

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. ELEANOR SHARPSTON

presentadas el 30 de septiembre de 2010¹

1. La presente petición de decisión prejudicial del Tribunal du travail de Bruxelles versa sobre el alcance del derecho de residencia de nacionales de un Estado tercero progenitores de un menor ciudadano de la Unión que, hasta la fecha, no ha salido del Estado miembro en el que nació.

suponer conceder la residencia a su progenitor nacional de un Estado tercero si, de no ser así, se vulnerarían sustancialmente derechos fundamentales.

2. Al responder a las cuestiones planteadas por el tribunal nacional, el Tribunal de Justicia ha de realizar algunas elecciones difíciles e importantes. ¿En qué consiste exactamente la ciudadanía de la Unión? ¿Constituyen las circunstancias que han dado lugar al litigio nacional una situación «puramente interna» del Estado miembro de que se trata, en la que el Derecho de la Unión Europea (en lo sucesivo, «UE») no juega ningún papel? ¿O significa el reconocimiento íntegro de los derechos (incluidos los derechos futuros) que se desprenden necesariamente de la ciudadanía de la Unión que un menor ciudadano de la UE tiene un derecho basado en el Derecho de la UE antes que en el Derecho nacional, a residir en cualquier lugar dentro del territorio de la Unión (incluido el Estado miembro del que es nacional)? Si ello es así, garantizar que ejerce realmente ese derecho puede

3. Desde un punto de vista más conceptual, ¿depende el ejercicio de derechos como ciudadano de la Unión –como el ejercicio de las «libertades» económicas clásicas– o de alguna libre circulación transfronteriza (aunque sea accidental, periférica o remota) que haya tenido lugar antes de invocarlos? ¿O mira la ciudadanía de la Unión hacia el futuro antes que hacia el pasado para definir los derechos y obligaciones que confiere? Examinando la misma cuestión desde un ángulo levemente diferente: ¿es la ciudadanía de la Unión meramente la versión no económica del mismo tipo genérico de libertad de circulación que existe desde hace mucho tiempo para los agentes económicos y las personas que gozan de independencia económica? ¿O significa algo más radical: una auténtica ciudadanía, que incluye un conjunto uniforme de derechos y obligaciones en una Unión de

1 — Lengua original: inglés.

Derecho² en la que el respeto de los derechos fundamentales debe desempeñar necesariamente una parte integral?

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

Marco normativo

Derecho de la Unión Europea pertinente

4. El artículo 6 TUE (anteriormente artículo 6 UE) establece:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

5. El artículo 18 TFUE (anteriormente, artículo 12 CE) dispone:

«En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

2 — Utilizo la expresión «Unión de Derecho» utilizada en las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto que dio lugar a la sentencia de 11 de septiembre de 2008, Petersen (C-228/07, Rec p. I-6989), punto 32. Tras su repentino y prematuro fallecimiento el 12 de noviembre de 2009, asumí la responsabilidad de la presente remisión prejudicial. Antes de empezar, deseo reconocer tanto el trabajo como el compromiso que el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer ya había dedicado al presente asunto y, con carácter más general, la calidad y extensión de su contribución de lo que aún era, para él, Derecho «comunitario», antes que Derecho «de la UE».

[...]»

6. El artículo 20 TFUE (anteriormente artículo 17 CE) establece:

«1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados.

[...]

7. El artículo 21 TFUE (anteriormente artículo 18 CE) prevé:

«1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

[...]

8. Los artículos 7, 21 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³ disponen:

«Artículo 7

Respeto de la vida privada y familiar

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

[...]

Artículo 21

No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

3 — Proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1). El Parlamento Europeo aprobó una versión actualizada el 29 de noviembre de 2007, tras eliminar las referencias a la Constitución Europea (DO C 303, p. 1)

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Disposiciones internacionales pertinentes

9. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ establece:

[...]

«1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Artículo 24

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques.»

Derechos del niño

1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

10. El artículo 9, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ dispone:

2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

«1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato

3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.»

4 — Tratado abierto a la firma el 19 de diciembre de 1966; *United Nations Treaty Series*, vol. 999, p. 171 y vol. 1057, p. 407. Todos los Estados miembros de la Unión Europea son partes del Pacto y no han formulado reservas al artículo 17.

5 — Tratado adoptado mediante la resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; *United Nations Treaty Series*, vol. 1577, p. 3. Todos los Estados miembros de la Unión Europea son partes de la Convención y no han formulado reservas al artículo 9, apartado 1.

o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.»

de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”[...]

Artículo 3 del Protocolo 4

11. El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH») y el artículo 3 del Protocolo nº 4 a dicho Convenio establecen lo siguiente:⁶

Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional.

«Artículo 8

Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional.»

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Normativa nacional relevante

Real Decreto de 25 de noviembre de 1991

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección

12. El artículo 30 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, relativo a las normas sobre el desempleo, establece lo siguiente:

«Para poder adquirir el derecho a prestaciones por desempleo, un trabajador a tiempo completo deberá cumplir un período de ocupación cotizada que consistirá en el número de días de trabajo que a continuación se indica:

6 — Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea. La situación es ligeramente más complicada respecto del Protocolo nº 4. A día de hoy, Grecia no lo ha ni firmado ni ratificado, mientras que el Reino Unido lo ha firmado, pero no ratificado. Austria, Irlanda y los Países Bajos han formulado reservas al artículo 3 respecto de aspectos específicos que son irrelevantes en lo que atañe a los hechos y a las cuestiones del presente asunto.

1. [...]

2. 468 días en los 27 meses anteriores a dicha solicitud, si tiene una edad comprendida entre los 36 y los 50 años,

asimilarán al extranjero de la CE, con independencia de su nacionalidad, su cónyuge y sus hijos o los hijos de su cónyuge que estén a cargo de ambos, siempre hayan entrado en el país al objeto de vivir con él.

[...]»

13. El artículo 43, apartado 1, del Real Decreto dispone:

15. Los ascendientes de un ciudadano belga o de un extranjero nacional de un Estado de la CE que estén a su cargo no precisan permiso de trabajo, con independencia de su nacionalidad [en virtud del artículo 2, apartado 2, párrafo 2, letra b), del Decreto por el que se desarrolla la Ley de 30 de abril de 1999 sobre la contratación de trabajadores extranjeros y el artículo 4, apartado 4, inciso iii) de la Ley de 15 de diciembre de 1980, respectivamente].

«Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, un trabajador extranjero o apátrida tendrá derecho a prestaciones por desempleo si cumple la normativa relativa a la extranjería y la relativa a la contratación de trabajadores extranjeros.

Código de la nacionalidad belga

16. Con arreglo al artículo 10, apartado 1, del Código de la nacionalidad belga, en la versión aplicable en el momento pertinente, entre los nacionales belgas se incluían:

El trabajo realizado en Bélgica solo se tendrá en cuenta si cumple lo dispuesto en la normativa relativa a la contratación de trabajadores extranjeros.»

«Los nacidos en Bélgica y que, en cualquier momento antes de alcanzar la edad de 18 años, o de quedar emancipados, antes de esta edad, serían apátridas si no tuvieran esta nacionalidad.»

14. En virtud de las disposiciones relevantes de la normativa belga (el artículo 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 y el artículo 2 del Real Decreto de 9 de junio de 1999), se

17. Posteriormente, mediante la Ley de 27 de diciembre de 2006 los menores nacidos en Bélgica de progenitores no belgas no pueden adquirir la nacionalidad belga «en caso

de que el hijo pueda obtener otra nacionalidad mediante el cumplimiento, por parte de su representante legal o de sus representantes legales, de trámites administrativos ante las autoridades diplomáticas o consulares del país de sus progenitores o del de uno de ellos.»

Hechos y litigio principal

18. El Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, la Sra. Moreno López, son nacionales colombianos. Llegaron a Bélgica el 7 de abril de 1999, como titulares de un visado expedido por la Embajada de Bélgica en Bogotá, acompañados de su primer hijo.

19. Una semana más tarde, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó asilo en Bélgica. Fundamentó su solicitud en la necesidad de huir de Colombia después de haber estado expuesto desde 1997 a continuas extorsiones (apoyadas en amenazas de muerte) de los paramilitares, haber presenciado ataques a su hermano y sufrido el secuestro de su hijo de tres años durante una semana en enero de 1999.

20. El 11 de septiembre de 2000, el Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides denegó la solicitud de asilo del Sr. Ruiz Zambrano y dictó una orden requiriéndole que abandonara Bélgica. Sin embargo, añadió una

cláusula de *non-refoulement*, en la que indicaba que el Sr. Ruiz Zambrano y su familia no debían ser repatriados a Colombia, dada la crítica situación existente en dicho Estado.

21. A pesar de dicha orden, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó un permiso de residencia al Office des Étrangers el 20 de octubre de 2000. Posteriormente presentó otras dos solicitudes.⁷ Las tres fueron denegadas. El Sr. Ruiz Zambrano instó la anulación de estas resoluciones y mientras tanto, pidió que se suspendiera la orden que la requería que abandonase Bélgica. En el momento en que se remitió la presente petición prejudicial, el recurso de anulación estaba aún pendiente ante el Conseil d'État.

22. Desde el 18 de abril de 2001, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa están empadronados en el municipio de Schaerbeek.

23. En octubre de 2001, el Sr. Ruiz Zambrano consiguió un trabajo a tiempo completo en el taller de Bruselas de una empresa belga, Plastoria SA (en lo sucesivo, «Plastoria»), realizando tareas propias del taller con arreglo a un contrato de trabajo indefinido. Su trabajo fue debidamente declarado al Office national de la sécurité sociale. Su salario estaba sometido a las retenciones obligatorias de

7 — Las solicitudes posteriores siguieron al nacimiento de su segundo y tercer hijos; véase el punto 26 *infra*.

seguridad social en el modo habitual y consecuentemente su empleador estaba obligado a abonar (y abonó) las correspondientes cotizaciones. La resolución de remisión no indica expresamente si (como suele ser habitual) su remuneración estaba también sujeta a retenciones en la fuente en relación con el impuesto sobre la renta.

24. El Sr. Ruiz Zambrano no tenía permiso de trabajo cuando lo contrató Plastoria. Tampoco obtuvo uno en los cinco años en los que trabajó para la empresa.

25. Durante este tiempo, su esposa dio a luz a su segundo hijo, Diego, el 1 de septiembre de 2003, y al tercero, Jessica, el 26 de agosto de 2005. Ambos nacieron en Bélgica. Con arreglo al artículo 10, apartado 1, del Código de la Nacionalidad belga, ambos adquirieron la nacionalidad belga.⁸ El abogado del Sr. Ruiz Zambrano informó al Tribunal de Justicia en el acto de la vista de que actualmente tanto Diego como Jessica están matriculados en la escuela en Schaerbeek.

8 — Con arreglo a la normativa colombiana pertinente, los niños nacidos fuera del territorio de Colombia no adquieren la nacionalidad colombiana a menos que se realice una declaración expresa a tal fin con los funcionarios consulares apropiados. Tal declaración no se realizó respecto de Diego y Jessica Ruiz Moreno.

26. El nacimiento de Diego y Jessica generó una segunda y una tercera solicitud, respectivamente, presentadas en el Office des Étrangers.⁹ En cada una de ellas, el Sr. Ruiz Zambrano alegó que el nacimiento de un hijo que tiene la nacionalidad belga le otorgaba un permiso de residencia, con arreglo a la Ley de 15 de diciembre de 1980 y al artículo 3 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

27. Como resultado de la tercera solicitud, las autoridades belgas dictaron una resolución en la que concedían al Sr. Ruiz Zambrano un certificado de registro de residencia legalizando su estancia en Bélgica desde el 13 de septiembre de 2005 hasta el 13 de febrero de 2006. A consecuencia de su recurso contra las diversas resoluciones que le denegaban el permiso de residencia, la estancia del Sr. Ruiz Zambrano en Bélgica estuvo cubierta por una autorización especial hasta la resolución final de estos procedimientos.

28. El 10 de octubre de 2005 el contrato del Sr. Ruiz Zambrano se suspendió temporalmente. Inmediatamente, solicitó al Office national de l'emploi la prestación temporal por desempleo. La solicitud se denegó porque no tenía permiso de trabajo (debido a que su estancia en Bélgica era irregular). Interpuso un primer recurso ante el Tribunal du Travail impugnando esta denegación (en lo sucesivo, «primer recurso»), pero poco después fue

9 — Véase el punto 21 *supra*.

contratado de nuevo por Plastoria para trabajar a tiempo completo.

29. No obstante, como resultado de este primer recurso, las autoridades laborales belgas incoaron una investigación para comprobar las condiciones en las que el Sr. Ruiz Zambrano había sido contratado. Un inspector de trabajo visitó las instalaciones de Plastoria el 11 de octubre de 2006. Descubrió al Sr. Ruiz Zambrano trabajando y confirmó que no tenía permiso de trabajo. El inspector dictó una orden de extinción inmediata de su relación laboral. Plastoria extinguió debidamente el contrato de trabajo del Sr. Ruiz Zambrano, sin indemnización, alegando fuerza mayor, y le proporcionó el impreso oficial («impreso C4») que certificaba que se habían abonado las cotizaciones a la seguridad social y el seguro de desempleo durante todo el período de trabajo comprendido entre octubre de 2001 y octubre de 2006.

30. Las autoridades belgas decidieron no iniciar acciones penales contra Plastoria, indicando que, aparte del hecho de que la empresa había contratado al Sr. Ruiz Zambrano sin permiso de trabajo, no había incurrido en ninguna otra infracción de los requisitos relativos a las obligaciones de seguridad social, al depósito de los documentos laborales correctos, el seguro de accidentes laborales o las obligaciones salariales.

31. Al hallarse desempleado, el Sr. Ruiz Zambrano volvió a acudir al Office national de l'emploi, esta vez para solicitar la prestación permanente por desempleo. De nuevo se le denegó la prestación. El Sr. Ruiz Zambrano interpuso otro recurso ante el Tribunal de Travail de Bruxelles contra esta resolución («el segundo recurso»). El primer y el segundo recursos constituyen el objeto del litigio principal ante el tribunal remitente.

32. En sus observaciones escritas, el Gobierno belga declara que, como resultado de la medida gubernamental consistente en regularizar las situaciones específicas de los residentes ilegales en el país, el 30 de abril de 2009 se concedió al Sr. Ruiz Zambrano un permiso de residencia provisional y renovable, así como un permiso de trabajo (tipo C). Éste no tiene efecto retroactivo, y se continúa considerando que el trabajo del Sr. Ruiz Zambrano en Plastoria de 2001 a 2006 no estaba cubierto por un permiso de trabajo.

Cuestiones planteadas

33. En el procedimiento interpuesto contra las dos resoluciones de la Office national de l'emploi que denegaron las solicitudes del Sr. Ruiz Zambrano de prestaciones por

desempleo temporal y permanente, el Tribunal du travail de Bruxelles planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Reconocen los artículos 12 [CE], 17 [CE] y 18 [CE], o alguno o algunos de ellos interpretados independiente o conjuntamente, al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad tiene este ciudadano, con independencia de que haya ejercitado o no previamente su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros?
- 2) Los artículos 12 [CE], 17 [CE] y 18 [CE], en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales [...], ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho que reconocen, sin discriminación por razón de nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros implica, cuando el ciudadano sea un menor de corta edad a cargo de un ascendiente de un país tercero, que el disfrute del derecho de residencia de este menor, en el territorio del Estado miembro en el que reside y del cual tiene la nacionalidad, deba serle garantizado, independientemente del ejercicio previo por su parte o por mediación de su representante legal del derecho de circulación, atribuyendo a este derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fue reconocida por la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, Rec. p. I-9925), mediante la concesión, al ascendiente nacional de un país tercero que tiene este menor a su cargo y que dispone de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, del derecho de residencia derivado del que gozaría este mismo nacional de un país tercero si el menor que tiene a su cargo fuera un ciudadano de la Unión que no tuviera la nacionalidad del Estado miembro en el que reside?
- 3) Los artículos 12 [CE], 17 [CE] y 18 [CE], en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia de un menor, nacional de un Estado miembro, en el territorio del cual reside, debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente –nacional de un país tercero, que tiene a su cargo este hijo menor y que cumpliría la condición de disponer de recursos suficientes y de estar cubierto por un seguro de enfermedad si el Derecho interno del Estado miembro en el que reside no exigiera un permiso de trabajo, ya que realiza un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social de dicho Estado– con el fin de atribuir al derecho de residencia de este hijo el efecto útil que la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, Rec. p. I-9925), ha reconocido a un hijo menor, ciudadano europeo con nacionalidad diferente de

la nacionalidad del Estado miembro en el que reside y que se encuentra a cargo de un ascendiente, nacional de un país tercero?»

