»⁸⁸. Refiriéndose al pasaje clave de la sentencia *Ruiz Zambrano*, el TJUE recordó que «el artículo 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 ese estatuto»⁸⁹.

Sobra añadir que entre los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión se encuentra el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, consagrado en el artículo 21 TFUE.

Sin embargo, el TJUE entendió que «ningún aspecto de la situación de la Sra. McCarthy, según la describe el tribunal remitente, pone de manifiesto que la medida nacional objeto del litigio principal tenga como efecto *privarla* del disfrute efectivo de la esencia de los derechos inherentes a su estatuto de ciudadana de la Unión u *obstaculizar* el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, conforme al artículo 21 TFUE»⁹⁰. En efecto, el hecho de que las autoridades británicas no tomasen en cuenta la nacionalidad irlandesa de la Sra. McCarthy no tuvo ninguna repercusión en su derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea.

Seguidamente, el TJUE procedió a distinguir los hechos del caso de autos de aquellos examinados en *Ruiz Zambrano* y *García Avello*. A diferencia de *Ruiz Zambrano*, el TJUE constató que la decisión nacional impugnada en *McCarthy* no obligaba a la Sra. McCarthy a abandonar la Unión Europea⁹¹. En lo que concierne *García Avello*, el TJUE estimó que, en dicho asunto, lo que importaba no era tanto que la diversidad de los apellidos fuera consecuencia de la doble nacionalidad de los hijos del Sr. García Avello, «sino antes bien el hecho de que esa diversidad podía generar para los ciudadanos de la Unión afectados graves inconvenientes que constituían un obstáculo a la libre circulación, que solo podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas y fuera proporcionado al objetivo legítimamente perseguido»⁹². En consecuencia, la doble nacionalidad no es *per se* un punto suficiente de conexión con el Derecho de la Unión.

En definitiva, el TJUE declaró que la situación de una persona como la de la Sra. McCarthy no presentaba ningún vínculo o punto de conexión con el Derecho de la Unión y, por consiguiente, dio a entender que se trataba de una situación puramente interna.

⁸⁷ *Ibid.*, apartado 45.

⁸⁸ *Ibid.*, apartado 46.

⁸⁹ *Ibid.*, apartado 47.

⁹⁰ *Ibid.*, apartado 49 (la letra cursiva es nuestra).

⁹¹ *Ibid.*, apartado 50.

⁹² *Ibid.*, apartado 52.

A la luz de la sentencia *McCarthy*, una lectura conjunta de los artículos 20 y 21 TFUE sugiere que, para que una medida nacional entre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, dicha medida debe producir un «efecto de privación» o bien un «efecto de obstaculización». A nuestro entender, «el efecto de obstaculización» se refiere a la jurisprudencia tradicional según la cual la aplicación del Derecho de la Unión requiere la existencia de un vínculo transfronterizo. Así pues, para que una medida nacional produzca «un efecto de obstaculización» es necesario que exista un punto de conexión transfronterizo, pero no hace falta que la medida nacional impugnada cause la pérdida, *de iure* o *de facto*, de alguno de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión. En este sentido, a la luz de la sentencia *García Avello*, para que una medida nacional produzca «un efecto de obstaculización», solo es necesario que dicha medida produzca «serios inconvenientes» a los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión. Por el contrario, tal y como demuestra la sentencia *Ruiz Zambrano*, «el efecto de privación» no depende de la existencia de un vínculo o punto de conexión transfronterizo con el Derecho de la Unión, pero pone en primer plano los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión. Dicho de otra forma, «el efecto de privación» no requiere un punto de conexión transfronterizo, pero requiere que la medida nacional en cuestión produzca algo más que «serios inconvenientes». Por lo tanto, dicho efecto requiere una pérdida *de facto* de alguno de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión.

Por lo tanto, podemos afirmar que el efecto de privación y el efecto de obstaculización están sometidos a distintos requisitos. Sin embargo, ambos efectos no se excluyen mutuamente: nada impide que una medida nacional, que se aplica en un contexto transfronterizo, tenga por efecto la privación *de facto* de uno de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadano de la Unión. Este tipo de medida produciría pues ambos efectos a la vez.

