

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO CONCEPTO AMBIVALENTE*

Mercedes SOTO MOYA

Profesora ayudante de Derecho Internacional Privado
Universidad de Granada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO LIBERTAD ECONÓMICA.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO LIBERTAD POLÍTICA. —IV. VALORACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de aplicación espacial de las libertades comunitarias no es homogéneo. Para aplicar el Derecho comunitario es necesario, en la mayoría de los casos, un «referente comunitario», algún elemento de contacto con otro Estado miembro. Sin embargo, por lo que respecta a la libre circulación de personas, esta conexión es variable. Es la peculiaridad de esta libertad frente a las demás proclamadas en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE). En unos supuestos aquel referente lo constituirá el lugar de celebración del acto, el origen de la formación profesional, etc., pero, en otros, será suficiente ostentar la nacionalidad de un Estado miembro distinta a la del Estado miembro en que se reside. La razón de esta diversidad es el carácter ambivalente de la libre circulación de personas, según se contemple desde la perspectiva económica o política. Diferenciar nítidamente estas dos situaciones será el único modo de no extraer conclusiones erróneas tras la lectura de las decisiones del Tribunal

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de Excelencia SEJ 820 «Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza», subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ¹. La complejidad que introduce la conexión entre la libre circulación de personas y las demás libertades económicas origina que los pronunciamientos del TJCE sean aparentemente poco claros. El argumento con el que gran parte de la doctrina justifica esta complejidad es la evolución de los derechos que confiere la ciudadanía desde el plano económico al político ². No es, sin embargo, un razonamiento convincente porque, aun tomándolo como referencia para el análisis de las sentencias del TJCE, no logra aclarar muchos de los interrogantes que éstas suscitan. Intentaremos en esta nota encontrar una explicación más plausible que la de la «evolución» del concepto de ciudadanía. La solución puede estar en el carácter ambivalente de la libre circulación de personas según se ejercite como libertad económica o política. En el primer caso, no basta para que sea de aplicación la normativa comunitaria ostentar una nacionalidad distinta a la del Estado miembro donde se está residiendo. Será necesario otro tipo de conexión que dependerá de la libertad que se pretenda ejercer: domicilio o residencia de la persona física, lugar de celebración del acto, origen de la formación o titulación profesional, lugar de la recepción o la prestación del servicio. La libre circulación de personas es el presupuesto necesario para ejercer otra libertad económica: libre prestación y recepción de servicios, libertad de establecimiento o libre circulación de trabajadores.

En cambio, cuando la libre circulación no tiene un componente económico, el ámbito de aplicación de esta libertad no está restringido a los supuestos intracomunitarios, no es necesario, siquiera, el desplazamiento de un Estado miembro a otro, como en los supuestos anteriores. Según una reiterada jurisprudencia del TJCE ostentar la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado en el que se reside constituye un elemento suficiente para determinar la aplicación de las normas de Derecho comunitario, incluso cuando la persona que invoca dichas normas no haya cruzado nunca las fronteras del Estado miembro donde reside.

La cuestión central de esta nota estriba en determinar qué elementos de conexión son suficientes para que una situación pueda considerarse como intracomunitaria y no puramente interna. El análisis que se realiza pretende poner de manifiesto que no sólo existen dos modos de ejercitar el derecho de libre circulación de personas, sino que correlativamente han surgido dos tipos de ciudadanía de la UE: la «económica» y la «política».

¹ Afirmaciones tales como que el TJCE ya no piensa en el individuo como operador económico, o que en un futuro cercano ya no existirán supuestos puramente internos, son fruto de esta confusión, y se refieren únicamente al ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas como libertad política. En este sentido, MATTERA, A., «Civis europeus sum. Citoyenneté européenne, droit de circulation, et de séjour, application directe de l'article 8 A du traité CE», *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, 1998, pp. 5-28; SPAVENTA, E., «From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-) Economic European Constitution», *Common Market Law Review*, 2004, pp. 743-773.

² REQUEJO ISIDRO, M., «Estrategias para la comunitarización: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea», *La Ley*, núm. 5903, de 28 de noviembre de 2003, pp. 1-5, p. 3; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derecho internacional privado y Derecho privado europeo», *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 157-191, p. 169; LAGARDE, P., nota a la STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, DOCE C 275, de 15 de noviembre de 2003, *Revue critique de droit international privé*, 2004, pp. 184-202, p. 193; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «El Proyecto de Constitución para Europa y el Derecho internacional privado», *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, núm. 9, pp. 81-103, p. 85.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO LIBERTAD ECONÓMICA

El ámbito de aplicación espacial de la libre circulación de personas como libertad económica está limitado a los supuestos intracomunitarios. No basta ostentar una nacionalidad distinta a la del Estado miembro donde se está residiendo para que resulte de aplicación la normativa comunitaria. Será necesario otro tipo de conexión que dependerá, como ya se ha apuntado, de la libertad que se pretenda ejercer: domicilio o residencia de la persona física, lugar de celebración del acto, origen de la formación o titulación profesional, lugar de la recepción o la prestación del servicio³. La libre circulación de personas es el presupuesto necesario para ejercer otras libertades económicas: la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento o la libre circulación de trabajadores.

La jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de resolver multitud de asuntos en los que la libre circulación de personas se ha utilizado de forma instrumental para el ejercicio de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. En el asunto *Cowan*⁴, por ejemplo, el TJCE estimó que la legislación nacional francesa impedía a los turistas desplazarse libremente a otro Estado miembro a fin de recibir en él prestaciones de servicios. Esto hubiese sido suficiente para aplicar la normativa comunitaria. Lo considera un supuesto intracomunitario porque se trata de un receptor de servicios, al que una legislación nacional le está restringiendo su derecho a recibir dichas prestaciones⁵. Sin embargo, el TJCE incluye en su sentencia el argumento de la no discriminación por razón de nacionalidad. Y lo hace porque está implicada la libre circulación de personas que es requisito indispensable para hacer turismo, y ser, por tanto, receptor de servicios. Afirma el Tribunal que «cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, la protección de la integridad de esta persona en el Estado miembro de que se trata, en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él, constituye el corolario de esta libertad de circulación. El principio de no discriminación se aplica a los destinatarios de servicios en el sentido del Tratado» (FJ 17).

La argumentación del TJCE resulta, a nuestro juicio, confusa. Es cierto que el Sr. Cowan es un receptor de servicios, pero parece un poco forzado afirmar que la legis-

³ Vide en particular STJCE de 28 de junio de 1984, as. 180/83, *Moser*; STJCE de 7 de febrero de 1979, as. 115/78, *Knoors* (vide Nota de MORSE, G., *European Law Review*, 1979, pp. 377-378); STJCE de 6 de octubre de 1981, as. 246/80, *Broeckmeulen* (vide Nota de GORMLEY, L., *European Law Review*, 1982, pp. 37-42; Nota de DRUESNE, G., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, pp. 776-778); STJCE de 10 de julio de 1991, as. C-294/89, *Comisión/Francia*; STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, DOCE C 275, de 15 de noviembre de 2003; STJCE de 19 de octubre de 2004, as. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*.

⁴ STJCE de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, *Cowan*; vide nota de AMULL, A., *European Law Review*, 1989, pp. 166-169; HACKSPIEL, S., *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, pp. 2166-2171; WEATHERILL, S., *Common Market Law Review*, 1989, pp. 563-581; SIMON-DEPITRE, M., *Revue critique de droit international privé*, 1990, pp. 88-91; MELTERS DE WILMARS, J., *Cahiers de droit européen*, 1990, pp. 393-402. La cuestión se suscita en el marco de un litigio entre el Estado francés y un nacional británico, y versa sobre la indemnización del perjuicio resultante de una agresión violenta de que fue víctima a la salida de una estación de metro, con ocasión de una estancia de turismo en París. De dicha indemnización sólo podían beneficiarse los nacionales franceses o los titulares de un permiso de residencia.

⁵ Vide en este sentido HANLON, J., *European Community Law*, Londres, Thomson, 2003, p. 210.

lación francesa sobre indemnizaciones en caso de agresión desincentiva el libre desplazamiento de los ciudadanos comunitarios que pretendan hacer turismo. Es más correcto establecer que el Sr. Cowan ejerció su derecho de libre circulación de personas, y en consecuencia debe aplicarse el principio de igualdad de trato con los nacionales franceses, con lo que le corresponde la indemnización exactamente igual que le correspondería a un nacional francés. Quizás, en determinados supuestos, fuese más clarificador aplicar directamente el artículo 18 TCE, el estatuto de ciudadano de la Unión.

Este planteamiento puede reforzarse con el análisis de otros pronunciamientos del TJCE, como el asunto *Sodemare*⁶, en el que el Alto tribunal niega la aplicación del Derecho comunitario por inexistencia de los presupuestos necesarios. Considera que no puede aplicarse ni la normativa referente a la libertad de establecimiento ni a la libre prestación de servicios. No se trataría de libre prestación de servicios porque la sociedad luxemburguesa participa de forma estable y continua en la vida económica italiana, con lo que, en todo caso, se aplicarían las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento (FJ 24). La cuestión, por tanto, estaría en determinar si la necesidad de inexistencia de ánimo de lucro (en el ámbito del sistema de asistencia social), puede suponer una restricción a la libertad de establecimiento o no. El Tribunal concluye que se trata de un supuesto puramente interno, y que no existe restricción alguna, con lo que no se aplicaría el Derecho comunitario sobre libertad de establecimiento.

Admitido lo anterior, es necesario dilucidar si sería de aplicación el Derecho comunitario a los nacionales de otros Estados miembros que se desplazan a Lombardía para establecerse en la residencia de ancianos que explota la sociedad *Sodemare*. Al respecto, el Tribunal establece que falta, una vez más, el requisito de la ocasionalidad: «los nacionales de otros Estados miembros que se trasladan a Italia para alojarse en las residencias de la sociedad luxemburguesa, desean acogerse con carácter permanente o por tiempo indefinido a los servicios prestados en dicha residencia» (FJ 39). Por tanto, no les es aplicable la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios, porque van a fijar su residencia en Italia. El hecho de que su desplazamiento fuera un cambio de domicilio definitivo, dada la naturaleza del servicio, bastó para entender que se trataba de un supuesto puramente interno italiano, con independencia de la nacionalidad de los destinatarios del servicio (que eran daneses).

Ciertamente, la legislación italiana no restringe la libertad de establecimiento. No obstante, sería incorrecto inferir de esta argumentación que se trata de un supuesto puramente interno. Es cierto que no puede aplicarse la normativa comunitaria sobre libre prestación de servicios, ni sobre libertad de establecimiento, pero los nacionales de otros Estados miembros que se desplazan a Italia para establecerse en la residencia de ancianos están ejerciendo su derecho de libre circulación de personas que les permite, no sólo desplazarse, sino residir en otro Estado miembro. El derecho de libre circulación de personas se está utilizando en este caso de una forma instrumental. Desde el punto de vista de los nacionales de otros Estados miembros sería de aplicación el ar-

⁶ STJCE de 17 de junio de 1997, as. C-70/95, *Sodemare*; vide NOGUERIRA GUSTAVINO, M., «Reseña de la jurisprudencia del TJCE en el primer semestre de 1999», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 1999, pp. 179-221, p. 179-185. La sociedad luxemburguesa *Sodemare* constituyó en Italia otra sociedad para explotar varias residencias de ancianos. Una de ellas se encontraba en Lombardía, región en la cual se reserva a las sociedades sin ánimo de lucro la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario.

título 18 TCE (estatuto de ciudadano de la Unión). El TJCE no se pronuncia acerca de la trascendencia que pudiera tener la ciudadanía de la Unión en este asunto. No lo hace porque la cuestión prejudicial la eleva la región de Lombardía, por una parte, y la sociedad Sodemare por otra, para dilucidar si la legislación italiana restringía las libertades comunitarias de la sociedad, y no los particulares que se desplazan hasta Italia para ingresar en la residencia de ancianos. Pero, el que no se pronuncie al respecto no significa que se trate de un supuesto meramente interno en todos los niveles, sino sólo a los efectos de la libre prestación de servicios, donde la conexión nacionalidad tiene valor cero ⁷. De todas formas, aunque en el fondo se trate de un supuesto intracomunitario, la única consecuencia sería la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, es decir, la igualdad de trato con los nacionales italianos, lo que no aportaría en este supuesto ninguna ventaja a los usuarios de la residencia de la tercera edad.

Por lo que respecta a la libre circulación de trabajadores, los ejemplos más claros del carácter instrumental de la libre circulación de personas son aquéllos en los que el nacional comunitario abandona su Estado miembro de origen para establecerse y trabajar en otro Estado miembro. Para que el derecho del nacional comunitario a circular y residir en cualquier otro Estado miembro de la UE no se vea restringido es necesario que pueda ser acompañado por su familia. Si el familiar del que van a depender ejerce alguna libertad comunitaria los citados nacionales de terceros Estados serán titulares de forma derivada de la libre circulación de personas ⁸. Así lo pone de manifiesto el TJCE en los asuntos *Akrich* ⁹, *Singh* ¹⁰ y *Comisión v. Reino de España* ¹¹.

⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S., «Libertades comunitarias y nacionales de terceros Estados», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp. 253-267, p. 264.

⁸ Aunque cada Estado miembro puede, si quiere, incluir a los familiares de sus propios nacionales dentro del ámbito de la protección comunitaria. Así ha sucedido en España. El RD 240/2007 de 16 de febrero, (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007), sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ha incluido en su ámbito de aplicación personal a los familiares que sean nacionales de terceros Estados de españoles, equiparándolos así a los familiares de los nacionales comunitarios, del EEE o suizos que residan en España. De esta forma ha extendido unilateralmente el Derecho comunitario a un supuesto puramente interno. No obstante, el legislador español ha optado por discriminar inversamente a sus propios nacionales aplicándoles en algunos supuestos un régimen más restrictivo, como en el caso de los ascendientes y de las parejas de hecho de los nacionales españoles. Para un análisis detallado véase SOTO MOYA, M., «Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios (análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)», *La Ley UE*, 31 de julio de 2008, pp. 1-6.