37. El primero es si las cuestiones planteadas tienen alguna influencia real sobre el asunto pendiente ante el tribunal nacional.

34. El Sr. Ruiz Zambrano, los Gobiernos belga, danés, alemán, griego, irlandés, neerlandés, austriaco y polaco y la Comisión presentaron observaciones escritas.

35. El abogado del Sr. Ruiz Zambrano y los agentes de los Gobiernos belga, danés, griego, francés, irlandés y neerlandés comparecieron en la vista de 26 de enero de 2010 y presentaron observaciones orales.

Cuestiones previas

36. Ninguno de los involucrados en la presente remisión ha cuestionado específicamente su admisibilidad. No obstante, existen dos extremos que debo examinar brevemente.

38. De los documentos incluidos en la resolución de remisión se desprende que el Sr. Ruiz Zambrano cumplió los requisitos materiales para poder solicitar la prestación por desempleo (como haber trabajado durante al menos 468 días durante los 27 meses anteriores a la solicitud, como exige el artículo 30 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, y haber pagado las cotizaciones a la seguridad social apropiadas). Su solicitud se enfrenta a dos obstáculos interconectados. En primer lugar, las normas nacionales establecen¹⁰ que únicamente puede tenerse en cuenta la contratación que cumple la normativa en materia de extranjería y de trabajadores extranjeros. Aplicar este requisito significaría no tomar en consideración el empleo a tiempo completo del Sr. Ruiz Zambrano en Plastoria desde el 1 de octubre de 2001 al 12 de octubre de 2006, porque en ningún momento de dicho período tuvo un permiso de trabajo, y sólo tuvo un certificado de registro de residencia desde el 13 de septiembre de 2005.¹¹ En segundo lugar, el Derecho nacional establece que para recibir prestaciones un trabajador extranjero

10 — Artículo 43, apartado 1, segunda frase, del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, y artículo 7, apartado 14, segunda frase, del Decreto Ley de 28 de diciembre de 1944.

11 — Véanse los puntos 24 y 22 *supra*, respectivamente.

debe cumplir lo establecido en la normativa en materia de extranjería.¹²

no podrían beneficiarse de las disposiciones¹⁴ relativas a la reunificación familiar que permiten tanto a un nacional de un Estado de la UE que se ha trasladado a Bélgica desde otro Estado miembro y a un belga que ha ejercido con anterioridad la libertad de circulación que se reúna con ellos un ascendiente que no esté a su cargo nacional de un Estado tercero.

39. Todo el litigio del Sr. Ruiz Zambrano ante el tribunal nacional gira en torno a si, como nacional de un Estado tercero progenitor de menores nacionales belgas, a) su posición puede asimilarse a la de un nacional de uno de los Estados de la UE; o b) disfruta de un derecho de residencia derivado del hecho de que, como nacionales belgas, sus hijos son ciudadanos de la Unión. Tanto a) como b) le conferirían el derecho sustantivo de residencia necesario con arreglo al Derecho de la UE;¹³ a) también le eximiría por sí mismo de la necesidad de poseer un permiso de trabajo; y b) posiblemente le permitiría, por analogía necesaria beneficiarse de la exención del requisito de permiso de trabajo, a la que tienen derecho, según el artículo 2, apartado 2, número 2, letra b), de la Ley de 30 de abril de 1999, los familiares en línea ascendiente de un nacional belga *a su cargo*. Según esta argumentación, si éste no fuera el caso se produciría una discriminación inversa contra nacionales belgas que no han ejercido los derechos de libre circulación en virtud del Derecho de la UE, en la medida en que

40. Aunque el objeto inmediato de la acción ante el tribunal nacional se refiere a una solicitud de prestaciones por desempleo regida por la normativa laboral y de seguridad social, más que a una solicitud, regulada por el Derecho administrativo, de un permiso de residencia, está claro que el tribunal nacional no puede dirimir el asunto del que conoce sin saber a) si el Sr. Ruiz Zambrano puede invocar derechos derivados con arreglo al Derecho de la UE, por el hecho de que, como nacionales belgas, sus hijos son también ciudadanos de la Unión y b) de qué derechos disfrutaría un belga que, como ciudadano de la Unión, *se hubiera* trasladado a otro Estado miembro y después regresara a Bélgica (a fin de apreciar la alegación de discriminación inversa y aplicar las normas relevantes de Derecho nacional). A mayor abundamiento, el tribunal nacional ha explicado con cierto detalle que el

12 — Artículos 43, apartado 1, primera frase, y 69, apartado 1, del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, y artículo 7, apartado 14, segunda frase, del Decreto Ley de 28 de diciembre de 1944.

13 — Es jurisprudencia reiterada que un permiso de residencia permite confirmar el derecho de residencia, más que conferirlo; véanse las sentencias de 8 de abril de 1976, Royer (48/75, Rec. p. 497), apartado 50, y de 17 de febrero de 2005, Oulane (C-215/03, Rec. p. I-1215).

14 — Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26), actualmente sustituida por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158, p. 77; corrección de errores DO 2004, L 229, p. 35).

Derecho nacional¹⁵ se remite al Derecho de la UE para definir quien se considera «miembro de la familia» de un ciudadano de la Unión, indicando que ello es pertinente para zanjar el litigio de que conoce.¹⁶

41. El segundo problema surge del hecho de que el abogado del Sr. Ruiz Zambrano informó al Tribunal de Justicia de que tanto el Conseil d'État como la Cour Constitutionnelle belgas habían decidido recientemente en circunstancias similares que, como resultado de la discriminación inversa generada por el Derecho de la UE, se había infringido el principio constitucional de igualdad.¹⁷ Tal vez puede pensarse que, en consecuencia, la presente remisión ha devenido redundante. Dicho de otro modo: ¿necesita aún el tribunal remitente respuestas a sus cuestiones sobre el Derecho de la UE ahora que tiene esa orientación, con arreglo al Derecho nacional, de sus propios tribunales superiores?

42. En mi opinión, sí.

43. Antes de que el Tribunal du travail pueda aplicar la jurisprudencia desarrollada por el Conseil d'État y la Cour Constitutionnelle, tendrá que discernir si realmente surge una situación de discriminación inversa como resultado de la interacción del Derecho de la UE y el Derecho nacional. Para hacer esto, necesita orientación por parte del Tribunal de Justicia en relación con la interpretación correcta del Derecho de la UE. En el pasado, el Tribunal de Justicia ha decidido sobre remisiones que sirven precisamente a tal fin: facilitar la labor del tribunal remitente de comparar la situación en virtud del Derecho comunitario con la posición en virtud del Derecho nacional.¹⁸ En una serie de asuntos, ha aceptado que debe dictar una sentencia prejudicial cuando «la interpretación de disposiciones del Derecho comunitario [ahora de la UE] puede resultar útil al órgano jurisdiccional nacional, incluso ante situaciones calificadas de puramente internas, en particular en el supuesto de que el Derecho del Estado miembro de que se trate exija que todo nacional de dicho Estado disfrute de los mismos derechos que el Derecho comunitario [ahora de la UE] reconoce a un nacional de otro Estado miembro en una situación que dicho órgano

15 — Artículo 40 *bis* de la Ley de 15 de diciembre de 1980 y artículo 2 del Real Decreto de 9 de junio de 1999.

16 — Véase la sentencia de 18 de octubre de 1990, Dzodzi (asuntos acumulados 297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartado 42.

17 — Conseil d'État, arrêt 193.348, de 15 de mayo de 2009, y arrêt 196.294, de 22 de septiembre 2009; Cour Constitutionnelle, arrêt 174/2009, de 3 de noviembre de 2009.

18 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 5 de diciembre de 2000, Guimont (C-448/98, Rec. p. I-10663), apartado 23; de 5 de marzo de 2002, Reisch y otros (asuntos acumulados C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, Rec. p. I-2157), apartado 26; de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartado 41, y de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, Rec. p. I-1683), apartado 29.

jurisdiccional considere comparable». ¹⁹ En efecto, el agente del Gobierno belga aceptó verbalmente que el tribunal remitente podría necesitar una respuesta del Tribunal de Justicia para examinar si existía discriminación inversa generada por el Derecho de la UE.

44. De ello se deduce que el Tribunal de Justicia debe responder las cuestiones planteadas.

Reestructuración de los problemas que es preciso resolver

45. Las cuestiones que formula el tribunal nacional dejan entrever tres líneas de argumentación. Aunque posiblemente no surjan de manera meridianamente clara únicamente del texto de las cuestiones planteadas, pueden deducirse del análisis más detallado expuesto en la resolución de remisión.

46. La mayor preocupación del tribunal remitente guarda relación con si la circulación es necesaria para aplicar las disposiciones del Tratado sobre la ciudadanía de la Unión. El tribunal remitente es muy consciente de que los artículos 20 TFUE y 21 TFUE son diferentes,

desde el punto de vista conceptual, de la libre circulación de trabajadores con arreglo al artículo 45 TFUE, la libertad de establecimiento con arreglo al artículo 49 TFUE o, incluso, de todas las libertades «económicas», consagradas en los artículos 34 TFUE y siguientes. Pero ¿cuán diferentes son las disposiciones relativas a la ciudadanía?

47. El tribunal nacional se interroga después sobre el papel que juegan los derechos fundamentales (en particular, el derecho fundamental a la vida familiar, desarrollado por el Tribunal de Justicia en las sentencias Carpenter, ²⁰ MRAX ²¹ y Zhu y Chen ²²) al determinar el ámbito de aplicación de los artículos 20 TFUE y 21 TFUE.

48. Por último, el tribunal nacional pregunta acerca de la función del artículo 18 TFUE en la protección de los particulares contra la discriminación inversa generada por el Derecho de la UE a través de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión.

19 — Sentencia Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, citada en la nota anterior, apartado 40.

20 — Sentencia de 11 de julio de 2002 (C-60/00, Rec. p. I-6279).

21 — Sentencia de 25 de julio de 2002 (C-459/99, Rec. p. I-6591).

22 — Sentencia de 19 de octubre de 2004 (C-200/02, Rec. p. I-9925). Tras haber consultado los autos del asunto Zhu y Chen, aprovecho esta oportunidad para clarificar una confusión respecto de los apellidos que ha durado largo tiempo. El nombre de la madre de Catherine era Lavette Man Chen. Contrajo matrimonio con Guoqing Zhu (conocido como Hopkins Zhu) y se convirtió en la señora Zhu. Por tanto, la hija de la pareja era Catherine Zhu. Tanto la madre como la hija se apellidaban Zhu cuando se presentó el recurso que dio lugar al asunto C-200/02. La referencia al apellido Chen (y la confusión consiguiente acerca de cual de los demandantes era Zhu y cual era Chen) surge de un simple malentendido.

49. En aras de la claridad, y para dar una respuesta útil al tribunal remitente, enfocaré las tres cuestiones del siguiente modo.

50. En primer lugar, trataré la cuestión de si Diego y Jessica pueden invocar derechos en virtud de los artículos 20 TFUE y 21 TFUE como ciudadanos de la Unión, a pesar de que (aún) no han salido del Estado miembro del cual son nacionales; y si el Sr. Ruiz Zambrano puede por tanto alegar un derecho derivado de residencia para residir en Bélgica a fin de cuidar y mantener a sus hijos pequeños («cuestión 1»). Analizar esta cuestión me exige considerar si esta es –como se ha propuesto contundentemente– una cuestión «puramente interna», o si existe realmente un vínculo suficiente con el Derecho de la UE para invocar los derechos de ciudadanía. También genera la cuestión de si el artículo 21 TFUE incluye dos derechos independientes –el derecho de circular y un derecho autónomo a residir– o si simplemente confiere un derecho a circular (y *por lo tanto* a residir).

51. En segundo lugar, examinaré la cuestión de la discriminación inversa, que plantea reiteradamente el tribunal nacional. En consecuencia, analizaré el alcance del artículo 18 TFUE y examinaré si puede aplicarse para resolver cuestiones de discriminación inversa creadas por las disposiciones de Derecho de la UE relativas a la ciudadanía de la Unión («cuestión 2»). Aunque esta cuestión

ha sido abordada en los últimos años,²³ aún sigue sin resolverse.

52. Por último, trataré la cuestión de los derechos fundamentales («cuestión 3»). El tribunal nacional ha dejado muy claro en la resolución de remisión que busca orientación sobre si el derecho fundamental a la vida familiar juega un papel en el presente asunto, en el cual ni el ciudadano de la Unión ni sus progenitores colombianos se han desplazado fuera de Bélgica. A su vez, esta cuestión genera otra cuestión más básica: ¿cuál es el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE? ¿pueden invocarse de manera independiente? ¿o debe existir una vinculación con otro derecho, clásico, de la UE?

53. Dado que está claro que el problema de los derechos fundamentales se refleja como un «leitmotiv» en las tres cuestiones, antes de comenzar el análisis –a modo de prólogo– examinaré si es plausible pensar que el Sr. Ruiz Zambrano y su familia corren un riesgo real de sufrir un menoscabo de su derecho fundamental a la vida familiar con arreglo al Derecho de la UE.

23 — Véanse, en particular, mis conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, citada en la nota 18.

Prólogo: las circunstancias de la familia Ruiz Zambrano y la vulneración potencial del derecho fundamental de la UE a la vida familiar

54. En la sentencia *Carpenter*,²⁴ el Tribunal de Justicia reconoció el derecho fundamental a la vida familiar como parte de los principios generales del Derecho de la UE. Para llegar a tal conclusión, se basó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «Tribunal de Estrasburgo»). En la sentencia *Boutif*,²⁵ dicho tribunal declaró que «la expulsión de una persona de un país en el que viven miembros de su familia cercana puede equivaler a una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el artículo 8, apartado 1, del [CEDH]». ²⁶ El concepto de «familia» del CEDH se limita en gran medida a la familia nuclear,²⁷ que incluye claramente al Sr. Ruiz Zambrano y a

la Sra. Moreno López, como progenitores de Diego y Jessica.

55. Del mismo modo, la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Estrasburgo establece que la separación de una persona de los miembros de su familia sólo es admisible cuando se demuestra que es «necesaria en una sociedad democrática, es decir, que está justificada por una necesidad social acuciante y, en particular, es proporcionada al objetivo legítimo perseguido». ²⁸ La aplicación del artículo 8, apartado 2, del CEDH, que establece una excepción al derecho reconocido en el artículo 8, apartado 1, del CEDH, implica un test de proporcionalidad que tiene en cuenta (entre otros) elementos como el momento en que se formó la familia, la buena fe del solicitante, los contrastes sociales y culturales del Estado desde el que se trasladaría a los miembros de la familia y su grado de integración en la sociedad del Estado contratante. ²⁹

56. Por su parte, el Tribunal de Justicia, aunque sigue de cerca la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ha desarrollado su propia línea de razonamiento. En resumen, el Tribunal de Justicia proporcionará protección en los siguientes supuestos o con referencia a los siguientes factores. ³⁰

24 — Citada en la nota 20, apartado 41; véanse también las sentencias *MRAX*, citada en la nota 21, apartado 53; de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania (C-441/02, Rec. p. I-3449), apartado 109; de 14 de abril de 2005, Comisión/España (C-157/03, Rec. p. I-2911), apartado 26; de 31 de enero de 2006, Comisión/España (C-503/03, Rec. p. I-1097), apartado 41; de 23 de septiembre de 2003, *Akrich* (C-109/01, Rec. p. I-9607), apartados 58 y 59; de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 52, y de 25 de julio de 2008, *Metock* y otros (C-127/08, Rec. p. I-6241), apartado 79. Sobre el derecho fundamental comunitario a la vida familiar y su impacto en los nacionales de Estados terceros, véase S. Carrera, *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 375 a 388.

25 — Sentencia de 2 de agosto de 2001, *Boutif* c. Suiza, §§ 39, 41 y 46, ECHR 2001-IX.

26 — Véase también la sentencia de 11 de julio de 2002, *Amrollahi* c. Dinamarca, §§ 33 a 44.

27 — Sentencia de 9 de octubre de 2003 *Slivenko* c. Letonia, § 94, ECHR 2003-X.

28 — Véanse las sentencias de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi* c. Francia, § 34, ECHR 1997-VI, y de 19 de febrero de 1998, *Dalia* c. Francia, § 52, ECHR 1998-I.

29 — Sentencia de 21 de diciembre de 2001, *Sen* c. Países Bajos, § 40.

30 — En relación con las diferencias entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa al artículo 8 del CEDH, véase F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3ª edición, París, PUF, 2003, pp. 510 y 511.

