

EL REAL DECRETO 240/2007: EN PARTICULAR, EL ELEMENTO DE LA TRANSNACIONALIDAD Y LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS ASIMILADOS (*)

JUANA GOIZUETA VÉRTIZ

I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 240/2007, DE 16 DE FEBRERO, SOBRE ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO: A. *El contenido del derecho*. B. *Las diferentes vías de disfrute del derecho*. 1. *La vía directa: algunas consideraciones acerca de la ciudadanía de la Unión y su controvertible relación con la nacionalidad estatal*. 2. *La vía indirecta: los nacionales de terceros países asimilados*: a) *La vía de los Acuerdos celebrados con terceros Estados*. b) *La vía del reagrupamiento familiar*.—III. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

En el vigente estadio del proceso de integración regional europeo, en general, la protección de los derechos humanos y, en particular, la ciudadanía de la Unión sigue constituyendo uno de los puntos neurálgicos de la etapa de construcción de la Unión Política (1). Un estatuto que se reconoce, por primera vez, en un instrumento de Derecho originario con la aprobación del Tratado de la

(*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco de la Ayuda del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco al Grupo de Investigación Consolidado dedicado al tema de los «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (GIC07/86-IT-448-07), de la UFI 11/05 y del Proyecto de Investigación del MICINN Ref. DER 2011-23492.

(1) Ciudadanía de la Unión que, en opinión de FRAILE, M., ha constituido desde su alumbramiento un ejercicio de «cosmética democrática» (FRAILE, M., *El significado de la ciudadanía europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 351).

Unión Europea en 1992 [en adelante, TUE (2)]. En concreto, es el Proyecto de TUE, presentado por la presidencia luxemburguesa, el que incorpora la ciudadanía de la Unión, aunque, ha de hacerse notar, que se opta por una concepción un tanto «descafeinada» en cuanto que las reticencias de los Estados parte a avanzar por la senda de la integración política obligaron al Consejo a realizar una rebaja de los objetivos que, inicialmente, habían sido previstos en el ámbito de la ciudadanía tanto por la Delegación española en 1990 como por la Comisión un año más tarde (3). No obstante, ha de tenerse en cuenta que su regulación material es abordada en el —entonces— Tratado de la Comunidad Europea y, en concreto, en los artículos 8 y 8A a 8D del Tratado (en lo sucesivo, TCE).

Una ciudadanía de la Unión que se atribuye, en principio, a quien ostente la nacionalidad de un Estado miembro y al que resulta inherente el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (4). Libre circulación de personas que, como constata la Comisión, «constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior en beneficio de los ciudadanos de la UE, de los Estados miembros y de la competitividad de la economía europea» (5).

Pues bien, con la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam, únicamente, se incorpora al TCE el reconocimiento expreso, en su artículo 17.1, del carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía en relación con las diversas ciudadanía nacionales. Una situación que no sufre alteración destacable con el Tratado de Lisboa puesto que solo se elimina en el artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE), la mención expresa a la complementariedad del estatuto afirmando que la ciudadanía de la Unión «se añade» a la ciudadanía nacional, si bien, como con Ámsterdam, con Lisboa en ningún caso la ciudadanía de la Unión sustituirá a la nacional.

Así pues, bien puede sostenerse que, en este punto, el Tratado de Lisboa sigue el esquema preestablecido. Esto es, respecto a la ciudadanía de la Unión, regulada

(2) Tratado de la Unión Europea que fue ratificado por España mediante la Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre (BOE de 29.12.1992). Si bien hay que tener en cuenta que su entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 1993.

(3) Así lo constata, entre otros, OREJA AGUIRRE, M., *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, vol. I, Madrid, McGraw Hill, 1998, pág. 202.

(4) Téngase en cuenta que en el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea, según la redacción dada por el Tratado de Lisboa, se regula la ciudadanía de la Unión a fin de garantizar la libre circulación de personas de los nacionales de los Estados miembros en un espacio de libertad, seguridad y justicia.

(5) Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM (2008) 0840 final].

en los artículos 18 a 25 del TFUE, se mantiene el mismo *statu quo*. Aunque ello no signifique poder sostener que no se ha producido variación alguna (6). En efecto, además de la reforma del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, RD 240/2007) operada por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre (en lo sucesivo, RD 1710/2011) (7) las modificaciones han penetrado por la vía jurisprudencial y han afectado, principalmente, al ámbito de aplicación subjetivo del derecho al libre desplazamiento y a la libre elección de residencia en el territorio de los Estados miembros y, por ende, en territorio español (8). Derecho que, tal y como hemos avanzado, se reconoce al ciudadano de la Unión y que está regulado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29.04.2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Directiva que se incorpora al Ordenamiento jurídico español mediante la aprobación del citado RD 240/2007.

Siendo este el enfoque general en el que se encuadra el presente trabajo, y tomando como punto de partida el RD 240/2007 —que, como acaba de avanzarse, ha sido modificado por el RD 1710/2011—, el objetivo del mismo radica en analizar las novedades más destacables que se derivan tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de algunas sentencias, ya célebres, emanadas del Tribunal de Justicia, entre otras, *Rottmann*, *Ruiz Zambrano*, *McCarthy o Dereci* y *otros*, con relación al estatuto de ciudadanía de la Unión y, en particular, los cambios que afectan a quienes quedan encuadrados dentro del ámbito de aplicación subjetivo del derecho a la libre circulación y residencia. Téngase en cuenta que junto al ciudadano de la Unión (apartado II.B.1), asimismo, el derecho a la libre circulación y residencia en territorio español resulta extensible a quien no ostentando el mencionado estatuto resulta a estos efectos asimilado al ciudadano europeo. Nos referimos tanto a los nacionales de terceros Estados con los que la Unión Europea haya celebrado Acuerdos a este respecto (apartado II.B.2.a) como a los nacionales de terceros Estados que se consideren familiares reagru-

(6) Al contrario, como afirma MARGUERY, T., el concepto de ciudadanía europea no ha cesado de evolucionar desde su creación en Maastricht (MARGUERY, T., «La citoyenneté européenne joue-t-elle un rôle dans l'espace pénal de liberté, de sécurité et de justice?», *Cahiers de Droit Européen*, núms. 3-4, 2010, pág. 389).

(7) BOE de 26.11.2011.

(8) Téngase en cuenta que, asimismo, por vía pretoriana se ha ampliado el elenco de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía puesto que el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación extensiva de los derechos que lo integran.

pables (apartado II.B.2.b). Estudio que requiere realizar sucintamente algunas consideraciones previas sobre el contenido del derecho (apartado II.A) y que concluirá con un apartado en el que se realicen algunas consideraciones conclusivas o finales (apartado III).

II. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 240/2007, DE 16 DE FEBRERO,
SOBRE ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA
DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA
Y DE OTROS ESTADOS PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO
ECONÓMICO EUROPEO

El artículo 20 del TFUE dota al estatuto de ciudadanía de la Unión de contenido estableciendo la relación de algunos de los derechos que le son inherentes (9). En este orden de cosas el artículo 21 TFUE explicita que: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» si bien condiciona su ejercicio «[...] a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación». Ello nos da pie para afirmar que las únicas limitaciones que pueden eventualmente menoscabar el ejercicio del derecho son las previstas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública (10).

A. *El contenido del derecho*

Hay que tener en cuenta que para el ciudadano europeo el contenido del derecho, en territorio español, aparece integrado, de forma principal (11), por

(9) Nos referimos, entre otros, a los siguientes derechos: el de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; el de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; el derecho de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de tal Estado; y el de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como el derecho de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados debiendo recibir contestación en la misma lengua.

(10) Capítulo VI del RD 240/2007.

(11) Conviene advertir que, además, las personas incluidas en el ámbito de aplicación personal del RD 240/2007 tienen reconocidos, en palabras del Tribunal Supremo, una serie de «derechos

dos libertades distintas: por un lado, la de desplazamiento o circulación y, por otro, la de residencia (12).

Por lo que respecta a la libertad de desplazamiento esta puede hacerse valer bien en todo el territorio de la Unión o bien dentro del territorio de cada uno de los Estados miembros. Así, esta libertad supone la posibilidad de que el ciudadano de la Unión se desplace libremente por el territorio de la Unión sin ser objeto de controles al cruzar las fronteras interiores y, por tanto, conlleva la libertad de desplazamiento de un lugar a otro dentro de cada Estado miembro y, por ende, dentro del territorio español (13).

Y dentro de la libertad de desplazamiento, que —tal y como hemos avanzado— reconoce el artículo 21 del TFUE, debe entenderse incluido el derecho de entrada en y salida del territorio de cualquiera de los Estados miembros y, por lo tanto, también del territorio español.

Así, por lo que atañe a la libertad de salida, el RD 240/2007 reconoce que el ciudadano de la Unión tiene derecho a salir de España para trasladarse a otro Estado miembro. Y para ello lo único que se exige es que presente el pasaporte o documento de identidad en vigor a los funcionarios del control fronterizo si la salida se efectúa por un puesto habilitado (14). Y aunque se prevé la posibilidad de prohibir la salida del territorio español, el RD 240/2007 en su artículo 5.1, únicamente, especifica que esta podrá acordarse por razones de seguridad nacional o de salud pública o en los casos previstos en el Código Penal. Cabe preguntarse sobre el alcance de esta previsión. Pues bien, esto significa, como no podía ser de otro modo, que el Ordenamiento jurídico de la Unión sigue fielmente la regulación que del derecho se realiza en el Derecho convencional. Baste recordar que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (15) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16) y el Convenio

laborales» que implica «el derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea». Nótese que el Tribunal Supremo declaró la nulidad parcial del artículo 3.2 del RD 240/2007 que excluía del derecho al trabajo a los descendientes que vivan a cargo del ciudadano de la Unión y a los ascendientes a cargo (STS, Sala Tercera, de 1.06.2010).