⁹ STJCE de 23 de septiembre de 2003, as. C-109/01, *Akrich*. Vide PLENDER, R., «Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich», *Cahiers de droit européen*, 2004, núm. 1-2, pp. 261-288; SCHAUFLE, G., «Wiedereinreise eines Drittstaatsangehörigen Ehegatten nach Ausweisung», *European Law Reporter*, núm. 12, 2003, pp. 465-467; SPAVENTA, E., «Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich, Judgement of the Full Court of 23 september 2003», *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 225-240; WHITE, R. C. A., «Conflicting Competences: Free Movement Rules and Immigration Laws», *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 385-396, pp. 391-395; PÉREZ MARTÍN, E., «La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich. C-109/01)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* núm. 3, 2004, pp. 121-153.

¹⁰ STJCE de 7 de julio de 1992, as. C-370/90, *Singh*. Vide Nota de M.C. Boutard-Labarde, *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 426-427; WHITE, R.C.A., *European Law Review*, 1993, pp. 527-532. Véase también el análisis de HANLON, J., *European Community...*, loc. cit., pp. 192-196, que pone en relación este asunto con otros pronunciamientos del TJCE.

¹¹ STJCE de 31 de enero de 2006, as. C-503/03, *Comisión v. Reino de España*. En este asunto el TJCE condena a España por denegar la entrada a dos nacionales de terceros Estados (argelinos), cónyuges

En el asunto *Akrich*, se discute la aplicación del derecho de libre circulación y residencia al cónyuge de una ciudadana británica, nacional de un tercer Estado (Marruecos), que había sido expulsado como inmigrante ilegal del Reino Unido en varias ocasiones. Ambos cónyuges se trasladan a Irlanda para crear deliberadamente un derecho de residencia a favor del Sr. Akrich a su regreso al Reino Unido. El TJCE considera que la normativa de inmigración británica restringe en este caso el derecho de libre circulación de un nacional comunitario. Y ello a pesar de que esa ciudadana comunitaria sea británica: la legislación de su país limita el derecho de libre circulación de su propio nacional. No se considera un asunto puramente interno porque la nacional comunitaria ha ejercido su derecho de libre circulación, se ha desplazado a otro Estado miembro para trabajar. Desea volver a establecerse en su país de origen con su marido de nacionalidad marroquí. Si no se permite la entrada en el Reino Unido de su cónyuge nacional de tercer Estado, se restringe también su entrada, y se la disuade de ejercitar los derechos de circulación reconocidos por el TCE. El Tribunal concluye que el Reino Unido debe admitir al cónyuge la entrada y residencia en su territorio de acuerdo con la normativa comunitaria, y excluye la utilización de las normas internas de inmigración, que impedirían la residencia en dicho país del cónyuge nacional de tercer Estado. El TJCE se muestra especialmente garantista con los derechos del nacional comunitario que ha ejercido su libertad de circulación. Para facilitar su derecho, le permite ir acompañado del cónyuge nacional de tercer Estado. De otro modo, su libertad de movimiento se convertiría en una quimera ¹².

Similar es la argumentación del TJCE en el asunto *Singh*. En esta sentencia, afirmó que una orden de expulsión adoptada por las autoridades británicas respecto al cónyuge no comunitario —de nacionalidad india— de una ciudadana británica, era contraria al Derecho comunitario. El argumento básico para llegar a este fallo, y admitir las pretensiones del demandante, fue el hecho de que habiendo residido durante cierto tiempo en Alemania, la esposa había hecho uso de la libertad comunitaria de libre circulación y residencia. El Tribunal argumentó que el efectivo ejercicio de esta libertad se vería seriamente obstaculizado si al regresar al Estado de origen el nacional comunitario no gozara de las mismas condiciones de entrada y residencia, por lo que se procedió a su inclusión al amparo de las normas sobre la libre circulación.

Si se realiza una síntesis de la jurisprudencia analizada se puede concluir que el nacional de un Estado miembro que se desplaza al territorio de otro Estado miembro para ejercer en él una actividad asalariada y regresa a su Estado de origen goza del derecho a ser acompañado por su cónyuge, tanto cuando se desplaza como cuando

de nacionales españolas residentes en el Reino Unido e Irlanda respectivamente. Ellas habían ejercido su derecho de libre circulación, y pretendían volver a España con sus maridos. El referente comunitario es el desplazamiento de un Estado miembro a otro. Si no se hubiese producido España podría aplicar en este supuesto su normativa interna y no podría ser condenada por la incorrecta aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, las españolas, al ejercer su derecho de libre circulación, propician la inclusión de sus cónyuges argelinos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

¹² SANZ CABALLERO, S., *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant monografías, 384, 2006, p. 325.

regresa al territorio nacional. De otro modo se estaría obstaculizando la libertad de circulación del nacional comunitario. Se introduce el Derecho comunitario en un supuesto que podría ser interno, porque de otra forma se limitaría la libre circulación de personas. El cónyuge debe disfrutar, por lo menos, de los mismos derechos que le otorgaría el Derecho comunitario si su esposo/a entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional. Esta tesis es la mantenida, también por el TJCE en el asunto *Carpenter*¹³. El caso gira en torno a una nacional filipina contra la que el Reino Unido dictó una orden de expulsión. Estaba casada con un nacional británico y su pretensión era tratada en Reino Unido como beneficiaria de las libertades comunitarias por este motivo. Su marido, el Sr. Carpenter, dirigía una empresa establecida en el Reino Unido, pero que vendía espacios publicitarios a anunciantes establecidos en otros Estados miembros. Por este motivo el TJCE consideró que el Sr. Carpenter era un prestador de servicios en el sentido del Derecho comunitario, y que lo sería incluso si no se desplazara para prestarlos (FJ 29), no es necesario siquiera que ejerza el derecho de libre circulación. Sentada esta premisa, es obvio que el Sr. Carpenter tenía derecho a ejercer su actividad en todo el mercado interior sin que se le impusieran restricciones ilegales. La expulsión de su cónyuge le obligaría a irse a vivir con ella a Filipinas o a separarse de los miembros de la familia si él permaneciese en el Reino Unido. Afirma el Tribunal que en este caso la actividad profesional del Sr. Carpenter quedaría afectada, y se restringiría su derecho de la libre prestación de servicios. La normativa de extranjería del Reino Unido limitaba una libertad comunitaria.

Al ser el Sr. Carpenter un prestador de servicios en el sentido del artículo 49 TCE, aunque nunca hubiese ejercitado su derecho de libre circulación de personas, se considera a su cónyuge incluida en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria. Se le concede un derecho de libre circulación derivado del de su marido. Nótese que el Tribunal no afirma que la normativa nacional restringe el derecho a circular y residir en otros Estados miembros del ciudadano comunitario, sino que limita el derecho a la libre prestación de servicios, pero la consecuencia es que se concede al cónyuge un derecho de libre circulación. El pronunciamiento del Tribunal no se basa en la restricción del derecho de libre circulación de personas, sino en la restricción al derecho de libre prestación de servicios. A la postre, no se trataba de un derecho personal de su esposa, sino de una restricción a la propia prestación de servicios transfronteriza del señor Carpenter.