57. En primer lugar, el Tribunal de Justicia no requiere que el ciudadano de la Unión sea el demandante en el litigio principal para otorgar la protección. En consecuencia, el derecho fundamental a la vida familiar con arreglo al Derecho de la UE ya ha servido indirectamente para proteger a nacionales de terceros Estados que eran familiares cercanos del ciudadano de la Unión. El nacional de un Estado tercero miembro de la familia que interpuso el recurso también disfrutaba de la protección, debido a que podía existir una interferencia con el derecho del ciudadano de la Unión a la vida familiar.³¹

58. En segundo lugar, el derecho fundamental puede invocarse aunque el miembro de la familia al que se le ordena abandonar el país no sea residente legal.³²

59. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia toma en consideración si el miembro de la familia constituye un peligro para el orden

público o la seguridad pública (que pueda justificar su expulsión del territorio).³³

60. En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia aceptará una justificación basada en un abuso de derecho sólo cuando el Estado miembro pueda presentar pruebas claras de mala fe por parte del demandante.³⁴

61. Éstos y otros aspectos de los derechos fundamentales que se discuten en el presente asunto —el derecho a la vida familiar y los derechos del niño— están reflejados en los artículos 7 y 24, apartado 3, de la Carta. En el momento de los hechos, la Carta era *soft law* y no vinculaba a las autoridades belgas. Sin embargo el Tribunal de Justicia ya se había basado en ella como una ayuda para la interpretación, incluso en asuntos relacionados con el derecho a la vida familiar.³⁵ Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta ha adquirido el estatuto de Derecho originario.³⁶

62. En mi opinión, la decisión de las autoridades belgas de ordenar al Sr. Ruiz Zambrano

31 — Véase la sentencia Carpenter, citada en la nota 20. En el asunto Zhu y Chen, citado en la nota 22, tanto la hija menor de corta edad (Catherine Zhu, ciudadana de la Unión) como el nacional del Estado tercero (su madre, la Sra. Zhu) eran solicitantes desde el punto de vista formal. Dada la edad de Catherine, sólo su madre interpuso la acción, en nombre de su hija y de ella misma.

32 — Véase la sentencia Carpenter, citada en la nota 20, apartado 44. Con arreglo a la normativa sobre inmigración del Reino Unido, la Sra. Carpenter era una «overstayer» (residente ilegal), es decir, una persona que tiene autorización para entrar en el Reino Unido, pero que permanece allí después de la expiración de su autorización, mientras que el Sr. Ruiz Zambrano es un solicitante de asilo cuya solicitud se ha denegado. No obstante, según la entiendo, no debe trazarse ninguna distinción sobre esta base. Se deduce claramente de la sentencia Carpenter que el Secretary of State estaba tan facultado por el Derecho nacional a tomar medidas en contra de la Sra. Carpenter como las autoridades belgas para actuar contra el Sr. Ruiz Zambrano en el presente asunto.

33 — Véase la sentencia Carpenter, citada en la nota 20, apartado 44.

34 — Véanse las sentencias Carpenter, citada en la nota 20, apartado 44; Zhu y Chen, citada en la nota 22, apartados 36 a 41; Akrich, citada en la nota 24, apartado 57, y Metock, citada en la nota 24, apartado 75.

35 — Véase la sentencia Parlamento/Consejo, citada en la nota 24, apartado 38.

36 — Véase el artículo 6 TUE, apartado 1.

que abandonara Bélgica, seguida de su continua negativa a concederle un permiso de residencia, constituye una vulneración potencial del derecho fundamental de sus hijos a la vida familiar y a la protección de sus derechos como menores; y de este modo, (aplicando las sentencias Carpenter y Zhu y Chen) del derecho equivalente del Sr. Ruiz Zambrano a su vida familiar como su padre. Digo «potencial» porque el Sr. Ruiz Zambrano se halla todavía en territorio belga. No obstante, es evidente que la ejecución de la orden de deportación podría desencadenar la vulneración de estos derechos.

63. También es evidente que la vulneración podría ser grave. Si el Sr. Ruiz Zambrano fuera deportado, entonces también lo sería su esposa. El efecto de estas medidas en los menores sería radical. Dada su edad, los menores ya no podrían vivir una vida independiente en Bélgica. Por consiguiente, posiblemente el mal menor sería que abandonaran Bélgica con sus padres. No obstante, esto traería consigo desarraigarles de la sociedad y la cultura en la que nacieron y se han integrado. Aunque corresponde en última instancia al tribunal nacional realizar la apreciación detallada del caso concreto, parece apropiado proceder partiendo de la base de que la vulneración bien podría ser importante.

64. Es cierto que los hijos del Sr. Ruiz Zambrano nacieron en un momento en el que la situación de éste ya era irregular. Sin

embargo, la información contenida en la resolución de remisión sugiere que el Sr. Ruiz Zambrano se ha integrado totalmente en la sociedad belga y no supone ni una amenaza ni un peligro. Aun siendo así que corresponde al tribunal nacional, como único juez de los hechos, realizar las apreciaciones necesarias a tal fin, los siguientes elementos parecen apoyar mi opinión.

65. En primer lugar, el Sr. Ruiz Zambrano trabajó regularmente después de llegar a Bélgica, contribuyó debidamente al sistema de seguridad social belga y no solicitó apoyo económico.³⁷ En segundo lugar, él y su esposa, la Sra. Moreno López, viven una vida familiar normal y sus hijos están escolarizados en Bélgica. En tercer lugar, las autoridades belgas aceptaron voluntariamente las cotizaciones a las arcas de la seguridad social del Estado belga del Sr. Ruiz Zambrano durante cinco años mientras trabajaba en Plastoria — voluntad que contrasta curiosamente con la reluctancia de un ministerio belga distinto a

37 — Ha de recordarse que la prestación por desempleo que solicita ahora el Sr. Ruiz Zambrano es una a la cual sus cotizaciones le darían derecho, en el caso de que su empleo en Plastoria debiera computarse desde el nacimiento de Diego en lo que atañe al período de actividad laboral que ha de tomarse en cuenta.

concederle un permiso de residencia—. ³⁸ En cuarto lugar, el hecho de que el Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides dictara una orden de no devolución indica que el Sr. Ruiz Zambrano y su familia no podían ser repatriados a Colombia porque esto les pondría en un peligro real. Por ello, si se les requiriera a abandonar Bélgica tendrían que hallar un tercer Estado que quisiera aceptarles, con el que podrían o no existir vínculos. En quinto lugar, al conceder al Sr. Ruiz Zambrano un permiso de residencia temporal renovable en 2009, las autoridades belgas confirmaron tácitamente que su presencia en Bélgica no supone un riesgo para la sociedad y que no existen consideraciones imperativas de orden público que puedan justificar que abandone el país con carácter inmediato.

se le requería que abandonara el país, ³⁹ es probable que ello se considerara una vulneración importante del derecho fundamental de Diego a la vida familiar, con arreglo al Derecho de la UE, y, por ende, indirectamente, del Sr. Ruiz Zambrano.

Cuestión 1. Ciudadanía de la Unión

Consideraciones previas

66. Por estos motivos, me parece que, si las autoridades belgas hubieran dado curso a su negativa de conceder al Sr. Ruiz Zambrano un permiso de residencia después del nacimiento de su primer hijo belga (Diego) ejecutando la orden dictada contra él en la que

67. En 1992, el Tratado de Maastricht introdujo la ciudadanía europea como un estatuto nuevo y complementario para los nacionales de todos los Estados miembros. Al conceder a todos los ciudadanos el derecho a desplazarse y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el nuevo Tratado reconocía el papel esencial de los particulares, *con independencia de si estaban o no económicamente activos*, en la nueva Unión que se había creado. Cada ciudadano individual disfruta de derechos y es titular de obligaciones que conjuntamente dan lugar a un nuevo estatuto –estatuto sobre el que el Tribunal de Justicia declaró en 2001 que «[su] vocación [es]

38 — En la sentencia de 7 de septiembre 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573), el hecho de que aunque las autoridades de la seguridad social belga discutían el pago del minimex, las autoridades municipales de Bruselas hubieran concedido un permis de séjour (permiso de residencia) parece haber sido un factor en la decisión del Tribunal de Justicia de que el Sr. Trojani podía invocar el artículo 18 CE (actualmente, artículo 21 TFUE), en combinación con el artículo 12 CE (actualmente, artículo 18 TFUE); véase el apartado 44 de la sentencia. El actual permiso de residencia temporal renovable del Sr. Ruiz Zambrano está limitado a la duración del procedimiento de recurso ante el Conseil d'État. Véase el punto 27 *supra*.

39 — Entiendo que aunque la orden de deportación ha sido suspendida mientras se resuelve su recurso ante el Conseil d'État, no ha sido anulada.

convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros». ⁴⁰

¿Puede una persona invocar derechos derivados de la ciudadanía de la Unión por la mera residencia en el Estado miembro del que es nacional?

Circulación y los derechos clásicos (económicos) de libre circulación

68. Considero que las consecuencias de esta afirmación son tan importantes como las de hitos anteriores de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y de alcance idéntico. En efecto, considero que la descripción realizada por el Tribunal de Justicia de la ciudadanía de la Unión en la sentencia Grzelczyk tiene potencialmente tanta importancia como su afirmación seminal en la sentencia Van Gend en Loos de que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía [...] y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales». ⁴¹

69. Es Derecho archisabido que, para poder invocar los derechos económicos clásicos asociados con las cuatro libertades, se requiere algún tipo de circulación entre Estados miembros. Incluso en ese marco, sin embargo, es digno de mención que el Tribunal de Justicia ha aceptado la importancia de no obstaculizar o impedir el ejercicio de dichos derechos y ha mirado con malos ojos a las medidas nacionales que pueden tener un efecto disuasorio en el ejercicio potencial del derecho de libre circulación.

40 — Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193), apartado 31, confirmada posteriormente en, *inter alia*, las sentencias de 11 de julio de 2002, D'Hoop (C-224/98, Rec. p. I-6191), apartado 28; de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091), apartado 82; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 65; de 2 de octubre de 2003, García Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613), apartado 22; Zhu y Chen, citada en la nota 22, apartado 25; de 29 de abril de 2004, Pusa (C-224/02, Rec. p. I-5763), apartado 16; de 7 de julio de 2005, Comisión/Austria (C-147/03, Rec. p. I-5969), apartado 45; de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119), apartado 31; de 12 de julio de 2005, Schempp (C-403/03, Rec. p. I-6421), apartado 15; de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido (C-145/04, Rec. p. I-7917), apartado 74; de 7 de junio de 2007, Comisión/Países Bajos (C-50/06, Rec. p. I-4383), apartado 32, y de 16 de diciembre de 2008, Huber (C-524/06, Rec. p. I-9705), apartado 69.

41 — Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos/ Administratie der Belastingen (26/62, Rec. p. 3). En la sentencia Van Gend en Loos el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros habían limitado su soberanía, «si bien en un ámbito restringido». Cuando se repitió la declaración realizada en dicha sentencia en el Dictamen 2/94, no se conservó la segunda parte de la frase.

70. En la sentencia Dassonville, ⁴² el Tribunal de Justicia realizó el famoso aserto según el cual «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio [dentro de la Unión] debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas». El alcance de esta fórmula ha permitido al Tribunal de Justicia escrutar medidas nacionales discriminatorias y no discriminatorias aun cuando las

42 — Sentencia de 11 de julio de 1974 (8/74, Rec. p. 837), apartado 5.

mercancías no han circulado necesariamente.⁴³ El efecto ralentizador de una medida nacional puede bastar para desencadenar la aplicación de lo que ahora es el artículo 34 TFUE (anteriormente, artículo 28 CE). De este modo, en la sentencia Carbonati Apuani⁴⁴ el Tribunal de Justicia, siguiendo al Abogado General Poiares Maduro, declaró que las exacciones impuestas a mercancías dentro de un Estado miembro concreto infringían el Tratado.⁴⁵ El Tribunal de Justicia afirmó claramente que el artículo 26 TFUE, apartado 2 (anteriormente, artículo 14 CE, apartado 2), define el mercado interior como un «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas y servicios estará garantizada», «sin que esta disposición haga una distinción entre fronteras interestatales e intraestatales».⁴⁶

sentencia Säger,⁴⁷ en la que el Tribunal de Justicia explicó que el artículo 59 CEE (ahora artículo 56 TFUE) «no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos».⁴⁸ Esta argumentación se completó en la sentencia Kraus,⁴⁹ en la que el Tribunal de Justicia declaró que una medida que «pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales [de la Unión], incluidos los del Estado miembro autor de la medida, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado» también está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.⁵⁰

71. Se amplió un test similar a la libre circulación de personas y servicios en la

43 — Véanse, entre otras, las sentencias de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania (178/84, Rec. p. 1227), apartado 27; de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Dinamarca (C-192/01, Rec. p. I-9693), apartado 39; de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887), apartado 66; de 19 de junio de 2003, Comisión/Italia (C-420/01, Rec. p. I-6445), apartado 25, y de 5 de febrero de 2004, Comisión/Francia (C-24/00, Rec. p. I-1277), apartado 22.

44 — Sentencia de 9 de septiembre de 2004 (C-72/03, Rec. p. I-8027).

45 — El Abogado General describió claramente la naturaleza de las medidas controvertidas en asuntos como Carbonati Apuani, al admitir que «ni la normativa nacional ni el Derecho comunitario crean, por sí mismos, una discriminación. Sin embargo, ésta es el resultado de la aplicación parcial del Derecho [de la UE] a la normativa nacional de que se trata. Aunque no haya sido deseada ni prevista, esta situación es una consecuencia necesaria de la aplicación del Derecho [de la UE]. Por más que dicha situación esté sujeta, en virtud de sus principales elementos, al Derecho interno, se trata asimismo de una situación “residual” desde el punto de vista del Derecho [de la UE]. Por los efectos que voluntaria o involuntariamente ha producido, el Derecho [de la UE] se convierte en uno de sus elementos constitutivos» (punto 62).

46 — Sentencia Carbonati Apuani, citada en la nota 44, apartado 23.

72. En consecuencia, constituye ahora jurisprudencia consolidada que una persona cuya capacidad de circular dentro de la UE se «obstaculiza» o «hace menos atractiva», incluso

47 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-76/90, Rec. p. I-4221).

48 — Sentencia Säger, citada en la nota 47, apartado 12.

49 — Sentencia de 31 de marzo de 1993 (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartados 28 y 32.

50 — Sentencia Kraus, citada en la nota 49, apartado 32. Véase con más detalle, en particular, la sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265), apartado 23, aplicando esta jurisprudencia a la unidad familiar constituida por marido y mujer.

por el Estado miembro del que es nacional, puede invocar los derechos del Tratado.⁵¹

73. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha aceptado alguna dilución del concepto de que el ejercicio de los derechos requiere de una circulación física real transfronteriza. De este modo, en la sentencia *Alpine Investments*⁵² declaró que una prohibición de contactar por teléfono a clientes potenciales en otro Estado miembro estaba incluida en el ámbito de las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios, aunque no estaba involucrada ninguna circulación física. En la sentencia *Carpenter*,⁵³ el Tribunal de Justicia aceptó que el Derecho de la UE determinaba el resultado de un recurso contra una orden de deportación dictada por las autoridades del Reino Unido contra una nacional filipina. El fundamento para invocar el Derecho de la UE era que el esposo de la Sra. Carpenter, nacional británico, se desplazaba de vez en cuando a otros Estados miembros para vender espacios publicitarios en un periódico británico. El Tribunal de Justicia aceptó la alegación de que era más fácil para el marido de la Sra. Carpenter prestar y recibir servicios porque ella cuidaba de los hijos de éste habidos en su primer matrimonio. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluyó

que la deportación de la Sra. Carpenter podía restringir el derecho de su esposo a prestar y recibir servicios así como su derecho fundamental a la vida familiar.⁵⁴

74. Más recientemente, en la sentencia *Metock y otros*⁵⁵ el Tribunal de Justicia aceptó que el ejercicio en el pasado de la libre circulación por parte de la Sra. Metock, una camerunesa que adquirió con posterioridad la nacionalidad británica y que ya estaba establecida y trabajando en Irlanda, donde contrajo matrimonio con su esposo (también camerunés, al que había conocido doce años antes en dicho país) bastaba para permitir a su cónyuge adquirir un derecho derivado de residencia en Irlanda a pesar de que no cumplía el requisito establecido en el Derecho nacional de que debía haber residido legalmente en otro Estado miembro antes de su llegada a Irlanda.⁵⁶

Circulación y ciudadanía de la Unión

75. En muchos asuntos relacionados con la ciudadanía existe un elemento transfronterizo claramente identificable que es equivalente al ejercicio de los derechos clásicos económicos de libre circulación. De este modo, en el

51 — Véanse, *inter alia*, las sentencias de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37; de 9 de septiembre de 2003, *Burbaud* (C-285/01, Rec. p. I-8219), apartado 95; de 14 de octubre de 2004, *Comisión/Países Bajos* (C-299/02, Rec. p. I-9761), apartado 15; de 26 de mayo de 2005, *Allard* (C-249/04, Rec. p. I-4535), apartado 32, y de 17 de julio de 2008, *Comisión/Francia* (C-389/05, Rec. p. I-5337), apartado 56.