(12) En este sentido, la Abogada General Sharpston en las Conclusiones dictadas al caso *Ruiz Zambrano* señala que «sería artificial no reconocer abiertamente que [...] el artículo 21 TFUE contiene un derecho separado de residencia que es independiente del derecho de libre circulación» [STJ (Gran Sala), de 8.03.2011, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09)].

(13) Artículo 3.1 del RD 240/2007.

(14) Artículo 5.1 del RD 240/2007.

(15) Artículo 13.2.

(16) Artículo 12.2.

Europeo de Derechos Humanos (17) reconocen a toda persona el derecho a salir tanto de su propio país como de cualquier otro. De forma que, el ciudadano de la Unión podrá abandonar libremente el territorio español únicamente exhibiendo la documentación requerida para efectuar la entrada.

Por su parte, el ciudadano de la Unión podrá entrar al territorio español simplemente acreditando su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste su identidad (18), de manera que la entrada de los ciudadanos europeos en España no requiere de visado alguno. Visado que será solo exigible para los miembros de la familia de estos que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo cuando así lo disponga el Reglamento (UE) 539/2001 del Consejo, de 15.03.2001, que contiene tanto la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar una frontera exterior (anexo I), como los de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (anexo II) (19). Requisito documental del que quedan exentos los mencionados familiares cuando éstos dispongan de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, válida y en vigor (20). Así, salvo que concurran, tal y como hemos avanzado, motivos de orden público, seguridad o salud pública, no es posible denegar la entrada del ciudadano europeo. Y ello en base a que el derecho de acceso al territorio español —facultad que se desprende del art. 21 del TFUE— constituye para este un derecho subjetivo invocable ante los órganos administrativos y jurisdiccionales, estando estos obligados a proteger dicha pretensión jurídica. Esto es, para las autoridades españolas competentes no resulta potestativo decidir qué ciudadanos de la Unión pueden acceder al territorio nacional, no pudiendo, por tanto, denegárseles el acceso por incumplimiento de las condiciones legalmente impuestas. De modo que si estos no disponen de los documentos de viaje exigidos para efectuar su entrada al territorio español podrán, a estos efectos, probar por otros medios que son beneficiarios del ámbito de aplicación del RD 240/2007 (21).

Y una vez que el ciudadano de la Unión ha franqueado las fronteras nacionales podrá ejercer su derecho tanto de estancia como de residencia en territorio

(17) Artículo 2.2 del Cuarto Protocolo.

(18) Así se desprende de la lectura conjunta de los artículos 4.1 y 4.4 del RD 240/2007.

(19) DOUE núm. L 81, de 21.03.2001.

(20) Artículo 4.2 del RD 240/2007. Téngase en cuenta que este precepto ha sido modificado por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio (BOE de 23.07.2009).

(21) Artículo 4.4 del RD 240/2007.

español. La primera se identifica con aquel supuesto de permanencia en España que tenga una duración que no exceda de tres meses siendo solo exigible la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud del cual se haya efectuado la entrada a nuestro país (22).

Por su parte, la residencia puede ser de carácter temporal o de larga duración (23). Así, el RD 240/2007 solo exige que los ciudadanos de la Unión soliciten la inscripción en el Registro Central de Extranjeros —en el caso de residencia superior a tres meses e inferior a cinco años (24)— o que obtengan un certificado del derecho a la residencia de larga duración (25). Y en el caso de que se incumplan estas condiciones, esto es, que no se solicite el certificado de registro o la tarjeta de residencia podrá dar lugar a la imposición de ciertas sanciones pecuniarias (26).

Pero lo importante es que la libertad de residencia, sea de carácter temporal o de larga duración, constituye un derecho subjetivo que puede ejercerse en la totalidad del territorio español y que se reconoce por el mero hecho de ser ciudadano de la Unión, al margen, por tanto, de que este pretenda ejercer algún tipo de actividad económica. Dicho de otra forma, hablar de derecho subjetivo significa que no existe margen de discrecionalidad alguno por parte de las autoridades competentes en cuanto a la tramitación y resolución de las solicitudes de residencia que estos cursen (27). Esto es, la expedición de una autorización de residencia a un ciudadano de la Unión no puede calificarse como un acto constitutivo de derechos (28). Así, se desprende de los artículos 7 y 10 del RD

(22) Artículo 6 RD del 240/2007.

(23) Téngase en cuenta que tras la reforma de la LO 4/2000 operada por la LO 2/2009 de 11 de diciembre, y tal y como dispone la Disposición Adicional primera, «Todas las referencias a los términos residencia permanente o residente permanente contenidas en el Ordenamiento Jurídico se entenderán referidas a la residencia o residente de larga duración» (BOE de 12.12.2009).

(24) Artículo 7 del RD 240/2007.

(25) Artículo 10 del RD 240/2007.

(26) Así se desprende del artículo 15.8 del RD 240/2007 que preceptúa como sigue: «El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad».

(27) Para una información más detallada sobre los procedimientos de solicitud, tramitación, expedición y renovación de certificados de registro y tarjetas de residencia, pueden consultarse los artículos 12, 13 y 14 del RD 240/2007. Téngase en cuenta que este último precepto ha sido reformado por el RD 1710/2011 mediante la incorporación de un nuevo apartado 4 en el que se acepta cualquier medio de prueba admitido en Derecho para acreditar la condición de beneficiario del régimen comunitario.

(28) En efecto, como ha señalado el Tribunal de Justicia: «la expedición de una autorización de residencia a un nacional de un Estado miembro no debe considerarse un acto constitutivo de de-

240/2007. El artículo 7 afirma que, una vez presentada la documentación pertinente, al interesado le será expedido de forma inmediata el correspondiente certificado de registro, y el artículo 10, asimismo de modo imperativo, prevé que a petición del interesado se expedirá, con la mayor brevedad posible y tras la verificación de la duración de la residencia, un certificado del derecho a residir con carácter permanente.

Ahora bien, tal y como hemos adelantado, y del mismo modo que no puede sostenerse la existencia de derechos absolutos en el Ordenamiento Jurídico español tampoco, en general, los derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión, y en particular, el derecho objeto de análisis es un derecho ilimitado. Una premisa que ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia quien reconoce explícitamente que los derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión no constituyen prerrogativas absolutas (29). Así pues, no cabe duda que puedan oponerse límites a la libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de la Unión (30). Sin embargo, conviene señalar que, tal y como se deduce de una ya consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, siempre las excepciones a esta libertad deben ser interpretadas restrictivamente no pudiendo los Estados miembros decidir unilateralmente el alcance de las mismas (31). Y a este respecto, cabe constatar que, explícitamente, el capítulo VI del RD 240/2007 regula las limitaciones oponibles al ejercicio del derecho por razones de orden público,

rechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de una nacional de otro Estado miembro en relación a las disposiciones del Derecho comunitario» [STJ de 23.03.2006, as. *Comisión c. Bélgica* (C-408/05), apartados 62 y 63].

(29) Véase por todas la STJ de 14.05.1974, as. *Nold* (4/73), apartado 14.

(30) Por lo que a la doctrina se refiere, expresamente han reconocido el carácter no absoluto del derecho, entre otros; BLÁZQUEZ PEINADO, M.^a D., *La Ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del TCE)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 141; GILLIAUX, P., «Les entraves à la liberté de circulation des personnes», *Cahiers de Droit Européen*, núms. 3-4, 2008, pág. 452; GRAIG, P., y DE BURCA, G., *EU Law. Text, cases, and materials*, 4.^a ed., Oxford, University Press, 2008, pág. 756; JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria. Desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 1994; SPAVENTA, L., «Seeing the wood despite the trees? on the scope of union citizenship and its constitutional effects», *Common Market Law Review*, núm. 1, 2008, págs. 22-23.

(31) Existe reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el que se aboga por una interpretación restrictiva de las excepciones a la libertad de desplazamiento y residencia del ciudadano de la Unión. A título de ejemplo, pueden consultarse las siguientes: de 4.12.1974, as. *Van Duyn* (41/74), apartado 18; de 3.06.1986, as. *R. H. Kempf c. Staatssecretaris Van Justitie* (139/85); de 19.01.1999, as. *Donatella Calfa* (348/96), apartado 23; de 9.11.2000, as. *Yiadam* (357/98); de 29.04.2004, as. *G. Orfanopulos y otros* (482 y 493/01), y de 10.07.2008, as. *Ministerul Administratiei Si Internelor-Directia Genrala De Pasapoarte Bucuresti c. Gheorghe Jipa* (33/07).

seguridad pública y salud pública (32). De donde cabe deducir que son bienes jurídicos indeterminados los que pueden justificar una eventual restricción del derecho.

Concretando un poco más, y de forma casi esquemática, podríamos afirmar que cuando concurran, respecto al ciudadano europeo, razones de orden, seguridad pública o salud pública podrá adoptarse una medida que implique la prohibición de entrada en España y ello aunque el interesado presente la documentación exigible para acceder al territorio español (33). Y como señala el Tribunal de Justicia, un Estado miembro, antes de adoptar la resolución denegatoria de la entrada en su territorio, puede reservarse el tiempo que estime necesario para efectuar una verificación administrativa de la situación del afectado (34). No obstante, conviene evidenciar que el ciudadano de la Unión, en este caso, podrá presentar, una solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada decretada, previa alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que fundamentaron tal prohibición. Solicitud que, tras la reforma llevada a cabo por el RD 1710/2011, habrá de cursarse en el plazo que la Autoridad competente, atendiendo a las circunstancias concurrentes, considere razonable y que deberá fijarse o concretarse en la propia resolución en la que se determine la prohibición de entrada. Aunque, en todo caso, tal solicitud podrá ser cursada por el interesado transcurridos tres años desde la ejecu-

(32) En todo caso, no puede obviarse que, además, existen los denominados límites implícitos. Debiendo entender por tales los que no estando expresa o literalmente previstos en el Ordenamiento de la Unión resultan, como afirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto *Hauer*, deducibles de los Tratados y cuya finalidad es proteger objetivos de interés general perseguidos por la entonces Comunidad [STJ de 13.12.1979, as. *Hauer* (44/79), apartado 23]. Un ejemplo significativo de lo que aquí se quiere expresar es el que ofrece la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Schmidberger* en el que entran en conflicto el derecho fundamental a la libertad de reunión que reconoce la Constitución austríaca y la libre circulación de mercancías garantizada en el Ordenamiento de la Unión [STJ de 12.06.2003, as. *Schmidberger* (112/00)].

(33) Artículo 15.1.a) RD 240/2007. Al respecto resulta interesante el pronunciamiento del Tribunal de Justicia adoptado en el asunto *Yiadam*. En este caso, y a la vista del parecer del Tribunal, puede deducirse que una vez que se ha permitido el acceso al territorio de algún Estado, cualquier decisión acordada por las autoridades competentes que restrinja la libertad de desplazamiento y residencia del ciudadano de la Unión, por ejemplo, obligándole a abandonar tal Estado, no puede ser entendida como una restricción de su derecho de entrada. En concreto, para el Tribunal, la resolución emitida por las autoridades del Estado de acogida, denegando la entrada a su territorio de una ciudadana de la Unión, que se dicta una vez transcurridos casi siete meses desde que tal Estado la admitió con carácter temporal, no puede calificarse, según sus palabras, como «decisión sobre la admisión de entrada» [STJ de 9.05.2000, as. *Yiadam* (357/98), apartado 43].

(34) STJ de 9.04.2000, as. *Yiadam* (357/98), apartado 40.

ción de la decisión de prohibición de entrada a España (35). Se trata, en suma, de la posibilidad de atemperar tal prohibición de entrada al territorio español.

Asimismo, idénticas razones pueden fundamentar la adopción de una medida que conlleve la prohibición de estancia o de residencia del ciudadano de la Unión en España. Siguiendo el RD 240/2007 por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, puede denegarse la inscripción en el Registro Central de Extranjeros o denegarse la expedición o renovación de las tarjetas de residencia (36). Aunque, nada impide que, también, se limite territorialmente la libertad de residencia del ciudadano de la Unión vetándole la posibilidad de radicar su residencia en un determinado lugar del territorio nacional. Así, como señaló el Tribunal de Justicia en el asunto *Oteiza Olazábal* (37), un Estado miembro puede imponer, a un nacional de otro Estado parte, medidas menos severas que la expulsión o que la prohibición de residencia y que constituyan restricciones parciales de su derecho. Se reconoce de este modo la posibilidad de limitar territorialmente el ejercicio de la libertad de residencia siempre que tales restricciones resulten, igualmente, aplicables a los propios nacionales (38).

Y es más, también cabe ordenar la expulsión o devolución (39) del ciudadano de la Unión del territorio español (40). Sobre este particular, hay que

(35) Artículo 15.2 del RD 240/2007 modificado por el RD 1710/2011.

(36) Artículo 15.1.b) del RD 240/2007.

(37) STJ de 26.11.2002, as. *Oteiza Olazábal* (100/01), apartado 41.

(38) Cabe recordar solo, algunos ejemplos, aplicables igualmente a los españoles, en los que se puede limitar la libre elección de residencia del ciudadano de la Unión a una parte concreta del territorio español: la ordenación del territorio, constitucionalmente contemplada en el artículo 47, puede justificar la restricción de esta libertad, prohibiendo al ciudadano europeo que radique su residencia en un determinado lugar del territorio nacional. De modo que por razones de urbanismo no podrá establecer su residencia donde libremente decida dentro del territorio español ya que, por ejemplo, no es apto para ello un suelo no urbanizable; opera del mismo modo el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución. En este sentido, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, para residir legítimamente en un lugar el interesado debe disfrutar de algún derecho, independientemente de cuál sea su naturaleza, que le permita habitar el bien en el que pretende establecerse (STC 28/1999, de 8.03.1999, FJ. 7); y, lo mismo ocurriría cuando el ciudadano de la Unión comete en España un hecho delictivo y se decreta la prohibición de residir en un determinado lugar del territorio bien como pena, bien como medida de seguridad.

(39) En opinión de LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., la devolución es aquella medida restrictiva que cabe decretar durante el período de prohibición de entrada al territorio nacional y que se dicta cuando se ha decretado una orden de expulsión del territorio español contra un ciudadano de la Unión (*La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, 4.^a ed., Madrid, Colex, 2006, pág. 264).

(40) Artículo 15.1.c) del RD 240/2007. Para un estudio detallado de la expulsión de ciudadanos de la Unión del territorio de un Estado miembro puede verse, entre otros, MARTÍN Y PÉREZ

advertir que en todos los supuestos en los que se determine la expulsión de España de una persona beneficiaria del Derecho de la Unión deberá establecerse un período voluntario de salida que, tras la reforma operada por el RD 1710/2011, no puede ser inferior a 1 mes desde la fecha de la notificación salvo: bien en casos urgentes debidamente justificados o bien en los supuestos en los que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 17.1 del RD 240/2007. Ahora bien, en ningún caso el período de tiempo previsto para abandonar el territorio nacional puede implicar impedimento alguno para el control de la resolución de la expulsión en vía administrativa y/o judicial. De modo que, atendiendo a lo establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2010, que declaró nula la previsión en base a la cual se contemplaba la ejecución inmediata de la expulsión, la norma prevé que debe existir un período voluntario de salida «en todos los supuestos» aunque cierto es que el plazo de tal período podrá modularse, por ejemplo, en los casos de urgencia (41).

Tras esta breve exposición, y antes de finalizar el estudio de los límites al ejercicio del derecho, conviene poner de relieve, entre otros extremos, que:

Por un lado, que cualquiera de las medidas limitativas señaladas deberán de ser acordadas con arreglo a lo dispuesto en la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y en las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia (42).

Por otro lado, que cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción cabe la revocación de cualquiera de estas medidas ora de oficio ora a instancia de parte (43).

Además, que tales medidas restrictivas no podrán ser adoptadas con fines económicos (44).

Y asimismo, y en último lugar, que cuando las medidas mencionadas se adopten por razones de orden público o de seguridad pública, deben estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquellas

DE NANCLARES, J., «Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos en Francia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto, 2011, págs. 11-40.

(41) Para el Tribunal Supremo la ejecución inmediata de la expulsión es contraria a las garantías de motivación de la resolución, a la notificación de esta con información acerca de los recursos pertinentes y a la posibilidad de ejercer el derecho al recurso (STS, Sala Tercera, de 1.06.2010).

(42) Artículo 15.5.a) del RD 240/2007.

(43) Artículo 15.5.b) del RD 240/2007.

(44) Artículo 15.5.c) del RD 240/2007.

que, en todo caso, deberá conformar una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (45). De modo que, y partiendo de esta premisa, la existencia de condenas penales anteriores no constituye, *per se*, razón para adoptar estas medidas restrictivas (46). En este sentido, no es posible ignorar las previsiones que contempla el RD 240/2007 sobre la necesidad de observar el principio de proporcionalidad puesto que no cabe la automaticidad de la expulsión. En concreto:

De una parte, se establece que antes de adoptar una decisión de expulsión «[...] se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen» (47).

Y de otra parte, se prevé que si media más de dos años entre la adopción de una medida de expulsión y su ejecución deberá comprobarse y valorarse cualquier posible modificación de las circunstancias que fundamentaron en su momento la adopción de la medida, siendo necesario que en el momento de procederse a la ejecución el interesado represente una amenaza real para el orden público o la seguridad pública (48). De modo que, las autoridades jurisdiccionales nacionales, al examinar la procedencia de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, deberán considerar los hechos acaecidos con posterioridad a la última resolución de las autoridades competentes evaluando la existencia, desaparición, o considerable disminución de la amenaza que conformaría, para el orden o la seguridad pública, el comportamiento de quien es objeto de la orden de expulsión.

En conclusión, en todo caso, deberán ponderarse los intereses en juego y determinar, habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, si se ha observado un justo equilibrio entre los mencionados intereses.

(45) Resultan ilustrativas, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: de 27.10.1977, as. *Bouchereau* (30/77), apartado 10; de 18.05.1982, as. *Adoui y Cornuaille* (115 y 116/81), apartado 11; o, de 29.04.2004, as. *G. Orfanopoulos y otros* (482 y 493/01), apartado 66. Será, asimismo, interesante conocer la posición del Tribunal de Justicia respecto al recurso interpuesto el 8 de julio de 2010 por la República de Hungría contra la República Eslovaca (Asunto C-364/10, DOUE núm. C 301/5, de 6.11.2010).