¹³ STJCE de 11 de julio de 2002, as. C-60/00, *Carpenter*. Vide TOGGENBURG, G., «Familiengangehörige aus Drittstaaten: der Schutz des Familienlebens als trompe d'oeil-Tor zum Binnenmarkt?», *European Law Reporter*, núm. 9, 2002, pp. 319-328; VANNESTE, J., «Case C-60/00. Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department», *Columbia Journal of European Law*, vol. 9, 2003, pp. 447-455; ACIERNO, S., «Notes and Shorter Articles -The Carpenter judgment: Fundamental rights and the limits of the Community legal order», *European Law Review*, vol. 28, 2003, p. 399-407; LUBY, M., «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *Journal du droit international*, núm. 2, 2003, pp. 593-596; Editorial, «Freedoms unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State», *Common Market Law Review*, núm. 40, 2003, pp. 537-543; MAGER, U., «Dienstleistungsfreiheit und Achtung des Familienlebens. C-60/00 Mary Carpenter», *Juristenzeitung*, vol. 58, Heft 4, 2003, pp. 204-207; TONER, H., «Comments on Mary Carpenter v. Secretary of State», 11 de julio 2002 (Case C-60/00)», *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, núm. 1, 2003, pp. 163-172.

¹⁴ Entre los pronunciamientos más llamativos nos encontramos con la STJCE de 27 de octubre de

Como pone de relieve el asunto *Carpenter*, para que el Derecho comunitario sea de aplicación a los familiares nacionales de terceros Estados, es imprescindible que el nacional comunitario del que dependen haya ejercido alguna libertad comunitaria ¹⁴.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO LIBERTAD POLÍTICA

Cuando el ejercicio de la libre circulación no tiene un componente económico, el ámbito de aplicación de esta libertad no está restringido a los supuestos intracomunitarios, no es necesario siquiera el desplazamiento de un Estado miembro a otro. Según una reiterada jurisprudencia del TJCE, poseer la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado en el que se reside constituye un elemento suficiente para aplicar las normas de Derecho comunitario, incluso cuando la persona que invoca dichas normas no haya cruzado nunca las fronteras del Estado miembro donde reside ¹⁵. Las decisiones adoptadas por el TJCE se fundamentan en la libre circulación de personas contenida en la ciudadanía europea, como Derecho jurídico-público, y no en la libre circulación de personas como elemento consustancial a la libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento ¹⁶. Como asuntos más representativos de esta línea jurisprudencial se analizan las Sentencias *Chen & Zhu* ¹⁷ y *García*

1982, as. 35/82 y 36/82, *Morson y Jhanjan*. En este caso, las demandantes domiciliadas en Surinam habían optado por la nacionalidad de este Estado, mientras que sus hijos, residentes en Holanda, conservaban la nacionalidad de este país. Las recurrentes se trasladaron a Países Bajos y solicitaron el permiso de residencia para permanecer junto a sus hijos sobre la base del artículo 10 del Reglamento 1612/68. El TJCE resolvió en contra de las demandantes señalando que los trabajadores comunitarios, hijos de las recurrentes, residían y ejercían su actividad en el Estado de su nacionalidad. Por ello no era posible invocar la aplicación del artículo 10 mencionado ni los artículos 7 y 48 TCEE. En La STJCE de 25 de julio de 2002, As. C- 459/99, *MRAX*, el TJCE señala que «la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de los trabajadores, a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento no puede aplicarse a situaciones que no presenten algún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario. En consecuencia, dicha normativa no puede aplicarse a la situación de personas que no hayan ejercido nunca dichas libertades» (apartado 39). Vide Urso, E., «Il Diritto di famiglia nella prospettiva europea», *Il Diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Padua, CEDAM, 2005, pp. 515-611, p. 533-534.

¹⁵ STJCE de 27 de septiembre de 1988, as. C- 235/87, *Matteucci*, en la que se discutía sobre el derecho de una ciudadana italiana, nacida y residente en Bélgica, donde trabajaba, a no ser discriminada en la concesión de una beca de perfeccionamiento. Vide nota de BOUTARD LABARDE, M. C., *Journal du droit international*, 1989, pp. 422-424; STJCE de 28 de octubre de 1975, as. C- 36/75, *Rutili*, vide, nota de LYON-CAEN, G., *Revue trimestrielle de droit européen*, 1976, pp. 141-144; SWEITZER, M., *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 469-470; WYATT, D., *European Law Review*, 1976, pp. 217-221; DUBOIS, L., *Revue critique de droit international privé*, 1979, pp. 301-318; TOMUSCHAT, C., *Cahiers de droit européen*, 1976, pp. 58-67; STJCE *García Avello*, loc. cit.

¹⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., «Libertades comunitarias y...», loc. cit., p. 265.

¹⁷ STJCE de 19 de octubre de 2004, As. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*. Vide TONER, H., *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Hart Publishing, 2004, p. 225; FERRER LORET, J., «El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (*Chen* contra *Secretary of the Home Department*, asunto C-200/02)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, de 6 de enero de 2005, disponible previa suscripción en www.iustel.com; FACH GÓMEZ, K., «El TJCE y la extranjería», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, marzo 2005, vol. 8, pp. 149-182; LIAKOPOULOS, D., «La condizione giuridica dello straniero: evoluzione del concetto di cittadinanza alla luce delle norme interna-

*Avello*¹⁸ en las que las normas nacionales de extranjería o las registrales, respectivamente, limitan la libertad de circulación del ciudadano comunitario como sujeto político, aunque en ambos casos esta limitación es potencial, porque no se han desplazado.

En el asunto *Chen & Zhu* el TJCE confirma que la condición de ciudadano de la Unión genera por sí misma una categoría de extranjería privilegiada que se asocia estrechamente a ella¹⁹. Esta situación surge ante la necesidad de impedir que los ciudadanos vean obstaculizado el ejercicio de su derecho a circular libremente como consecuencia de que alguno de sus progenitores sea extranjero. El Gobierno del Reino Unido argumentó que se trataba de un asunto puramente interno y que las demandantes nunca ejercitaron la libertad de circulación que les atribuía el Tratado, puesto que nunca abandonaron dicho país para desplazarse a otro Estado miembro. No obstante, el TJCE consideró que la nacionalidad irlandesa de la menor constituía un elemento

zional», *www.immigrazioneelavoro.it/public/im.pdf.*, 2005, pp. 1-19, p. 8; BALLARINO, T. y UBERTAZZI, B., «On Avello and Other Judgements: A New point Of Departure in the Conflicts of Laws?», *Yearbook of Private International Law*, Vol. VI, 2004, pp. 85-128, pp. 107-110; HUTCHINSON, M., «Irish Born Children and the Case of Chen & Zhu», *Law Centre Information Briefing*, núm. 11, agosto 2004, pp. 1-3; KUNOY, B., «A Union of National Citizens: The Origins of the Courts Lack of *Avant-Gardisme* on the *Chen Case*», *Common Market Law Review*, núm. 43, 2006, pp. 179-190.