Por otra parte, debemos señalar que, si bien es cierto que la sentencia *McCarthy* no hace ninguna referencia a la sentencia *Zhu y Chen*, esta omisión no debe de interpretarse como un signo de incoherencia jurisprudencial. Al contrario, una lectura atenta de la sentencia *Zhu y Chen* sugiere que esta última es coherente con la tesis mantenida en *McCarthy*. En efecto, en *Zhu y Chen*, la medida nacional impugnada de no haber sido inaplicada, habría producido «un efecto de privación». Al igual que en el caso del Sr. Ruiz Zambrano, la deportación de la Sra. Chen habría obligado a la pequeña Catherine Zhu a abandonar el territorio de la Unión. Efectivamente, la deportación de su madre habría tenido por «efecto privar a [Catherine Zhu, ciudadana de la Unión menor de edad,] del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión». En consecuencia, su nacionalidad irlandesa constituía un punto de conexión con el Derecho de la Unión, pero no porque se tratase de una ciudadana irlandesa residente en el Reino Unido, sino debido a que su nacionalidad irlandesa le daba acceso a los derechos conferidos por el estatuto de la Unión. En este sentido, la medida nacional en cuestión provoca la pérdida

de facto del derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión, consagrado en el artículo 21 TFUE.

Además, en lo que respecta la articulación entre los artículos 20 y 21 TFUE, debemos señalar que, en *Ruiz Zambrano*, el TJUE recurrió al artículo 20 TFUE para sostener que la Ciudadanía de la Unión se opone a medidas nacionales que produzcan un «efecto de privación» de alguno de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión. No obstante, en la sentencia *McCarthy*, el TJUE fundamentó la postura mantenida en *Ruiz Zambrano* refiriéndose al artículo 21 TFUE. Sin embargo, en la medida en que el artículo 21 TFUE se limita a concretar un derecho ya consagrado en el artículo 20, apartado 2, párrafo 1, TFUE, es posible mantener que el Artículo 21 TFUE se opone «a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia del derecho [a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros]»⁹³.

VI. CONCLUSIÓN

A la luz de las sentencias *Rottmann*, *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, podemos afirmar que las disposiciones del Tratado relativas a la Ciudadanía de la Unión son más que una «quinta libertad de circulación» que protege a personas económicamente inactivas que han ejercido su derecho a la libre circulación. A diferencia de las libertades fundamentales, un vínculo (o punto de conexión) con la Ciudadanía Europea puede existir pese a que la situación de autos no revista elemento transfronterizo alguno. «el artículo 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»⁹⁴, aunque dicha medida se aplique únicamente a ciudadanos que nunca hayan ejercido su derecho a la libre circulación. Además, la sentencia *McCarthy* pone de manifiesto que para que una medida nacional entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 21 TFUE, esta debe producir un «efecto de privación» o un «efecto de obstaculización». En este sentido, mientras que el «efecto de obstaculización» se enmarca en la retórica tradicional de la libre circulación, el «efecto de privación» responde a una lógica argumentativa que pone de relieve los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión. La sentencia *McCarthy* también sugiere que la postura defendida en la sentencia *Ruiz Zambrano* solo es aplicable cuando la medida nacional en cuestión cause una pérdida *de facto* de alguno de los derechos conferidos por el artículo 20, apartado 2, TFUE. En consecuencia, podemos llegar a la conclusión de que el TJUE ha optado por una interpretación restrictiva de la expresión «medidas nacionales que tengan por efecto privar...». A nuestro parecer, dicha interpretación es positiva, ya que de lo contrario el TJUE

⁹³ STJ, de 8.03.2011, as. *Ruiz-Zambrano* (C-34/09), apartado 42.

⁹⁴ *Ibid.*

correría el riesgo de suavizar excesivamente los requisitos necesarios para determinar la existencia de un vínculo o punto de conexión con el Derecho de la Unión, lo que a la larga repercutiría negativamente en el reparto vertical de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros.