

Nº 31
Tercer trimestre 2022

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Número 31. Septiembre 2022

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.



D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaría de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

D^a María Barahona Migueláñez 15

EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y LA DIRECTIVA 1999/CE/ DEL CONSEJO: LA BÚSQUDA DE LA EQUIPARACIÓN CON EL PERSONAL FUNCIONARIO.

D^a Eva María Fernández Gracia..... 65

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL: LA ACCIÓN DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Y LA INCIDENCIA DE VIOLENCIA ECONÓMICA

D. Gabriel Caro Herrero105

CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA PÚBLICA

José Joaquín Jiménez Vacas



Carmen Larrea Hernández-Tejero 213

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

EL REGIMEN PRESUPUESTARIO EN LA CONTRATACION
DEL SECTOR PÚBLICO

D. Alejandro Canónico Sarabia.....263

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA INUTILIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS
ORDINARIOS COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA
FRENTE A LOS ACTOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA NO AJUSTADOS A DERECHO

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....337

RECENSIÓN

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO
Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA

D. Bernabé Palacín Sáenz

Autor del libro: D. Jaime Pintos Santiago.....353

BASES DE PUBLICACIÓN 369



EDITORIAL

En el número 31 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, una reseña de jurisprudencia y una recensión, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a. María Barahona Migueláñez con el artículo que lleva por título "La libertad de circulación y residencia de los menores en la Unión Europea: evolución de la jurisprudencia del TJUE"

La autora trata como la jurisprudencia del TJUE ha ido configurando progresivamente la libertad de circulación y residencia, dentro del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la Unión Europea, ofreciendo una interpretación, cada vez más amplia, del ámbito que se deriva de ese estatuto.

A continuación, D^a. Eva María Fernández Gracia analiza en un interesante y profuso trabajo "El personal interino al servicio de la Administración española y la Directiva 1999/CE/ Del Consejo: la búsqueda de la equiparación con el personal funcionario"

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Gabriel Caro Herrero que aborda con



maestría, la violencia de género en los procesos de crisis matrimonial: la acción de modificación de medidas y la incidencia de violencia económica.

D. José Joaquín Jiménez Vacas y D^a Carmen Larrea Hernández-Tejero en su artículo "Códigos éticos y de conducta pública" analizan con minuciosidad la necesidad, objeto y finalidad de los Códigos éticos y de conducta pública, tratando su contenido y reglas de conducta asociadas.

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Alejandro Canónico Sarabia que hace una reflexión sobre "El régimen presupuestario en la contratación del sector público". Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "La inutilidad de los recursos administrativos ordinarios como instrumento de defensa frente a los actos en materia de contratación pública no ajustados a derecho"

Pone el broche de oro a este número la excelente reseña de D. Bernabé Palacín Sáenz al libro "Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública" cuyo autor es D. Jaime Pintos Santiago.

El Consejo de Redacción

Gabilex

Nº 31

Septiembre 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

D^a. María Barahona Migueláñez

Letrada de carrera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

RESUMEN

La jurisprudencia del TJUE ha ido configurando progresivamente la libertad de circulación y residencia, dentro del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la Unión Europea, ofreciendo una interpretación, cada vez más amplia, del ámbito que se deriva de ese estatuto.

Así, en casos en los que estaba implicada la libertad de circulación y residencia de menores de edad ciudadanos de la Unión, en aras de preservar el efecto útil del estatuto de ciudadanía, el TJUE ha considerado pertinente la autorización de residencia a los padres



extracomunitarios que se encargan del cuidado y atención de sus hijos menores dependientes. Y ello a pesar de que los menores habían permanecido en el Estado de su nacionalidad, sin que concurriera el elemento transfronterizo que exige la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril. Para ello, el TJUE ha fundamentado su argumentación en el Derecho primario de la Unión y en los derechos fundamentales derivados de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contempla la protección del superior interés del menor.