¹⁸ STJCE de 2 de octubre de 2003, As. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, DOCE C 275, de 15 de noviembre de 2003. Vide PALMERI, G., «Doppia cittadinanza e diritto al nome», *Europa e diritto privato*, vol. 1, 2004, pp. 217-230; LAGARDE, P., «Nota a...», loc. cit., pp. 184-202; REQUEJO ISIDRO, M., nota a García Avello, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003-II, pp. 941-944; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación de cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público armonizador?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, pp. 507-529; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario», *La Ley*, núm. 5876, 22 de octubre de 2003, pp. 1-5; FORNER I DELAYGUA, J., «Principio de no discriminación en el trato. Libertad de circulación y residencia (Sentencia de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *Carlos García Avello v. État Belge*)», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 2, 2004, pp. 271-278; BOGDAN, M., «The impact of the E.C. Treaty on the Surnames of Migrating European Citizens», *Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1277-1287; BALLARINO, T. y UBERTAZZI, B., «On Avello and Other Judgements: A New point Of...», loc. cit., pp. 85-128; ILIOPOULOU, A., «What's in a Name? Citoyenneté, égalité et droit au nom», à propos de l'arrêt García Avello», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004, pp. 565-579; REIG FABADO, I., «Comentario al asunto García Avello», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2004, pp. 463-475; GARDEÑES SANTIAGO, M., «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (reflexiones en torno a la STJCE García Avello, de 2 de octubre de 2003)», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 230, marzo/abril 2004, pp. 19-26; LARA AGUADO, A., «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)», *La Ley*, núm. 6107, 15 de octubre de 2004, pp. 1-6.

¹⁹ En el asunto *Chen & Zhu*, el TJCE resuelve la petición de una nacional china (la Sra. Chen), madre de un niño de la misma nacionalidad, que viajó a Belfast, Irlanda del Norte, para dar a luz a su segunda hija (Catherine). Ésta adquirió la nacionalidad irlandesa, ya que la normativa de este país atribuía su nacionalidad a toda persona que naciera en la isla (lo que incluye el territorio de Irlanda del Norte, bajo la soberanía del Reino Unido) en unas condiciones determinadas. En cambio, Catherine no adquirió la nacionalidad británica al no reunir los requisitos necesarios. Posteriormente, la Sra. Chen se trasladó con sus hijos a Cardiff (Reino Unido), donde se negaron a concederles un permiso de residencia de larga duración. Tal negativa se basaba, por una parte, en que Catherine, de ocho meses de edad, no tenía capacidad para ejercer autónomamente ningún derecho derivado del Tratado CE, y, por otra, en que la Sra. Chen no estaba autorizada a residir en el Reino Unido con arreglo a la normativa comunitaria, puesto que era nacional de un tercer Estado. Se interpuso recurso contra tal resolución ante la *Immigration Appellate Authority*, que fue la que planteó la cuestión prejudicial.

²⁰ Así lo establecía la *Irish Nationality and Citizenship Act*, 1956 (Núm. 26 of 1956), en su artícu-

suficiente para excluir que el litigio fuese puramente interno, aunque no hubiese existido desplazamiento.

Un argumento adicional del Gobierno británico en este asunto fue que el traslado de la señora Chen a Irlanda del Norte para que su hija adquiriera la nacionalidad irlandesa constituía un intento de utilizar de forma abusiva las normas comunitarias. Se fundamentaban en el hecho de que en Irlanda, hasta el 24 de junio de 2004, uno de los modos de atribución de la nacionalidad era el simple hecho del nacimiento en la isla²⁰. Dicho país era el único de la UE que mantenía el criterio del *ius soli* puro, sin necesidad de acreditar ningún otro requisito, para otorgar la nacionalidad²¹. La consecuencia fue que existió un tipo de inmigración específica de nacionales de terceros Estados cuyos hijos nacieron en Irlanda y a los que se les atribuyó la nacionalidad irlandesa, mientras que sus progenitores seguían siendo nacionales de terceros Estados y, evidentemente, en la mayoría de los casos, en situación irregular²². Los problemas aparecían cuando los nacionales de terceros Estados se desplazaban con sus hijos irlandeses al Reino Unido, y solicitaban residir allí, como en el caso *Chen & Zhu*²³. Si la señora Chen se hubiese quedado en Irlanda, habría sido expulsada del país²⁴. Sin embargo, se desplazó al Reino Unido, y por este simple hecho el TJCE pudo pronunciarse otorgando a la señora Chen un derecho de residencia en ese país. Esta es la razón de que el Gobierno británico argumente que existe un abuso de las normas comunitarias. El TJCE considera que, en efecto, la es-

lo 6.2: «Every person born in Ireland is an Irish citizen from birth.» Irlanda era el único país de la UE que mantenía el criterio del *ius soli* puro, sin necesidad de acreditar ningún otro requisito, para otorgar la nacionalidad. La consecuencia es que ha existido un tipo de inmigración específica de nacionales de terceros Estados cuyos hijos han nacido en Irlanda y a los que se les ha atribuido la nacionalidad irlandesa, mientras que sus progenitores seguían siendo nacionales de terceros Estados y, evidentemente, en la mayoría de los casos, en situación irregular.

²¹ Para un análisis del denominado «Birthright Citizenship» vide GROSSMAN, A., «Birthright Citizenship as Nationality of Convenience», *Proceedings, Council of Europe, Third Conference on Nationality*, Strasbourg, 11-12 octubre 2004.

²² La *Irish Supreme Court* había entendido, desde el caso *Fajujonu* (Irish Supreme Court Judgement, de 8 de diciembre de 1989, *Fajujonu v. Minister for Justice and Another*), que los menores tenían un derecho constitucional a la compañía y el cuidado de sus progenitores en Irlanda, y por tanto, aunque éstos fueran nacionales de terceros Estados, era necesario concederles un derecho de residencia en la isla. Pero este planteamiento cambió en 2003 con la Sentencia *Lobe and Osayande* (Irish Supreme Court Judgement, de 28 de enero de 2003, *Lobe & Ors –v– Minister for Justice, Equality & Law Reform, Osayande & anor –v– Minister for Justice, Equality & Law and ors*). La *Irish Supreme Court* ratificó el derecho constitucional del menor al cuidado y a la compañía de sus padres, pero especificó que para que estos pudieran residir en Irlanda eran necesarios unos requisitos adicionales, como por ejemplo, un tiempo «razonable» de residencia de la familia en Irlanda o que ésta haya hecho del país su hogar.

²³ Esta atribución de la nacionalidad por *ius soli* no solo causaba «problemas internos» en Irlanda, sino también externos, en el Reino Unido ya que al pertenecer ambos a la *Common Travel Area*, los nacionales irlandeses y británicos pueden circular y residir libremente en el territorio de sus respectivos Estados, HUTCHINSON, M., «Irish Born Children and the Case...», *loc. cit.*, pp. 1-3.

²⁴ En aplicación de la jurisprudencia *Lobe & Osayande*. Este caso lo juzgaron siete jueces de la Supreme Court, lo que da una idea de la importancia que se le dio a la materia. Cinco de ellos (mayoría) no admitió la apelación de las familias Lobe y Osayande para no ser expulsadas del país. El problema es que cada uno de los jueces dicta un pronunciamiento diferente, por lo que resulta imposible realizar una cita exacta con el considerando correspondiente. Por eso hemos optado por utilizar el resumen realizado por FRASER, U., «Two-Tier Citizenship –the Lobe and Osayande Case», *Women's Movement: Migrant Women Transforming Ireland*, Dublín, 20 y 21 de marzo de 2003, pp. 26 a 34, disponible en <http://www.tcd.ie/Sociology/mphil/dwnl/migrantwomenpapers.PDF>.

