

LA PROTECCIÓN DEL ESTATUTO DE  
CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EN LA ÚLTIMA  
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE):  
A PROPÓSITO DE LOS ASUNTOS  
*RENDÓN MARÍN* (C-165/14),  
*CHÁVEZ-VÍLCHEZ* (C-133/15)  
Y *TOUFIK LOUNES* (C-165/16)

THE PROTECTION OF THE STATUS  
OF CITIZENSHIP OF THE UNION  
IN THE LAST JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE  
OF THE EUROPEAN UNION (CJEU): IN PURPOSE  
OF THE MATTERS *RENDÓN MARÍN* (C-165/14),  
*CHÁVEZ-VÍLCHEZ* (C-133/15) AND *TOUFIK LOUNES* (C-165/16)

SORAYA ESPINO GARCÍA

Abogada. Doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho  
y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Educación a Distancia  
(UNED)<sup>1</sup>

**Resumen:** El TJUE en la Sentencia *Ruiz Zambrano* otorgaba, sobre la base del art. 20 TFUE, una «protección genuina» a los ciudadanos de la Unión, menores de edad, con respecto al Estado miembro de su nacionalidad sin haber ejercido previamente su derecho a la libre circulación y, por ende, los Estados no podían denegar el derecho de residencia a los nacionales de terceros países, progenitores

---

<sup>1</sup> El presente artículo se ha realizado con motivo de la elaboración de la tesis doctoral, dentro del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

de ciudadanos menores de ese Estado miembro. La jurisprudencia más reciente del TJUE, concretamente, los asuntos *Rendón Marín* (C-165/2014), *Chávez-Vílchez* (C-133/15) y *Toufik Lounes* (C-165/16), abordan la protección del estatuto de ciudadano de la Unión pero desde una nueva perspectiva y con nuevos matices y aportaciones interesantes, al no centrar tanto su razonamiento en el riesgo de expulsión, sino que, de un lado, atribuye a la aplicación del principio de interés superior del niño un carácter central en el examen de la problemática jurídica (asuntos *Rendón Marín* y *Chávez-Vílchez*) y de otro, reconoce un derecho derivado bajo el ejercicio de la libre circulación, al cónyuge de un ciudadano de la Unión que se muda a otro Estado miembro y en el que obtiene la nacionalidad (asunto *Toufik Lounes*).

**Palabras clave:** Ciudadanía de la Unión; menores de edad; progenitor nacional de tercer Estado; arts. 20 y 21 TFUE; derecho de libre circulación y residencia; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

**Abstract:** The CJEU in the *Ruiz Zambrano* Sentence granted, on the basis of art. 20 TFEU, a «genuine protection» to citizens of the Union, infant minors, with respect to the Member State of their nationality without having previously exercised their right to free movement and, therefore, the States could not deny the right of residence for third-country nationals, parents of infant minor citizens of that Member State. The most recent jurisprudence of the CJEU, specifically, the cases *Rendón Marín* (C-165/2014), *Chávez-Vílchez* (C-133/15) and *Toufik Lounes* (C-165/16), address the protection of the status of citizen of the Union but from a new perspective and with new nuances and interesting contributions, not focusing its reasoning on the risk of expulsion, but, on the one hand, it attributes to the application of the principle of the child's best interest a central character in the examination of the legal problematic (*Rendón Marín* and *Chávez-Vílchez* cases) and of another, recognizes a derived right under the exercise of free movement, the spouse of a Union citizen who moves to another Member State and obtains nationality (*Toufik Lounes* case).

**Keywords:** Citizenship of the Union; Infant minors; national parent of third State; arts. 20 and 21 TFEU; right of free movement and residence; Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU).

Recepción original: 13/02/2018

Aceptación original: 06/11/2018

**Sumario:** I. Introducción.—II. El asunto *Ruiz Zambrano* como punto de partida e innovación: la aplicación del estatuto de ciudadano de la Unión sin el ejercicio de la libertad de circulación.—II. Implicaciones de la sentencia.—III. Asunto *Rendón Marín*: condiciones en la aplicación de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*.—IV. La Sentencia *Chávez-Vílchez* y el retorno de la ciudadanía de la Unión.—V. La sentencia *Toufik Lounes*: doble nacionalidad de Estados miembros y ciudadanía de la Unión, ¿las dos caras de la misma moneda?—VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Tras la célebre sentencia en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>2</sup>, han tenido lugar con posterioridad, otros pronunciamientos muy recientes del TJUE en relación con la protección y configuración del estatuto de ciudadano de la Unión en situaciones y contextos, algunos de ellos, muy singulares, y que han venido a aportar una cierta remodelación, y por ende, consolidación de la protección jurídica del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la UE, unido, sin duda, al papel relevante que desempeñan los derechos fundamentales en dicha tutela, quizás con más determinación y claridad en ciertas cuestiones que en sentencias precedentes.

Para ello, en el presente trabajo se aborda, concretamente, el análisis de tres sentencias del TJUE dictadas casi de forma consecutiva en el último año y medio. El primero de los pronunciamientos a los que me voy a referir, es la STJUE de 13 de septiembre de 2016 en el asunto *Rendón Marín*<sup>3</sup>, un caso peculiar e interesante en relación a un progenitor, nacional de un tercer Estado, que ostenta la guardia y custodia en exclusiva de sus dos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión, uno de ellos nacional del Estado miembro de residencia y el otro, posee la nacionalidad de otro Estado miembro, y en cuyo contexto se planteó la situación en la que, la legislación nacional del Estado miembro en el que residían, deniega a dicho progenitor la concesión de una autorización de residencia debido a la existencia de antecedentes penales, hecho que podía llevar aparejada la obligación de que los hijos menores abandonasen, junto a su progenitor, el territorio de la Unión.

<sup>2</sup> STJUE de 8 de marzo de 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.

<sup>3</sup> STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Alfredo Rendón Marín y Administración del Estado*, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675.

El segundo de los casos, se refiere a la STUJE de 10 de mayo de 2017, en el asunto *Chávez-Vílchez y otros*<sup>4</sup>, en relación a varias madres, nacionales de un tercer Estado y en situación irregular, que asumen el cuidado diario y efectivo de sus hijos menores de edad, nacionales del Estado miembro en el que residen, y tras lo que se solicita una prestación de asistencia social y familiar, supeditadas lógicamente, a la residencia legal en el Estado miembro. A ello se añade el interrogante de si existe o no obligación de la madre, de demostrar la incapacidad del otro progenitor, nacional del Estado miembro en el que residen, para hacerse cargo del menor y sobre este hecho, considerar que la denegación de la residencia puede obligar al menor a abandonar el Estado miembro en el que reside o incluso, el territorio de la Unión.

En tercer y último lugar, y como cierre a este análisis, vamos a analizar la STJUE de 14 de noviembre de 2017, en el asunto *Toufik Lounes*<sup>5</sup>, en un supuesto de doble nacionalidad, concretamente, una ciudadana de la UE que adquiere la nacionalidad del Estado miembro de acogida conservando su nacionalidad de origen y tras contraer matrimonio, su cónyuge, nacional de un tercer Estado, solicita a través de esta nueva situación, un derecho de residencia, en dicho Estado miembro, como familiar de ciudadano de la Unión sobre la base de la Directiva 2004/38/CE<sup>6</sup>.

Estas tres sentencias, son clave para poder analizar si, en una comparativa con *Ruiz Zambrano*, el TJUE ha podido o no confirmar, desarrollar, aclarar y avanzar a través de su interpretación jurisprudencial, en la perspectiva del estatuto de ciudadanía de la Unión, así como en el alcance del derecho a la libre circulación y residencia dentro del marco jurídico de los arts. 20 y 21 TFUE, además de la Directiva 2004/38/CE. Como, merece especial atención, el hecho de recordar por parte del Tribunal de Justicia, que los nacionales de Estados terceros no ostentan derechos de residencia propios, sino que sus derechos derivan de los conferidos a los ciudadanos de la Unión. Con la excepción de los derechos directamente otorgados por el De-

---

<sup>4</sup> STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vílchez y otros*, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354.

<sup>5</sup> STJUE de 14 de noviembre de 2017, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862

<sup>6</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 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.

recho de la Unión Europea (UE), el nacional de un Estado tercero vinculado a un ciudadano de la Unión que hace uso de la libre circulación ejercerá sus derechos de residencia como consecuencia del derecho del ciudadano europeo. En este sentido, va a resultar igualmente interesante el hecho de analizar cómo en alguno de estos últimos pronunciamientos el Tribunal parezca otorgar un cierto nivel de protección de los derechos fundamentales como parte del contenido real de ese estatuto de ciudadanía de la Unión.

## II. EL ASUNTO *RUIZ ZAMBRANO* COMO PUNTO DE PARTIDA E INNOVACIÓN: LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE CIUDADANO DE LA UNIÓN SIN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Cada vez resulta más evidente, el elevado número de sentencias del TJUE que se pronuncian sobre el derecho de circulación y residencia de los nacionales de terceros países, a la vez, familiares de un ciudadano de la Unión. Esta materia, además de relevante, constituye también una perspectiva útil a la hora de analizar cómo el Tribunal de Justicia avanza o no en su labor interpretativa en cuanto a la configuración del estatuto de ciudadanía de la Unión se refiere. La sentencia *Ruiz Zambrano*, como supuesto paradigmático en el caso de unos menores, ciudadanos de la Unión, que no habían ejercido el derecho de circulación entre Estados miembros, representa una referencia importante en relación a la interpretación del Derecho de la Unión por parte del juez supranacional<sup>7</sup>.

Desde un planteamiento general, pero teniendo en cuenta el Derecho de la UE, lo que interesaba analizar en este caso, era el alcance de los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión, esto es, si las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía de la Unión conferían o no a los ascendientes, nacionales de un tercer Estado, que asumían la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, un derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores eran nacionales y residían, sin que además, hubiesen ejercido éstos su derecho a la libre circulación, al igual que si las

---

<sup>7</sup> Entre los autores que analizan la labor interpretativa del TJUE destacan, entre otros, DAWSON, M., «How does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice», en *European Law Journal*, Vol. 20, núm. 3, mayo 2014, pp. 423-435; BECK, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012; CONWAY, G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

mismas disposiciones otorgaban una exención del requisito de permiso de trabajo en dicho Estado miembro<sup>8</sup>. O dicho con otras palabras, lo que se trataba de saber era de un lado, si el Derecho de la Unión otorgaba o no al Sr. Ruiz Zambrano un derecho de residencia permanente con exención de permiso de trabajo bien de forma directa, es decir, sobre la base jurídica del Tratado, o sobre la base del derecho derivado interpretado a la luz de la conocida sentencia *Zhu y Chen*, y de otro, la posibilidad o no de aplicar el Derecho de la Unión con respecto a un posible derecho de residencia de los meno-

<sup>8</sup> La literalidad de las cuestiones prejudiciales era la que sigue:

«1. ¿Reconocen los artículos 12 TCE, 17 TCE y 18 TCE, o alguno o algunos de ellos, interpretados independiente o conjuntamente, al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad tiene este ciudadano, con independencia de que haya ejercitado o no previamente su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros?».