(46) Artículo 15.5.d) del RD 240/2007. En tal orden de cosas, resultan interesantes, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: de 29.04.2004, as. *G. Orfanopoulos y otros* (482 y 493/01); de 31.01.2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España* (503/03). Y, en concreto, respecto a la existencia de condenas penales previas como causa justificativa de una medida de expulsión, concierne traer a colación la STJ de 23.11.2010, as. *Tsakouridis* (C-145/09), en particular, apartados 49 y 50.

(47) Artículo 15.1 del RD 240/2007.

(48) Artículo 15.4 del RD 240/2007.

B. *Las diferentes vías de disfrute del derecho*

El artículo 21 del TFUE consagra el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros incluido, lógicamente, el territorio español atribuyéndolo a todo ciudadano de la Unión (49). Ello no obstante, conviene aclarar que, en principio, no debiéramos considerar como ciudadano europeo en España al nacional español a los efectos del efectivo disfrute del derecho. Una afirmación que sustentamos sobre el argumento de que la libertad de desplazamiento y residencia amparada por el Derecho de la Unión se refiere exclusivamente a situaciones caracterizadas por la nota de la transnacionalidad. Así se constata de forma inequívoca, por ejemplo, en el asunto *McCarthy* en el que el Tribunal —siguiendo una línea ya avanzada, entre otras, en *Surinder Singh* (50)— señala que del artículo 21 del TFUE no puede deducirse un derecho general y uniforme a residir en la Unión —incluyendo el Estado de su propia nacionalidad—. Derecho de residencia que puede ejercer un nacional en el Estado de su propia nacionalidad pero en virtud del propio Derecho nacional y del Derecho convencional en materia de derechos humanos (51). De modo que el Ordenamiento jurídico de la Unión regula esta libertad cuando es ejercida en territorio español por cualquier nacional de un Estado miembro a excepción del propio nacional español y ello porque la situación del nacional en España está amparada por el artículo 19 de la Constitución no encontrándose incluida esta entre las situaciones previstas por las libertades de circulación y residencia amparadas por el Derecho de la Unión (52). Esto es, el objeto del Derecho de

(49) Debe tenerse en cuenta que la titularidad de los derechos mencionados no puede supeditarse a que el interesado haya alcanzado la edad mínima para tener la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo tales derechos. Así, en la sentencia dictada en el asunto *Chen*, el Tribunal de Justicia confirma la condición de ciudadano europeo de un bebé de 8 meses nacido en Belfast y se reconoce que el menor de edad es también sujeto de derechos y, como tal, titular de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión [STJ de 19.10.2004, as. *Chen* (200/02), apartados 20 y 45].

(50) En este sentido, por ejemplo, el Tribunal de Luxemburgo señaló que un ciudadano de un Estado miembro entra y permanece en el territorio de dicho Estado no en virtud de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión sino sobre la base de los derechos atribuidos a su propia nacionalidad [STJ de 7.07.1992, as. *Surinder Singh* (370/90)]. Asimismo el Tribunal subraya la necesidad de la dimensión transfronteriza, por ejemplo, en las siguientes sentencias: la de 29.05.1997, as. *Kremzow* (299/95), apartado 16; la de 17.06.1997, as. *Shingara y Radiom* (65 y 111/95), apartado 48; y la de 2.10.2003, as. *García Avello* (C-148/02), apartado 26.

(51) STJ de 5.05. 2011, as. *McCarthy* (C-434/09).

(52) Según reza su tenor literal: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

la Unión no es regular las relaciones entre un Estado y sus nacionales sino, por lo que a nosotros interesa, los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en el espacio de la Unión.

Ahora bien, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Ruiz Zambrano* (53) y que, entre otros calificativos, ha sido merecedora del de «histórica» (54) genera una situación cuanto menos que provoca cierta perplejidad habida cuenta que, situándonos ante una decisión que encierra enormes potencialidades en orden a la consolidación de lo que implica la condición de la ciudadanía de la Unión, el Tribunal resulta excesivamente parco en la argumentación jurídica privándonos, de este modo, de un pronunciamiento que podría resultar clave con vistas al futuro (55).

Para el Tribunal, el artículo 20 del TFUE se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un Estado tercero, que además asume la manutención de sus hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de los menores del que son nacionales y del que nunca han salido. Y la única argumentación que se esgrime para sustentar tal decisión es que la denegación del permiso de residencia al progenitor tendría como consecuencia que los menores, ciudadanos de la Unión, se verían obligados a

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.»

(53) STJ (Gran Sala), de 8.03.2011, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09). De forma sucinta podría decirse que se trata del caso de dos progenitores de nacionalidad colombiana, los Sres. Ruiz Zambrano, que se hallan en Bélgica en una situación de irregularidad administrativa y que ante el nacimiento de dos hijos en Bélgica que adquieren la nacionalidad belga solicitan la concesión por parte del Estado belga de los correspondientes permisos de residencia en calidad de ascendientes de ciudadanos europeos. Permisos que deberá conceder el Estado belga sobre el argumento de que, para el Tribunal, negar tales permisos significaría privar a los menores que son ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos de ciudadanía ya que estos menores se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión.

(54) IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la Ciudadanía de la Unión», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pág. 20. Sobre este pronunciamiento del Tribunal de Justicia, también, puede consultarse: CARMONA LUQUE, M.^a del R., «TJUE-Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala), G. Ruiz Zambrano/Office National de L'emploi, C-34/09-Ciudadanía de la Unión-artículo 20 TFUE-Derecho de residencia de un menor en el Estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación-concesión de un derecho de residencia derivado al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor. El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, págs. 185-202.

(55) Sobre este pronunciamiento, véase, DITTERT, D., «Les droits des citoyens de l'Union: vers un statut détaché de tout élément transfrontalier? CJUE, 8 mars 2011, Ruiz Zambrano, aff. C-34/09, *Revue des Affaires Europeennes*, núm. 1, 2011, págs. 223-229.

abandonar el territorio de la Unión para acompañar al progenitor. Circunstancia que, como señala el Tribunal, privaría a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano europeo. Así pues, parece deducirse del pronunciamiento del Tribunal, que los hechos que originan este asunto sí resultan enmarcables en el radio de acción del Derecho de la Unión, aún cuando, *a priori*, parecieran merecer la calificación de «situación puramente interna». Una postura que es asumida, nuevamente, por el Tribunal en la sentencia dictada en el caso *McCarthy* (56) en la que este aboga por una laxa interpretación del concepto de transnacionalidad.

Así, el Tribunal defiende, para asegurar el disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión, una reformulación del concepto de situación puramente interna rompiendo la estricta identificación de esta con aquella situación que carezca de un vínculo transfronterizo considerando que tales situaciones entran dentro del radio de acción del Derecho de la Unión (57). Ahora bien, creemos que de ello no puede deducirse una absoluta identidad de estatutos entre el de nacional y el de ciudadano europeo. Viene a sustentar la precedente afirmación el hecho de que un nacional ni puede ser expulsado del territorio del Estado de su nacionalidad ni a él se le puede impedir la entrada al mismo, lo que, en cambio, sí puede ocurrir, por razones de orden público, seguridad y salud pública, con un ciudadano de la Unión que se encuentre en un Estado distinto al de su nacionalidad. Posibilidad que, como ya hemos avanzado, está prevista en el capítulo VI del RD 240/2007. En suma, como ha declarado el Tribunal de Justicia, en diversas ocasiones, «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros» (58), pero de ello no cabe deducir la equiparación de ambos estatutos. Ahora bien, las dudas que se generan a raíz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Ruiz Zambrano* con relación a si resulta exigible o no el elemento de la transnacionalidad en aras a la activación de la protección del ordenamiento de la Unión, quedan disipadas

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

(57) En efecto, en *McCarthy* el Tribunal ya señaló que: «La situación de un ciudadano de la Unión que, [...] no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, solo por esta razón, a una situación puramente interna» [STJ de 5.05.2011, as. *McCarthy* (C-434/09), apartado 46].

(58) STJ de 8.03.2011, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09), apartado 41. Y en el mismo sentido, pueden consultarse las siguientes sentencias: la de 20.09.2001, as. *Grzelczyk* (C-184/99), apartado 31; de 17.09.2002, as. *Baumbast y R* (C-413/99), apartado 82; de 2.10.2003, as. *García Avello* (C-148/02), apartado 22; de 19.10.2004, as. *Chen* (200/02), apartado 25, y de 2.03.2010, as. *Rottmann* (135/08), apartado 43.

en la sentencia dictada en el asunto *Dereci y otros* (59) diferenciándose las dos siguientes situaciones:

Por un lado, la relativa a los beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia amparada por el ordenamiento de la Unión. En este caso, el Tribunal sostiene que para que un nacional de un tercer Estado, familiar de un ciudadano de la Unión, pueda invocar la protección del artículo 21 del TFUE es necesario que el ciudadano europeo haya ejercido el derecho al libre desplazamiento estableciéndose en el territorio de un Estado miembro distinto al de su nacionalidad.

Y, por otro lado, el Tribunal de Justicia se refiere a aquellas situaciones en las que cabe invocar la protección del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía por vía del artículo 20 del TFUE, reconociendo que los miembros de la familia de quien disfruta del estatuto de ciudadanía de la Unión, en base al artículo 20 del TFUE, pueden invocar y beneficiarse en el Estado miembro de la nacionalidad del ciudadano europeo de los derechos vinculados a tal estatuto. De modo que, el elemento transfronterizo no será exigible para activar la protección del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía si ello imposibilita el ejercicio de la esencia de los derechos que confiere este estatuto, privando a las disposiciones del Tratado de su efecto útil.