La tutela de este superior interés del menor y de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, también ha permitido que la jurisprudencia del TJUE otorgue protección a los menores extranjeros, en relación con la interpretación de las Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar, así como al colectivo de menores extranjeros no acompañados, respecto de la aplicación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

PALABRAS CLAVE

Ciudadanía europea, libertad de circulación y residencia, interés superior del menor, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

ABSTRACT



The jurisprudence of the CJEU has been progressively shaping the freedom of movement and residence, within the essential content of the citizenship statute of the European Union, offering an increasingly broad interpretation of the scope that derives from that statute.

Thus, in cases in which the freedom of movement and residence of minors who are citizens of the Union was involved, the CJEU has considered appropriate the residence authorization of non-EU parents who are responsible for the care and attention of their dependent minor children in order to preserve the useful effect of the status of citizenship. And this despite the fact that minors had remained in the State of their nationality, without the cross-border element that requires the application of Directive 2004/38/EC, of April 29, concurring. To this end, the CJEU has based its justification on the primary law of the Union and on the fundamental rights derived from the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which recognizes the protection of the best interest of the child.

The protection of this superior interest of the child and of the fundamental rights recognized in the Charter, has also allowed the jurisprudence of the CJEU to grant protection to foreign minors, in relation to the interpretation of Directive 2003/86/CE, of 22 September 2003, on the right to family reunification, as well as the group of unaccompanied foreign minors, regarding the application of Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council, of December 16, 2008, on regulations and common procedures in the Member



States for the return of third-country nationals in an illegal situation.

KEY WORDS

European citizenship, freedom of movement and residence, best interests of the child, Charter of Fundamental Rights of the European Union.

SUMARIO

I.- ORIGEN DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

II.-UBICACIÓN NORMATIVA ACTUAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN

III.- DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

IV.- REGULACIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBICION IMPUESTA A LOS ESTADOS MIEMBROS DE DIFICULTAR DICHA LIBERTAD

V.- ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL CASO DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN MENORES DE EDAD: LA INDIRECTA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR



VI.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO BASE JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL CASO DE MENORES NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

VII.- CONCLUSIONES

I.- ORIGEN DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

La génesis del concepto de ciudadanía europea lo sitúa la doctrina en la cumbre de París de 1974¹, cuando los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros expresaron la voluntad de dotar a sus ciudadanos de una serie de derechos especiales, atribuibles en virtud de su condición de miembros de la Comunidad. La proyección económica que seguía manteniendo la entonces Comunidad Económica Europea en aquel momento, impedía avanzar hacia un concepto más político.

La primera vez que se manejó el término conforme a su configuración actual fue el 14 de febrero de 1984, cuando, en el seno del Parlamento Europeo, se debatió y aprobó el proyecto de Tratado constitutivo de la Unión

¹ VIÑUALES FERREIRO, S, "La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea" en *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág.84.



Europea, también conocido como “proyecto Spinelli”², firme europeísta que fue ponente-coordinador de la Comisión Parlamentaria redactora del texto, que partió de la configuración de una Europa Federal, si bien no fue aceptado por los Estados miembros³.

Fue en el Consejo Europeo de junio de 1984, celebrado en Fontainebleau, en el que se decidió la constitución de un Comité específico⁴ sobre la construcción europea de los ciudadanos. Se empezaban a dar pasos importantes en el proyecto europeo, al comenzar a considerar otros aspectos que no fueran los derivados del mercado único.

Pero el antecedente más inmediato, al que obedece la introducción de la ciudadanía en los Tratados, estriba en las propuestas del Gobierno español debatidas en los trabajos preparatorios de la Conferencia

² Spinelli siempre consideró al Parlamento Europeo la institución más representativa e idónea para jugar el papel protagonista en el proceso de integración europeo.

³ MANGAS MARTÍN, A, y LIÑÁN NOGUERAS, D, “El estatuto de la ciudadanía de la Unión” en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, novena edición, 2016, pág. 151.