52 — Sentencia de 10 de mayo de 1995 (C-384/93, Rec. p. I-1141).

53 — Citada en la nota 20.

54 — Sentencia *Carpenter*, citada en la nota 20, apartado 39.

55 — Citada en la nota 24.

56 — Sentencia *Metock y otros*, citada en la nota 24, apartado 58.

asunto Bickel y Franz,⁵⁷ los dos demandados eran un austriaco y un alemán, respectivamente, que se enfrentaban a un proceso penal en la región italiana del Alto Adigio (es decir, en el antiguo Südtirol) y que deseaban ser juzgados en alemán, en lugar de en italiano. En el asunto Martínez Sala,⁵⁸ la demandante era una española que se había trasladado a Alemania. En el asunto Bidar,⁵⁹ Dany Bidar se había trasladado de Francia al Reino Unido, donde residió con su abuela para finalizar su educación tras la muerte de su madre antes de solicitar un préstamo de estudios para financiar sus estudios universitarios.

e iba al colegio) y Alemania (el país del que era nacional) para pasar tiempo con su padre, divorciado de su madre. Necesitaba que en su pasaporte alemán figurara el mismo nombre que se le había impuesto legalmente en Dinamarca, en lugar de uno diferente.

76. A mayor abundamiento, cuando los nacionales de un Estado miembro invocan derechos generados por la ciudadanía de la Unión frente a su propio Estado miembro, habitualmente ha existido alguna circulación previa desde ese Estado miembro seguida de un retorno. En el asunto D’Hoop,⁶⁰ Marie-Natalie D’Hoop se trasladó de Bélgica a Francia, donde completó su educación, y después volvió a Bélgica, donde solicitó el «subsidio de espera», concedido a los jóvenes que acaban de terminar sus estudios y buscan su primer empleo. En el asunto Grunkin y Paul,⁶¹ Leonhard Matthias Grunkin Paul viajaba entre Dinamarca (donde había nacido, residía

77. No obstante, no creo que el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía de la Unión esté siempre inextricable y necesariamente unido a la circulación física. Actualmente, existen además situaciones de ciudadanía en las cuales el elemento de circulación real o apenas se distingue o sinceramente no existe.

78. En el asunto García Avello,⁶² los progenitores eran españoles que se habían trasladado a Bélgica, pero sus hijos, Esmeralda y Diego (que tenían doble nacionalidad española y belga y cuyos controvertidos apellidos constituían el objeto del procedimiento) nacieron en Bélgica y, por lo que se deduce del informe para la vista, nunca abandonaron dicho Estado. En el asunto Zhu y Chen,⁶³ Catherine Zhu había nacido en una parte del Reino Unido (Irlanda del Norte) y simplemente se trasladó dentro del Reino Unido (a Inglaterra). La normativa que concedía en aquel entonces la nacionalidad irlandesa a quien hubiera nacido

57 — Sentencia de 24 de noviembre de 1998 (C-274/96, Rec. p. I-7637).

58 — Sentencia de 12 de mayo de 1998 (C-85/96, Rec. p. I-2691).

59 — Citado en la nota 40.

60 — Citado en la nota 40.

61 — Sentencia de 14 de octubre de 2008 (C-353/06, Rec. p. I-7639).

62 — Citado en la nota 40.

63 — Citado en la nota 22.

en la isla de Irlanda (incluida Irlanda del Norte), conjuntamente con un buen asesoramiento jurídico, le permitieron basarse en la ciudadanía de la Unión para fundamentar un derecho de residencia en el Reino Unido para ella y su madre, de nacionalidad china, ya que, de otro modo, le habría sido imposible, siendo infante, ejercer de manera efectiva sus derechos como ciudadana de la Unión. En el asunto Rottmann,⁶⁴ la nacionalidad crucial (alemana por naturalización, antes que su nacionalidad anterior austriaca, de origen) fue adquirida por el Dr. Rottmann después de trasladarse a Alemania desde Austria. Sin embargo, la sentencia no tiene en cuenta la circulación realizada con anterioridad, y examina únicamente los efectos *pro futuro* que tendría la pérdida de la nacionalidad alemana, que habría convertido al Dr. Rottmann en apátrida. Volveré más adelante, y con mayor detenimiento, a esta reciente e importante sentencia.⁶⁵

79. Cuando se examinan los diversos derechos que el Tratado confiere a los ciudadanos de la Unión, está claro que algunos —en particular, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo— sólo pueden invocarse en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que la persona

de que se trate sea nacional.⁶⁶ Otros —el derecho de petición al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 227 TFUE y el derecho de acudir al Defensor del Pueblo europeo en virtud del artículo 228 TFUE— pueden ejercerse sin límites geográficos.⁶⁷ El derecho a la protección diplomática y consular, con arreglo al artículo 23 TFUE (anteriormente artículo 20 CE) se ejerce en cualquier país tercero en el cual el Estado miembro del que esa persona es nacional no está representado.

80. Lo que posiblemente sea el derecho «esencial» —el «derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»—⁶⁸ es más difícil de concretar. ¿Es un derecho combinado (el derecho a «circular—y—residir»? ¿Un derecho secuencial («el derecho a circular, y, tras haber circulado en algún momento del pasado, a residir»? ¿O

64 — Sentencia de 2 de marzo de 2010 (C-135/08, Rec. p. I-1449).

65 — Véanse los puntos 93 y ss. *infra*.

66 — Véase el artículo 22 TFUE (anteriormente, artículo 19 CE), que se refiere específicamente a «que resida en un Estado miembro del que no sea nacional», y el artículo 20 TFUE, apartado 2, letra b) (anteriormente, artículo 17 CE), que se refiere a que los ciudadanos de la Unión ejercerán estos derechos «en el Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado».

67 — El artículo 24 TFUE (anteriormente, artículo 21 CE) consagra ambos derechos. Con arreglo al mismo artículo, un ciudadano de la Unión podría también (presumiblemente) dirigir un escrito a cualquiera de las instituciones desde cualquier parte del mundo siempre que respete el régimen lingüístico, y tener derecho a una respuesta. Entonces, por ejemplo, los hijos del Sr. Ruiz Zambrano podrían dirigir un escrito en español a una de las instituciones de cualquier país tercero, así como desde cualquier Estado miembro, y tener derecho a una respuesta.

68 — Como se establece en el artículo 20 TFUE, apartado 2, letra a) (anteriormente, artículo 17 CE), y en el artículo 21 TFUE, apartado 1 (anteriormente, artículo 18 CE, apartado 1).

dos derechos independientes («el derecho a circular» y «el derecho a residir»)?

El impacto de los derechos fundamentales

81. Ante la elección entre confinar la interpretación del «derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», consagrado en los artículos 20 TFUE, apartado 2, letra a), y 21 TFUE, apartado 1, a las situaciones en las que el ciudadano de la UE se ha trasladado en primer lugar a otro Estado miembro o aceptar que los términos «circular» y «residir» pueden leerse alternativamente, de modo que no se impida a un ciudadano de la UE invocar dichos derechos cuando reside (sin haberse desplazado previamente) en el Estado miembro del que es nacional, ¿qué debería hacer el Tribunal de Justicia?

82. Llegados a este punto, es necesario volver a la cuestión de la protección de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico de la UE.

83. La importancia de los derechos fundamentales en el contexto clásico de la libre circulación fue puesta de manifiesto de la manera más elocuente por el Abogado General Jacobs en *Konstantinidis*,⁶⁹ un asunto relacio-

nado con un masajista griego que trabajaba en Alemania, el cual alegaba que la transliteración oficial de su nombre vulneraba sus derechos con arreglo al Derecho de la UE. El enfoque que aplicó el Abogado General Jacobs a la jurisprudencia *Wachauf* existente tuvo consecuencias de largo alcance. *Konstantinidis* dejó de ser meramente un asunto sobre discriminación por razón de nacionalidad y se convirtió en un asunto sobre el derecho fundamental a la identidad personal. Reconocer el derecho del demandante (como hizo el Tribunal de Justicia en su sentencia) significa aceptar la premisa de que un nacional de la UE que se traslada a otro Estado miembro *tiene* derecho a asumir «que, dondequiera que vaya para ganarse la vida dentro de la [Unión] Europea, se le tratará de acuerdo con un código común de valores fundamentales [...]. En otras palabras, tiene derecho a afirmar *civis europeus sum* y a invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier vulneración de sus derechos fundamentales».⁷⁰ El ciudadano de la Unión que ejerce sus derechos de libre circulación puede invocar la panoplia completa de derechos fundamentales protegidos por el Derecho de la UE (estén o no conectados con la función económica para cuyo desempeño se traslada entre Estados miembros). Si éste no fuera el caso, podría verse disuadido de ejercer estos derechos a la libre circulación.

84. Sería (cuando menos) paradójico que un ciudadano de la Unión pudiera basarse en los derechos fundamentales con arreglo al

69 — Sentencia de 30 de marzo de 1993 (C-168/91, Rec. p. I-1191).

70 — Conclusiones dictadas en el asunto que dio lugar a la sentencia *Konstantinidis*, citada en la nota anterior, punto 46.

Derecho de la UE al ejercer un derecho económico a la libre circulación como trabajador, o cuando el Derecho nacional está incluido en el ámbito de aplicación del Tratado (por ejemplo, las disposiciones sobre igual salario), o al invocar normativa secundaria de la Unión (como la Directiva de servicios), pero no pudiera hacerlo cuando solamente «reside» en dicho Estado. Dejando a un lado, a fines ilustrativos, cualquier protección que pueda derivarse dentro del propio ordenamiento jurídico nacional al invocar el artículo 8 del CEDH, vamos a suponer (cosa bastante improbable) que una norma nacional en el Estado miembro A concede una protección ampliada a la libertad religiosa sólo a las personas que hayan residido en él de manera continuada durante 20 años. Un nacional del Estado miembro A (como Marie-Natalie D’Hoop) que haya ejercido en el pasado derechos de libre circulación al irse al Estado miembro vecino B y haya regresado recientemente al Estado miembro A podría esgrimir sus derechos fundamentales contra el Estado miembro del cual es nacional en el marco de su ciudadanía de la Unión (invocando tanto el artículo 9 del CEDH como el artículo 10 de la Carta). ¿Podría un ciudadano de la Unión que tuviera 18 años, nacional del Estado miembro B, pero que hubiera nacido y hubiera residido ininterrumpidamente en el Estado miembro A hacer lo mismo? [no existe discriminación en la norma nacional impugnada basada directa o indirectamente en la nacionalidad, por lo que no se puede invocar el artículo 18 TFUE (anteriormente artículo 12 CE)]. Sobre la base de la sentencia Garcia Avello, la respuesta es sin duda «sí»—pero dar esta respuesta implica que el «derecho a residir» es un derecho autónomo, más que un derecho ligado mediante un cordón umbilical legal al derecho a circular—. Por último (y aquí ya dejo entrever el debate sobre la discriminación inversa), ¿qué ocurriría con un ciudadano de la Unión de 18 años que es nacional del Estado miembro A, que reside en él y que no puede indicar ningún lazo con el Derecho de la UE que haya surgido por accidente o de manera deliberada (por

ejemplo, que ha viajado al Estado miembro B durante una excursión escolar)?

85. Una vez expuesto el contexto, vuelvo a la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia sobre la ciudadanía.

86. Si se insiste en la premisa de que se requiere el desplazamiento físico a un Estado miembro distinto del Estado miembro de la nacionalidad antes de que se puedan invocar derechos de residencia como ciudadano de la Unión, el resultado corre el riesgo de ser a la vez extraño e ilógico. Supongamos que un amable vecino se llevara a Diego y a Jessica a una visita o dos al Parc Astérix en París, o

a la costa en Bretaña.⁷¹ En ese caso, habrían recibido servicios en otro Estado miembro. Cuando desearan alegar derechos derivados de su «circulación» no se sugeriría que su situación era «puramente interna» de Bélgica.⁷² ¿Habría bastado con una visita? ¿Con dos? ¿Con varias? ¿Sería suficiente con una excursión de un día, o tendrían que quedarse una noche o dos en Francia?

87. Si la familia, habiendo tenido que abandonar Bélgica y por ende la Unión Europea, hubiera buscado asilo en, digamos, Argentina, Diego y Jessica habrían podido, como nacionales de la Unión, invocar la protección diplomática y consular en las misiones diplomáticas de otros Estados miembros en ese país tercero. Podrían solicitar el acceso a los documentos y contactar con el Defensor del Pueblo europeo. Pero, en este caso, no podrían basarse en sus derechos como ciudadanos de la Unión para continuar residiendo en Bélgica.

88. Es difícil evitar una sensación de incomodidad ante tal resultado. El azar, más que la lógica, parecería regular el ejercicio de los derechos de ciudadanía de la UE.

71 — Es evidente que los progenitores de los menores no podrían contemplar racionalmente la idea de realizar tal viaje ellos mismos y encontrarse con que no les sería posible regresar a Bélgica.

72 — Véase la sentencia de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195).

89. ¿Sería necesario llevar a cabo una extensión radical de la jurisprudencia relativa a la ciudadanía para sostener en el presente asunto que los derechos de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano como ciudadanos de la Unión estaban en juego —a pesar de que aún no han intentado salir del Estado miembro de su nacionalidad—, y (en su caso) llegar a considerar si éste puede alegar un derecho derivado de residencia?

90. No creo que se requiera dar un paso particularmente grande.

¿Es ésta una situación puramente interna?

91. En el presente asunto, los Estados miembros que han formulado observaciones han alegado unánimemente que la situación del Sr. Ruiz Zambrano es «puramente interna» de Bélgica y que, en consecuencia, las disposiciones del Derecho de la UE, incluidas las relativas a la ciudadanía de la Unión, no son de aplicación. La Comisión ha seguido una línea de argumentación similar. En mayor o menor medida, todos apuntan a la protección potencial que se puede conceder al Sr. Ruiz Zambrano y a su familia con arreglo al Derecho nacional o al del CEDH e invitan al Tribunal de Justicia, con mayor o menor vehemencia, a que no contemple la posibilidad de

que puedan estar en juego derechos incluidos en las disposiciones relativas a la ciudadanía.

92. No comparto su opinión.

93. Es digno de mención que en el asunto Rottmann, tanto Alemania (el Estado miembro de naturalización del Dr. Rottmann) como Austria (su Estado miembro de origen) alegaran que «en el momento de la decisión revocatoria de [su] naturalización en el asunto principal, [el Dr. Rottmann] era un nacional alemán, residente en Alemania, al que se dirigía un acto administrativo emanado de una autoridad alemana. [...] se trata por tanto de una *situación meramente interna* que no tiene ningún vínculo con el Derecho de la Unión, el cual no es de aplicación por el simple hecho de que un Estado miembro adopta una medida respecto a uno de sus nacionales. La circunstancia de que, en una situación como la del asunto principal, *el interesado haya ejercido su derecho a la libre circulación antes de su naturalización no puede constituir por sí sola un elemento transfronterizo* capaz de desempeñar papel alguno en lo que atañe a la revocación de dicha naturalización». ⁷³

94. Al abordar esta alegación, el Tribunal de Justicia aceptó la petición de que no tuviera en cuenta el ejercicio previo del Dr. Rottmann de su derecho de libre circulación (de Austria a Alemania) y que mirara al futuro, no al pasado. Señaló con contundencia que aunque la concesión y la pérdida de la nacionalidad son asuntos incluidos en la competencia de los Estados miembros, sin embargo en materias regidas por el Derecho de la UE las normas nacionales de que se trate deben tener en cuenta éste. El Tribunal de Justicia concluyó que «la situación de un ciudadano de la Unión que [...] se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización [...] que lo coloca [...] *en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo [20 TFUE] y de los derechos correspondientes está comprendida, por su propia naturaleza y sus consecuencias, en el ámbito del Derecho de la Unión*». ⁷⁴

95. Me parece que el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Rotmann, en combinación con su sentencia anterior en el asunto Zhu y Chen puede adaptarse fácilmente al presente asunto. Aquí, la concesión de la nacionalidad belga a los hijos del Sr. Ruiz Zambrano, Diego y Jessica, era una cuestión incluida en la competencia del Estado miembro. Sin embargo, una vez concedida la nacionalidad, los niños se convirtieron en ciudadanos de la Unión y tuvieron derecho a ejercer los derechos que se les han conferido como tales ciudadanos, además de sus derechos como nacionales belgas. Aún no han salido de su propio Estado miembro. Tampoco lo había hecho el Dr. Rottmann después de

73 — Sentencia Rottmann, citada en la nota 64, apartado 38 (la cursiva es mía).