Llegados a este punto, hay que constatar que del estatuto de ciudadanía solo podrán ser titulares los nacionales de los Estados parte, aunque ello no debe conducirnos a considerar que solamente estos entran dentro del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho. En consecuencia, cabe afirmar que se articula una doble vía para acceder al disfrute del derecho, a saber, la directa y la indirecta. Vía esta última que abre la puerta para la atribución del derecho en España a nacionales de terceros Estados que quedan, a estos efectos, asimilados al ciudadano europeo y, por ende, excluidos de la aplicación del régimen general de extranjería. Analicemos, pues, ambas vías.

1. *La vía directa: algunas consideraciones acerca de la ciudadanía de la Unión y su controvertible relación con la nacionalidad estatal*

Tal y como hemos avanzado, y así se reconoce expresamente en el artículo 20.1 del TFUE, es ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La claridad de la literalidad del precepto normativo reseñado parece no dejar lugar a dudas. Sin embargo, lo cierto es que en

(59) STJ (Gran Sala) de 15.11.2011, as. *Dereci y otros* (C-256/11).

esta materia el análisis de la realidad nos permite detectar algunas situaciones en las que existe una clara divergencia. De modo que se constata que ser nacional de un Estado miembro no significa, automáticamente, estar en condiciones de disfrutar del derecho que se estudia en el presente trabajo en tanto derecho inherente al estatuto de ciudadano de la Unión.

La delimitación de la ciudadanía de la Unión atendiendo a su vinculación con la nacionalidad de un Estado miembro nos permite realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el TFUE define expresamente quién es ciudadano de la Unión, sin embargo, puede sostenerse que no es potestad de la Unión el otorgar dicha ciudadanía (60). De modo contundente así lo reconoce el TJUE en la célebre sentencia dictada al caso *Michelletti y otros* afirmando que «la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario» (61).

En efecto, los propios Estados miembros atendiendo a esta norma de Derecho consuetudinario Internacional, en cuanto soberanos, son los que —por remisión a sus propias legislaciones internas en materia de adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad— decidirán quiénes gozarán de esta condición (62). Y en particular, en el caso del Estado español el artículo 11.1 de la Constitución encomienda al legislador del Código Civil la regulación de la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española. Siendo, principalmente, los artículos 17 al 26 del mencionado cuerpo normativo los que diseñan la regulación del régimen jurídico de la nacionalidad (63).

(60) Véase, por todos, O'LEARY, S., *European Union citizenship: the option for reform*, Institute for Public Policy Research, London, Emphasis, 1996, pág. 5.

(61) STJ de 7.07.1992, as. *Micheletti y otros* (369/90), apartado 10. Y se confirma esta jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 11.11.1999, as. *Belgian State c. Fatna Mesbah* (179/98), en concreto en el apartado 29, en la de 20.02.2001, as. *Kaur* (192/99), o en la de 19.10.2004, as. *Chen* (200/02), apartado 37.

(62) La competencia estatal en materia de determinación de la nacionalidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones. A modo de ejemplo, pueden destacarse las siguientes sentencias: STJ de 12.10.1978, as. *Belbouad* (10/78); STJ de 7.02.1979, as. *Auer* (136/78); STJ de 5.07.1984, as. *Meade* (238/83); STJ de 20.02.2001, as. *Kaur* (192/99), y, STJ, de 2.03.2010, as. *Rottmann* (135/08).

(63) Téngase en cuenta que el Código Civil contempla diversos modos de adquisición de la nacionalidad española. Por ejemplo, el artículo 21.1 regula la eventual adquisición de la nacionalidad por residencia, el artículo 20 prevé la obtención de la nacionalidad española por opción, el artículo 18 reconoce la posibilidad de adquirirla por posesión de estado o, asimismo, por carta de naturaleza en tanto vía excepcional de adquisición de la nacionalidad que puede activarse cuando existan razones de interés público o humanitario. Ejemplos de estos supuestos lo constituyen el

Una cuestión que despertó, desde los inicios, el recelo de ciertos Estados parte. Desconfianza que encontró como respuesta la siguiente Declaración incluida en el Tratado de Maastricht relativa a la nacionalidad de los Estados parte: «la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario».

Ello no obstante, hay que constatar que tal Declaración no ha servido para evitar controversias futuras tal y como lo demuestran los no pocos pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los que este ha tenido que dirimir diversos asuntos en los que se polemizaba, precisamente, acerca del alcance de la exclusividad de la competencia estatal en materia de nacionalidad o sobre cómo ha de interpretarse tal exclusividad cuando la decisión estatal sobre la concesión o pérdida de la nacionalidad afecta a la ciudadanía europea (64). Uno de los más recientes lo constituye el asunto *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern* (65) en el

Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 12 de marzo de 2004 por el que se aprueba la concesión de la nacionalidad española a las víctimas y familiares directos de los atentados ocurridos en Madrid el 11 de marzo de 2004 (RD 453/2004, de 18 de marzo, BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2004) y la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura que en su disposición adicional séptima permite la adquisición por opción de la nacionalidad española de origen a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

(64) Entre otras, cabe citar, las siguientes SSTJ: de 9.07.1998, as. *Comisión c. Bélgica* (323/97); la ya citada de 20.02.2001, as. *Kaur* (192/99); o de 12.09.2006, as. *M. G. Eman y O. B. Sevinger c. College Van Burgemeester en Wethouders Van Den Haag* (300/04).

(65) STJ de 2.03.2010, as. *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern* (135/08), en la que el Tribunal analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la revocación de la nacionalidad de un Estado parte que desemboca en la privación de la condición de ciudadano de la Unión. De forma muy sucinta cabe decir que este asunto llega al Tribunal con ocasión de la situación de apatridia en la que se ve inmerso el señor Rottmann, nacional austríaco de origen y que tras años de residencia en Munich solicita la nacionalidad alemana. Nacionalidad que se le concede, produciéndose la pérdida de la nacionalidad austríaca, pero que, igualmente resulta revocada por las autoridades alemanas al descubrir que el interesado había ocultado que sobre él pesaba una orden de detención y que había estado en el año 1995 incurso en un proceso penal en Austria. Una decisión que no fue considerada por el Tribunal contraria al Derecho de la Unión sobre el argumento del ánimo fraudulento del interesado, lo que permite declarar la privación de nacionalidad como una medida proporcionada atendiendo al principio del interés general.

Téngase en cuenta sobre este particular que aunque el artículo 8.1 de la Convención para reducir los casos de apatridia prevé que: «los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida», el apartado 2.b) de ese mismo precepto

que el Tribunal, siguiendo la doctrina ya sentada en *Michelleti y otros*, defiende una teoría restrictiva de la potestad estatal en materia de nacionalidad cuando esté en juego la cualidad de ciudadano europeo. En concreto, el Tribunal viene a sostener que la competencia exclusiva estatal en materia de nacionalidad, y en particular en este caso el poder discrecional del Estado alemán en la materia, debe ejercerse dentro de los límites que impone el respeto del Derecho de la Unión, esto es, siempre sin que ello suponga un menoscabo de la efectividad de los principios y libertades comunitarias. Si bien, con un añadido respecto a la línea jurisprudencial anterior, puesto que, en este caso, el Tribunal considera que la competencia exclusiva en materia de nacionalidad, también, deberá respetar el principio de proporcionalidad en virtud de «las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del derecho de la Unión» (66). Un test de proporcionalidad que se efectúa atendiendo al interés general de la decisión acordada, a su corrección formal desde la óptica de la legislación aplicable y a la eventual posibilidad de que el interesado recupere la nacionalidad de origen.

Llegados a este punto, bien puede, por lo tanto, aseverarse que los Estados son soberanos a la hora de decidir sobre la concesión o pérdida de la nacionalidad pero también es cierto que nos situamos ante un tipo de soberanía «descafeinada» puesto que el Estado deberá respetar los límites que impone el respeto de Derecho de la Unión. En particular, el carácter absoluto y exclusivo de la competencia estatal en este ámbito podrá modularse cuando esta afecte a los principios y libertades reconocidos por el Derecho de la Unión no pudiendo, además, vulnerar el principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo, el Derecho de la Unión despliega un efecto restrictivo o limitante sobre los regímenes estatales en materia de nacionalidad.

incluye una excepción a esta regla en el supuesto de que tal nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa de modo fraudulento. Y en similares términos, el artículo 4.a) y b) del Convenio Europeo sobre nacionalidad también reconoce el derecho de todo individuo a la nacionalidad declarando el principio de erradicación de la apatridia excepcionando esta regla en el artículo 7.1.b) cuando medie una conducta fraudulenta, información falsa u ocultación de un hecho pertinente por parte del interesado. De modo que, tal y como ha manifestado FRAILE, M., este supuesto de adquisición fraudulenta de la nacionalidad es el único previsto en el convenio en el que la apatridia está permitida por considerarse un mal menor (FRAILE, M., *El significado de la ciudadanía europea*, op. cit., pág. 70). Sobre el asunto *Rottmann* léase, por todos: KOICHEV, D., «Case C-135/08, Janko Rottmann y Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010», *Common Market Law Review*, núm. 6, vol. 47, 2010, págs. 1831-1846.

(66) Un principio que se reconoce en el artículo 5.4 del TFUE en los siguientes términos: «En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Las Instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.»

En segundo lugar, a tenor de la ya citada sentencia dictada al caso *Michelleti y otros*, la legislación de un Estado miembro no puede limitar los efectos que se derivan de la atribución de la nacionalidad de otro Estado parte, exigiendo requisitos adicionales para reconocer la mencionada nacionalidad en aras al ejercicio efectivo de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía, esto es, en definitiva para reconocerle efectividad a la reseñada nacionalidad (67).