⁴ Se creó el Comité Adonnino por el nombre del eurodiputado italiano que lo presidía, cuyo objetivo era el relanzamiento de la integración europea: la Europa de los ciudadanos. Ello marcó un punto de inflexión en la construcción del sentido identitario y de pertenencia europea, pues propuso la bandera comunitaria, que fue adoptada oficialmente en 1986, el emblema y el himno. Desde entonces, también, se celebra, cada 9 de mayo, el día de Europa con toda la solemnidad que rodea a la celebración de tal fecha.



Intergubernamental sobre la Unión Política, celebrada en Roma en 1990, incorporándose, finalmente, en el Tratado de Maastrich firmado el 7 de febrero de 1992. En el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea se expresó la voluntad de los Estados miembros de “crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países”. Por su parte, el artículo 2 lo incluyó dentro de los objetivos de la Unión, mientras que los concretos derechos asociados a la ciudadanía de la Unión se recogieron en los artículos 17 a 22 del Tratado de la Comunidad Europea.

El Tratado de Maastrich marcó un hito histórico en la construcción de la Europa de los ciudadanos, no sólo porque trascendió el ámbito estrictamente económico al que estaba circunscrita hasta entonces la regionalización europea, sino porque instaura una nueva institución jurídica, al servicio de los ciudadanos, a la que se vinculan derechos adicionales al vínculo nacional.

II.- UBICACIÓN NORMATIVA ACTUAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN

La primera manifestación de la importancia que reviste la ciudadanía de la Unión es su ubicación sistemática, dentro del artículo 9 del Tratado de la Unión Europea⁵,

⁵ En el Tratado de la Unión Europea se concentran los principios básicos del sistema institucional y competencial de la Unión Europea, así como aspectos específicos, como la acción exterior de la Unión o las cooperaciones reforzadas. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como una especie de desarrollo del TUE, pero con el mismo rango jurídico, recoge las políticas europeas, la regulación de



en adelante TUE, dentro de las disposiciones sobre los principios democráticos de la UE.

"La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla".

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, además de la referencia contenida en el artículo 9 del TUE, son los artículos 20 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) los que se ocupan de la regulación del concepto de ciudadanía y de los derechos derivados de la misma.

Tras consagrar el principio de no discriminación en los artículos 18 y 19 del TFUE, a cuya cabeza sitúa la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, como principio trascendental para hacer efectiva la libre circulación de personas inherente al mercado interior⁶,

las fuentes del Derecho de la Unión Europea, así como el sistema institucional y orgánico de la Unión. Junto a ellos, y con el mismo rango, se encuentran 37 protocolos anejos a ambos Tratados. Entre ellos cabe destacar, por su relevancia, el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o el relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

⁶ CALVO HORNERO, A, "El mercado único" en *Fundamentos de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2019, pág. 136.



el artículo 20.1 TFUE establece: *"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"*.

Este principio de no discriminación constituye, pues, un principio fundamental de la Unión, previo a la existencia del estatuto de ciudadano europeo, que actualmente se incluye dentro del contenido esencial del estatuto de ciudadanía.

Por tanto, el núcleo del estatuto jurídico de ciudadanía de la Unión se concentra en los artículos 9 del TUE y 18 a 25 del TFUE, a lo que debe añadirse el contenido del título V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativo a ciudadanía, que incorpora los artículos 39 a 46. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) no ha sido incorporada a los Tratados, aunque el artículo 6.1 del TUE se remite a ella y establece que *"tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados"*. Ello no supone una ampliación competencial de la Unión Europea⁷.

El valor de los preceptos de la Carta resulta incuestionable desde el punto de vista de su aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por los tribunales nacionales, en aquellos procedimientos en los que se ventila algún asunto con implicación del

⁷ FUENTETAJA PASTOR, J, "El proceso de integración europea" en *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 35.



Derecho de la Unión. Como destaca ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA⁸, incluso desde su proclamación en el 2000, ya se venía invocando el texto de la Carta al abordar el enjuiciamiento de cuestiones que tuvieran relación con la protección de los derechos humanos. Por tanto, incluso antes del Tratado de Lisboa, venía siendo herramienta interpretativa de los tribunales.