2. Los artículos 12 CE, 17 CE y 18 CE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales, ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho que reconocen, sin discriminación por razón de nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros implica, cuando el ciudadano sea un menor de corta edad a cargo de un ascendiente de un país tercero, que el disfrute del derecho de residencia de este menor, en el territorio del Estado miembro en el que reside y del cual tiene la nacionalidad, deba serle garantizado, independientemente del ejercicio previo por su parte o por mediación de su representante legal del derecho de circulación, atribuyendo a este derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fue reconocida por la jurisprudencia comunitaria [(sentencia *Zhu y Chen*)], mediante la concesión, al ascendiente nacional de un país tercero que tiene este menor a su cargo y que dispone de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, del derecho de residencia derivado del que gozaría este mismo nacional de un país tercero si el menor que tiene a su cargo fuera un ciudadano de la Unión que no tuviera la nacionalidad del Estado miembro en el que reside?».

3. Los artículos «Los artículos 12 [CE], 17 [CE] y 18 [CE], en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia de un menor, nacional de un Estado miembro, en el territorio del cual reside, debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente-nacional de un país tercero, que tiene su cargo este hijo menor y que cumpliría la condición de disponer de recursos suficientes y de estar cubierto por un seguro de enfermedad si el Derecho interno del Estado miembro en el que reside no exigiera un permiso de trabajo, ya que realiza un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social de dicho Estado miembro con el fin de atribuir al derecho de residencia de este hijo el efecto útil que la jurisprudencia comunitaria [(sentencia *Zhu y Chen*)], ha reconocido a un hijo menor, ciudadano europeo con nacionalidad diferente de la nacionalidad del Estado miembro en el que reside y que se encuentra a cargo de un ascendiente, nacional de un país tercero?».

res de edad, ciudadanos de la Unión, que nunca habían hecho uso de su derecho a la libre circulación en el territorio de los Estados miembros, incluso planteando el supuesto de que se tratase de una situación puramente interna.

## II.1. Implicaciones de la sentencia

Recordemos que la situación que acontecía en el asunto *Ruiz Zambrano* presentaba un carácter excepcional, por el alcance que adquiere el derecho de residencia de los nacionales de un tercer Estado, a su vez progenitores de unos menores ciudadanos de la Unión, sin que éstos últimos hubiesen salido del Estado miembro en el que nacieron y residían. El TJUE descartó en este caso la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, pues como sabemos, se aplica al ciudadano de la Unión que «*se traslade a, resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia*»<sup>9</sup>. En este sentido, no nos encontramos ante tal contexto ya que, no sólo no se ha ejercido la libertad de circulación por parte de los menores ciudadanos de la Unión sino que, además, la Directiva comprende exclusivamente a los ascendientes que dependan del ciudadano de la Unión y no la situación inversa, como es el caso que aquí nos ocupa.

Sin embargo, pese a no aplicarse la Directiva 2004/38/CE, el TJUE observa que la protección del derecho a la libre circulación y residencia, reconocido por los arts. 20 y 21 TFUE, impone eliminar todo obstáculo al ejercicio del mismo. De ahí que, entre sus argumentos, llegue a considerar que el art. 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, por lo que, al tener la nacionalidad belga, los hijos del Sr. Ruiz Zambrano tienen derecho a este estatuto de «*manera incontestable*»<sup>10</sup>, como así subrayó igualmente en los asuntos *García Avelló* y *Zhu y Chen*. De hecho, reitera nuevamente la fórmula utilizada en pronunciamientos anteriores: 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>.

Además, recuerda que el Derecho de la Unión, concretamente el art. 20 TFUE, se opone a medidas nacionales que tengan por efecto

<sup>9</sup> Art. 3.1. de la Directiva 2004/38.

<sup>10</sup> Numeral 40 del asunto *Ruiz Zambrano*.

<sup>11</sup> Numeral 41 del asunto *Ruiz Zambrano*. Esta misma fórmula se puso de manifiesto en los asuntos *Grzelczyk*, *Baumbast*, *García Avello*, *Zhu y Chen* y en *Rottmann*.

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*, así que la negativa de conceder un permiso de residencia a un nacional de un tercer Estado, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, a su vez, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto. La denegación del permiso de residencia tendría como consecuencia que los menores, ciudadanos de la Unión, se verían obligados a abandonar el territorio de la UE para acompañar a sus progenitores; por ende, el hecho de no conceder un permiso de trabajo al progenitor, éste corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades así como las de su familia, con el consiguiente efecto de que sus hijos, ciudadanos de la Unión, también tendrían que dejar su país de residencia. En tales circunstancias, los menores se encontrarían en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión<sup>12</sup>. Sobre esta argumentación, el TJUE falla de forma inédita hasta el momento, que el Derecho de la Unión, concretamente el art. 20 TFUE, se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, que son ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, a que deniegue a dicho nacional de un tercer Estado un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.

La aplicación del estatuto de ciudadano de la Unión sin haber ejercido la libre circulación es uno de los razonamientos más sugerentes que se aplican en esta sentencia. De sobra conocemos que, en la definición del alcance del derecho de libre circulación y residencia cobra relevancia el elemento transfronterizo, donde la invocación de esta libertad, requiere de algún tipo de circulación entre los Estados miembros. Por lo tanto, queda desplazada con esta sentencia, la idea de que el derecho de la Unión no se aplica a las cuestiones meramente internas y, por ende, no se aplica el estatuto de ciudadanía si no se ejerce el derecho a la libertad de circulación, es decir, sin movimiento transfronterizo<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Numeral 44 del asunto *Ruiz Zambrano*.

<sup>13</sup> ABARCA JUNCO, A.P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «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* (REEI), núm. 23, 2012, p. 11.

Para el TJUE, la ciudadanía de la Unión exige que un Estado miembro autorice a dos nacionales de un tercer Estado a residir y trabajar en aquél, en la medida en que una denegación privaría a esos menores del disfrute de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la UE, una exigencia que es igualmente válida cuando ninguno de los menores ha ejercido el derecho a la libre circulación en el territorio de los Estados miembros: es aquí donde reside la innovación con respecto a los pronunciamientos anteriores, pues recordemos que hasta ahora, no se había aplicado el estatuto de ciudadanía de la Unión sin movimiento transfronterizo. Aunque los derechos de los ciudadanos «dinámicos» de la Unión (esto es, ejercieron la libertad de circulación) se han ampliado considerablemente de acuerdo con la jurisprudencia de Tribunal, los ciudadanos de la Unión «estáticos» (no se mueven, aunque residen en el Estado miembro del que es nacional) aún estaban condenados a sufrir cierta «desconsideración» por parte del respectivo Estado, cuestión que podríamos decir, cambia con *Ruiz Zambrano*.

Indudablemente, la doctrina *Zambrano* constituye el mayor punto de apertura en relación a esta materia<sup>14</sup> e incluso lo seguimos considerando como un caso verdaderamente novedoso hasta el momento, en referencia a la extensión de los efectos de la ciuda-

<sup>14</sup> La relevancia e impacto del caso *Ruiz Zambrano* en el ámbito del estatuto de ciudadanía de la Unión ha sido tal que, algunos autores lo llegan a calificar como «*it's unsurprising, then, that the Zambrano case would become such as bombshell in EU citizenship debates*», en OLSEN ESPEN, D. H., «European Citizenship: Toward Renationalization or Cosmopolitan Europe?», en *The Reconceptualization of European Union Citizenship* (Leiden and New York: Martinus Nijhoff), editado por Elspeth Guild, D. Kostakopoulou and C. Gortazar, 2014, p. 353. Igualmente importante, LENAERTS, K., «EU citizenship and the European Court of Justice's 'stone-by-stone' approach», *International Comparative Jurisprudence* 1 (2015). E. GUILD, «The Court of Justice of the European Union and Citizens of the Union: A Revolution Underway? The Zambrano judgment of 8 March 2011», EUDO citizenship forum, disponible en: <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-new/453-the-court-of-justice-of-the-european-union-and-citizens-of-the-union-a-revolution-underway-the-zambrano-judgment-of-8-march-2011>

Este último autor, tilda esta sentencia de revolucionaria. Además, ver *in extenso* a PIZZOLO, C., «The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU», en ARNOLD, R. y COLCELLI, V., *Private law instruments as way of EU regional integration*, Universitaetsverlag Regensburg, Regensburg, 2014. También en referencia a *Ruiz Zambrano*, DÜSTERHAUS, D., «Union citizenship after Ruiz Zambrano or how many rights are there in a status?», *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*; Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez Navarro, Javier Frutos Miranda (coords.), *La Ley*, Madrid, 2012, esp. pp. 461-489; SILVEIRA, Alessandra «Cidadania e jusfundamentalidade na UE- do argumento de James Madison à jurisprudência Zambrano», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Vol. III, 2012, pp. 939-97.

danía de la Unión, a pesar de que parte de los Gobiernos de los Estados miembros y la Comisión Europea alegaron que una situación como la del segundo y tercer hijos del Sr. Ruiz Zambrano no estaba incluida entre las situaciones previstas por las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión, en la medida en que los menores que residían en el Estado miembro, y del que eran nacionales, nunca habían abandonado dicho Estado, y en este sentido, las disposiciones del Derecho de la Unión no eran de aplicación al litigio principal. Evidentemente, con esta alegación lo que se reivindicaba era el carácter estatal del litigio.

En este orden de cosas, el art. 20 TFUE y el estatuto de ciudadanía de la Unión, permitieron a un nacional de un tercer Estado, padre de unos niños de corta edad y de nacionalidad belga, permanecer en el Estado miembro del que los menores eran nacionales y obtener un permiso de residencia, pues privar al padre de ese permiso hubiese implicado con toda probabilidad para los niños, abandonar la Unión Europea (retornar a Colombia) y la imposibilidad de gozar de su estatuto de ciudadano de la Unión. En esta situación, era lógico que la balanza se inclinara hacia esa toma de esa decisión ya que estaba en juego la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión. Esta es la premisa que el Tribunal quiere «custodiar» como principio que ya venía proclamando en pronunciamientos anteriores, pero en este caso, añade un plus de protección por tratarse de menores de corta edad y ciudadanos de la Unión, aunque, al fin y al cabo, ello le llevara a invadir una competencia que en principio parece ser nacional, lo que demuestra una vez más, el carácter excepcional de la solución.