74 — Sentencia Rottmann, apartado 42 (la cursiva es mía).

su naturalización. Si los progenitores no tienen un derecho derivado de residencia y se les requiere a abandonar Bélgica, con toda probabilidad los menores tendrán que hacerlo también. En la práctica, ello colocaría a Diego y a Jessica «en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por [su ciudadanía de la Unión] y de los derechos correspondientes». De ello se deriva –como sucedió con el Dr. Rottmann– que *la situación de los menores* «está comprendida, por su propia naturaleza y sus consecuencias, en el ámbito del Derecho de la Unión».

96. Más aún, como Catherine Zhu, Diego y Jessica no pueden ejercer sus derechos como ciudadanos de la Unión (específicamente, sus derechos a circular y a residir en cualquier Estado miembro) de manera total y efectiva sin la presencia y el apoyo de sus progenitores. Mediante la aplicación del mismo vínculo que el Tribunal de Justicia aceptó en la sentencia Zhu y Chen (permitiendo a un menor de corta edad ejercer sus derechos de ciudadanía de manera efectiva) se deriva que *la situación del Sr. Ruiz Zambrano* tampoco es «meramente interna» del Estado miembro. También está incluida en el ámbito del Derecho de la UE.

97. Por consiguiente, asimismo se desprende (como en el asunto Rottmann) que «en estas circunstancias, corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente» –o, expresando en esencia la misma idea de manera diferente, que los hechos de este asunto *no* constituyen una situación meramente interna, carente de cualquier vínculo con el Derecho de la UE–. Al hacer esto, considero que será

necesario decidir sobre las siguientes cuestiones: a) ¿puede existir interferencia con los derechos de los hijos del Sr. Ruiz Zambrano, como ciudadanos de la Unión, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros?; b) ¿si tal interferencia existe, es admisible en principio?; c) ¿si es admisible en principio, está sujeta no obstante a alguna limitación (por ejemplo, por razón de proporcionalidad)?

¿Existe interferencia?

98. Como ciudadanos de la Unión, los hijos del Sr. Ruiz Zambrano tienen sin lugar a dudas el «derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». En teoría, pueden ejercer este derecho. En la práctica, no pueden hacerlo de manera independiente de sus progenitores debido a su edad.

99. Si el Sr. Ruiz Zambrano no puede disfrutar de un derecho derivado de residencia en Bélgica (la cuestión sobre la que versa su derecho a prestaciones por desempleo), entonces antes o después tendrá que abandonar

el Estado miembro del que sus hijos son nacionales. Dada su edad (y siempre que, por supuesto, la salida no se retrase durante tanto tiempo que éstos hayan alcanzado la mayoría de edad), sus hijos tendrán que irse con él.⁷⁵ No podrán ejercer su derecho a circular y residir en territorio de la Unión Europea. Los paralelismos con el asunto Rottmann son obvios. Los derechos del Dr. Rottmann como ciudadano de la Unión estaban seriamente amenazados porque la revocación de su naturalización en Alemania le impediría ejercer estos derechos *ratione personae*. En el presente asunto, los hijos del Sr. Ruiz Zambrano se enfrentan a una amenaza similar a sus derechos *ratione loci*. Necesitan poder permanecer físicamente presentes en territorio de la Unión Europea para circular entre Estados miembros o poder residir en algún Estado miembro.⁷⁶

100. Como hemos visto (más concretamente en las sentencias García Avello, Zhu y Chen y Rottmann), la jurisprudencia existente ya permite invocar determinados derechos de ciudadanía con independencia de que el ciudadano de la UE haya circulado transfronterizamente con carácter previo. Me parece que si el solicitante (o los solicitantes) en los dos primeros asuntos *hubieran necesitado* demostrar la existencia de un derecho autónomo de residencia frente a las autoridades de los Estados miembros de que se trataba (españoles en Bélgica, una irlandesa en el Reino Unido) el Tribunal de Justicia hubiera seguramente reconocido tal derecho. En la sentencia Rottmann, el Tribunal de Justicia ya dio un paso más al proteger los futuros derechos

de ciudadanía de un nacional alemán residente en Alemania. Vistos estos antecedentes, sería artificial no reconocer abiertamente que (aunque probablemente en la práctica el derecho de residencia se ejerce en la inmensa mayoría de los casos después de haber ejercido el derecho de circulación), el artículo 21 TFUE contiene un derecho separado de residencia que es independiente del derecho de libre circulación.

101. En consecuencia, recomiendo que el Tribunal de Justicia reconozca ahora la existencia de este derecho autónomo de residencia.

102. Por los motivos que ya he discutido, Diego y Jessica no pueden ejercer tal derecho de residencia sin el apoyo de sus progenitores. Por consiguiente concluyo que, en las circunstancias del caso de autos, la negativa a reconocer un derecho derivado de residencia al Sr. Ruiz Zambrano puede, potencialmente, constituir una interferencia con el derecho de residencia de Diego y Jessica como ciudadanos de la Unión.

103. Quiero añadir que, si el Tribunal de Justicia no está dispuesto a aceptar que el artículo 21 TFUE confiere un derecho autónomo de residencia, seguiría concluyendo, en

75 — Véanse los apartados 86 y 87 *supra*, en los que se examina el impacto en la vida familiar.

76 — Evidentemente, es posible en teoría que otro Estado miembro pueda estar preparado a acoger a la familia. En tal caso, Diego y Jessica podrían todavía ejercer sus derechos como ciudadanos de la Unión, al menos hasta cierto punto.

las circunstancias del presente asunto, que la interferencia potencial con el derecho de Diego y Jessica a circular—y—residir en el territorio de la Unión es lo suficientemente análoga a la que afectaba a Catherine Zhu (que nunca había residido en la República de Irlanda y, en efecto, nunca había abandonado el territorio del Reino Unido) como para que su situación pueda asimilarse a la de ésta.

¿Puede justificarse la interferencia?

104. Deseo comenzar observando que, al decidir no realizar una declaración expresa de que sus hijos debían ser colombianos y al optar por que ellos adquirieran la nacionalidad del Estado miembro de la UE en el que nacieron, el Sr. Ruiz Zambrano se prevaleció de una posibilidad que legalmente le estaba permitida. A este respecto, su conducta puede compararse justamente con la del Sr. y la Sra. Zhu. El Tribunal de Justicia ha dejado claro que no existe nada criticable en aprovecharse de una posibilidad conferida por la normativa y que ello se distingue claramente de un abuso de derechos.⁷⁷ Desde el momento en que transcurrieron los hechos del presente asunto, la Ley belga sobre la nacionalidad ha sido

modificada⁷⁸ y ahora alguien como el Sr. Ruiz Zambrano ya no podría optar por no registrar a sus hijos con las autoridades diplomáticas o consulares de su propio país para asegurarse de que obtendrían la nacionalidad belga. Pero en aquel momento no había nada ilegal en que actuara como lo hizo.

105. Es importante tener esto en mente —en particular, en relación con cualquier alegación de «riadadas»—. ⁷⁹ Los Estados miembros controlan quién puede ser uno de sus nacionales. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia conoce exclusivamente de los derechos que estas personas pueden invocar, *una vez que se han convertido en nacionales de un Estado miembro*, a través de su adquisición simultánea de la ciudadanía de la Unión.

106. De este modo, en el asunto Kaur⁸⁰ la Sra. Manjit Kaur no podía verse «privada» de los derechos derivados del estatuto de ciudadano de la Unión, porque no se ajustaba a la definición de nacional del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Como se cayó en la primera valla y no se clasificó,

77 — Véanse las sentencias Akrich, citada en la nota 24, apartados 55 a 57 (respecto de derechos con arreglo al Derecho de la UE) y Zhu y Chen, citada en la nota 22, apartado 36 (en relación con derechos derivados en principio del Derecho nacional).

78 — La normativa irlandesa sobre nacionalidad también fue modificada (en este caso, *después* de la sentencia Zhu y Chen) por la Irish Nationality and Citizenship Act 2004.

79 — Véanse las sentencias de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros/Delegación del Gobierno en Cantabria (C-369/90, Rec. p. I-4239), apartado 10; de 11 de noviembre de 1999, État belge/Mesbah (C-179/98, Rec. p. I-7955), apartado 29; de 20 de febrero de 2001, Kaur, C-192/99, Rec. p. I-1237, apartado 19, y Zhu y Chen, citada en la nota 22, apartado 37.

80 — Sentencia Kaur, citada en la nota anterior.

con arreglo a las normas sobre nacionalidad que le eran de aplicación, para ser una persona «nacional de un Estado miembro», como consecuencia no podía invocar derechos concedidos por el Derecho de la UE como ciudadana de la Unión para residir en un Estado miembro (incluido el Reino Unido).⁸¹ Sin embargo, en el presente asunto los hijos del Sr. Ruiz Zambrano tienen y disfrutan de los derechos normales de los ciudadanos belgas, del mismo modo que el Dr. Rottmann tuvo los derechos normales de su nacionalidad alemana por naturalización y disfrutó de ellos.

derechos de ciudadanía de la UE que se produce si un ascendiente miembro de la familia no disfruta de un derecho automático derivado de residencia en el Estado miembro de residencia del ciudadano de la UE es aceptable. Sin embargo, puede existir una interferencia inadmisibles en determinadas circunstancias (en particular, porque pueden ser desproporcionadas).

Proporcionalidad

107. Claramente, existen situaciones en las que el ejercicio de derechos por un ciudadano de la UE *no* depende de la concesión de derechos de residencia a un ascendiente miembro de la familia. De este modo, un ciudadano de la UE mayor de edad puede ejercer sus derechos a viajar y a residir en el territorio de la Unión Europea sin que sea necesario conceder a su progenitor (o a ambos) derechos de residencia en el Estado miembro elegido concurrentes.

109. Como declaró el Tribunal de Justicia en las sentencias Micheletti y otros/Delegación del Gobierno,⁸² Kaur⁸³ y, más recientemente, Rottmann, aunque la cuestión de la nacionalidad está en la competencia de los Estados miembros, «éstos, no obstante, deben respetar el Derecho [de la UE] al ejercitar dicha competencia».⁸⁴ Se alcanzó el mismo resultado en las sentencias Bickel y Franz, por lo que se refiere a las normas penales y el proceso penal,⁸⁵ García Avello,⁸⁶ en relación con las normas nacionales reguladoras de los apellidos, y Schempp, sobre la imposición directa;⁸⁷ todas son áreas sensibles en las que los Estados miembros continúan ejerciendo competencias importantes.

108. Por consiguiente, en mi opinión en principio la potencial interferencia con los

81 — Sentencia Kaur, citada en la nota 79 (y citada en la sentencia Rottmann, apartado 49); véanse, en particular, los apartados 20 a 24.

82 — Citada en la nota 79, apartado 10.

83 — Citada en la nota 79, apartado 19.

84 — Sentencia Rottmann, citada en la nota 64, apartados 41 y 42.

85 — Citada en la nota 57, apartado 17.

86 — Citada en la nota 40, apartado 25.

87 — Citada en la nota 40, apartado 19.

110. En este caso, como ocurre a menudo, la situación lleva aparejada el ejercicio de un derecho y una justificación potencial de una interferencia con ese derecho (o una excepción), y la cuestión se reduce a la proporcionalidad. ¿Es proporcionado, en las circunstancias del caso de autos, negarse a reconocer un derecho de residencia al Sr. Ruiz Zambrano, derivado de los derechos de sus hijos como ciudadanos de la UE? Mientras que la decisión sobre la proporcionalidad es (como es habitual) en último lugar una cuestión que ha de resolver el tribunal nacional, algunas consideraciones breves pueden ser de ayuda.

111. La aplicación del principio de proporcionalidad en el presente asunto (como en el asunto Rottmann) exige «al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la decisión [...] de que se trata en el asunto principal respeta el principio de proporcionalidad en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del Derecho de la [UE]»,⁸⁸ además del examen de la proporcionalidad de esta decisión que pueda requerir el Derecho nacional. Como el Tribunal de Justicia continuó explicando en ese asunto, «habida cuenta de la importancia que el Derecho primario otorga al estatuto de ciudadano de la Unión, [...] es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia

en lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciudadano de la Unión. A este respecto, debe comprobarse, en particular, si esta pérdida está justificada [...]».⁸⁹

112. En el acto de la vista, los Estados miembros intervinientes enfatizaron que los requisitos de residencia para los nacionales de Estados terceros están comprendidos en la competencia de los Estados miembros. Los agentes de Bélgica y Dinamarca afirmaron que el Sr. Ruiz Zambrano es un solicitante de asilo infructuoso al que se le ordenó abandonar el territorio belga poco después de su llegada en 1999. Residió ilegalmente durante un considerable período de tiempo después de ello y no debería beneficiarse de un derecho de residencia con arreglo al Derecho de la UE. El agente de Irlanda representó un cuadro dramático de la ola migratoria procedente de nacionales de Estados terceros que se produciría con carácter inevitable si se le concediera al Sr. Ruiz Zambrano un derecho de residencia derivado de la nacionalidad belga de sus hijos.

113. El abogado del Sr. Ruiz Zambrano señaló que su cliente había trabajado ininterrumpidamente en Plastoria durante casi cinco años. A lo largo de aquel período, abonó debidamente sus cotizaciones a la seguridad social. La investigación llevada a cabo por las autoridades belgas en Plastoria no encontró irregularidades en relación con las medidas de Derecho fiscal, de la seguridad social y laboral relativas a su contratación. Los únicos problemas fueron su falta de permiso de trabajo y de permiso de residencia, y no se

88 — Sentencia Rottmann, citada en la nota 64, apartado 55.

89 — Sentencia Rottmann, citada en la nota 64, apartado 56.

llevó a cabo ninguna acción legal contra su empresario. Diego y Jessica nacieron varios años después de que el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa llegaran a Bélgica con su primer hijo. No existían pruebas de que la adición a su familia en primer lugar de Diego y después de Jessica representara un intento cínico de explotar cualquier laguna normativa que les permitiera permanecer en Bélgica. Era una familia real. El Sr. Ruiz Zambrano estaba completamente integrado en Bélgica. Sus hijos acudían asiduamente a la escuela local. No tenía antecedentes penales. Más aún, desde entonces se le concedió un permiso de residencia provisional y renovable y un permiso de trabajo de tipo C.

114. Ya he abordado en esencia la alegación relativa a «riadadas» del Gobierno irlandés. Como demostró ese mismo Estado miembro después de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Zhu y Chen, si las normas específicas para la adquisición de la nacionalidad pueden llevar a resultados «inmanejables», o lo parece, está en manos del Estado miembro de que se trate modificarlas para afrontar el problema.

115. Al decir esto, no estoy incitando a los Estados miembros a que sean xenófobos o a que

se pongan en lo peor y conviertan a la Unión Europea en la «Europa fortaleza». Ello sería un paso retrógrado y reprehensible, y además estaría en clara contradicción con los objetivos declarados de las políticas.⁹⁰ Simplemente estoy recordando que las normas sobre la adquisición de la nacionalidad son terreno acotado de los Estados miembros. Sin embargo, los Estados miembros —que han creado ellos mismos el concepto de «ciudadanía de la Unión»— no pueden ejercer el mismo poder ilimitado respecto de las *consecuencias*, con arreglo al Derecho de la UE, de la ciudadanía de la Unión que está aparejada a la concesión de la nacionalidad de un Estado miembro.

116. Por lo que se refiere a que el Sr. Ruiz Zambrano no abandonó Bélgica después de que se desestimara su solicitud de asilo, deseo recordar que recurrió las resoluciones administrativas en cuestión, y que los

90 — Las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, declaraban que «ahora [...] el desafío [es] garantizar que esa libertad, en la que se incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos [...] No obstante, esta libertad no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión. Su propia existencia ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada. Sería, además, contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio» (puntos 2 y 3). De manera similar, en el Pacto Europeo sobre inmigración y asilo de 15 y 16 de octubre de 2008, el Consejo Europeo invita a los Estados miembros a «promover la integración armoniosa, en su país de acogida, de los emigrantes que tengan intención de instalarse en él de forma duradera. Estas políticas, cuya aplicación exigirá un verdadero esfuerzo de los países de acogida, deberán basarse en el equilibrio entre los derechos de los emigrantes (en particular el acceso a la educación, al empleo, a la seguridad y los servicios públicos y sociales) y sus deberes».

procedimientos judiciales han tenido una larga duración. También quiero recordar que en el asunto Carpenter, el nacional de un Estado tercero (la Sra. Carpenter) había infringido la normativa nacional sobre inmigración al no haber abandonado el Reino Unido antes de que expirara su visado de turista. El Tribunal de Justicia no consideró esto un obstáculo insuperable para invocar posteriormente derechos con arreglo al Derecho de la UE, poniendo de manifiesto que «su conducta, desde su llegada al Reino Unido en septiembre de 1994, no ha sido objeto de ningún otro reproche que pueda hacer temer que constituya un peligro para el orden público y la seguridad pública en el futuro». ⁹¹

117. Por el contrario, en el presente asunto las consecuencias a largo plazo para Diego y Jessica de *no* reconocer al Sr. Ruiz Zambrano un derecho de residencia derivado están claras. No pueden ejercer su derecho de residencia como ciudadanos de la Unión de manera efectiva sin la ayuda y el apoyo de sus padres. En consecuencia, su derecho de residencia —hasta que sean lo suficiente mayores para ejercerlo por su cuenta— estará casi completamente desprovisto de contenido (como lo habría estado el de Catherine Zhu sin la presencia continua en el Reino Unido de su madre, la Sra. Zhu).