En tercer lugar, el estatuto que estamos analizando se perfila a modo de ciudadanía derivada, «de atribución» (68) o «regalada» (69) en cuanto genera un vínculo indisoluble entre nacionalidad estatal y ciudadanía europea en el sentido de que la primera hace nacer la segunda (70). En este orden de cosas, como ha afirmado C. Closa, aquella constituye un requisito *sine qua non* en orden a la adquisición de esta (71). Y, además, se dota a este estatuto de una proyección externa de la que carecen las nacionalidades estatales y se configura como complementaria a estas sin sustituirlas.

Y en cuarto y último lugar, resulta obligado constatar que si bien resulta cierto que la nacionalidad de los Estados parte se configura en el TFUE como un requisito ineluctable para adquirir la condición de ciudadano de la Unión, no lo es menos que es, a los efectos del disfrute del derecho al libre desplazamiento, condición necesaria pero no necesariamente suficiente (72). Es decir, sobre la base del artículo 20.1 del TFUE se considera, tal y como acabamos de avanzar, ciudadano de la Unión a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro pero de tal premisa no puede deducirse, *a sensu contrario*, que todo

(67) STJ de 7.07.1992, as. *Micheletti y otros* (369/90), en concreto, apartado 10. En el mismo sentido, puede consultarse la STJ de 2.10.2003, as. *García Avello* (C-148/02), apartado 28 y la STJ de 19.10.2004, as. *Chen* (200/02), apartado 40.

(68) En estos términos se pronuncia JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 159.

(69) NETTESHEIM, M., «La Ciudadanía Europea en el Proyecto de Constitución Europea ¿constitución del ideal de una comunidad política de europeos?», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre, 2004, pág. 225.

(70) LINDE PANIAGUA, E., «La ciudadanía de la Unión Europea. La inmigración en el interior de la Unión», en LINDE PANIAGUA, E., y MORENO DÍAZ, J. A. (dirs.), *Inmigración, Extranjería y Asilo*, Madrid, Colex, 2005, pág. 112.

(71) CLOSA, E., «The concept of citizenship in the Treaty on European Union», *Common Market Law Review*, núm. 29, 1992, pág. 1161. En el mismo sentido, véase, por ejemplo, BLUMANN, CL., «Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire», *Revue des Affaires Européennes*, núm. 1, 2003-2004, pág. 74.

(72) Así lo han afirmado, entre otros, BLÁZQUEZ PEINADO, M.^a D., *La Ciudadanía de la Unión...*, *op. cit.*, 1998, pág. 66; y KOVAR, R., y SIMON, D., «La citoyenneté Européenne», *Cahiers de Droit Européenne*, núms. 3/4, 1993, pág. 66.

nacional de un Estado parte sea considerado ciudadano de la Unión a los efectos del disfrute del derecho.

Sirve de argumento para sustentar la precedente afirmación el hecho de que el estudio de la realidad nos permite detectar ciertos supuestos en los que a ciertos nacionales de los Estados parte se les niega el eventual disfrute del derecho a la libertad de desplazamiento por el territorio de la Unión que corresponde al estatuto de ciudadanía europea.

Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los nacionales de las Islas del Canal y de la Isla de Man (73). Y ello en virtud de que la Declaración de 1982 del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte sobre la definición del término «nacionales» aneja al Acta Final del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña —que, tal y como afirma el TJ en la sentencia dictada en el asunto *Kaur* (74), constituye una adaptación de la Declaración de 1972 exigida por la adopción, en 1981, de una nueva Ley sobre la nacionalidad (75)—, excluye a tales personas del ámbito de aplicación *ratione personae* de la libre circulación de personas reconocida en el Ordenamiento jurídico de la Unión Europea. De modo que tales nacionales aún ostentando la nacionalidad británica, así lo asevera el Tribunal de modo reiterado en el asunto *Pereira Roque c. His excellency the lieutenant Governor of Jersey* (76), se ven privados del derecho de libre circulación y residencia personal inherente al estatuto de ciudadanía de la Unión (77).

(73) Hágase notar que ambas Islas son dependientes del Reino Unido de Gran Bretaña, siendo esta la encargada de sus relaciones exteriores y de su defensa.

(74) STJ de 20.02.2001, as. *Kaur* (C-192/99).

(75) Téngase en cuenta que la *British Nationality Act* de 1981 suprime la condición de ciudadano del Reino Unido y de las Colonias distinguiendo tres categorías de ciudadanos británicos: a) los *british citizens* que incluye a los ciudadanos británicos por nacimiento, descendencia o naturalización; b) los *british overseas citizens* (ciudadanos británicos de ultramar) que comprende a todos los ciudadanos del Reino Unido y de las Colonias que no hubieran pasado a ser ciudadanos británicos o ciudadanos de los territorios británicos dependientes; y, c) los *british dependent territories Citizens* que incluye a los súbditos británicos de las todavía colonias dependientes. De modo que a estas diferentes categorías de ciudadanos se les reconoce diferentes derechos y obligaciones. Divergencias que se han incrementado en la última década con la aprobación de la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002, de la *Asylum and Immigration Act* de 2004 y de la *Asylum, and Nationality Act* de 2006. Sobre esta clasificación tripartita puede consultarse, ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Pluralidad racial e integración de las minorías étnicas en el Reino Unido», en *Integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, TUR AUSINA, R. (dir.), Madrid, Iustel, 2009, págs. 159 y sigs.

(76) STJ de 16.07.1998, as. *Pereira Roque c. His Excellency The Lieutenant Governor Of Jersey* (C-171/96).

(77) Esto es, las personas originarias de las Islas del Canal y de la Isla de Man podrán ejercer el derecho de libre circulación y residencia personal en territorio británico en cuanto que son na-

Y algo similar ocurre, también, en el caso de los nacionales daneses de las Islas Feroe a quienes se les niega la titularidad del estatuto de ciudadanía de la Unión, tal y como se deduce del artículo 355.5.a) del TFUE que prevé la no aplicación de los Tratados a estos. Y es que Dinamarca incluyó en el Protocolo Anejo a su Tratado de Adhesión a las Comunidades de 1972 una declaración en virtud de la cual la consideración de nacionales de un Estado miembro a efectos comunitarios en el caso de los nacionales daneses residentes en las Islas Feroe quedaba supeditada a la expresa manifestación en tales términos realizada por el Reino de Dinamarca. Una declaración que no se realizó a la expiración del plazo previsto a tal efecto.

Así pues, compartimos plenamente la opinión de P. Juárez Pérez cuando afirma que puede negarse el automatismo del nexo entre la ciudadanía europea y la nacionalidad estatal (78).

2. *La vía indirecta: los nacionales de terceros países asimilados*

Hay que recordar que la exclusión que se realiza de los nacionales de terceros Estados del ámbito de aplicación subjetivo del derecho de libre circulación y residencia no resulta absoluta. Y es que como es sabido, en ciertos supuestos, el derecho puede ser ejercido en nuestro país por ciertas categorías de personas que no ostentando la nacionalidad de un Estado parte no son, por lo tanto, ciudadanos de la Unión. Irrumpen, así, en escena los beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia que, en principio, solo resulta inherente al estatuto de ciudadanía. Nos referimos en concreto: por un lado, a aquellos nacionales de terceros Estados a los que resulta extensible el derecho por vía de Acuerdos celebrados por la —entonces— Comunidad con tales Estados; y, por otro lado, a los familiares reagrupables del ciudadano europeo que sean nacionales de un tercer Estado.

cionales británicos, pero se les niega el ejercicio de tal derecho en el territorio de la Unión por no ser considerados ciudadanos de la Unión. De modo que, en estos casos como señala el Tribunal de Justicia en el asunto *Kaur*, tales personas no se ven privadas de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía puesto que tales derechos nunca han llegado a nacer [STJ de 20.02.2001, as. *Kaur* (C-192/99)].

Sobre este particular, puede consultarse DE GROOT, G. R., «The relationship between the nationality legislation of the member States of the European Union and European citizenship», en M. LA TORRE (ed.), *European Citizenship an Institutional Challenger*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, págs. 125-126.

(78) JUÁREZ PÉREZ, P., «Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2010, vol. 2, núm. 2, pág. 273.

a) La vía de los Acuerdos celebrados con terceros Estados

Tales Acuerdos permiten incluir bajo el ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho objeto de examen a nacionales de ciertos Estados que no engrosan la lista de los que pertenecen a la Unión Europea. Considerando, a los efectos del ejercicio del derecho, a tales nacionales como asimilados a los ciudadanos de la Unión. Nos referimos en concreto a los siguientes Acuerdos o Tratados:

En primer lugar, al Tratado que fue firmado en Oporto, el 2 de mayo de 1992, entre la —entonces— Comunidad y sus Estados miembros, de una parte, y los países miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio, de otra (79). Se reconoce en el mismo el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de los países que son parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y que no son miembros de la Unión Europea. En particular, nos referimos a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein (80).

Y, en segundo lugar, al Acuerdo firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 sobre libre circulación de personas entre la —entonces— Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza por otra (81). En base a este Acuerdo se extiende el derecho a los nacionales de la Confederación Suiza considerándolos asimilados al ciudadano europeo (82).

b) La vía del reagrupamiento familiar

El RD 240/2007 reconoce como beneficiarios de la libertad de desplazamiento en el territorio español a las siguientes categorías de personas: primero,

(79) Dicho Tratado entró en vigor el 1 de enero de 1995 y tras la adhesión a la Unión de Austria, Finlandia y Suecia actualmente se aplica solo a Liechtenstein, Islandia y Noruega.