Ahora bien, ello no impide que igualmente sea crítica con los razonamientos que sigue el TJUE en su sentencia por la escasa justificación al reconocimiento de tal derecho. Hubiera merecido la ocasión, definir y delimitar las situaciones puramente internas en este contexto y razonar con algo más de detalle su excepción con este caso: a pesar de que son situaciones jurídicas que formalmente no tienen ningún elemento de vinculación con el Derecho de la Unión, por desarrollarse totalmente dentro del sistema jurídico del Estado miembro, puede ocurrir que se establezca un régimen especial y diferenciado, con motivo de una realidad más vinculada a la aplicación del Derecho de la Unión, en este caso, al tratarse de unos menores ciudadanos de la Unión que pueden verse privados por una decisión estatal, del disfrute de sus derechos que como tales le confiere su estatuto. Por lo tanto, parece obvio considerar que el *quid* de su decisión se fundaba en el hecho de que los ciudadanos de la

Unión eran menores de edad que dependían de sus progenitores, cuya situación exigía una mayor tutela, con la consiguiente protección del respectivo estatuto. De cualquier forma, el Tribunal no se detiene a *grosso modo* a fundamentar una delimitación de dichas situaciones, más bien, el trayecto interpretativo en esta cuestión ha sido exiguo y parco en contenido, dejando en el camino otros aspectos no menos importantes para la configuración de la ciudadanía de la Unión entre ellos, la reconceptualización, a partir de este caso, de la ciudadanía europea, la conexión o no con las situaciones puramente internas así como el tratamiento específico del Derecho de la Unión en estos casos, e igualmente, la posibilidad del reconocimiento de los derechos que se desprenden necesariamente de la ciudadanía de la Unión sin obviar, la incidencia de los derechos fundamentales en el estatuto de ciudadanía de la Unión<sup>15</sup>.

Hubiera sido una excelente ocasión para que el TJUE hubiese aprovechado la coyuntura y adoptar una posición que arrojara más claridad a la configuración del estatuto de ciudadanía. Lo cierto es que, ni siquiera la excelente forma en la que estaban planteadas las cuestiones prejudiciales por parte del Tribunal belga, ha condicionado a su desarrollo. Ello dista del magnífico estudio y de las amplias e interesantes conclusiones que realiza la Abogada General Eleanor en relación a todas esas cuestiones, al ocuparse de forma pormenorizada, de la superación de la exigencia del elemento transfronterizo y en su virtud, considerar que el ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión no está siempre inextricablemente unido a la circulación física, incluso existiendo situaciones de ciudadanía en las que el elemento de circulación real o apenas se distinguía o no existía, como así tuvo lugar en los asuntos *García Avelló*, *Rottmann* y *Zhu y Chen*.<sup>16</sup>

Entonces, ¿estamos, en este caso, ante una transformación jurídica del estatuto de ciudadanía de la Unión y que, sobre dicha base, se puedan invocar en este tipo de supuestos, derechos derivados de la ciudadanía de la Unión? Desde mi punto de vista, la respuesta es afirmativa. De hecho, la consecuencia directa es que, sin existir un elemento transfronterizo, tanto los menores ciudadanos de la Unión como sus progenitores, nacionales extracomunitarios, se benefician

<sup>15</sup> Vid. *in extenso* a SILVEIRA, A., «Cidadania e jusfundamentalidade na UE- do argumento de James Madison à jurisprudência Zambrano», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Vol. III, 2012, pp. 939-973.

<sup>16</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010 en el asunto *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2010:560, apartados 77 y 78.

de un régimen mucho más favorable para poder llevar a cabo su derecho a vivir en familia en el Estado miembro del que son aquéllos nacionales o como algún autor llega a considerar un supuesto especial de reagrupación de progenitores extranjeros por parte de un menor comunitario<sup>17</sup>. Aunque en esta sentencia, el TJUE viene a reiterar en parte la línea argumental tanto de los asuntos *Rottmann* (en relación a las cuestiones que se suscitaron con respecto a las situaciones puramente internas así como las limitaciones de los Estados miembros a la hora de establecer su propia nacionalidad), y de *Zhu y Chen* (siendo éste más similar en cuanto al hecho de tratarse de progenitores extracomunitarios de los que dependen sus hijos menores ciudadanos de la Unión), lo cierto es que, en *Ruiz Zambrano*, el TJUE va un paso más allá al establecer dicha solución como exigencia derivada del estatuto de ciudadanía de la Unión, la cual es igualmente válida aunque ninguno de los menores haya ejercido su derecho a la libertad de circulación dentro del territorio de los Estados miembros, es decir, el «aislamiento» de la sustancia de la ciudadanía europea de la libre circulación queda patente en este pronunciamiento<sup>18</sup>.

Ahora bien, aunque en los asuntos *Zhu y Chen* y *Ruiz Zambrano*, el TJUE coincide en reconocer un derecho de residencia derivado a progenitores con hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión, en el Estado miembro del que ostentan la nacionalidad, con la finalidad de garantizar el efecto útil y el disfrute efectivo del derecho de residencia de los hijos así como proporcionarles el cuidado y atención necesarios, existe una diferencia fundamental que permite percibir una evolución jurisprudencial: en el primer caso, se reconoce el ejercicio previo de la libre circulación entre Irlanda y Reino Unido por parte de su hija menor de edad, por lo que el derecho derivado de sus progenitores afectaba a la residencia en el Estado miembro de

---

<sup>17</sup> En este sentido, ver a APARICIO CHOFRE, L., «Novedades en la reagrupación de los progenitores extranjeros por parte de un menor comunitario. El caso *Zambrano*», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 1, septiembre 2011, pp. 112-120. Igualmente, comparte esta opinión R. Arenas García, en su comentario doctrinal «La ciudadanía europea se hace carne», en el Blog de Derecho Internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona, de fecha de 8 de marzo de 2001, enlace: <http://blogs.uab.cat/adipr/>. En este caso, la autora considera que, como consecuencia, supone extender el derecho a la reagrupación familiar a todos los ascendientes del ciudadano de la Unión, siempre que sea el descendiente el que esté a cargo del ascendiente.

<sup>18</sup> Término utilizado por HAILBRONNER, M. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «The European Court of Justice and Citizenship of the European Union: New Developments Towards a Truly Fundamental Status», *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 4, diciembre 2011, p. 518.

acogida mientras que en el caso *Ruiz Zambrano*, no se ha producido ningún desplazamiento entre Estados miembros, de ahí que el derecho de residencia derivado se reconoce respecto al Estado del que son nacionales su hijos y en el que han permanecido. Así, y avanzando un peldaño más con respecto a *Zhu y Chen*, el TJUE obvia el requisito del desplazamiento transfronterizo previo para preservar y garantizar el disfrute efectivo de la ciudadanía de la Unión y los derechos inherentes a sus titulares, que en este caso, son los menores de edad, condicionando las medidas internas que el Estado miembro pudiera adoptar en el uso de sus competencias (concesión o no de permisos de residencia y trabajo), a la protección de los «derechos esenciales» del que pretende ser el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, y dentro de tales derechos esenciales, parece deducirse en el presente asunto, que el TJUE quiera incluir el respeto a la vida familiar y la atención al interés superior de los menores<sup>19</sup>. No obstante, veremos si en los siguientes pronunciamientos perfila con algo más de detalles alguna o todas de estas cuestiones.

### III. ASUNTO *RENDÓN MARÍN*: CONDICIONES EN LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA *RUIZ ZAMBRANO*

En el asunto C-165/14, el Sr. Alfredo Rendón Marín, nacional colombiano, es padre de dos hijos menores de edad, uno de nacionalidad española y otro de nacionalidad polaca, cuya guarda y custodia tiene en exclusiva desde su divorcio con la madre de los menores. Tanto el padre como los menores residen en España. El problema surgió cuando el Sr. Rendón Marín presentó una solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales<sup>20</sup>,

<sup>19</sup> CARMONA LUQUE, M.R., «TJUE-Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala), G. Ruiz Zambrano/Office National de L'Emploi, C-34/09- «Ciudadanía de la Unión-Artículo 20 TFUE-Derecho de residencia de un menor en el Estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación-Concesión de un derecho de residencia derivado al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor». El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, enero-abril de 2011, pp. 185-202, esp. p. 198.

<sup>20</sup> Con arreglo al entonces vigente apartado 4 de la disposición adicional primera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social. En la actualidad, derogado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

siéndole denegada por la Administración correspondiente a causa de la existencia de unos antecedentes penales<sup>21</sup>. El recurso que el Sr. Rendón Marín interpuso contra dicha resolución también fue desestimado por la Audiencia Nacional, siendo recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE si era compatible con el Derecho de la Unión (concretamente, con el art. 20 TFUE, interpretado a la luz de las sentencias *Zhu y Chen* y *Ruiz Zambrano*), una legislación nacional que excluía la posibilidad de otorgar un permiso de residencia a un progenitor de unos ciudadanos de la UE, menores de edad y dependientes de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde se formulaba la solicitud, aunque ello llevase aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión de los menores junto al progenitor.

Recordemos que, del binomio estatuto de ciudadano de la Unión, en el caso de los menores de edad, y del derecho de residencia derivado del progenitor, a su vez, nacional de un tercer Estado, ya se ocupó el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*, como acabamos de ver, bajo la fórmula «*la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros*»<sup>22</sup>. Además, se puso el acento en el hecho de que la ciudadanía de la Unión exigía que un Estado miembro autorizase a los nacionales de un país tercero, progenitores de un menor que tiene la nacionalidad de dicho Estado miembro, a residir y trabajar en él, en la medida en que una denegación privaría a dicho menor del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, sin obviar que esta exigencia era igualmente válida cuando el menor no había ejercido nunca su derecho de libre circulación en territorio de los Estados miembros.

---

<sup>21</sup> Dicha solicitud se denegó sobre la base del art. 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. El Sr. Rendón Marín fue condenado en España a una pena de nueve meses de prisión. No obstante, se le concedió con respecto a esa pena, una suspensión provisional de dos años a partir del 13 de febrero de 2009. A fecha del auto de remisión al TJUE, esto es, el 20 de marzo de 2014, el interesado tenía pendiente la resolución de una solicitud de cancelación de antecedentes penales.

<sup>22</sup> Numeral 41 de la sentencia *Ruiz Zambrano*. Esta misma fórmula la podemos encontrar igualmente en otros pronunciamientos del TJUE, particularmente, en las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458, apartado 31; de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493, apartado 82, y las sentencias, ya citadas, *García Avelló*, apartado 22, *Zhu y Chen*, apartado 25; y de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104, apartado 43.