91 — Sentencia Carpenter, citada en la nota 20, apartado 44.

118. En aras de la exhaustividad, abordaré brevemente la alegación adicional que surge del fondo del procedimiento ante el tribunal nacional, en particular el posible riesgo de que el Sr. Ruiz Zambrano se convierta en una «carga excesiva» para el erario.

119. En la sentencia Baumbast, ⁹² el Tribunal de Justicia puso énfasis en que las limitaciones y las condiciones a las que se refiere el artículo 21 TFUE están basadas en la idea de que el ejercicio del derecho de residencia por parte de los ciudadanos de la Unión puede estar sometido a los intereses legítimos de los Estados miembros. A este respecto, «los beneficiarios del derecho de residencia no deben constituir una carga excesiva para el erario del Estado miembro de acogida». ⁹³ No obstante, el Tribunal de Justicia también declaró que «la aplicación de dichas limitaciones y condiciones debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular, el principio de proporcionalidad». ⁹⁴ En otras palabras, las medidas nacionales adoptadas en esta materia deben ser necesarias y apropiadas para lograr el objetivo perseguido. ⁹⁵

92 — Citada en la nota 40.

93 — Sentencia Baumbast y R, citada en la nota 40, apartado 90.

94 — Sentencia Baumbast y R, citada en la nota 40, apartado 91.

95 — Véanse entre otras, las sentencias de 2 de agosto de 1993, Allué y otros/Università degli studi di Venezia y otros (asuntos acumulados C-259/91, C-331/91 y C-332/91, Rec. p. I-4309), apartado 15; Zhu y Chen, citada en la nota 22, apartado 32, y Rottmann, citada en la nota 64, apartado 56.

120. Al examinar la proporcionalidad en el presente asunto, el tribunal nacional tendrá que tomar en consideración que el Sr. Ruiz Zambrano trabajó a tiempo completo durante casi cinco años en Plastoria. Su contratación se declaró a la Office nationale de la sécurité sociale. Pagó las cotizaciones obligatorias a la seguridad social, y su empresario abonó las cotizaciones correspondientes. Por tanto, en el pasado contribuyó de manera directa y regular al erario del Estado miembro de acogida.

121. A mi juicio, éstos son factores que llevan a la conclusión de que sería desproporcionado no reconocer un derecho derivado de residencia en el presente asunto. Sin embargo, en última instancia corresponde al tribunal nacional, y sólo a éste, adoptar la decisión.

122. Por consiguiente, concluyo que los artículos 20 TFUE y 21 TFUE han de interpretarse en el sentido de que confieren un derecho de residencia en el territorio de los Estados miembros, basado en la ciudadanía de la Unión, que es independiente del derecho de circular entre Estados miembros. Estas disposiciones no obstan a que un Estado miembro deniegue conceder un derecho derivado de residencia a un ascendiente familiar de un ciudadano de la Unión, que es nacional del Estado miembro de que se trata y que aún no ha ejercido los derechos de libre circulación, siempre que esta decisión respete el principio de proporcionalidad.

Cuestión 2. Discriminación inversa

123. Mediante esta cuestión, se pregunta si el artículo 18 TFUE puede invocarse para resolver una situación de discriminación inversa creada por la interacción del Derecho de la UE (en este caso, las disposiciones que regulan la ciudadanía de la UE) con el Derecho nacional. El problema puede plantearse del siguiente modo. Si los menores de corta edad (como Catherine Zhu) han adquirido la nacionalidad de un Estado miembro diferente de su Estado de residencia, su progenitor (o sus progenitores) disfrutará de un derecho derivado de residencia en el Estado miembro de residencia en virtud del artículo 21 TFUE y la sentencia del Tribunal de Justicia Zhu y Chen. Diego y Jessica tienen nacionalidad belga y residen en Bélgica. ¿Puede el Sr. Ruiz Zambrano basarse en el artículo 18 TFUE, que prohíbe, en el ámbito de aplicación de los Tratados, «toda discriminación por razón de la nacionalidad», para alegar el mismo derecho derivado de residencia?

124. Si el Tribunal de Justicia acepta el razonamiento que he expuesto en relación con la cuestión 1, esta cuestión devendrá superflua. Sin embargo, si el Tribunal de Justicia no está de acuerdo conmigo, será necesario considerar si el artículo 18 TFUE puede invocarse para examinar una discriminación inversa de este tipo.

La jurisprudencia actual: una crítica

125. En la sentencia Baumbast y R,⁹⁶ el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 18 CE (actualmente, artículo 21 TFUE) tiene efecto directo, confiriendo a los particulares que no están activos económicamente un derecho autónomo de libre circulación. Al afirmar esto, extendió los derechos de libre circulación a personas que no tienen conexión directa con la estructura del mercado común, que por tanto no podían invocar los derechos de libre circulación «clásicos». Considero que la evolución fue tan coherente como inevitable, siguiendo un recorrido lógico desde la creación de la ciudadanía de la Unión. Si la Unión Europea había de evolucionar hacia algo más que un marco conveniente y efectivo para el desarrollo del comercio, tenía que garantizar un papel apropiado para aquéllos a los que había decidido comenzar a denominar sus ciudadanos.⁹⁷

126. Sin embargo, esta argumentación trajo necesariamente consigo varias consecuencias.

127. En primer lugar, desde el momento en que los Estados miembros decidieron añadir a los conceptos existentes de nacionalidad un estatuto nuevo y complementario de «ciudadano de la Unión» devino imposible considerar a estas personas meros factores económicos de producción. Los ciudadanos no son «recursos» utilizados para producir bienes y servicios, sino personas ligadas a una comunidad política y protegidas por los derechos fundamentales.⁹⁸

128. En segundo lugar, cuando los ciudadanos circulan, lo hacen como seres humanos, no como robots. Se enamoran, contraen matrimonio y fundan familias. La unidad familiar, dependiendo de las circunstancias, puede estar compuesta únicamente de ciudadanos de la UE, o de ciudadanos de la UE y nacionales de Estados terceros, estrechamente vinculados unos a otros. Si los miembros de la familia no reciben el mismo trato que los ciudadanos de la UE que ejercen sus derechos a la libre circulación, el concepto de libre circulación queda desprovisto de cualquier contenido real.⁹⁹

96 — Citada en la nota 40, apartados 82 a 84.

97 — Véanse dos tempranos y reflexivos análisis del ámbito de aplicación y del significado de la ciudadanía europea después de Maastricht en S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996 y C. Closa, «The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union», *Common Market Law Review* 1992, pp. 1137 a 1169.

98 — Sobre la importancia de la ciudadanía de la UE y los vínculos de los particulares con una comunidad política, véase la sentencia España/Reino Unido, citada en la nota 40, apartados 78 y 79.

99 — Véase la sentencia Carpenter, citada en la nota 20, apartado 39. La Directiva 2004/38, aunque no es de aplicación en el presente asunto, establece en su quinto considerando que «el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad».

129. En tercer lugar, al conceder derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE a sus ciudadanos, y declarar que tales derechos son la base misma de la Unión (artículo 6 TUE, apartado 1), la Unión Europea se comprometió a respetar el principio de que los ciudadanos que ejercen derechos de libre circulación lo harán bajo la protección de esos derechos fundamentales.¹⁰⁰

130. En cuarto lugar, al ratificar el Tratado de Maastricht y los Tratados que lo modificaron posteriormente, los Estados miembros aceptaron —dado que sus nacionales son también ciudadanos de la UE— que la labor de abordar las tensiones y dificultades que surgen del ejercicio por parte de estos ciudadanos de derechos de libre circulación es compartida. Pertenece a los Estados miembros individualmente considerados, pero también a la Unión Europea.¹⁰¹

131. Estas consecuencias casan mal con la idea de que, en relación con la ciudadanía de la Unión, simplemente se debe seguir el enfoque ortodoxo aplicado a la libre circulación de bienes y la libre circulación de trabajadores autónomos y por cuenta ajena y de capitales.

132. El razonamiento subyacente a las libertades económicas fundamentales es crear un mercado único eliminando las barreras al comercio y fomentando la competencia. Las herramientas que confiere el Tratado para llevar a cabo los objetivos del mercado único (establecidos, entre otros, en el actual artículo 3 TUE) fueron desarrollados por el Tribunal de Justicia de manera análoga. De este modo, el Tribunal de Justicia, ha establecido, *inter alia*, criterios para determinar qué constituye el vínculo necesario con cada libertad fundamental. A título de ejemplo: desde la sentencia Dassonville,¹⁰² tanto la circulación física potencial como la real son relevantes a efectos de la libre circulación de mercancías. Aunque esta jurisprudencia específica no requiere que haya tenido lugar una circulación previa real, a pesar de ello la idea de *circulación* (aunque sea hipotética) continúa sirviendo como clave para los derechos concedidos por las libertades fundamentales.

133. Una consecuencia de este enfoque aplicado al mercado interior es el riesgo de que los factores «estáticos» de producción queden en peor posición que sus contrapartidas «dinámicas», aunque en todos los otros aspectos sus circunstancias puedan ser similares o idénticas. El resultado es una discriminación inversa creada por la interacción del Derecho de la UE con el Derecho nacional —una discriminación que el Tribunal de Justicia ha dejado en manos de cada Estado miembro resolver, a pesar de que tal resultado es, *prima*

100 — Véase la sentencia Metock y otros, citada en la nota 24, apartado 56.

101 — Véase la sentencia Rottmann, citada en la nota 64, apartados 41 y 42.

102 — Citada en la nota 42.

facie, una vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad.¹⁰³

134. ¿Es tal resultado aceptable, desde la perspectiva del Derecho de la UE, en el presente contexto específico, relativo a la ciudadanía de la Unión?

135. Un examen de tres sentencias recientes sirve para demostrar que continuar aplicando este enfoque tradicional, de no interferencia, puede generar resultados que son curiosamente aleatorios.¹⁰⁴

136. A results de la sentencia *Carpenter*,¹⁰⁵ un autónomo que tiene clientes en otros

Estados miembros puede conferir un derecho derivado de residencia a su esposa, nacional de un Estado tercero, en aras de la protección del derecho a la vida familiar. Si el mismo autónomo tiene clientes sólo en un Estado miembro, el Derecho de la UE es irrelevante. Pero ahora, y precisamente debido al éxito del mercado interior, trazar tal distinción tajante entre autónomos con intereses en otro Estado miembro o autónomos con intereses sólo en un Estado miembro es problemático. El Sr. Carpenter viajaba ocasionalmente a otros Estados a vender espacios publicitarios en periódicos. ¿Y si no hubiera circulado físicamente, pero aún así hubiera proporcionado servicios ocasionales a clientes en otros Estados miembros, por teléfono o por Internet? ¿Y si sus clientes incluyeran de vez en cuando filiales en el Reino Unido de sociedades matrices alemanas o francesas? ¿Y si una vez hubiera vendido espacios publicitarios en un periódico a un cliente que no estaba establecido exclusivamente en el Reino Unido?

137. En la sentencia *Zhu y Chen*,¹⁰⁶ la madre de Catherine Zhu, china, obtuvo un derecho derivado de residencia como resultado de la nacionalidad irlandesa de su hija, adquirida a través de la aplicación de la norma extraterritorial que entonces formaba parte de la normativa en materia de nacionalidad de dicho Estado miembro. En aquel asunto, toda la «circulación» tuvo lugar a través del Canal

103 — Véanse, entre otras, las sentencias de 13 de marzo de 1979, *Peureux* (86/78, Rec. p. 897), apartado 38; de 23 de octubre de 1986, *Cognet* (355/85, Rec. p. 3231), apartados 10 y 11; de 18 de febrero de 1987, *Mathot* (98/86, Rec. p. 809), apartado 7; *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, citada en la nota 18, apartado 33, y *Metock* y otros, citada en la nota 24, apartado 77. Los Abogados Generales han tomado diferentes partidos a este respecto. Véanse las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de noviembre de 2003, *Granarolo* (C-294/01, Rec. p. I-13429), puntos 78 y ss.; las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto que dio lugar a la sentencia *Carbonati Apuani*, citada en la nota 44, puntos 51 y ss., y mis conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, citada en la nota 18, puntos 112 y ss.

104 — Para un análisis crítico, véanse, *inter alia*, A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2009; E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, The Hague, 2007; C. Barnard, *EC Employment Law*, Third Edition, Oxford, OUP, 2006, pp. 213 y 214; N. Nic Shuibhne, «Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?», *Common Market Law Review*, 2002, p. 748 y C. Ritter, «Purely internal situations, reverse discrimination», Guimont, Dzodzi and Article 234», *31 European Law Review*, 2006.

105 — Citada en la nota 20.

106 — Citada en la nota 22.

de San Jorge, entre Inglaterra e Irlanda del Norte, dentro del mismo Estado miembro (Reino Unido). No obstante, existía un vínculo suficiente con el Derecho de la UE para permitir a madre e hija solicitar derechos de residencia en el Reino Unido. Éste sólo se formó al organizar el nacimiento de Catherine Zhu en Irlanda del Norte. Pero, ¿debe ser una cuestión de mero azar condicionada por la historia (una norma extraterritorial en la normativa en materia de nacionalidad de un Estado miembro) la que determine si puede o no invocarse el Derecho de la UE en tales circunstancias? ¿Es un resultado razonable en términos de seguridad jurídica e igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión?

o ha emigrado el ciudadano de la Unión». ¹⁰⁷ Cinco años más tarde, el Tribunal de Justicia declaró que, a la luz de las sentencias MRAX ¹⁰⁸ y Comisión/España, ¹⁰⁹ la jurisprudencia Akrich tenía que reconsiderarse. Y así fue: el beneficio de los mismos derechos discutido en el asunto Akrich ya no puede depender ahora de la residencia previa legal del cónyuge nacional de un Estado tercero en otro Estado miembro. No obstante, el Tribunal de Justicia siguió trazando una distinción entre ciudadanos de la Unión que ya habían ejercido su derecho a la libre circulación y quienes no lo habían hecho, recordando lacónicamente que todos los Estados miembros son partes del CEDH y que el artículo 8 del CEDH protege el derecho a la vida familiar. ¹¹⁰ En consecuencia, los ciudadanos de la Unión «estáticos» aún estaban condenados a sufrir las potenciales consecuencias de la discriminación inversa, aunque los derechos de los ciudadanos de la Unión «dinámicos» se ampliaron considerablemente.

Una propuesta

138. La reciente sentencia Metock ilustra claramente la inseguridad y la consiguiente discriminación. En 2003, la Gran Sala declaró en la sentencia Akrich que «para poder disfrutar de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento (CE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra

139. En mi opinión, existen importantes desventajas en la línea jurisprudencial actual del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, creo que es el momento de invitar al Tribunal de Justicia a abordar abiertamente el problema de la discriminación inversa. La

107 — Sentencia Akrich, citada en la nota 24, apartado 50, resumida en la sentencia Metock y otros, citada en la nota 24, apartado 58.

108 — Citada en la nota 21.

109 — Citada en la nota 24.

110 — Véase la sentencia Akrich, citada en la nota 24, apartados 77 a 79.

argumentación que voy a exponer está en la línea que ya expresé en el asunto *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, pero me atreveré a plantear –en el contexto específico de los asuntos relacionados con los derechos de ciudadanía con arreglo al artículo 21 TFUE– criterios que podrían usarse para determinar si el propio artículo 18 TFUE puede alegarse para contrarrestar esta discriminación.

declaración seminal de que la vocación de la ciudadanía de la Unión «es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros».¹¹¹

140. Un cambio radical en toda la jurisprudencia sobre discriminación inversa no se producirá de la noche a la mañana. Ciertamente, esto no es lo que propongo. Mis sugerencias se limitan a los asuntos relacionados con la ciudadanía de la Unión. Es en este área donde los resultados de la jurisprudencia actual son más claramente nocivos, y donde tal vez sea más necesario un cambio.