(80) Así se desprende de la literalidad del artículo 1.1 del RD 240/2007 que dispone que: «El presente Real Decreto regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.»

(81) BOE de 21.06.2002.

(82) Así se desprende de la Disposición Adicional Tercera del RD 240/2007 que dice: «En virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia le es de aplicación lo previsto en el presente real decreto.»

a los miembros de la familia del español (83); segundo, a los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea (84); tercero a los familiares de los nacionales de alguno de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (85); y cuarto, a los miembros de la familia de los nacionales suizos (86).

Y se consideran, a estos efectos, como familiares reagrupables a las siguientes personas:

Por una parte, al cónyuge (87) del reagrupante, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio y ello aunque no exista convivencia matrimonial (88). Posibilidad que resulta factible a partir de que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de junio de 2004, niega la posibilidad de exigirse un «vínculo de convivencia estable y permanente con el reagrupante». En este sentido, conviene tener presente que el RD 240/2007 considera, asimismo, miembro de la familia a la pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a

(83) Téngase en cuenta que, precisamente, la STS de 1 de junio de 2010, ya citada, entre otras, anuló la expresión «otro Estado miembro» incluida en el párrafo primero del artículo 2 del RD 240/2007 para permitir la aplicación de esta normativa a los familiares del propio nacional español. Y como consecuencia de la nulidad declarada consideró desaparecido el régimen especial contenido en la Disposición Final Tercera 2 del RD 240/2007. De modo que a partir de esta sentencia quedan equiparados los familiares de los ciudadanos europeos españoles, siempre que su parentesco se contenga en el artículo 2 del RD 240/2007, a los familiares de ciudadanos europeos no españoles. A este respecto, RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., y BOZA MARTÍNEZ, D., califican el cambio que la sentencia representa para los miembros de la familia del español que sean nacionales de terceros Estados de «giro copernicano» («Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011, pág. 190).

(84) Artículo 2 del RD 240/2007.

(85) Artículo 2 del RD 240/2007.

(86) Disposición Adicional Tercera del RD 240/2007.

(87) Se entiende por cónyuge a aquella persona con la que se mantenga un vínculo matrimonial y, como manifiesta el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de junio de 2010, la situación de separación legal no implica, como sí ocurre con la nulidad matrimonial o el divorcio, una desaparición definitiva del vínculo matrimonial. Es decir, también el cónyuge separado legalmente entra dentro del ámbito de aplicación subjetivo del RD 240/2007.

(88) En efecto, tras la STS, Sala Tercera, de 1.06.2010 se considera que al cónyuge «separado», también, se le aplica el régimen diseñado en el RD 240/2007. De modo que la separación legal de los cónyuges carece de efecto jurídico alguno con relación a la inclusión del cónyuge del ciudadano europeo en el ámbito de aplicación del RD 240/2007, tal y como se desprende de la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, relativa a la anulación de varios apartados del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo dictada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

esos efectos. Debiendo entenderse como pareja de hecho a la registrada de conformidad con la normativa española en los registros autonómicos (89).

Por otra parte, a los descendientes directos del reagrupante y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o no se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas o incapaces (90).

Y, asimismo, a los ascendientes directos del reagrupante y a los de su cónyuge, o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o no se haya cancelado la inscripción registral de pareja y que vivan a sus expensas (91).

Requisito este último que, sin embargo, no fue considerado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Ruiz Zambrano* para reconocer el derecho de residencia de los progenitores, nacionales de terceros Estados, de los hijos menores de nacionalidad belga. De modo que el Tribunal extiende el derecho de residencia inherente al estatuto de ciudadanía a los ascendientes, no que dependen de los hijos menores en quienes concurre la condición de ciudadanía de la Unión y de quienes deriva el derecho de residencia, sino a los ascendientes de quienes dependen estos menores. Con el añadido de que estos progenitores, nacionales de un tercer Estado, se encuentran en territorio belga en una situación de irregularidad administrativa. Circunstancia que, como se deduce de las palabras de S. Iglesias Sánchez, provoca que se sitúen en la balanza imaginaria de los bienes jurídicos a proteger y a ponderar: por un lado, el legítimo derecho del Estado de luchar contra la inmigración ilegal; y, de otro lado, el deber de respetar el estatuto jurídico inherente a los nacionales y ciudadanos de la Unión (92).

Se plantea, de este modo, una cuestión en modo alguna baladí y que entronca directamente con las políticas migratorias estatales: a saber, el tratamiento que ha de otorgarse a los progenitores en situación irregular de niños españoles. De producirse la situación en España parece que, a la luz del nuevo Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000 aprobado el 30 de abril de 2011, podría el progenitor en situación de irregularidad regularizar su situación mediante la obtención de un permiso temporal de residencia por circunstancias excepcionales, y

(89) Para permitir que a tales parejas de hecho se les aplique el régimen regulador del derecho previsto en el RD 240/2007, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» prevista en el artículo 2.b) del citado Real Decreto (STS, Sala Tercera, de 1.06.2010, FJ 5).

(90) Artículo 2.c) del RD 240/2007.

(91) Artículo 2.d) del RD 240/2007.

(92) IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El asunto Ruiz Zambrano...», *op. cit.*, pág. 7.

en concreto, por arraigo familiar (93). Aunque, puede entenderse, invocando la doctrina del caso *Ruiz Zambrano*, que en tales supuestos estos progenitores entran dentro del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho a la libre circulación y residencia que el artículo 21 del TFUE atribuye al ciudadano de la Unión, en concreto, por la vía del reagrupamiento familiar. En este sentido, habría de aceptarse un derecho de residencia derivado de los ascendientes, nacionales de un Estado tercero en situación irregular, que tienen a su cargo a un menor español que no ha ejercitado su derecho a circular.

Llegados a este punto y concretado el elenco de personas que integran los denominados familiares reagrupables que, como hemos avanzado, resultan asimilables al ciudadano de la Unión a los efectos del disfrute del derecho a la libre circulación y residencia inherente a la ciudadanía de la Unión, interesa evidenciar, finalmente, que el régimen aplicable al ejercicio de este derecho por parte de cualquier otra persona que carezca de la nacionalidad de un Estado miembro, de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de la nacionalidad suiza será el que se desprende del Régimen General de Extranjería. Ello no obstante, también resulta cierto que en algunos supuestos parece apostarse por una cierta flexibilización del Régimen General de Extranjería en el sentido de que el RD 240/2007 (94) prevé que se facilitará la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a quién acompañe al ciudadano de la Unión o al nacional de un Estado parte sobre el Espacio Económico Europeo o se reúna con él siempre que en él concurren, por ejemplo, alguna de estas dos circunstancias:

Ser otro familiar con parentesco en línea directa o colateral, sin limitación alguna por el grado de parentesco que les vincule, que por motivos graves de salud o discapacidad deba necesariamente ser cuidado por el ciudadano europeo.

O, ser la pareja con la que el ciudadano europeo mantiene una relación estable debidamente probada.

Así pues, y para finalizar, los parientes que quedan excluidos del listado del artículo 2 del RD 240/2007, aun cuando han de regirse por el régimen general

(93) Téngase en cuenta que el artículo 124.3.a) del RD 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 la reforma operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, dispone que podrá otorgarse tal permiso temporal por arraigo familiar: «cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con este y esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo».

(94) Disposición Adicional Decimonovena del RD 240/2007.

de extranjería, podrán obtener ciertos beneficios en la tramitación de visados o en la obtención de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales precisamente por su relación con el ciudadano de la Unión o con el de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

III. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

De acuerdo con el análisis efectuado, y a la luz de las modificaciones introducidas por vía jurisprudencial, principalmente, con relación al ámbito de aplicación subjetivo del derecho al libre desplazamiento y a la residencia previsto en el Ordenamiento jurídico de la Unión podemos avanzar las siguientes reflexiones:

Hemos constatado que, tal y como prevé el artículo 21 del TFUE, tiene derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros y, por lo tanto, asimismo en el territorio español todo ciudadano de la Unión. Y conviene incidir en la idea de que el derecho se reconoce a quien ostente tal condición desvinculándose, de este modo, su titularidad de todo objetivo económico como lo es el de la consecución del Mercado interior. Esto es, desde la creación de este estatuto en Maastricht la ciudadanía de la Unión deviene, *per se*, título habilitador suficiente en aras al reconocimiento de la mencionada libertad comunitaria.

Una libertad que, a la vista de la regulación contenida en el RD 240/2007, aparece integrada, principalmente, por la libertad de desplazamiento o circulación y por la de residencia. La primera permite a su titular desplazarse libremente por el territorio de la Unión sin ser objeto de controles al cruzar las fronteras interiores y, asimismo, circular libremente dentro del territorio español. En este sentido, el ciudadano de la Unión podrá acceder a nuestro país simplemente acreditando su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste su identidad y podrá abandonarlo únicamente exhibiendo la documentación requerida para efectuar la entrada. Y, por su parte, la libertad de residencia le permite hallarse en territorio español en una situación bien de estancia bien de residencia sea de carácter temporal —debiendo en tal caso solicitar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros— o de larga duración —a cuyos efectos es necesario obtener un certificado del derecho a la residencia de larga duración—. Y entendemos que no existe margen de discrecionalidad alguno por parte de las autoridades competentes ni para decidir qué y cuántos ciudadanos de la Unión pueden acceder al territorio nacional ni con relación a la tramitación y resolución de las solicitudes de residencia que éstos cursen.

Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que el ejercicio del derecho aparece supeditado a las limitaciones previstas, dice el TFUE, en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Lo que significa, como reiteradamente ha manifestado el Tribunal de Justicia, que los derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión no conforman prerrogativas absolutas. Así, puede afirmarse que el Derecho de la Unión no reconoce la libertad de circulación y residencia del ciudadano europeo con carácter omnímodo pudiendo su ejercicio restringirse por razones de orden público, seguridad pública y salud pública. En efecto: podrá prohibirse la entrada en España y ello aunque el ciudadano europeo presente la documentación exigible para franquear legítimamente las fronteras nacionales; podrá prohibírsele la estancia o residencia en territorio español o, incluso, restringírsele parcialmente el ejercicio del derecho vetándole la posibilidad de fijar su residencia en un concreto lugar del territorio nacional; e, incluso, cabe decretar su expulsión o devolución del territorio español.

Ciudadanía de la Unión que, como preceptúa el artículo 20 del TFUE, se atribuye a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. Aparece así delimitado el beneficiario principal de la libertad de circulación y residencia, quien, como ha declarado el Tribunal de Justicia en *Dereci*, si no ha hecho uso de su derecho a la libre circulación no podrá invocar, por considerar esta una situación puramente interna, la protección del Ordenamiento Jurídico de la Unión en materia de libre desplazamiento y residencia del artículo 21 del TFUE. De modo que, el nacional español que nunca ha abandonado el territorio español, no entra en las posibles categorías de beneficiarios del RD 240/2007. Por el contrario, este elemento de la transnacionalidad, no será exigible para hacer valer la protección del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía europea del artículo 20 del TFUE en aquellos casos en los que una medida de un Estado miembro imposibilite el ejercicio de la esencia de los derechos que confiere este estatuto de ciudadanía de la Unión.

Definida así la ciudadanía de la Unión es preciso recordar las tres siguientes precisiones:

Por una parte, la ciudadanía de la Unión se delimita atendiendo a su vinculación con la nacionalidad de un Estado parte, de donde puede afirmarse que no constituye potestad de la Unión el otorgar dicha ciudadanía. El hecho de que cada Estado sea soberano, como lo es el Estado español, para determinar quienes ostentan su nacionalidad unido al hecho de que el ámbito subjetivo de la ciudadanía encuentre su fundamento en la tenencia de la nacionalidad de un Estado miembro permite delimitar los titulares del mencionado estatuto y, por ende, el ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho de libre circulación que reconoce el Ordenamiento jurídico de la Unión. De modo que el efectivo dis-

frute del derecho queda subordinado a la decisión estatal. No obstante y siendo cierto lo anterior, también lo es que la soberanía estatal sobre nacionalidad no puede considerarse absoluta o exclusiva sino que nos situamos ante una soberanía «descafeinada» puesto que la discrecionalidad estatal en este ámbito queda constreñida por el necesario respeto de los principios y derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión y, tal y como reconoce el Tribunal de Justicia en el asunto *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, por el respeto del principio de proporcionalidad. A lo que habría que añadir que un Estado miembro no puede limitar los efectos del reconocimiento de la nacionalidad que realiza otro Estado, exigiendo requisitos suplementarios en aras al efectivo disfrute, en general, de las libertades fundamentales reconocidas en el Ordenamiento de la Unión y, en particular, de la libertad de desplazamiento del ciudadano europeo.

Parece obvio, por tanto, que la construcción de la ciudadanía de la Unión no ha sido un proceso pacífico, lejos de ello ha estado salpicado por las reticencias que oponían particularmente ciertos Estados generando ciertos desencuentros y tensiones. Siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia clave para ir superando los obstáculos que, en general, este estatuto ha encontrado en su recorrido desde su alumbramiento en Maastricht y, en particular, para ir perfilando el complicado vínculo generado entre la ciudadanía europea y las nacionalidades estatales delimitando el alcance de la competencia estatal en materia de nacionalidad cuando esta asociación afecta al disfrute de la libertad de desplazamiento. En definitiva, la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia permite afirmar una «rebaja» paulatina del poder discrecional de los Estados en materia de nacionalidad cuando la decisión estatal en este ámbito implique una traba al ejercicio de la libertad de desplazamiento. De modo que bien podría afirmarse que la mencionada libertad conforma un límite a la soberanía estatal en materia de nacionalidad.

Por otra parte, ser nacional de un Estado miembro no implica, automáticamente, ostentar la titularidad del derecho al libre desplazamiento inherente a la condición de ciudadano de la Unión. Así ocurre con los nacionales británicos de las Islas del Canal y de la Isla de Man o con los nacionales daneses de las Islas Feroe. Dicho de otro modo, se considera ciudadano de la Unión a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro pero de esta premisa no puede deducirse, *a sensu contrario*, que todo nacional de un Estado parte sea considerado ciudadano europeo a los efectos del disfrute del reseñado derecho.

Y, además, no solo los nacionales de los Estados parte entran dentro del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho. Dicho de otro modo, quien no es nacional de un Estado parte no puede beneficiarse del derecho a la libre circulación y residencia que reconoce el Ordenamiento jurídico de la Unión en

calidad de beneficiario principal por no ostentar la condición de ciudadano de la Unión pero sí en su calidad de nacionales de terceros Estados asimilados. Asimilación que se produce por una doble vía: la de los Acuerdos celebrados por la —entonces— Comunidad con terceros Estados; y la vía del reagrupamiento familiar. Vía esta última sobre la que ha tenido un importante impacto la doctrina jurisprudencial. En concreto, y de forma muy lacónica, puede afirmarse que por efecto de la jurisprudencia:

En primer lugar, se produce la equiparación de los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles.

En segundo lugar, el término cónyuge como familiar reagrupable se identifica con la persona con la que el reagrupante mantenga un vínculo matrimonial y, a estos efectos, hay que constatar que la situación de separación legal no implica, una separación definitiva del vínculo matrimonial como sí ocurre con la nulidad matrimonial o con el divorcio.

En tercer lugar, se incluye como familiar reagrupable, asimismo, a la pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal siempre que conste inscripción de la unión en un registro público habilitado a tales efectos.

Y en cuarto lugar, aunque por vía normativa se exige que el ascendiente como familiar reagrupable esté a cargo del reagrupante, el Tribunal de Justicia en el asunto *Ruiz Zambrano* reconoce el derecho de residencia derivado de los progenitores, nacionales de terceros Estados, de quienes dependen los menores en los que concurre la condición de beneficiarios principales del derecho.

Para finalizar, y a la luz de todo lo expuesto, bien podría afirmarse que junto al beneficiario principal de la libertad de desplazamiento y residencia inherente al estatuto de ciudadanía irrumpen en escena toda una variada gama de beneficiarios del derecho, nacionales de terceros Estados, que quedan asimilados o equiparados al ciudadano de la Unión con relación al régimen aplicable a su disfrute. De modo que si bien es cierto que la creación del estatuto de ciudadanía de la Unión supone romper con el tradicional binomio nacional/extranjero también lo es que resulta excesivamente simplista considerar que solo quien ostenta la condición de ciudadanía de la Unión podrá beneficiarse del derecho a la libre circulación y residencia que ampara el Derecho de la Unión, y ello porque existe una amplia paleta de categorías de eventuales beneficiarios que pueden invocar las disposiciones del Derecho de la Unión en este ámbito.

RESUMEN

La ciudadanía de la Unión, punto neurálgico de la etapa de construcción de la Unión Política, sigue manteniendo desde su alumbramiento y tras casi veinte años de existencia el mismo *statu quo*. Afirmación que no obsta para que pueda aseverarse que este estatuto ha sido objeto de importantes modificaciones que han penetrado por vía jurisprudencial. La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 y las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los asuntos Rottmann del año 2010 y Ruiz Zambrano, McCarthy o Dereci y otros, todas del año 2011, constituyen buena prueba de ello. El presente trabajo analiza, desde la óptica de la jurisprudencia mencionada y tomando como base el Real Decreto 240/2007 modificado por el Real Decreto 1710/2011, los cambios que operan, de forma principal, sobre el ámbito de aplicación subjetivo del derecho a la libre circulación y residencia inherente a esta categoría de ciudadanía europea. Modificaciones que obligan a reflexionar sobre el elemento de la transnacionalidad o sobre el alcance de la competencia estatal en materia de nacionalidad cuando entra en juego el mencionado estatuto.

PALABRAS CLAVE: ciudadanía de la Unión; derecho de libre circulación y residencia; nacionalidad; nacionales de terceros Estados asimilados; transnacionalidad.

ABSTRACT

The citizenship of the Union, cornerstone for the construction of the political Union, has had since its inception and almost after twenty years the same *status quo*. In spite of this statement, we can assert that this status has undergone substantial changes which had penetrated by way of caselaw. The Supreme Court 's ruling of June 1st, 2010 and the judgments issued by the European Court of Justice of the European Union in case Rottman, 2010 and cases Ruiz Zambrano, McCarthy or Dereci and others, all from 2011, are fair proof of it. This present work analyzes from the point of view of the aforementioned caselaw and taking as a basis the Real-Decree 240/2007 modified by the Real-Decree 1710/2011, the changes operated mainly on the scope of the personal application of the free movement and residence inherent to this category of European citizenship. These changes require to reflect on the transnationality element or on the scope of the State powers in the field of nationality when the abovementioned status comes to play.

KEY WORDS: citizenship of the European Union; right to free movement and residence; nationality; assimilated third State nationals; transnationality.