En la jurisprudencia posterior a *Ruiz Zambrano*, concretamente, en los asuntos *Ymeraga y otros*<sup>23</sup>, *Alokpa y Moudoulou*<sup>24</sup>, *O. y B.*<sup>25</sup> como también en *Rendón Marín*, se ha llegado a introducir ciertas innovaciones con respecto a aquella, a la hora de clarificar con algo más de detalle algunos de los aspectos que conforman la aplicación y el alcance del estatuto de ciudadano de la Unión. Siguiendo con el hilo conductor del caso que nos atañe, la cuestión más trascendental que se plantea es el hecho de determinar si un nacional de un tercer Estado, como el Sr. Rendón Marín, puede gozar de un derecho de residencia derivado sobre la base del art. 21 TFUE y de la Directiva 2004/38 o bien, sobre la base del art. 20 TFUE y, si sus antecedentes penales y la normativa nacional pueden justificar una limitación de ese derecho. Hay que tener en cuenta varios aspectos: recordemos que uno de los hijos del Sr. Rendón Marín, menor de edad, nunca había ejercido su derecho de libre circulación y siempre había residido en el Estado miembro del que tenía la nacionalidad. Esta situación no está comprendida en el concepto de beneficiario al que se refiere el art. 3.1 de la Directiva 2004/38 y, por ende, ésta no le era aplicable. Aun así, el TJUE ya declaraba en los asuntos *García Avelló y Zhu y Chen*, y vuelve recordarlo en ésta, que la situación de un nacional de un Estado miembro que ha nacido en el Estado miembro de acogida y que no ha ejercido su derecho a la libre circulación no puede considerarse, sólo por esta razón, una situación puramente interna que impide al citado nacional alegar en el Estado miembro de acogida las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libre circulación y residencia de las personas<sup>26</sup>.

Por el contrario, la hija del Sr. Rendón Marín, también menor de edad, de nacionalidad polaca y residente en España, sí está incluida como beneficiaria dentro el art. 3.1 de la Directiva 2004/38, a lo que el TJUE considera que el art. 21.1 TFUE así como la Directiva 2004/38 confieren, en principio, un derecho de residencia en España a esta menor de edad<sup>27</sup>, si se cumplen las condiciones establecidas en el art. 7.1, letra b) de la Directiva, en relación a la obligación de disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos sufi-

<sup>23</sup> STJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y otros*, C-87/12, EU:C:2013:291, apartado 35.

<sup>24</sup> STJUE de 10 de octubre de 2013, *Alokpa y Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 22;

<sup>25</sup> STJUE de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 36.

<sup>26</sup> Apartado 42 *Rendón Marín*. Véase, en este sentido, la Sentencia *Zhu y Chen*, C-200/02, apartado 19. Igualmente, la Sentencia *García Avelló*, apartados 13 y 27.

<sup>27</sup> Apartados 43 y 44 de la Sentencia *Rendón Marín*.

cientes 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<sup>28</sup>.

El Abogado General Maciej Szpunar presentó unas Conclusiones<sup>29</sup> centradas en la necesidad de interpretar, entre otras normas, el art. 20 del TFUE, en la línea de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano* y sobre las que el Tribunal sigue un razonamiento muy similar. Primero, empieza por recordar que cuando existe un desplazamiento de un ciudadano de la UE a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, el derecho de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, es un derecho derivado del ciudadano europeo y en ningún caso propio<sup>30</sup>. En *Rendón Marín*, el Tribunal concluye que, si su hija polaca cumple con las condiciones derivadas de la Directiva 2004/38 para poder residir en España, el Sr. Rendón Marín podría obtener un derecho de residencia.

Sin embargo, el contexto obliga también a examinar si el padre podría obtener un derecho de residencia derivado del art. 20 TFUE y del estatuto de ciudadano de la Unión de sus hijos, uno de ellos, na-

---

<sup>28</sup> De acuerdo con el apartado 47 de la sentencia, el TJUE considera que salvo que la hija del Sr. Rendón Marín haya adquirido un derecho de residencia permanente en España en virtud del art.16.1 de la Directiva 2004/38, en cuyo caso su derecho de residencia no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III de dicha Directiva ni, en particular, a las enunciadas en el art. 7.1, letra b), de ésta, sólo podrá concedérsele un derecho de residencia si cumple las condiciones establecidas en el referido art. 7.1, letra b). En el presente caso, los hijos del Sr. Rendón Marín estaban adecuadamente escolarizados y atendidos. Además, el Gobierno español señaló en la vista que, conforme a la legislación española, el Sr. Rendón Marín disfrutaba de un seguro de enfermedad para él y para sus hijos, por lo tanto, sostiene el Tribunal de Justicia que «*incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si la hija del Sr. Rendón Marín dispone, por sí misma o a través de su padre, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38*» (apartado 49 de la Sentencia *Rendón Marín*).

<sup>29</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 4 de febrero de 2016, en el asunto *Rendón Marín c. Administración del Estado*, C-165/14 y *Secretary of State for the Home Department c. CS*, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:75

<sup>30</sup> Me detengo en la referencia de cómo el TJUE llega a subrayar que los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros Estados por las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la ciudadanía, no son derechos propios, sino derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación y de residencia por parte de un ciudadano de la Unión y, en este sentido, sólo existe un derecho de residencia derivado a favor de un nacional de un tercer Estado cuando sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo por parte de un ciudadano de la Unión de sus derechos a circular y residir libremente en cualquier Estado miembro (apartado 36 de la Sentencia *Rendón Marín*. Véanse, en este sentido, *Ymeraga y otros*, apartado 35; *Alokpa y Moudoulou*, apartado 22 y *O. y B.*, apartado 36).

cional del Estado en el que residen. La cuestión obliga al Tribunal de Justicia a precisar lo que había dejado entrever en la sentencia *Ruiz Zambrano* acerca del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión»: recuerda que el TFUE no confiere tampoco ningún derecho de residencia propio a los nacionales de Estados terceros sino que en el mejor de los casos, existe un derecho de residencia derivado con el único propósito de dar «efecto útil» a las disposiciones relativas a los derechos de los ciudadanos de la Unión. Como se puede apreciar, el Tribunal explica con mucha cautela que reconocer el derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero en un Estado miembro del que es nacional su hijo se puede hacer en circunstancias «muy específicas» y solo para dar efecto útil al disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, que no son otros que los de libre circulación. Aquí estriba la gran novedad con respecto a *Zambrano*. En efecto, privar a los padres de un derecho de residencia equivaldría a expulsarles del territorio de la Unión, junto con sus hijos que, por lo tanto, no podrían hacer uso de sus derechos de ciudadanos europeos<sup>31</sup>.

Es evidente que la sentencia confirma que la situación del Sr. Rendón Marín entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Asimismo, otra de las novedades en relación con la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, es que el Tribunal admite la posibilidad de limitar el derecho de residencia del progenitor por razones de orden público y de seguridad pública, siempre y cuando no sea de manera automática y teniendo en cuenta tanto la situación de peligro constituida por el nacional de un tercer Estado como la CDFUE, en particular, el art. 7 con motivo del respeto de la vida privada y familiar así como el art. 24 sobre los derechos del menor. En este sentido, solo si de acuerdo con los criterios vigentes en materia de medida restrictiva del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión por razón de orden público y seguridad pública (conducta personal constituyendo una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad), la conducta del Sr. Rendón Marín amenaza el orden público español, podrán ser expulsados y sus hijos privados del disfrute efectivo de sus derechos esenciales de ciudadanos europeos. En cuanto a la referencia a la protección de los derechos fundamentales, *Ruiz Zambrano* no hizo referencia a la CDFUE, todo lo contrario que acontece en el asunto

<sup>31</sup> A este respecto, véase la opinión de GAROT, M.J., «Acerca del estatuto de ciudadano de la Unión», en el blog <http://blog.idee.ceu.es/2016/11/11/acerca-del-estatuto-de-ciudadano-de-la-union/>.

*Rendón Marín*, donde parece concederse una cierta protección jurídica del contenido esencial del estatuto jurídico de ciudadanía junto a los derechos fundamentales, en particular, el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el art. 7 de la CDFUE y el interés superior del niño, reconocido en el art. 24.2 de la misma norma<sup>32</sup> así como respetar el principio de proporcionalidad.

A la vista de estas valoraciones, en esta sentencia se confirma la doctrina fundamental asentada en *Ruiz Zambrano*, no obstante, existen también nuevas apreciaciones desde el punto de vista del desarrollo del estatuto de ciudadano de la Unión al orientarlo bajo la aplicación del principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales. Y veamos exactamente por qué. A la vista de los argumentos que expone en su sentencia, el TJUE parece canalizar, en cierta medida, tanto la aplicación de los arts. 20 y 21 TFUE así como el derecho derivado de residencia del Sr. Rendón Marín, sobre la base del principio de proporcionalidad, al que concede en esta sentencia un papel sustancial, principio que apenas afloró en *Ruiz Zambrano*, a pesar de que su precedente *Rottmann*, confirmara que no se había producido una vulneración del art. 20 TFUE y optase por la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>33</sup>.

El TJUE deja sobradamente patente que el Derecho de la Unión no permite denegar automáticamente una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado que tiene la guarda exclusiva de un ciudadano de la Unión, menor de edad, como tampoco expulsarlo del territorio de la UE, debido únicamente a la existencia de antecedentes penales. Sin duda, la intensidad de la justificación llega al punto de valorar que la expulsión de un ciudadano de la Unión y de los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y libertades conferidas en el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida<sup>34</sup>, cuestión en la que incluso la Directiva, establece un régimen de protección frente a las medidas de expulsión que se basa en el grado de integración de las personas afectadas en el Estado miembro de acogida, de modo que, cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la

---

<sup>32</sup> Asunto *Rendón Marín*, apartado 66.

<sup>33</sup> Apartados 50 a 58 del asunto *Rottmann*.

<sup>34</sup> Apartado 56 de la Sentencia *Rendón Marín* y Considerando 23 de la Directiva 2004/38.

protección contra la expulsión<sup>35</sup>. Prueba de ello es que el art. 27.1 de la Directiva 2004/38, permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público o de seguridad pública, aunque, como puntualiza el art. 27. 2 de la misma norma, para estar justificadas, esas medidas restrictivas del derecho de residencia, en particular, las adoptadas por razones de orden público, deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, como además, la existencia de condenas penales anteriores no constituye por sí sola una razón para adoptar medidas por razones de orden público o seguridad pública, que la conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de que se trate, y que no pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto.

Por consiguiente, el Derecho de la Unión se opone a una limitación del derecho de residencia basada en motivos de prevención general y cuando dicha medida se haya dictado automáticamente a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público: para apreciar si una medida de expulsión es proporcionada a la protección del orden público o de la seguridad pública, deben tenerse en cuenta criterios tales como, la duración de la residencia del interesado en el territorio del Estado miembro de acogida, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen (art. 28.1 Directiva). En el marco del principio de proporcionalidad, es importante tomar en consideración igualmente el grado de gravedad de la infracción.