²⁵ FERRER LLORET, J., «El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE...», *loc. cit.*, disponi-

tancia en Irlanda tenía como único objeto permitir que la niña que iba a nacer se le atribuyera la nacionalidad irlandesa y, en consecuencia, que se le reconociera, en su caso, a la madre, el derecho a residir con su hija en el territorio del Reino Unido²⁵. No obstante, recuerda que la determinación de los modos de atribución, adquisición y pérdida de la nacionalidad son competencia exclusiva de cada Estado miembro²⁶. Por tanto, no existe abuso de derecho, sino personas que, conociendo el contenido de las libertades establecidas por el Derecho comunitario, las invocan²⁷.

Pero, para aplicar el Derecho comunitario y no considerar el asunto *Chen & Zhu* puramente interno, el TJCE no sólo se basa en la nacionalidad irlandesa de Catherine, sino que trae a colación la teoría del efecto útil, separándose de esta forma de la argumentación del Abogado General Tizzano²⁸. Afirma el Abogado General que en este caso existe discriminación por razón de nacionalidad, porque si Catherine fuera nacional británica, la madre —pese a ser nacional de un país tercero— tendría derecho a permanecer con la hija en el Reino Unido. Ello significa que, ante una situación análoga, la nacionalidad de la hija determinaría un trato favorable a la solicitud de permiso de residencia para la madre. Estima que no existe ninguna razón objetiva que justifique la diferencia de trato. Si una nacional de un país tercero, madre de un niño británico, sólo por dicha circunstancia tiene derecho a permanecer en el Reino Unido, ello se debe, sin duda, al papel fundamental de la madre en el desarrollo afectivo y en la educación del niño, así como, con carácter más general, a razones de protección de la familia y de su unidad. Este tipo de consideraciones se aplican igualmente a un caso como el presente,

ble previa suscripción en www.iustel.com. Aunque el TJCE no lo hace, en sus conclusiones, el Abogado General Tizzano sí entra a analizar el asunto desde la posible aplicación de la noción de abuso del derecho. A su entender, para que esta figura pueda ser aplicada, con carácter muy excepcional en el ámbito comunitario por la propia naturaleza de las relaciones entre este ordenamiento y los ordenamientos internos de los Estados miembros, «el criterio de referencia consiste básicamente en determinar si se ha producido una distorsión de la finalidad y de los objetivos de la norma comunitaria que confiere el derecho controvertido» (párrafo 112). Según el Abogado General «no estamos ante personas que se acogen abusiva o fraudulentamente al Derecho comunitario, distorsionando el alcance y la finalidad de las normas de dicho ordenamiento, sino ante personas que, conociendo el contenido de las libertades establecidas por el Derecho comunitario, las invocan, con medios legítimos, precisamente para conseguir el objetivo que la normativa comunitaria pretende garantizar, a saber, el derecho de residencia de la niña (párrafo 122).

²⁶ Y así lo ha establecido el TJCE en multitud de ocasiones, STJCE de 20 de febrero de 1975, as. C-21/74, *Airola*, vide nota de MASSARO, L., *Columbia Journal of Transnational Law*, 1976, pp. 514-537; STJCE de 20 de febrero de 1975, as. C-37/74, *Van den Broeck*; STJCE de 14 de diciembre de 1979, as. C-257/78, *Kenny-Levick*.

²⁷ Esto es indiscutible, así que la solución adoptada por Irlanda ha sido cambiar su legislación por lo que respecta a los modos de atribución de la nacionalidad. El 24 de junio de 2004 se modificó el artículo 9.2 de la Constitución irlandesa que establece ahora que una persona nacida en Irlanda no será irlandesa si en el momento de su nacimiento no tiene un progenitor de nacionalidad irlandesa o con el derecho a tenerla Constitution of Ireland, artículo 9.2.1: «notwithstanding any other provision of this Constitution, a person born in the island of Ireland, which includes its islands and seas, who does not have, at the time of the birth of that person, at least one parent who is an Irish citizen or entitled to be an Irish citizen is not entitled to Irish citizenship or nationality, unless provided for by law». Esta decisión no es una consecuencia directa de la sentencia del TJCE, pero sí es una de las circunstancias, junto a las demás expuestas, que han dado lugar a la transformación del ordenamiento jurídico irlandés. Si bien es cierto que la regulación del Derecho de nacionalidad es una competencia exclusiva de cada Estado miembro, las decisiones del TJCE pueden influir indirectamente en su transformación, como ha ocurrido con Irlanda.

²⁸ Punto 106, de las Conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas el 18 de mayo de 2004, *loc. cit.*

²⁹ En España la normativa de extranjería permitía la no expulsión del progenitor y el otorgamiento

en el que el niño, aunque no puede basar su propio derecho de residencia directamente en la nacionalidad británica, disfruta, no obstante, de un derecho de residencia permanente en el Reino Unido en virtud de su ciudadanía comunitaria ²⁹.

No cabe duda de que el papel insustituible de los progenitores en el desarrollo afectivo y en la educación de un menor no depende en modo alguno de la nacionalidad de éste. Por tanto, a falta de razones objetivas que puedan justificar un trato diferenciado de la solicitud de residencia de la madre, basado en la nacionalidad de la menor, procede considerar que las medidas británicas controvertidas constituyen una discriminación por razón de nacionalidad contraria al artículo 12 TCE. Es curioso, sin embargo, que el TJCE no utilice este argumento en su sentencia. La razón es, posiblemente, que no quiera vincular la solución del supuesto a las legislaciones nacionales de cada Estado miembro. En efecto, el Abogado General señala que la madre debe permanecer con el menor porque ante un supuesto similar, si el menor tuviera la nacionalidad británica, el Reino Unido lo permitiría. *A sensu contrario*, si fuera factible la expulsión de los progenitores de sus propios nacionales –como ocurre en Irlanda a partir de la Sentencia *Lobe & Osayande*– no habría discriminación. Siguiendo este razonamiento sería posible expulsar al progenitor de un menor que fuese nacional de un Estado miembro diferente al Estado miembro de acogida.

El TJCE no sigue esta línea argumental, le es indiferente que el Estado miembro donde está residiendo el menor permita o no la expulsión de ascendientes de sus propios nacionales. El fundamento de su pronunciamiento es la pérdida del efecto útil del derecho de residencia del menor comunitario ³⁰. Para el Tribunal, la negativa a permi-

de exención de visado de residencia (art. 49.2.f) RD 864/2001 de 20 de julio, por el que se aprobaba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Este precepto establecía que se eximiría de visado a los «extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutor de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas». Pero actualmente ni la LOE (LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 21 de noviembre de 2003), ni el Reglamento que la desarrolla (RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) han incluido este supuesto en su articulado y no está muy claro si se debe a un olvido del legislador o a una exclusión consciente. Las resoluciones dictadas en la materia por los tribunales españoles son aún escasas. Además de la STS analizada ha de hacerse referencia a la STSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2006, recurso de apelación 607/2005, que confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Bilbao de 22 de septiembre de 2005. La recurrente de nacionalidad rumana convivía de forma estable con un ciudadano español. En enero de 2003 nació el hijo de ambos que goza también de nacionalidad española. La situación de irregularidad de la madre en territorio español hizo que se le incoara un procedimiento de expulsión. El TSJ del País Vasco anula la orden de expulsión acogiendo el pronunciamiento del TJCE en el asunto Chen, y basándose en el artículo 18.1 de la Constitución española y en el artículo 8 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos (protección del derecho a la vida familiar). Vide un análisis de esta sentencia en ARCE JIMÉNEZ, E., «Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería. (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo «espacio de libertad, seguridad y justicia»», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, julio 2006, pp. 21-49, pp. 44-46.