142. Sin embargo, la inseguridad generada por la jurisprudencia no es deseable. En consecuencia, ¿qué dirección debería tomar ahora el Tribunal de Justicia?

141. Los asuntos que acabo de discutir, *Carpenter*, *Zhu y Chen* y *Metock* y otros, comparten dos rasgos. Generan inseguridad jurídica en un área delicada tanto de Derecho de la UE como de Derecho nacional y son asuntos en los que el Tribunal de Justicia ha optado por una interpretación generosa del artículo 21 TFUE para proteger derechos fundamentales. Al establecer el equilibrio entre seguridad jurídica y protección de derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia ha dado preferencia coherentemente a ésta. Su razonamiento concuerda bien con su previa

143. Por un lado, es necesario evitar caer en la tentación de «estirar» el artículo 21 TFUE de manera que se extienda la protección a los que «por un escaso margen» no cumplen los requisitos. Debe existir un límite a cualquier norma que concede un derecho. Si no existe tal límite, la norma deviene indescifrable y nadie puede saber con certeza quién tendrá el derecho que confiere y quién no. Ello no va en interés de los Estados miembros o del ciudadano y socava la autoridad del Tribunal de Justicia. Por otro, si el artículo 21 TFUE se interpreta de modo demasiado restrictivo, se creará un mayor número de situaciones de discriminación inversa que tendrán que abordar los Estados miembros. Ésta tampoco parece una solución muy satisfactoria.

111 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 40.

144. Por consiguiente, sugiero al Tribunal de Justicia que el artículo 18 TFUE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la discriminación inversa causada por la interacción entre el artículo 21 TFUE y el Derecho nacional que entraña una infracción de un derecho fundamental protegido en virtud del Derecho comunitario, cuando no existe una protección al menos equivalente con arreglo al Derecho nacional.

145. Si se aplicara tal enfoque, el artículo 18 TFUE se activaría cuando se cumplieran tres requisitos acumulativos (y sólo entonces).

146. En primer lugar, el demandante debería ser un ciudadano de la Unión residente en el Estado miembro del que es nacional que no hubiera ejercido derechos de libre circulación en virtud del TFUE (bien una libertad económica clásica de circulación, bien la libre circulación con arreglo al artículo 21 TFUE), pero cuya situación fuera comparable, en otros aspectos materiales, a la de otros ciudadanos de la Unión en el mismo Estado miembro capaces de invocar derechos con arreglo al artículo 21 TFUE. Entonces, la discriminación inversa criticada debería *causarse* por el hecho de que los sujetos comparables apropiados (otros ciudadanos de la Unión) pudieran tener derechos con arreglo al artículo 21 TFUE, mientras que un ciudadano de la Unión «estático» residente en el Estado miembro del que es nacional sería

prima facie incapaz de basarse en el Derecho nacional para obtener tal protección.

147. En segundo lugar, la discriminación inversa que se critica debería entrañar una infracción de un derecho fundamental protegido por el Derecho de la UE. Cualquier cuestión menor de discriminación inversa no estaría incluida en el ámbito de aplicación del artículo 18 TFUE. Lo que constituiría una «vulneración de un derecho fundamental» se definiría en la medida de lo posible en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.¹¹² Cuando la discriminación inversa diera lugar a un resultado que se considerara una vulneración de un Derecho protegido por el Tribunal de Estrasburgo en ese caso también se consideraría una vulneración de un derecho protegido por nuestro Tribunal. Entonces, el Derecho de la UE asumiría la responsabilidad de poner fin a las consecuencias de la discriminación inversa causada por la interacción del Derecho de la UE con el Derecho nacional cuando (y sólo en ese momento) estas consecuencias no guardarán coherencia con los estándares mínimos de protección establecidos por el CEDH. Por consiguiente, garantizando la protección efectiva de los derechos fundamentales en los niveles mínimos de «Estrasburgo» el Tribunal de Justicia anticiparía en parte los requisitos que podrían surgir de la planeada adhesión de la Unión Europea al CEDH. Tal desarrollo no haría sino fortalecer el espíritu ya existente de

112 — En la medida en que se invocaran derechos fundamentales consagrados por la Carta que no reprodujeran derechos del CEDH, necesariamente debería crearse una nueva jurisprudencia, pero ello sería probable que ocurriera en cualquier caso en el contexto ordinario del Derecho de la UE.

cooperación y confianza mutua entre los dos tribunales.¹¹³

148. En tercer lugar, el artículo 18 TFUE sólo se podría esgrimir como un remedio subsidiario, confinado a situaciones en las que el Derecho nacional no lleva a cabo una adecuada protección de los derechos fundamentales. El Derecho de la UE tiene una extensa historia de concesión de protección de naturaleza subsidiaria. De este modo, los principios de efectividad¹¹⁴ y equivalencia,¹¹⁵ el derecho a la protección legal efectiva¹¹⁶ y el principio de responsabilidad del Estado por infracción

del Derecho de la UE¹¹⁷ son todos ellos herramientas que entran en juego sólo cuando las normas nacionales demuestran ser inadecuadas. Este requisito final sirve para mantener un equilibrio apropiado entre la autonomía del Estado miembro y el «efecto útil» del Derecho de la UE.¹¹⁸ Garantiza que la protección subsidiaria en virtud del Derecho de la UE complementa el Derecho nacional, más que imponerse a la fuerza sobre él. Correspondería al tribunal nacional determinar a) si podía gozar de protección con arreglo al Derecho nacional y b) si podía gozar en principio de protección, si era o no al menos equivalente a la protección disponible en virtud del Derecho de la UE.

149. Durante el acto de la vista, el abogado del Sr. Ruiz Zambrano indicó que el Conseil d'État y la Cour Constitutionnelle belgas se pronunciaron recientemente sobre la discriminación inversa sufrida por un nacional de un Estado no miembro en una situación

113 — Esta labor colaborativa se atribuye implícitamente al Tribunal de Justicia por el artículo 52, apartado 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales, cuando dispone que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». La necesidad práctica de que el Tribunal de Justicia adopte una actitud proactiva para promover los niveles mínimos de «Estrasburgo» ha sido recogida, entre otros, por R. Alonso, «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal*, 8 2002, pp. 450 y ss. y A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 31 y ss.

114 — Véanse, *inter alia*, las sentencias de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 14, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Rec. p. I-2107), apartado 123.

115 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de septiembre de 1998, Edilizia Industriale Siderurgica (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartado 36, y de 1 de diciembre de 1998, Levez (C-326/96, Rec. p. I-7835), apartado 41.

116 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 18, y de 27 de noviembre de 2001, Comisión/Austria (C-424/99, Rec. p. I-9285), apartado 45.

117 — Véanse, *inter alia*, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 31, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Rec. p. I-2119), apartado 19.

118 — Desgraciadamente, los tribunales nacionales no siempre examinan y ponen fin a la discriminación inversa provocada por el Derecho de la UE. En la sentencia *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, citada en la nota 18, el Tribunal de Justicia instó abiertamente al tribunal nacional a remediar la diferencia de trato sufrida por aquellos que no estaban incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE (apartado 40). Entonces, el asunto regresó al Tribunal Constitucional belga, que no abordó el asunto (véase la sentencia 11/2009, de 21 de enero de 2009, y el análisis crítico realizado por P. van Elsuwege y S. Adam, «The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination», *European Constitutional Law Review*, 5 2009, pp. 327 y ss). Para un ejemplo más favorable de órgano jurisdiccional supremo nacional deseoso de poner fin a la discriminación inversa, aunque sin seguir necesariamente una sentencia relacionada dictada en un procedimiento prejudicial, véase la sentencia del Tribunal Constitucional español 96/2002, de 25 de abril de 2002.

comparable a la de su cliente.¹¹⁹ Por supuesto, corresponde únicamente al tribunal nacional discernir si, en el caso de autos, el Sr. Ruiz Zambrano puede obtener la protección necesaria del Derecho nacional sin acudir al artículo 18 TFUE. Según mi propuesta, seguiría siendo tarea del tribunal nacional aplicar los tres requisitos acumulativos que propongo, y permitir invocar el Derecho de la UE para evitar la discriminación inversa sólo cuando éstos se cumplen.

150. En consecuencia, sugiero que se responda a la segunda cuestión que el artículo 18 TFUE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la discriminación inversa causada por la interacción del artículo 21 TFUE y el Derecho nacional que entraña la vulneración de un derecho fundamental protegido por el Derecho de la UE cuando no existe con arreglo al Derecho nacional una protección al menos equivalente.

Cuestión 3. Derechos fundamentales

151. Si el Tribunal de Justicia considera que las cuestiones primera y segunda (tal y como se han expuesto anteriormente) deben responderse de modo que no sean de ayuda para el Sr. Ruiz Zambrano, deviene necesario examinar la tercera cuestión. ¿Puede basarse

en el derecho fundamental de la UE a la vida familiar con independencia de cualquier otra disposición del Derecho de la UE?

152. Ello hace surgir una cuestión de principio de gran magnitud: ¿cuál es el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE? ¿Pueden invocarse como derechos independientes frente a un Estado miembro? ¿o debe existir otro vínculo con el Derecho comunitario? No es necesario detenerse en la importancia potencial de la respuesta a esta cuestión.

153. Naturalmente, el propio Tribunal de Justicia fue responsable del temprano reconocimiento de los principios fundamentales de Derecho y los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico de la UE.¹²⁰ En 1992, el Tratado de la Unión Europea incorporó los frutos de esta jurisprudencia en el Tratado de la Unión Europea, estableciendo en el artículo 6 TUE la obligación de la Unión de respetar los derechos fundamentales.

154. En años sucesivos, la UE ha reforzado su política de derechos humanos mediante, por ejemplo, el establecimiento de una Agencia

119 — Véanse las sentencias citadas en la nota 17.

120 — Véanse por ejemplo, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125); de 14 de mayo de 1974, Nold/Comisión (4/73, Rec. p. 491); de 13 de diciembre de 1979, Hauer/Land Rheinland-Pfalz (44/79, Rec. p. 3727), y de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859).

de Derechos Fundamentales,¹²¹ la creación de una cartera independiente en la Comisión responsable de los derechos fundamentales,¹²² el apoyo a proyectos humanitarios en todo el mundo¹²³ y la transformación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, proclamada por primera vez en 2000, de texto sin valor jurídico («soft law») en Derecho primario.¹²⁴ De este modo, los derechos fundamentales se han convertido en un elemento principal en el desarrollo de la Unión como un proceso de integración económica, legal y social dirigida a proveer paz y prosperidad a todos sus ciudadanos.

En efecto, en la sentencia *Bosphorus*¹²⁵ el Tribunal de Estrasburgo indicó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene un papel esencial en la protección de los derechos derivados del CEDH y sus protocolos anexos en la medida en que son de aplicación a cuestiones reguladas por el Derecho de la UE —una función que sólo podrá asumir un significado mayor cuando la Unión Europea se adhiera al CEDH—. ¹²⁶ Por este motivo, es esencial que el Tribunal de Justicia garantice que interpreta los Tratados de modo que refleje, de manera coherente, el papel y el significado actuales de los derechos fundamentales de la UE.

Ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE

155. Por supuesto, es cierto que este Tribunal no es, como tal, un «tribunal de derechos humanos». No obstante, como intérprete supremo del Derecho de la UE, el Tribunal de Justicia tiene la responsabilidad permanente de garantizar el respeto de dichos derechos dentro de la esfera de la competencia de la Unión.

156. Con arreglo a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales de la UE pueden invocarse en el caso (y sólo en el caso) de que la medida impugnada esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE.¹²⁷ En consecuencia, todas las medidas aplicadas por las instituciones están sujetas a escrutinio acerca de su respeto de los derechos fundamentales de la UE. Lo mismo se aplica a los actos de los Estados miembros adoptados para

121 — Véanse el Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO L 53, p. 1), y la Decisión 2008/203/CE del Consejo, de 28 de febrero de 2008, para la aplicación del Reglamento (CE) n° 168/2007 por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012 (DO L 63, p. 14).

122 — Por primera vez, una de las Vicepresidentas de la actual Comisión es Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía.

123 — Véanse, entre otros, el Reglamento (CE) n° 1257/96 del Consejo, de 20 de junio de 1996 sobre la ayuda humanitaria (DO L 163, p. 1), y el Reglamento (CE) n° 1889/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establece un instrumento financiero para la promoción de la democracia y de los derechos humanos a escala mundial (DO L 386, p. 1).

124 — El artículo 6 TUE, apartado 1, confiere ahora a los derechos, libertades y principios establecidos en la Carta «el mismo valor jurídico que los Tratados».

125 — *Bosphorus Hava Yollari Turizm c Irlanda ve Ticaret Anonim Şirketi*, ECHR 2005-VI.

126 — Véase el artículo 6 TUE, apartado 2, y el Protocolo n° 8, relativo al artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea sobre la adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

127 — Sentencias de 28 de octubre de 1975, *Rutili/Ministre de l'intérieur* (36/75, Rec. p. 1219), apartado 26; *Johnston*, citada en la nota 116, apartados 17 a 19, y de 15 de octubre de 1987, *Unectef/Heylens* (222/86, Rec. p. 4097), apartados 14 y 15.

cumplir obligaciones generadas por el Derecho de la UE o, con carácter más general, incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE.¹²⁸ Obviamente, este aspecto es delicado,¹²⁹ ya que lleva la protección de los derechos fundamentales de la UE a la esfera de cada Estado miembro, donde coexiste con los niveles de protección de los derechos fundamentales consagrados en el Derecho nacional o en el CEDH. Los problemas consiguientes que surgen en relación con los niveles superpuestos de protección con arreglo a los diversos sistemas (Derecho de la UE, Derecho constitucional nacional y el CEDH) y el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizado por el Derecho de la UE son bien conocidos,¹³⁰ y no los exploraré en detalle aquí.

declaración inicial en la sentencia Wachauf¹³¹ de que «[los derechos fundamentales] vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa [de la UE]». Con carácter significativo, también ha declarado que esta regla se aplica cuando un Estado miembro establece una excepción a una libertad económica fundamental garantizada con arreglo al Derecho de la UE.¹³² En la sentencia Carpenter,¹³³ el Tribunal de Justicia fue más allá, partiendo de la jurisprudencia relativa al llamado «cold-calling» de Alpine Investments¹³⁴ para proteger derechos fundamentales de un ciudadano de la UE (el Sr. Carpenter), residente en su propio Estado miembro pero que prestaba servicios ocasionales a clientes residentes en otros Estados miembros. El reconocimiento de que la deportación de la Sra. Carpenter podría constituir una interferencia desproporcionada con el derecho del Sr. Carpenter a una vida familiar tuvo como efecto conceder a la Sra. Carpenter —una nacional de un Estado tercero que no podía haber ejercido los derechos de libre circulación de la UE— un derecho de residencia.

157. El Tribunal de Justicia ha desarrollado una extensa jurisprudencia que confirma su

128 — Véanse, entre otras, las sentencias de 25 de noviembre de 1986, Klensch y otros (201/85 y 202/85, Rec. p. 3477), apartados 10 y 11; de 13 de julio de 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609), apartado 22; de 24 de marzo de 1994, Bostock (C-2/92, Rec. p. I-955), apartado 16, y de 10 de julio de 2003, Booker Aquaculture e Hydro Seafood (C-20/00 y C-64/00, Rec. p. I-7411), apartado 68.

129 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 11 de enero de 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69), apartados 15 y 16.

130 — Véanse, *inter alia*, las sentencias del Bundesverfassungsgericht alemán de 29 de mayo de 1974, conocida como Solange I (2 BvL 52/71) y de 22 de octubre de 1986, conocida como Solange II (2 BvR 197/83); la sentencia de la Corte Costituzionale italiana de 21 de abril de 1989 (Nº 232, Fragg, in Foro it., 1990, I, 1855); la declaración del Tribunal Constitucional español de 13 de diciembre de 2004 (DTC 1/2004) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Bosphorus Hava Yollari Turizm c Irlanda, citada en la nota 125.

158. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha establecido límites al ámbito de los derechos fundamentales de la UE —específicamente, en

131 — Citada en la nota 128, apartado 19.

132 — Véanse, entre otras las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartados 42 y ss.; de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), apartado 75, y de 14 de octubre de 2004, Omega (C-36/02, Rec. p. I-9609), apartados 30 y 31.

133 — Citada en la nota 20, apartados 43 y 44.