El TJUE en este aspecto es contundente, y considera que la normativa española supedita de manera automática, y sin ninguna posibilidad de excepción, la obtención de una autorización de residencia inicial a la inexistencia de antecedentes penales y en este sentido, la autorización de residencia se denegó de manera automática, sin tener en cuenta la situación particular del Sr. Rendón Marín, como tampoco sin evaluar su conducta personal ni el posible peligro actual que el interesado podía representar para el orden público o la seguridad pública. Razona además que, el Sr. Rendón Ma-

---

<sup>35</sup> Considerando 24 de la Directiva 2004/38.

rín fue condenado por un delito cometido en el año 2005 y que esa condena penal anterior no puede, por sí sola, motivar una denegación de la autorización de residencia: «*La conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*»<sup>36</sup>. En este sentido, se sirve una vez más del principio de proporcionalidad para declarar una vulneración del art. 20 TFUE: la salida del territorio era evidente, pero sin ser justificable con arreglo a criterios de seguridad pública, algo que el Tribunal de Justicia descartó por el hecho de emplearse meras presunciones para justificar dicha excepción. Tras el fallo del TJUE, el Tribunal Supremo dictó Sentencia<sup>37</sup> en la que se resolvió inaplicar, por contradicción con el Derecho de la Unión, el artículo 31.4 de la Ley de Extranjería, que prohibía otorgar la residencia de forma incondicional a quienes tuviesen antecedentes penales.

El interés del Tribunal de Justicia por destacar el principio de proporcionalidad con respecto a la vulneración del art. 20 TFUE es evidente en esta sentencia. Tras *Ruiz Zambrano* la jurisprudencia posterior pareció mostrar un cierto mutismo sobre la posibilidad del enjuiciamiento del contenido esencial de dicho artículo a la luz del principio de proporcionalidad hasta la sentencia *Rendón Marín* en la que, en mayor grado, aparece por vez primera un control más riguroso y disciplinado de la proporcionalidad. Igualmente, el Abogado General Maciej Szpunar en sus Conclusiones acentúa la importancia de este principio al considerar que el derecho de residencia del que disfruta el Sr. Rendón Marín en virtud de la Directiva, gracias a su hija de nacionalidad polaca, no puede ser limitado por una disposición nacional que supedita de manera automática la obtención de una autorización de residencia a la inexistencia de antecedentes penales en España ya que esa denegación automática no se ajusta al principio de proporcionalidad ni permite apreciar si la conducta personal de la persona en cuestión representa un peligro actual para el orden público o la seguridad pública: de esta forma, el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que establece la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer país, progenitor de un ciudadano de la Unión menor de

<sup>36</sup> Apartado 65 de la Sentencia *Rendón Marín*. Además, continúa exponiendo en ese mismo apartado que el requisito relativo a la existencia de una amenaza actual debe cumplirse, en principio, en el momento en que se adopte la medida de que se trate, mientras que no parece que ocurra así en el presente caso, puesto que la pena de prisión a la que el Sr. Rendón Marín fue condenado fue suspendida y aparentemente no ha sido ejecutada.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 15/2017, 10-1-17, Rec. 961/13.

edad, que está a su cargo y reside con él en el Estado de acogida, por el mero hecho de tener antecedentes penales<sup>38</sup>.

El fundamento real para razonar la vulneración del art. 20 TFUE desde la óptica del principio de proporcionalidad se encuentra en el hecho de que, por poseer la nacionalidad de un Estado miembro, los hijos del Sr. Rendón Marín gozan del estatuto de ciudadano de la Unión, lo que les da derecho a circular y residir libremente en dicho territorio. En consecuencia, cualquier limitación de ese derecho está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, que se opone a medidas que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que les confiere el Tratado. Aquí, la consecuencia era evidente: los hijos podían verse obligados a acompañar a su progenitor en caso de que este sea expulsado, al encontrarse bajo su custodia exclusiva.

En definitiva, cierto es que esta sentencia ha permitido precisar cinco años después de *Ruiz Zambrano* los posibles límites a un derecho reconocido a nacionales de terceros Estados, derivado del art. 20 TFUE. En mi opinión, se trata de una sentencia que ha tenido una buena acogida no sólo por recordar, como dicen algunos autores, que *Ruiz Zambrano* no ha muerto, sino por precisar conceptos claves como la esencia de los derechos conferidos a los ciudadanos o los posibles límites al reconocimiento de este derecho derivado en relación con la CDFUE<sup>39</sup>, y cómo no, es también a destacar que el Tribunal de Justicia haya reconocido que basar el derecho de residencia de un nacional de un tercer Estado sobre el art. 20 TFUE, puede invadir el ámbito de competencia de los Estados miembros, cosa que no había hecho con anterioridad en la sentencia *Ruiz Zambrano*. De este modo, la sentencia *Rendón Marín* se configura como una sentencia renovadora en ciertas cuestiones, las antes vistas, debido en parte a las convincentes y destacadas conclusiones del Abogado General Szpunar las cuales, el Tribunal decidió en gran medida hacer suyas.

<sup>38</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 4 de febrero de 2016, en el asunto *Rendón Marín c. Administración del Estado*, C-165/14 y *Secretary of State for the Home Department c. CS*, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:75, puntos 96 y ss.

<sup>39</sup> Sobre el asunto *Rendón Marín*, ver el análisis que realiza del caso GAROT, Marie-José «Acerca del estatuto de ciudadano de la Unión», en el blog <http://blog.idee.ceu.es/2016/11/11/acerca-del-estatuto-de-ciudadano-de-la-union/>

#### IV. LA SENTENCIA *CHÁVEZ-VÍLCHEZ* Y EL RETORNO DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

El asunto *Chávez-Vílchez*, tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Central de Apelación de los Países Bajos, en el marco de una serie de litigios que agrupaba a un total de ocho recurrentes, todas ellas mujeres nacionales de terceros Estados, entre ellas, la Sra. H.C. Chávez-Vílchez. Las recurrentes, eran madres de uno o varios hijos menores de edad y de nacionalidad neerlandesa, haciéndose cargo todas ellas del cuidado diario y efectivo de sus hijos, ya que se encontraban separadas o divorciadas del padre de los menores, asumiendo su custodia en solitario. El problema se planteó cuando las autoridades neerlandesas competentes, denegaron a todas ellas sus solicitudes de asistencia social y de prestaciones familiares por encontrarse en el momento de la solicitud, en situación de residencia irregular en los Países Bajos y, en virtud de la normativa nacional, no tenían derecho a percibir tales prestaciones.

A pesar de que se trataba de situaciones controvertidas en las que cada una de ellas presentaban diferencias en lo relativo a las relaciones entre los progenitores y los menores en referencia a la custodia, así como a la situación de las madres y a la contribución de los gastos de manutención, sin obviar además que, en unos casos el menor había ejercido el derecho de libre circulación y en otros no<sup>40</sup>, todas las recurrentes tenían en común que eran nacionales de terceros Estados y en situación irregular en los Países Bajos y, además, ejercían la custodia de sus hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión. Sobre la base de estos hechos, el Tribunal Central de Apelación de Países Bajos planteó al TJUE varias cuestiones prejudiciales, todas ellas interesantes: la primera de ellas, si el art. 20 TFUE se oponía a que un Estado miembro privase del derecho de residencia en dicho Estado, a un nacional de un tercer país encargado del cuidado de su hijo menor de edad, a la vez, nacional de dicho Estado miembro; en segundo lugar, si resultaba relevante que la carga legal o económica no recayese por completo sobre la madre y si el otro progenitor del Estado miembro podía hacerse cargo del menor; y en tercer lugar, si la madre tenía que acreditar que el otro progenitor no podía asumir la guardia y custodia del hijo, en cuyo caso, se vería obligada a abandonar el territorio de la Unión si se le denegara el derecho de residencia.

<sup>40</sup> Situaciones que se enumeran en los apartados 21 a 28 y 46 y 47 de la Sentencia *Chávez-Vílchez*.

En esta ocasión, básicamente el análisis se centraba en dos situaciones distintas: por un lado, la situación de la hija de la Sra. Chávez-Vílchez y de esta última, en aplicación del art. 21 TFUE y de la Directiva 2004/38, por haber tenido lugar el ejercicio, por parte del menor ciudadano de la Unión, del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; y por otro, la situación de los hijos de las demás recurrentes, igualmente menores de edad, que siempre residieron con sus madres en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen, y por lo tanto, titulares de derechos desde la perspectiva del art. 20 TFUE.

En principio, la situación de la Sra. Chávez-Vílchez y de su hija, las cuales habían ejercido su derecho de libre circulación, debía de analizarse a la luz del art. 21 TFUE (libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados miembros) así como de la Directiva 2004/38, cuya finalidad es facilitar el ejercicio de la libertad de circulación y de residencia. No obstante, correspondía al órgano jurisdiccional neerlandés apreciar si se cumplían los requisitos establecidos en dicha norma ya que, de no ser así, su situación y la de su hija deberían examinarse a la luz del art. 20 TFUE. A ello se añadía el hecho de que, en la mayoría de los casos, el padre se encontraba en los Países Bajos o en el territorio de la Unión y en este sentido, se consideraba que el riesgo de expulsión del menor ante una posible expulsión de la madre era dudoso al existir otro progenitor en la Unión que en principio, podía hacerse cargo del menor.

El planteamiento inicial que sigue el TJUE en este caso, desarrolla parte de su jurisprudencia anterior en ciertas cuestiones, aunque también incorpora alguna que otra novedad, a las que posteriormente se hará mención. Y bien, en estas situaciones, los menores afectados, en su condición de nacionales de un Estado miembro, pueden invocar frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a su estatuto de ciudadanos de la Unión como así les confiere el art. 20 TFUE<sup>41</sup>. Justamente, y utilizando en *Chávez-Vílchez* algunos de los argumentos que ya expuso en *Ruiz Zambrano*, el Tribunal considera que el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales, incluidas las decisiones que deniegan el derecho de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la UE, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la

<sup>41</sup> Apartado 60 de la sentencia *Chávez-Vílchez*. En este sentido, también se pronunciaron las sentencias de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, apartado 48 de 15 de noviembre de 2011, *Dereci 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.

Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto<sup>42</sup>.

Ciñéndonos a la cuestión de las limitaciones que se han llevado a cabo en el asunto *Chávez-Vilchez y otros* con respecto al art. 20 TFUE así como la puesta en marcha del principio de proporcionalidad, el TJUE reincide en su jurisprudencia desde *Ruiz Zambrano* a la hora de considerar 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 no ha 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 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>43</sup>.

Como elemento innovador, el TJUE nos ofrece un matiz relevante en el tema de la guardia y custodia de menores. Me refiero exactamente, al razonamiento que utiliza para explicar que es la 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, 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 Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria<sup>44</sup>: en palabras del Tribunal, para apreciar el riesgo de que

<sup>42</sup> *Ibidem*, apartado 61. Igualmente, apartado 42 de la Sentencia *Ruiz Zambrano*.