³⁰ Por lo que respecta a la interpretación conforme al efecto útil vide Díez HOCHLEITNER, J., «La interdependencia entre el Derecho internacional y el Derecho de la UE», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz*, 1998, pp. 39-88, pp. 53-54, en las que realiza la siguiente valoración general de las funciones jurisdiccionales atribuidas al TJCE: «...podemos observar cómo el Tribunal se inclina por interpretaciones extensivas de las obligaciones que se derivan para los Estados miembros de los Tratados constitutivos o de las competencias atribuidas por éstos a las instituciones comunitarias; como, por el

tir que el progenitor que se ocupa del cuidado efectivo del niño resida con él, supone la negación de todo efecto útil del derecho de residencia de este último³¹. No tiene en cuenta la legislación vigente en el Estado miembro de acogida. «Sólo por esta razón —y no por la aplicación del principio de no discriminación— cuando el artículo 18 TCE confiera un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida» (FJ 46).

El TJCE está extendiendo el concepto de residencia, está dando un paso más al basar su pronunciamiento directamente en el artículo 18 TCE: la ciudadanía. Con esta interpretación extensiva de los derechos de ciudadanía de la UE pone de relieve que, en los supuestos en los que el ejercicio de la libre circulación no tiene un componente económico, el ámbito de aplicación de esta libertad no está restringido a los supuestos intracomunitarios.

La conexión nacionalidad fue también la utilizada por el TJCE para aplicar el Derecho comunitario en el asunto *García Avello*³². El TJCE comienza planteándose si la cuestión objeto del litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En segundo lugar, procede a establecer si hay vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad; y si la hubiera, corresponde

contrario, interpreta de manera restrictiva las excepciones que limitan el alcance de dichas obligaciones; con qué frecuencia recurre a los principios generales del Derecho para colmar lagunas e insuficiencias del ordenamiento comunitario, optando, por los criterios de mayor progresividad y carácter funcional en la incorporación [...] En síntesis, el Tribunal acoge un método de interpretación caracterizado por la importancia otorgada al elemento teleológico, cuya principal manifestación se encuentra en el recurso al principio del efecto útil, y el papel casi secundario atribuido a la interpretación gramatical».

³¹ Esta misma argumentación ha sido utilizada por el Tribunal Supremo español en una Sentencia de 26 de enero de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso núm. 1164/2001), resolvía un supuesto en el que se recurría una orden de expulsión del territorio contra una nacional brasileña con un hijo español. Las resoluciones dictadas en la materia por los tribunales españoles, no obstante, son aún escasas. Además de la STS analizada ha de hacerse referencia a la STSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2006, recurso de apelación 607/2005, que confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Bilbao de 22 de septiembre de 2005. La recurrente de nacionalidad rumana convivía de forma estable con un ciudadano español. En enero de 2003 nació el hijo de ambos que goza también de nacionalidad española. La situación de irregularidad de la madre en territorio español hizo que se le incoara un procedimiento de expulsión. El TSJ del País Vasco anula la orden de expulsión acogiendo el pronunciamiento del TJCE en el asunto Chen, y basándose en el artículo 18.1 de la Constitución española y en el artículo 8 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos (protección del derecho a la vida familiar). Vide un análisis de esta sentencia en ARCE JIMÉNEZ, E., «Los familiares extranjeros del español en el Derecho...», *loc. cit.*, pp. 44-46.

³² El Sr. *García Avello*, de nacionalidad española y residente en Bélgica junto con su esposa, de nacionalidad belga, tuvieron en Bélgica en 1988 y 1992 dos hijos que poseen la doble nacionalidad española y belga. Conforme al Derecho belga, los hijos llevan el apellido del padre, por lo que el encargado del Registro civil belga practicó la inscripción de nacimiento de los menores haciéndolos constar con el apellido «García Avello». En la sección consular de la Embajada española en Bruselas, en cambio, los hijos fueron inscritos conforme al Derecho español, haciéndolos constar con el primer apellido del padre y el primero de la madre. Los padres solicitaron a las autoridades belgas el cambio de apellido de los menores por el de «García Weber», conforme al Derecho español, alegando que si no podrían ser confundidos en España con los hermanos del Sr. García Avello. Además, de este modo, los hijos tendrían el mismo apellido en España y en Bélgica. Pero se desestimó su solicitud. El Sr. García impugnó esta decisión ante el *Conseil d'Etat*, que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE.

³³ Tras el asunto *García Avello* la cuestión del reconocimiento de los apellidos se ha vuelto a plan-

analizar si se halla o no justificada. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, *ratione materiae* se reclama un beneficio, el del cambio de apellidos, que es ajeno al ámbito material del Derecho comunitario. *Ratione personae*, procede determinar quién es el sujeto afectado por la prohibición de cambio de apellidos, si los progenitores, que tienen derecho a transmitir su apellido con arreglo a los principios que rigen su formación, o los hijos, que tienen derecho a heredar ese mismo apellido³³. Desde la primera vertiente no cabría duda de la vinculación de esta situación con el Derecho comunitario, por cuanto el Sr. García Avello es un nacional de un Estado miembro que ha ejercido su derecho a circular y trabajar en otro Estado miembro. Sin embargo, el TJCE se ha centrado en la otra perspectiva. Entiende que el interés prioritario es el de los hijos, que tienen derecho a la adquisición de un nombre con el que se sientan identificados en su vertiente personal, familiar y social, como exigencia de la dignidad, del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

El problema es que los hijos son nacionales belgas y residentes en este país desde su nacimiento, por lo que cabría cuestionarse si no sería una situación puramente interna, a la que no debería aplicarse la normativa comunitaria³⁴. Sin embargo, para el TJCE el caso presenta una vinculación suficiente con el Derecho comunitario por dos razones: primero, porque aunque no se haya producido un cambio de residencia desde un Estado miembro a otro, y no se haya ejercido propiamente el derecho de libre circulación de personas, existen contactos con dos Estados miembros de la UE (el de la nacionalidad y el de la residencia)³⁵. Además, en segundo lugar, los hijos del Sr. García Avello son titulares de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía europea. Son titulares de las libertades comunitarias, las ejerzan o no. Los menores son titulares del derecho de libre circulación de personas, su potencial desplazamiento a otro Estado miembro puede ocurrir en cualquier momento, lo que justifica que se adopten medidas que prevengan la vulneración de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la UE³⁶. El tribunal tiene en cuenta las dificultades futuras que podrían surgir para la libre circulación de personas, si un ciudadano comunitario tenía una designación diferente de sus apellidos en dos Estados miembros. Aparte de los problemas psicológicos que pueda originar a una persona el ser conocido con nombres diferentes en cada país, hay que añadir los inconvenientes con que se encontrarán cada vez que tengan que acreditar que las dos identidades corresponden a la misma persona³⁷.