134 — Citada en la nota 52.

relación con situaciones que ha considerado que no están incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

159. De este modo, en el asunto Maurin,¹³⁵ el demandado estaba acusado de vender productos alimentarios después de que hubiera expirado la fecha para «consumir preferentemente antes del fin de». Alegó que sus derechos de defensa habían sido vulnerados durante el procedimiento nacional. El Tribunal de Justicia señaló que, aunque existía una directiva que exigía que los productos indicaran una fecha para «consumir preferentemente antes del fin de», la directiva *no* regulaba la venta de productos alimenticios debidamente etiquetados cuya fecha para «consumir preferentemente antes del fin de» hubiera expirado. Por consiguiente, la infracción cuya comisión se inculpaba al Sr. Maurin «est[aba] relacionada con una normativa nacional que queda fuera del ámbito de aplicación del Derecho [de la UE], de manera que el Tribunal de Justicia no [era] competente para pronunciarse sobre la posibilidad de que las normas de procedimiento aplicables a una infracción de ese tipo vulner[e] el principio de tutela del derecho de defensa o el principio de contradicción».¹³⁶

160. De igual modo, en la sentencia Kremzow¹³⁷ el Tribunal de Justicia desestimó las alegaciones de un austriaco que estaba cumpliendo prisión en Austria, pero el Tribunal

de Estrasburgo estimó más tarde su recurso, al considerar que se había vulnerado el derecho a un juicio justo del artículo 6 del CEDH. El Sr. Kremzow solicitó una compensación y alegaba que se había infringido su derecho de libre circulación con arreglo al Derecho de la UE como consecuencia de su encarcelamiento ilegal. El Tribunal de Justicia se mostró en desacuerdo con este razonamiento, al declarar que «en efecto, aunque toda privación de libertad puede obstaculizar el ejercicio por el interesado de su derecho a la libre circulación, [...] la perspectiva puramente hipotética de tal ejercicio no constituye un vínculo suficiente con el Derecho [de la UE] como para justificar la aplicación de las disposiciones [de la UE]».¹³⁸

161. Sin embargo, la sentencia Kremzow añade un matiz importante a la jurisprudencia anterior. Tras haber confirmado la naturaleza hipotética de la alegación, el Tribunal de Justicia declaró que toda vez que «el Sr. Kremzow fue condenado por asesinato y tenencia ilícita de arma de fuego con arreglo a disposiciones de Derecho nacional que no estaban destinadas a garantizar el cumplimiento de normas de Derecho [de la UE], [...] de ello resulta que la normativa nacional aplicable al asunto principal se refiere a una situación que no está incluida dentro del ámbito de aplicación del Derecho [de la UE]».¹³⁹ *Sensu contrario*, parece deducirse que se *podría* haber hallado un vínculo relevante con el Derecho de la UE si las infracciones hubieran tenido una conexión con una política de la UE (por

135 — Sentencia de 13 de junio de 1996 (C-144/95, Rec. p. I-2909).

136 — Sentencia Maurin, apartados 12 y 13.

137 — Sentencia de 29 de mayo de 1997 (C-299/95, Rec. p. I-2629), apartado 15.

138 — Sentencia Kremzow, apartado 16.

139 — Sentencia Kremzow, citada en la nota 137, apartados 17 y 18.

ejemplo, si se hubieran establecido para garantizar el cumplimiento de un objetivo del Derecho de la UE establecido en la normativa secundaria de la UE).¹⁴⁰

162. ¿Son relevantes el ámbito jurídico específico involucrado y la extensión de la competencia de la UE en el área jurídica para la cuestión de los derechos fundamentales? La cuestión parece importante. El deseo de promover una apropiada protección de los derechos fundamentales no debe llevar a una usurpación de competencias. Mientras las competencias de la Unión Europea sigan estando basadas en el principio de atribución, los derechos fundamentales de la UE deben respetar el límite de dicha atribución.¹⁴¹

163. La transparencia y la claridad requieren que se pueda identificar con certeza qué significa «el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» a efectos de proteger los derechos fundamentales de la UE. Me parece que a largo plazo la regla más clara sería una que no hiciera depender la invocabilidad de

la protección de los derechos fundamentales de la UE de si una disposición del Tratado es directamente aplicable o de si se ha aprobado normativa secundaria, sino más bien *de la existencia y ámbito de competencia material de la UE*. Dicho de otro modo: la regla debería ser que, siempre que la UE tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, los derechos fundamentales de la UE deberían proteger al ciudadano de la UE *aunque dicha competencia no se haya ejercido aún*.

164. ¿Por qué realizo esta propuesta?

165. Los Estados miembros han atribuido competencias a la Unión Europea que le permiten adoptar medidas que primarán sobre el Derecho nacional y que pueden tener efecto directo. Como corolario, una vez que se han atribuido estas competencias, la Unión Europea debe tener tanto la competencia como la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales, con independencia de si las competencias se han ejercido realmente. La UE «se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos».¹⁴² Esa garantía del Tratado no debe depender del ejercicio real de la

140 — Véase la sentencia de 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo (C-176/03, Rec. p. I-7879).

141 — Véanse, entre otras, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98, Rec. p. I-8419), apartado 83; de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 203; de 30 de abril de 2009, Italia y Donnici/Parlamento (C-393/07 y C-9/08, Rec. p. I-3679), apartado 67, y de 1 de octubre de 2009, Comisión/Consejo (C-370/07, Rec. p. I-8917), apartado 46.

142 — Artículo 2 TUE. Su predecesor, el artículo 6 TUE, apartado 1, declaraba que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

competencia legislativa. En una Unión Europea basada en los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, la protección no debe depender de la iniciativa legislativa de las instituciones y de los procesos políticos. Tal protección contingente de derechos es la antítesis del modelo según el cual las democracias contemporáneas legitiman la autoridad del Estado.¹⁴³

166. Tal enfoque tendría bastantes ventajas.

167. En primer lugar, evita la necesidad de crear o promover «vínculos con el Derecho de la Unión» ficticios o hipotéticos del tipo de los que en el pasado han confundido a veces y posiblemente han ampliado el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado. Una persona que ha ejercido derechos de libre circulación no debería necesitar demostrar la existencia de un vínculo entre el derecho fundamental invocado subsiguientemente y la facilitación de la libertad de circulación.¹⁴⁴ Una persona que aún no ha ejercido tales derechos

no debería necesitar planear hacerlo para crear las circunstancias en las cuales podría tener derecho a la protección de los derechos fundamentales¹⁴⁵ (la libertad para circular para recibir servicios es quizás la libertad más fácil de explotar a este respecto de las cuatro). La discriminación inversa contra nacionales de un Estado miembro causada por la protección de los derechos fundamentales de la UE concedida a ciudadanos de la Unión y a compatriotas que *ejercieron* derechos de libre circulación dejarían de existir.¹⁴⁶ En el futuro, no existiría discrepancia (en la medida en que estuviera concernida la protección de los derechos fundamentales de la UE), entre políticas completamente armonizadas y parcialmente armonizadas. En términos de seguridad jurídica, la mejora sería significativa.

168. En segundo lugar, tal enfoque mantiene a la UE dentro de los límites de sus facultades. La protección de los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE sólo sería relevante cuando las circunstancias que dieron lugar a que se viera involucrada estuvieran incluidas en un área de competencias de

143 — J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, Libro II, sección II.

144 — Las sentencias Singh, citada en la nota 50, Cowan, citada en la nota 72, y Carpenter, citada en la nota 20, proporcionan ejemplos de circunstancias en las que la relación entre la libre circulación y el derecho fundamental o la protección adicional conferidas por el Derecho de la Unión no era particularmente directa. No discuto en modo alguno la corrección, desde una perspectiva de protección de derechos, de las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia en esos tres asuntos. Mi propósito es simplemente poner de manifiesto la naturaleza algunas veces tenue del vínculo en el que se basaba esta protección.

145 — En el asunto Akrich, citado en la nota 24, los Sres. Akrich no ocultaron durante la entrevista con las autoridades nacionales competentes que ella se había trasladado para aceptar un empleo en Irlanda a fin de poder retornar al Reino Unido con su marido e invocar un derecho de entrada en favor de éste basado en el Derecho comunitario.

146 — Véase la sentencia *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, citada en la nota 18.

la UE exclusivas o compartidas.¹⁴⁷ El tipo de competencia involucrada sería relevante a fin de definir el ámbito correcto de protección. En el supuesto de competencias compartidas, la propia lógica subyacente al reparto de competencias podría tender a implicar que la protección de los derechos fundamentales en virtud al Derecho de la UE fuera complementaria de la provista por el Derecho nacional.¹⁴⁸ (Ello refleja el enfoque que sugerí más arriba en relación con la discriminación inversa).

de la UE se garantizan en todas las áreas de competencia exclusiva o compartida de la UE, los Estados miembros se podrían ver animados a avanzar en la elaboración de normativa detallada secundaria de la UE en determinados sectores particularmente sensibles (como la inmigración o el Derecho penal), que *incluyeran* la definición apropiada del alcance exacto de los derechos fundamentales de la UE, antes que dejar al Tribunal de Justicia la resolución de los problemas sobre una base *ad hoc*, cuando se plantean controversias sobre ellos.

169. En tercer lugar, si se supiera que los derechos fundamentales con arreglo al Derecho

147 — Véanse, en relación con las competencias exclusivas y las competencias compartidas, las sentencias de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolke y otros* (41/76, Rec. p. 1921); de 18 de febrero de 1986, *Bulk Oil* (174/84, Rec. p. 559), y de 16 de marzo de 1977, *Comisión/Francia* (68/76, Rec. p. 515). Sobre la aplicación de estas reglas en relación con la competencia externa de la UE, véase, entre otras, la sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo* (AETR) (22/70, Rec. p. 263).

148 — Las explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales (DO 2007 C 303, p. 17) son claras a este respecto: «Los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los Tratados. Por consiguiente, la obligación de las instituciones de la Unión [...] de promover los principios establecidos en la Carta sólo se puede producir dentro de los límites de las citadas competencias.» No obstante, las explicaciones señalan más adelante que «es obvio que la remisión a la Carta en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea no puede entenderse como una ampliación del alcance de la acción de los Estados miembros en la "aplicación del Derecho de la Unión"». Tal y como las entiendo, estas observaciones vinculan de manera inequívoca la protección de los derechos humanos con arreglo al Derecho de la UE con las cuestiones incluidas en la esfera de competencias de la UE. Vistas conjuntamente, la protección de los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE y la protección de los derechos fundamentales en virtud del Derecho nacional deberían no obstante dar como resultado una protección adecuada (al menos para todos los derechos fundamentales que pueden hallarse tanto en la Carta como en el CEDH).

170. En cuarto lugar, esta definición del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la UE sería coherente con las implicaciones plenas de la ciudadanía de la Unión, que «[su] vocación [es] convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros».¹⁴⁹ Tal estatuto no casa bien con la noción de que la protección de los derechos fundamentales es parcial y fragmentaria; de que depende de si una disposición relevante tiene efecto directo o de si el Consejo y el Parlamento Europeo han ejercido facultades legislativas. A largo plazo, sólo la protección sin lagunas de los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE en todas las áreas de competencia exclusiva o

149 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 40.

compartida de la UE encaja en el concepto de ciudadanía de la UE.

del Congreso. De acuerdo con el Tribunal Supremo, algunos derechos fundamentales son tan importantes que están «entre los derechos y libertades fundamentales protegidos por la cláusula del juicio justo [...] de su limitación por los Estados».¹⁵¹

171. A pesar de estas importantes ventajas, no creo que en el presente asunto el Tribunal de Justicia deba dar tal paso de manera unilateral.

173. El efecto federalizante de la doctrina americana de la incorporación es de sobras conocido. Un cambio de este tipo alteraría, en términos políticos y jurídicos, la propia naturaleza de los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE. Por consiguiente, requiere una evolución de la jurisprudencia y una declaración política inequívoca de los poderes constituyentes de la UE (sus Estados miembros) señalando el nuevo papel de los derechos fundamentales en la UE.

172. Hacer que la aplicación de los derechos fundamentales de la UE dependa únicamente de la existencia de una competencia exclusiva o compartida de la UE supondría introducir un elemento claramente federal en la estructura del sistema legal y político de la UE. Dicho de manera simple, un cambio de este tipo sería análogo al experimentado en el Derecho constitucional de Estados Unidos tras la sentencia *Gitlow c. Nueva York*,¹⁵⁰ en la que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos amplió el alcance de algunos derechos consagrados en la Primera Enmienda de la Constitución a determinados Estados. La jurisprudencia «de incorporación», basada desde ese momento en la cláusula del «proceso justo» de la Decimocuarta Enmienda, no requiere ni circulación interestatal ni actos normativos

174. A los efectos del presente asunto, el momento material en el tiempo es el nacimiento del segundo hijo del Sr. Ruiz Zambrano,

150 — 268 U.S. 652 (1925).

151 — Sobre la sentencia *Gitlow c. Nueva York* y la doctrina de la incorporación, véanse R. Cortner, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, University of Wisconsin Press, 1981; L. Henkin, «“Selective Incorporation” in the Fourteenth Amendment», *Yale Law Journal*, 1963, pp. 74 a 88, y H.L., Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution*, NYU Press, New York, 1991, pp. 82 a 87.

Diego, el 1 de septiembre de 2003. Es este evento (la introducción en la ecuación de un ciudadano de la Unión) lo que —si el Sr. Ruiz Zambrano tiene razón— debería haber llevado a las autoridades belgas a aceptar que tenía derechos derivados de residencia y a examinar su solicitud de prestaciones por desempleo de manera correspondiente.

reformulado, que, en el momento de los hechos relevantes, el derecho fundamental a la vida familiar con arreglo al Derecho de la UE no podía invocarse como derecho autónomo, con independencia de cualquier otro vínculo con el Derecho de la UE, tanto por un nacional de un Estado no miembro como por un ciudadano de la Unión, en el territorio del Estado miembro de nacionalidad del ciudadano o en cualquier otro lugar del territorio de los Estados miembros.

175. En aquel momento, el Tratado de la Unión Europea había permanecido esencialmente sin cambios desde Maastricht. El Tribunal de Justicia había declarado claramente en el dictamen 2/94 que en aquel momento la Comunidad Europea no tenía competencia para ratificar el CEDH.¹⁵² La Carta era aún *soft law*, sin efecto directo ni reconocimiento en el Tratado. El Tratado de Lisboa ni siquiera estaba en el horizonte. En estas circunstancias, sencillamente no considero que la evolución constitucional necesaria de las bases de la UE, capaz de justificar la afirmación de que los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE pudieran alegarse de manera independiente como derechos autónomos, hubiera tenido lugar aún.

176. Por consiguiente, concluyo, para responder la última de las cuestiones que he

177. Al proponer esta respuesta, acepto que el Tribunal de Justicia no debería anticipar abiertamente el cambio en el presente asunto. Sin embargo, sugiero que (mejor antes que tarde) el Tribunal de Justicia tendrá que elegir entre mantener el ritmo de una situación en evolución o quedarse rezagado frente a los desarrollos legislativos y políticos que ya han tenido lugar. En algún momento, el Tribunal de Justicia tendrá posiblemente que lidiar con un asunto —es de suponer que una remisión de un tribunal nacional— que le exija enfrentarse a la cuestión de si la Unión está ahora en el momento de transición hacia el cambio constitucional (como el propio Tribunal de Justicia previó cuando emitió el dictamen 2/94). La respuesta a esta cuestión puede posponerse por ahora, pero no por mucho tiempo.

152 — Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 (Rec. p. I-1759), apartado 6.

Conclusión

178. A la luz de las consideraciones anteriores, considero que el Tribunal de Justicia debería responder a las cuestiones planteadas por el Tribunal du travail de Bruxelles del siguiente modo:

- Los artículos 20 TFUE y 21 TFUE (anteriormente, artículos 17 CE y 18 CE) han de interpretarse en el sentido de que confieren un derecho de residencia en el territorio de los Estados miembros, basado en la ciudadanía de la Unión, que es independiente del derecho de circular entre Estados miembros. Estas disposiciones no obstan a que un Estado miembro deniegue conceder un derecho derivado de residencia a un ascendiente familiar de un ciudadano de la Unión, que es nacional del Estado miembro de que se trata y que aún no ha ejercido los derechos de libre circulación, siempre que esta decisión respete el principio de proporcionalidad.

- El artículo 18 TFUE (anteriormente, artículo 12 CE) debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la discriminación inversa causada por la interacción del artículo 21 TFUE (anteriormente, artículo 18 CE) y el Derecho nacional que entraña la vulneración de un derecho fundamental protegido por el Derecho de la UE cuando no existe con arreglo al Derecho nacional una protección al menos equivalente.

- En el momento de los hechos relevantes a efectos del litigio principal, el derecho fundamental a la vida familiar con arreglo al Derecho de la UE no podía invocarse como derecho autónomo, con independencia de cualquier otro vínculo con el Derecho de la UE, tanto por un nacional de un Estado no miembro como por un ciudadano de la Unión, en el territorio del Estado miembro de nacionalidad del ciudadano o en cualquier otro lugar del territorio de los Estados miembros.