<sup>43</sup> Apartado 63 *Chávez-Vilchez*. También, esta misma argumentación puede verse en los apartados 43 y 44 de la sentencia *Ruiz Zambrano* y en apartado 74 del asunto *Rendón Marín*. Las situaciones referidas se caracterizan 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 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>44</sup> *Ibidem*, apartado 69. Este argumento se contiene igualmente en la sentencia *Ruiz Zambrano*, apartados 43 y 45; sentencias 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.

el menor, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la UE y quede, de este modo, privado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere el art. 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 casos, cuál 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<sup>45</sup>. He aquí en este último detalle donde está la originalidad del razonamiento, al destacar la cuestión de la guarda y custodia de los menores para establecer que la relación entre el menor y el progenitor nacional de un tercer Estado, resulta fundamental a la hora de determinar si existe un riesgo de salida del territorio europeo del primero.

Al examinar estos extremos, añade además que las autoridades competentes deben de tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, como se reconoce en el art. 7 de la CDFUE, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el art. 24.2 de la referida Carta. A efectos de esa apreciación, 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>46</sup>. Sobre este punto, el Abogado General Sr. Szpunar, llegó a la conclusión de que una exclusión automática de la protección dispensada por el art. 20 TFUE, por el mero hecho de que el padre se encontrara físicamente en el territorio de la Unión, constituía una interpretación

<sup>45</sup> Apartado 70 de la sentencia *Chávez-Vílchez*. Sobre el asunto *Chávez-Vílchez*, véase a SARMIENTO, D., «El retorno de la ciudadanía de la Unión. Comentario a la Sentencia Chávez-Vílchez (C-133/15) del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 63, julio-septiembre 2017.

<sup>46</sup> Apartado 71 de la sentencia *Chávez-Vílchez*. Además, explica que 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.

contraria a dicho precepto<sup>47</sup> y, en este sentido, advirtió al Tribunal de Justicia que el art. 20 TFUE se oponía a una interpretación que supusiera la denegación, de manera automática y sobre la base de la mera presencia del padre, de un derecho derivado de residencia a las madres, nacionales de Estados terceros. Sin duda, un planteamiento inédito, pues nunca antes se había estimado en su jurisprudencia anterior un razonamiento desde esta óptica.

Todo ello, llevó al Tribunal de Justicia a resolver que el art. 20 TFUE, a efectos de apreciar si un menor, ciudadano de la Unión, se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere dicho artículo si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en un Estado miembro y, el hecho 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, «*es un elemento pertinente pero no suficiente*» para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional 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 en caso de que se produjese esa denegación. En este sentido, tal apreciación debía basarse, en palabras del Tribunal, 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 este último entrañaría para el equilibrio del niño<sup>48</sup>.

Respecto a la tercera cuestión, relativa a si la madre, como ya vimos, nacional de un tercer Estado, está obligada a probar que el otro progenitor, nacional de un Estado miembro, no puede encargarse del cuidado diario y efectivo del menor, el TJUE considera que, aunque en principio corresponde al progenitor, nacional de tercer Estado, aportar la prueba que demuestre que del art. 20 TFUE se deriva un derecho de residencia a su favor y, en particular, acredite que en caso de denegación de la residencia, el menor se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión, no es menos cierto que al apreciar los requisitos necesarios para que dicho nacional pueda gozar de ese derecho de residencia, «*las autoridades nacionales com-*

<sup>47</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 8 de septiembre de 2016, en el asunto *Chávez-Vílchez*, C-133/15, ECLI:EU:C:2016:659, apartado 101.

<sup>48</sup> Apartados 69 a 72 sentencia *Chávez-Vílchez*.

*petentes deben garantizar que la aplicación de una normativa nacional relativa a la carga de la prueba, como la aplicable a los litigios principales, no pueda poner en peligro el efecto útil del art. 20 TFUE»<sup>49</sup>, y en este sentido, compete 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.*

El Tribunal de Justicia en el asunto *Chávez-Vílchez*, ha dado un paso fundamental, al declarar que el interés superior del menor forma parte del estatuto de ciudadanía de la Unión; si el interés superior del menor exige, por ejemplo, que éste conviva con su madre, inmigrante en situación irregular, los Estados miembros no pueden expulsarla de su territorio. No se trata de evitar una expulsión *de facto* del menor, sino de asegurar, de forma proactiva, la mejor solución para el interés del menor, ciudadano de la Unión. Podría suceder que el padre del menor viviera en la Unión y de este modo se evitase, en hipótesis, la expulsión *de facto* del menor. Sin embargo, la aportación que se hace con esta sentencia es que esta circunstancia es indiferente si el interés superior del menor exige que éste conviva con su madre. Por lo tanto, la nota característica de todo ello es que el TJUE no se ciñe exclusivamente a la interpretación del art. 20 TFUE sino que atribuye a la aplicación del principio de interés superior del niño un carácter central en el examen de la problemática jurídica ya estudiada y, en este sentido, a través de la aplicación contextual del art. 20 TFUE, del art. 7 de la Carta y del principio del interés superior del niño reconocido en el art. 24 de la misma norma, se refuerza la tutela de los derechos de los ciudadanos de la Unión menores de edad, especialmente cuando se pone en tela de juicio el derecho de residencia de sus madres nacionales de países terceros, si con estas mantienen relaciones de tal naturaleza que una eventual denegación a estas del derecho de residencia obligaría a sus hijos (ciudadanos europeos de corta edad) a abandonar el territorio de la Unión europea y por ello les privaría del «disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadanía europea»<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> *Ibidem*, apartado 76.

<sup>50</sup> Sobre esta sentencia, *vid. in extenso* a DI COMITÉ, V., «Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño «europeo». Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 en el asunto *Chávez-Vílchez*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, septiembre/diciembre 2017. Igualmente, a ROSAS, A., «Nacional de un país tercero que asume el cuidado diario y efectivo de su hijo menor de edad, nacional de dicho Estado miembro: TJ, Gran Sala, 10 mayo 2017. Asunto C 133/15: *Chávez-Vílchez* y otros», *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 49, 2017.

En suma, la sentencia *Chávez-Vílchez* supone un importante paso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre ciudadanía de la Unión. Confirma una doctrina fundamental, asentada en la sentencia *Ruiz Zambrano*, pero la desarrolla y la ubica en un marco normativo más amplio y complejo, donde destaca la CDFUE<sup>51</sup>.

## V. LA SENTENCIA *TOUFIK LOUNES*: DOBLE NACIONALIDAD DE ESTADOS MIEMBROS Y CIUDADANÍA DE LA UNIÓN, ¿LAS DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?

En este último caso, la Sra. Ormazabal, de nacionalidad española, se trasladó al Reino Unido para cursar estudios en 1996. Desde entonces, residía en el país y trabajaba desde 2004. Con posterioridad, en 2009, adquirió la nacionalidad británica por naturalización, conservando al mismo tiempo la nacionalidad española. Años después, entabló una relación con el Sr. Lounes, de nacionalidad argentina, que había entrado en el Reino Unido con un visado de residencia temporal de seis meses de vigencia y, transcurrido ese período, permanecía de forma ilegal en el territorio británico. La Sra. Ormazabal y el Sr. Lounes contrajeron matrimonio civil en Londres en 2014 e igualmente, residían en Reino Unido. Poco después, el Sr. Lounes solicitó al Ministro del Interior, un permiso de residencia como miembro de familia de un nacional del EEE, en virtud del Reglamento de 2006<sup>52</sup>, tras lo que recibió una notificación que contenía una decisión de expulsión del Reino Unido por haber sobrepasado la duración de la estancia autorizada en dicho Estado miembro. Además, se informó al Sr. Lounes, denegar su solicitud de permiso de residencia y como motivo de tal denegación, se indicaba esencialmente que, tras la modificación del art. 2 del Reglamento de 2006 por los Reglamentos 2012/1547 y 2012/2560<sup>53</sup>, ya no se consideraba

<sup>51</sup> Sobre un estudio más en detalle en relación a este punto, SARMIENTO, D., «El retorno de la ciudadanía de la Unión. Comentario a la sentencia *Chávez-Vílchez* (C-133/15) del Tribunal de Justicia», *Revista española de derecho europeo*, núm. 63, 2017, pp. 163-173.

<sup>52</sup> El Derecho del Reino Unido se adaptó a la Directiva 2004/38 mediante las *Immigrations (European Economic Area) Regulations 2006*, esto es, Reglamento de Inmigración del Espacio Económico Europeo de 2006, en lo sucesivo, Reglamento de 2006.

<sup>53</sup> En su versión inicial, el art. 2 del Reglamento 2006, definía el concepto de «nacional del EEE» como «cualquier nacional de un Estado del EEE», si bien precisaba que el Reino Unido estaba excluido del concepto de «Estado del EEE». Tras dos modificaciones sucesivas de ese mismo Reglamento, introducidas por las *Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012* (2012/1547), Reglamento modificativo de Inmigración (Espacio Económico Europeo) de 2012

a la Sra. Ormazabal «nacional del EEE» en el sentido del primer Reglamento, puesto que ésta había adquirido la nacionalidad británica en agosto de 2009, aunque conservara al mismo tiempo la nacionalidad española. Por lo tanto, ya no disponía de los derechos conferidos por dicho Reglamento como tampoco por la Directiva 2004/38 en el Reino Unido y, en este sentido, el Sr. Lounes no podía obtener un permiso de residencia como miembro de la familia de un nacional del EEE en virtud de ese mismo Reglamento. El Sr. Lounes, recurrió tal decisión.

En este contexto, el interrogante principal al que se trata de dar respuesta es si la Directiva 2004/38 y el art. 21.1 TFUE, en la situación en la que un ciudadano de la Unión hace uso de su libertad de circulación al trasladarse a un Estado miembro distinto al de su nacionalidad y residir en él (en virtud del art. 7.1 o del art. 16.1 de la Directiva), y en el que adquiere posteriormente la nacionalidad, conservando igualmente su nacionalidad de origen, a lo que se añade que, varios años después contrae matrimonio con un nacional de un tercer Estado, con el que reside en el territorio de dicho Estado miembro, le concede a su cónyuge, un derecho de residencia en ese Estado miembro sobre la base de lo dispuesto en la citada Directiva o en el art. 21.1 TFUE.