La diferente argumentación del TJCE respecto a otras decisiones pronunciadas con anterioridad es notable. El derecho a la igualdad de trato, pieza esencial del siste-

tear con el asunto C-96/04, en el que ya hay un pronunciamiento, STJCE de 27 de abril de 2006, as. C-96/04, *Grunkin*. Vide un comentario en LARA AGUADO, A., «El caso Niebuß o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras», *La Ley*, núm. 6560, 29 de septiembre de 2006, pp. 1-7.

³⁴ FORNER I DELAYGUA, J., «Principio de no discriminación...», *loc. cit.*, p. 271.

³⁵ BALLARINO, T. y UBERTAZZI, B., «On Avello and Other Judgements...», *loc. cit.*, p. 106.

³⁶ LARA AGUADO, A., «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la...», *loc. cit.*, pp. 1-6; T. BALLARINO, T. y UBERTAZZI, B., «On Avello and Other...», *loc. cit.*, p. 87.

³⁷ LARA AGUADO, A., «El caso Niebuß o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales...», *loc. cit.*, pp. 1-7.

³⁸ Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Konstantinidis*. En esta sentencia, el TJCE realizó un pro-

ma comunitario, fue concebida desde el origen pensando en los individuos en tanto que operadores económicos³⁸. En esta sentencia, el TJCE no se sitúa en la perspectiva de la protección de los derechos subjetivos de fuente comunitaria por motivos relacionados con el individuo en tanto que *homo economicus*. Al igual que sucede con el asunto *Chen & Zhu*, para el Tribunal es suficiente argumento el de la ciudadanía unida a un elemento transfronterizo, aunque sea ajeno a la puesta en práctica de una libertad comunitaria. El interés por procurar el respeto a las disposiciones comunitarias tiene su fundamento en que se trata de una situación que estructuralmente presenta un determinado factor de extranjería, que es la posesión de la doble nacionalidad de países miembros con residencia en uno de ellos. Para muchos autores este abandono del habitual enfoque funcional que había venido justificando la intervención comunitaria en defensa del mercado supone un notable avance, y una apertura progresiva de la idea de ciudadanía³⁹. Sin embargo, no es que se abandone el enfoque funcional, sino que se trata de un supuesto diametralmente distinto: no se trata de un concepto de ciudadanía económico, sino político.

IV. VALORACIÓN

El análisis de la jurisprudencia del TJCE realizado para fundamentar el carácter ambivalente de la libre circulación de personas deja al descubierto la dicotomía existente entre la ciudadanía económica y la política. La ciudadanía de la Unión se introdujo en el TUE como un concepto esencialmente formal, una metáfora que agrupaba una serie de derechos ya otorgados por el Derecho comunitario a los nacionales de los Estados miembros⁴⁰. Originariamente se concibieron las libertades comunitarias sólo para los que ejercían una actividad profesional, asalariada o no, en el territorio de la Comunidad. Esta postura se fue flexibilizando, ampliando la libertad de circulación a ciudadanos que no ejercían actividades profesionales en el territorio de otro Estado miembro (estudiantes, jubilados, residentes y ciertos familiares)⁴¹. La evolución de los derechos que confiere la ciudadanía es clara. Los pronunciamientos del TJCE ponen de manifiesto que la ciudadanía europea irradia consecuencias importantes en todos los ámbitos de la vida de los individuos⁴². El concepto de ciudadanía podría

nunciamiento con una argumentación basada en las implicaciones económicas vinculadas al nombre. De esta misma opinión, LAGARDE, P., «Nota a García Avello»..., *loc. cit.*, p. 193.

³⁹ REICH, N., «Citizenship and Family on Trial: a Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of...», *loc. cit.*, en concreto pp. 627-638; TONER, H., «Judicial Interpretation of European Union Citizenship-Transformation or Consolidation?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, pp. 158-182, pp. 169-170.

⁴⁰ Vide JACQUESON, C., «Union Citizenship and the Court of Justice. Something New under the Sun? Towards Social Citizenship», *European Law Review*, 2002, pp. 260-281, p. 263.

⁴¹ Vide la Directiva 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, (DOCE L núm. 180 de 13 de julio de 1990); Directiva 90/365 de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DOCE L núm. 180, de 13 de julio de 1990); y la Directiva 93/96, De 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DOCE L núm. 317, de 18 de diciembre de 1993).

⁴² LARA AGUADO, A., «Libertades comunitarias, doble nacionalidad...», *loc. cit.*, p. 4.

⁴³ REQUEJO ISIDRO, M., «Estrategias para la comunitarización: descubriendo el potencial de la...»,

estar destinado a tener una importancia trascendental⁴³. A pesar de esto, no compartimos la idea del progresivo desarrollo de la ciudadanía desde el plano económico al político. Antes bien, lo que se ha producido ha sido una bifurcación de este concepto. En la actualidad existen dos tipos de ciudadanía: la «económica» y la «política».

En el primer caso, lo importante es proteger el mercado interior y evitar restricciones innecesarias. El nacional de un Estado miembro gozará de todos los derechos inherentes a las libertades comunitarias porque es un operador económico. Lo que interesa es el buen funcionamiento del mercado. El Derecho comunitario será de aplicación si se trata de un supuesto intracomunitario, aunque la conexión dependerá de la libertad que se pretenda ejercer: domicilio o residencia de la persona física, lugar de celebración del acto, origen de la formación o titulación profesional, lugar de la recepción o la prestación del servicio. Así lo demuestran las sentencias analizadas, *Sodemare, Cowan, Akrich, Singh...*, en las que el referente comunitario es el desplazamiento efectivo de un Estado miembro a otro.

Existe otro tipo de sujeto comunitario, el «político», al que basta la posesión de una nacionalidad diferente a la de su Estado de residencia para que le sea de aplicación el Derecho comunitario. En el asunto *Chen* o en el *García Avello* no hay ninguna libertad económica directamente afectada. En los dos supuestos la restricción a la libre circulación es potencial, porque aún no se han desplazado. El TJCE basa su pronunciamiento en el artículo 18 TCE: la ciudadanía de la Unión. Por eso el TJCE ha afirmado que el estatuto de ciudadano de la Unión tiene vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁴⁴. El concepto de ciudadanía es en este caso personal, y no depende de factores económicos⁴⁵.

loc. cit., pp. 1-5; MIRALLES SANGRO, P., «Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la UE*, 2001, pp. 153-159.

⁴⁴ STJCE de 20 de septiembre de 2001, as. C-184/99, *Grzelczyk*, FJ 31; STJCE de 11 de julio de 2002, as. C- 224/98, *D'Hoop*, FJ. 28 (vide nota de LUBY, M., *Journal du droit international*, 2003, pp. 596-598; H. Toner y A. Iliopoulou, *European Law Review*, 2003, pp. 389-397); STJCE de 17 de septiembre de 2002, as. C-413/99, *Baumbast*, FJ 82 y *García Avello*, FJ. 22 y 23. Vide PÉREZ VERA, E., «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité e condition des...», *loc. cit.*, pp. 251-425.

⁴⁵ Tal como afirma DEL VALLE GÁLVEZ, A., cuando analiza los asuntos *Grzelczyk* y *D'Hoop*, «la ciudadanía no está condicionada al ejercicio de una concreta actividad económica», («Extranjería, ciudadanía, fronteras y Tribunal de...», *loc. cit.*, p. 214).