Precisamente, para delimitar el ámbito de aplicación en este caso, el Tribunal de Justicia comienza por aclarar que, a partir del momento en que la Sra. Ormazabal adquirió la nacionalidad británica, la Directiva 2004/38 ya no puede regular la residencia de aquélla en el Reino Unido ya que sus circunstancias ya no respondían a la definición del concepto de «beneficiario», en el sentido del art. 3.1, de la Directiva 2004/38, y no regula ya la residencia de la Sra. Ormazabal en el Reino Unido, puesto que esta residencia es, por naturaleza, incondicionada y ya no es aplicable a su situación<sup>54</sup>. Incluso subraya que, esta conclusión no puede verse cuestionada por el hecho de que la Sra. Ormazabal haya hecho uso de su libertad de circulación al trasladarse al Reino Unido y residir en él, además de que haya conservado la nacionalidad española junto con la británica, pues, desde que adquirió esta última nacionalidad, la Sra. Ormazabal ya no reside en un Estado miembro distinto del Es-

(2012/1547); en lo sucesivo, Reglamento 2012/1547 y, posteriormente, por las Immigration (European Economic Area) (Amendment) (n.º 2) Regulations 2012 (2012/2560), Segundo Reglamento modificativo de Inmigración (Espacio Económico Europeo) de 2012 (2012/2560); en lo sucesivo, «Reglamento 2012/2560», el citado art. 2 dispone: «Se entenderá por «nacional del EEE» cualquier nacional de un Estado del EEE que no sea también ciudadano británico».

<sup>54</sup> Apartados 41 y 42 de la Sentencia *Toufik Lounes*.

tado del que tiene la nacionalidad, en el sentido de la Directiva, y, por lo tanto, ya no está incluida en el concepto de «beneficiario» al que se refiere la misma. En consecuencia, su cónyuge, el Sr. Lounes, no puede disfrutar de un derecho de residencia derivado en el Reino Unido sobre la base de dicha Directiva<sup>55</sup>.

Sin embargo, tras esta acotación del ámbito de aplicación, el TJUE nos sorprende con un planteamiento novedoso, a mi modo de ver, dentro de lo que implica la configuración y protección del estatus de ciudadano de la Unión, al considerar que procedía determinar, en este caso, la posibilidad de reconocerse al Sr. Lounes un derecho de residencia derivado en ese Estado miembro sobre la base del art. 21.1 TFUE, que dispone que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. A este respecto, recuerda que un nacional de un Estado no perteneciente a la UE, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, puede disfrutar en determinados casos de un derecho de residencia derivado en virtud de dicha disposición cuando la concesión de ese derecho sea necesaria para garantizar el ejercicio efectivo por parte del ciudadano de la Unión de que se trate de la libertad de circulación y de los derechos de que goza en virtud de la citada disposición<sup>56</sup>.

Efectivamente, el Tribunal de Justicia estima que el efecto útil de los derechos que el art. 21.1 TFUE confiere a los ciudadanos de la Unión —entre otros, el de llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, contando a su lado con la presencia de los miembros de su familia— exige que un ciudadano que se encuentre en una situación como la de la Sra. Ormazabal pueda seguir disfrutando de ese derecho en el Estado miembro de acogida tras haber adquirido la nacionalidad de ese Estado además de su nacionalidad de origen y, en particular, pueda desarrollar una vida familiar con su cónyuge, nacional de un Estado no perteneciente a la UE, mediante la concesión a este último de un derecho de residencia deri-

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, apartados 43 y 44. Sobre el asunto *Toufik Lounes*, ver el estudio de RUTH POLAK, P., «A commentary on the Lounes case and the protection of EU citizens' rights post-brexít», *Revista General de Derecho Europeo* 44 (2018), pp.190-203. También, GUALCO, E., «Is Toufik Lounes Another Brick in the Wall? The CJEU and the On-going Shaping of the EU Citizenship», *European Papers*, European Forum, Insight of 21 June 2018, pp. 1-12. Disponible en sitio web: <http://europeanpapers.eu/es/europeanforum/is-toufik-lounes-another-brick-in-the-wall-cgue-eu-citizenship>.

Igualmente, sobre el análisis del caso, PEERS, S., «Dual citizens and EU citizenship: clarification from the ECJ, 15 november 2017», disponible en el enlace web: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/11/dual-citizens-and-eu-citizenship.html>

<sup>56</sup> Apartados 45 y 46.

vado<sup>57</sup>. Sin duda, un pronunciamiento renovador con respecto a su jurisprudencia en la materia y que va a suponer todo un referente en los posteriores.

Llama la atención que lo que en un principio hubiera podido equipararse a una situación puramente interna por el mero hecho de que ese nacional, durante su residencia, adquiriese la nacionalidad del Estado miembro de acogida, además de su nacionalidad de origen, esta posibilidad queda totalmente excluida y desplazada por el enfoque que el TJUE ofrece en esta sentencia, pues en realidad, viene a afirmar que existe un vínculo con el Derecho de la Unión en el caso de las personas que son nacionales de un Estado miembro y residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro del que también son nacionales<sup>58</sup> y, por ende, la Sra. Ormazabal, que es nacional de dos Estados miembros y, en su condición de ciudadana de la Unión, ha ejercido su libertad de circulación y de residencia en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, puede invocar los derechos inherentes a dicha condición, en particular los contemplados en el art. 21.1 TFUE, también en relación con uno de esos dos Estados miembros. Como derechos reconocidos a los nacionales de los Estados miembros por esta disposición se incluyen, lógicamente, el de llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de sus familias<sup>59</sup>. A mi modo de ver, nos encontramos ante un supuesto en el que el Tribunal de Justicia se muestra mucho más receptivo hacia un enfoque amplio de la condición transfronteriza, permitiendo a los ciudadanos de la Unión ejercer sus derechos dentro de sus Estados miembros de nacionalidad.

Del contenido de sus aclaraciones, se desprende que el fundamento sobre el que se asienta este razonamiento obedece a dos aspectos esenciales y de gran calado: por un lado, que cualquier interpretación contraria a lo declarado con anterioridad, abocaría a tratar a la Sra. Ormazabal de la misma manera que a un ciudadano británico que no hubiera dejado nunca el Reino Unido, obviando la circunstancia de que aquélla ha ejercido su libertad de circulación al instalarse en dicho Estado miembro y ha conservado su nacionalidad española, incluso, menos favorablemente que un ciudadano de la Unión que hubiera ejercido también esa libertad pero sólo poseyera su nacionalidad de origen; y de otro lado, considerar que un

<sup>57</sup> Apartados 48, 51 y 52.

<sup>58</sup> En términos similares, el TJUE llegó a tratar este aspecto en la Sentencia de 8 de junio de 2017, *Freitag*, C-541/15, EU:C:2017:432, apartado 34.

<sup>59</sup> Apartados 51 y 52.

ciudadano de la Unión en la situación de la Sra. Ormazabal, quedaría privado del derecho de mantener una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida por el hecho de haber tratado de lograr una mayor integración en dicho Estado mediante su naturalización en él, y por ende, «sería contrario a la lógica de integración progresiva del ciudadano de la Unión en la sociedad del Estado miembro de acogida que pretende favorecer el art. 21.1 TFUE»<sup>60</sup>. A esta premisa se refería igualmente el Abogado General en sus conclusiones, pues considerar que ese ciudadano, al que se han conferido derechos en virtud del art. 21.1 TFUE, en razón del ejercicio de su libertad de circulación, debe renunciar a tales derechos (especialmente al de mantener una vida familiar en el Estado miembro de acogida), por el hecho de que ha tratado de lograr, mediante la naturalización en ese Estado miembro, una mayor integración en la sociedad de éste, sería contrario a la lógica de integración progresiva que pretende favorecer la citada disposición<sup>61</sup>.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera que un nacional de un Estado no perteneciente a la UE que se encuentre en la situación del Sr. Lounes puede disfrutar de un derecho de residencia derivado en el Reino Unido sobre la base del art. 21.1 TFUE, con sujeción a unos requisitos que no deberán ser más estrictos que los contemplados en la Directiva para la concesión de tal derecho a un nacional de un Estado no perteneciente a la UE, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su derecho de libre circulación instalándose en un Estado miembro distinto de aquel cuya nacionalidad posee. Y en lo que respecta a los requisitos de concesión de ese derecho de residencia derivado, no deben ser más estrictos que los establecidos por la Directiva 2004/38 para la concesión de tal derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado que es miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, puesto que, aunque esta Directiva no contempla la presente situación, debe aplicarse por analogía a dicha situación.

## VI. CONCLUSIONES

Como ya se hiciera mención al inicio de este estudio, el TJUE con la sentencia *Ruiz Zambrano*, dejó más que patente que la vo-

<sup>60</sup> Apartados 54 a 56 y 59.

<sup>61</sup> Apartado 86 de las Conclusiones del Abogado General.

cación del estatuto de ciudadanía de la Unión era la de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y, que este estatuto, debía también poder desplegar unos efectos incluso en una situación puramente interna, sin haberse llegado a ejercer el derecho de libre circulación por parte del ciudadano de la Unión, permitiendo a este último, reivindicar una serie de derechos incluso frente a su Estado de origen. Tras esta sentencia, bien es cierto que el Tribunal de Justicia se ha mostrado, en muchas ocasiones, reacio y cauteloso a la hora de aplicar la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, demostrando así el carácter excepcional de la solución, en este caso, por el hecho de que se tratase de niños de corta edad. No obstante, a la luz de la jurisprudencia más reciente aquí analizada, habría que destacar que las tres sentencias referidas constituyen en ciertas cuestiones un paso más esclarecedor en el avance de la configuración y de la protección jurídica del estatuto de ciudadanía de la Unión, a pesar de que algunas de ellas, como hemos visto, también confirmen la doctrina asentada en *Ruiz Zambrano*, aunque apunten a una tendencia algo más diferenciada.

Como se pudo comprobar, en el caso *Rendón Marín*, el Tribunal sigue un razonamiento muy similar a *Ruiz Zambrano*. Primero, empieza por recordar que cuando existe un desplazamiento de un ciudadano de la Unión a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, los nacionales de Estados terceros y miembros de la familia de ese ciudadano de la Unión tienen un derecho de residencia derivado del ciudadano europeo, ya que no llegan a ser derechos propios. Sin embargo, el Tribunal de Justicia prevé la posibilidad de conceder un derecho de residencia derivado de acuerdo con el art. 20 TFUE con motivo del estatuto de ciudadano de la Unión que ostentaba uno de sus hijos, nacional del Estado miembro en el que residían. La cuestión obliga, por lo tanto, al Tribunal de Justicia a precisar lo que había dejado entrever en la sentencia *Ruiz Zambrano* acerca del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión». Así, en el mejor de los casos, para el Tribunal existe un derecho de residencia derivado con el único propósito de dar «efecto útil» a las disposiciones relativas a los derechos de los ciudadanos de la Unión: reconocer el derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero en un Estado miembro del que es nacional su hijo se puede hacer en circunstancias «muy específicas», y solo para dar efecto útil al «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión», que no son otros que los de libre circulación y residencia. En caso contrario, ello supondría privar al progenitor de un derecho de residencia por expulsarles del territorio de la Unión, junto con sus hijos y que,

por lo tanto, no podrían hacer uso de sus derechos de ciudadanos europeos. Además, en esta resolución aparece un control más estricto del principio de proporcionalidad.

La novedad en relación con *Ruiz Zambrano*, es que el Tribunal admite la posibilidad de limitar el derecho de residencia por razones de orden público y de seguridad pública, siempre y cuando no sea de manera automática y teniendo en cuenta tanto la situación de peligro constituida por el nacional de un tercer Estado como la CDFUE (en particular, el art. 7 que hace relación al respeto de la vida privada y familiar y, el art. 24 sobre derechos del menor). Por lo tanto, de acuerdo con los mismos criterios vigentes en materia de medida restrictiva del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE por razón de orden público y seguridad pública (conducta personal constituyendo una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad), sólo si la conducta del Sr. Rendón Marín amenaza el orden público español, podrá ser expulsado y sus hijos privados del disfrute efectivo de sus derechos esenciales de ciudadanos europeos.

Pasando a *Chávez-Vílchez*, la importancia de la misma radica en servir de parámetro y de concretar con algo más de detalle el planteamiento que el TJUE expuso en el asunto *Ruiz Zambrano*. En realidad, es la confirmación de que la ciudadanía de la Unión se consolida como un estatuto no con vocación de convertirse en el estatuto fundamental, sino como un estatuto que ya lo es o, como mínimo, que ya dispone de todos los elementos necesarios para formar parte de la identidad del ciudadano de la Unión<sup>62</sup>. No obstante, la transformación que supone la sentencia *Chávez-Vílchez* da un paso en *pro* de demostrar la posibilidad de una vulneración del art. 20 TFUE en el caso de que el interés superior del menor justifique la salvaguarda de la custodia a cargo del progenitor nacional del Estado tercero. El Tribunal de Justicia no centra tanto su argumento en el riesgo de expulsión sino en el riesgo de afectación al interés superior del menor: en este sentido, la vulneración del art. 20 TFUE ya no sólo impide una expulsión *de facto* del ciudadano de la Unión sino también aquellas medidas estatales que afecten a los derechos de colectivos particularmente vulnerables, como son los menores de edad. Junto a ello, se confirma la importancia del principio de proporcionalidad en la aplicación del art. 20 TFUE, principio que apenas sobresalía en *Ruiz Zambrano*. Pero, además, el Tribunal de Justicia evalúa si la restricción de derechos es proporcionada desde la óptica de los dere-

<sup>62</sup> SARMIENTO, D. «El retorno de la ciudadanía de la Unión...», *op. cit.*,

chos fundamentales, en particular, la tutela de la vida familiar (art. 7 de la Carta) y la tutela de los derechos del niño (art. 24 de la misma norma). Esta consolidación de la protección jurídica del contenido esencial del estatuto de ciudadanía, unido al papel relevante que desempeñan los derechos fundamentales en dicha tutela, brindan un marco más transparente de aplicación a los casos concretos.

No podemos olvidar que, el asunto *Chávez-Vílchez* añade un elemento más al contenido del estatuto de los nacionales de Estados terceros, en relación a los derechos derivados que recibe el familiar del ciudadano de la Unión. En la sentencia *Ruiz Zambrano*, se establecía que el nacional del Estado tercero, progenitor del ciudadano de la Unión, ostentaba un derecho a un permiso de residencia, así como a un permiso de trabajo, si ello era necesario para evitar la expulsión del ciudadano europeo del territorio de la Unión. En *Chávez-Vílchez* se confirma este mismo extremo, pero, al versar el procedimiento principal sobre el derecho del progenitor extranjero a las ayudas de asistencia social y familiar, también se confirma, aunque quizás de forma implícita, una no discriminación a favor del nacional del Estado tercero, progenitor del ciudadano de la Unión, en el acceso a las prestaciones sociales ofrecidas por los poderes públicos nacionales. Pero, junto a ello, introduce una novedad relevante y es que la aplicación del art. 20 TFUE exige un análisis del caso concreto, cuya valoración recae principalmente sobre el Estado miembro, con un régimen de presunciones que no puede aplicarse en contra del ciudadano de la Unión, es decir, la puesta en práctica del art. 20 TFUE no se limita a una cuestión de interpretación, sino que requiere el análisis de diversas variables, entre ellas, la situación del ciudadano de la Unión, la del nacional del Estado tercero como posible titular de derechos derivados, así como la de cualquier otro sujeto relevante como por ejemplo, el progenitor ciudadano de la Unión. En este proceso, y así lo subraya el TJUE, el Estado no puede ser un espectador pasivo, sino que debe tomar todas las medidas necesarias para impedir un efecto negativo de lo dispuesto en el art. 20 TFUE, como tampoco puede escudarse en la falta de pruebas para tomar una decisión que termine privando a la persona del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la Unión. En definitiva, la sentencia *Chávez-Vílchez* demuestra que el estatuto de ciudadanía europea no es una simple «carcasa vacía»<sup>63</sup>.

El último supuesto analizado, la sentencia *Toufik Lounes*, es un caso que continúa desarrollando el concepto de ciudadanía de la UE.

<sup>63</sup> SARMIENTO, D., «La Europa que protege», artículo publicado en *El País*, sección Tribuna, de 18 de mayo de 2017; noticia consultada el 10 de enero de 2018, en la web [https://elpais.com/elpais/2017/05/12/opinion/1494577628\\_520790.html](https://elpais.com/elpais/2017/05/12/opinion/1494577628_520790.html)

El valor esencial de la sentencia *Toufik Lounes* es innegable: confirma que la principal prioridad de la UE es lograr la integración equitativa y la igualdad de trato para todos sus ciudadanos teniendo siempre presente las implicaciones que conlleva ser ciudadano de un Estado miembro y, por ende, la ciudadanía de la Unión como pilar fundamental. Como crítica constructiva de la sentencia, bien es cierto que *Toufik Lounes* revela que el análisis de la no discriminación y el derecho a la vida familiar llevado a cabo por el TJUE debería de haber sido más a fondo. Por ejemplo, con respecto a la no discriminación, este principio solo lo menciona indirectamente el TJUE cuando señala que un ciudadano de la UE que tenga doble nacionalidad no debería recibir un trato menos favorable que un nacional de la UE que ostente la nacionalidad de un único Estado miembro<sup>64</sup> e incluso, a pesar de la conexión que guarda con *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, el Tribunal no hace ninguna referencia a estos pronunciamientos. A pesar de las diferencias de hecho y, aunque la opción de ignorar a *Ruiz Zambrano* y *McCarthy* no afecta al resultado de la decisión en sí misma, hubiera sido recomendable y apropiada una alusión a ambas sentencias sobre todo porque *Toufik Lounes* es, a mi modo de ver, una encrucijada de esos fallos: como en *Ruiz Zambrano*, estaba en juego un derecho de residencia derivado y, como en *McCarthy*, la doble nacionalidad del ciudadano de la UE probablemente constituiría un obstáculo para el disfrute de los derechos de la ciudadanía de la Unión. Por lo tanto, *Toufik Lounes* hubiese brindado una buena oportunidad para que el TJUE justificara el enfoque seguido en las decisiones anteriores, sobre todo, para aclarar que tanto *Ruiz Zambrano* como *McCarthy* no se verían como decisiones contradictorias sino como «*expresiones de un enfoque único y consistente*»<sup>65</sup>. Por lo tanto, el TJUE ha perdido la oportunidad de declarar que el art. 21.1 TFUE, esto es, el disfrute efectivo de los derechos de los ciudadanos de la UE, puede ser debilitado por la denegación de un permiso de residencia a un miembro de la familia del ciudadano de la Unión en virtud de la Directiva 2004/38 como a pesar de existir realmente un elemento transfronterizo en la situación antes vista.

Además, *Toufik Lounes* habría representado el camino acorde para asegurar el vínculo de la ciudadanía de la UE con los derechos fundamentales y proporcionar, al menos, algunas aclaraciones sobre su alcance. En este momento, cabe recordar que la ciudadanía de la UE representa el estatuto fundamental de los nacionales de los Esta-

<sup>64</sup> Apartado 59 de la sentencia *Toufik Lounes*.

<sup>65</sup> En WIESBROCK, A., «Disentangling the «Union Citizenship Puzzle»? The McCarthy case», *European Law Review*, 2011, p. 861 y ss.

dos miembros; esta declaración implica la necesidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en cualquier momento en que esté en juego la ciudadanía de la UE; ello significa que si en *Ruiz Zambrano* la falta de referencia a los derechos fundamentales pudiera justificarse parcialmente por el hecho de que la Carta aún no se había convertido en jurídicamente vinculante, este argumento no tendría cabida en la sentencia *Toufik Lounes*.

Otra cuestión que se planteó con *Ruiz Zambrano* y que aún no ha sido resuelta por el TJUE en relación al problema de la «discriminación inversa»<sup>66</sup>, hubiera sido acorde en este caso, ofrecer un análisis; dado que *Toufik Lounes* involucraba a un ciudadano de la UE con doble nacionalidad, en cierta medida desafió el problema a través de la igualdad de trato de todos los ciudadanos de la Unión: mientras que la Sra. García Ormazábal pudo contar con la protección del art. 21 TFUE por haber conservado la nacionalidad española y haber ejercido la libre circulación antes de recibir el pasaporte británico, se habría impedido que un ciudadano británico que no cumpliera los dos requisitos anteriores gozara de dicha protección. Como se afirma en *Ruiz Zambrano*, un resultado de este tipo no se puede justificar argumentando que, para que se apliquen las disposiciones sobre la ciudadanía de la UE, debe cumplirse al menos un posible elemento transfronterizo. Por lo tanto, debe reconocerse que la ampliación de los derechos vinculados a la ciudadanía de la UE pone en riesgo la posición de desventaja de los nacionales de los Estados miembros. De hecho, si el cónyuge hubiera tenido nacionalidad británica, lo más probable es que el Sr. Lounes no hubiera podido permanecer en el Reino Unido ni continuar su vida familiar allí. Por un lado, la Directiva 2004/38 y el art. 21 TFUE habría sido inaplicables y, por otro, el enfoque actual del derecho a la vida familiar y la circunstancia de que el Sr. Lounes infringió las normas de inmigración del Reino Unido, probablemente habría llevado a su expulsión del territorio británico.

En realidad, este caso viene a ofrecer respuestas importantes a los ciudadanos de la Unión que desean naturalizarse en sus Estados miembros de acogida después de ejercer su libertad de circulación en virtud de la legislación de la UE. De hecho, los ciudadanos con doble nacionalidad de dos Estados miembros que se desplazan dentro de la UE constituyen otra excepción a la norma de que los ciudadanos de la UE no pueden reclamar la libre circulación o los derechos de ciudadanía contra su Estado miembro de nacionalidad.

---

<sup>66</sup> H. van Eijken, S.A. de Vries, «A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*», *European Law Review*, 2011, p. 710 y ss.