Fue la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE), de 27 de junio de 2006, recaída en el asunto C-540/2003, Parlamento c. Consejo, con motivo del recurso de anulación que presentó el Parlamento Europeo contra la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho de reagrupación familiar, la primera ocasión en la que el alto tribunal se refirió a la Carta. El Parlamento Europeo, que entendía que se vulneraban, entre otros, derechos fundamentales del niño, aspecto que se va a abordar en el presente trabajo, invocó la vulneración de artículos de la Carta. El Consejo, en su descargo, alegó que aún no era fuente del Derecho comunitario. El entonces TJCE, entre sus pronunciamientos, sí resaltó el valor que el legislador comunitario había querido otorgar, en el considerando segundo de la Directiva, no sólo a los principios que se extraen del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la vida familiar, sino también de la Carta, y, que, además, no se podía desconocer que esos derechos provienen, a su vez, de las tradiciones

⁸ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española" en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15-segundo semestre 2008, pág. 237.



constitucionales de los Estados miembros, de las obligaciones internacionales comunes asumidas por los mismos, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia, tanto del propio TJCE, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de sus protocolos, resulta incontestable el valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión¹⁰. Cuando la violación de los derechos fundamentales alegada no afecte a Derecho de la Unión Europea, la Carta no será directamente aplicable, desplegando los ordenamientos nacionales la protección constitucional que proceda. Pero ello no obsta a que los jueces nacionales lo tomen en consideración, como texto

⁹ En esta sentencia se recuerda que la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño vincula a todos los Estados miembros y que dicho texto figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que el TJUE tiene en cuenta para la aplicación de los principios generales del Derecho de la Unión.

¹⁰ LÓPEZ GARRIDO, D, "La silenciosa constitucionalización de la Unión Europea" *Revista de las Cortes Generales* nº 109, segundo semestre, 2020, pág. 200, apunta a un verdadero proceso de constitucionalización de la Unión Europea en los siguientes términos: "*habría que concluir en la naturaleza o dimensión constitucional que adquiere la Unión, sus instituciones y su derecho (...)*", entre otras razones políticas y jurídicas, "*porque establece una ciudadanía europea y contiene una Carta de Derechos con carácter legalmente vinculante*".



internacional de referencia, a la hora de interpretar los derechos fundamentales. Por lo que respecta al Estado español, los jueces españoles, pueden fundamentar sus resoluciones invocando la Carta en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978¹¹.

Específicamente, en relación con el estatuto de ciudadanía de la Unión, la doctrina ha venido destacando que la ciudadanía de la Unión atribuye un estatuto complementario al de la ciudadanía nacional¹²; esto es, que no se adquiere de forma independiente, pues precisamente deriva de la condición de nacional de un Estado miembro, si bien la complementa con derechos adicionales.

En consecuencia, los ciudadanos nacionales de los Estados miembros, amén de sus derechos como ciudadanos de tales Estados, ostentan los llamados derechos de ciudadanía de la Unión que se enumeran en

¹¹ El artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, así como sus artículos 93 y 96 son las tres cláusulas de apertura a los tratados internacionales que contiene nuestra Carta Magna. Esta característica de apertura, junto con otros rasgos, ha llevado a la doctrina a calificarla como Constitución abierta. En efecto, así ha sido caracterizada por LINDE PANIAGUA, E, en "Estado social y democrático de derecho y cláusula de transformación: marco y objetivos del intervencionismo público en la economía" en *Derecho Administrativo Económico*, UNED, Madrid, 1980, pág. 293 y "Las Administraciones públicas y los ciudadanos" en *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Colex, Madrid, 2014, pág. 224.

¹² VIÑUALES FERREIRO, S, "La ciudadanía..." op.cit. pág.85.



el apartado 2 del artículo 20. En efecto, se reconoce el derecho:

"a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹³;

b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

c) de acogerse en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo¹⁴, así como de dirigirse a las

¹³ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad de circulación y residencia" en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, coord. LÓPEZ CASTILLO, A, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.1326, menciona que, en la actualidad, hay que distinguir dos estatutos diferenciados. Por un lado, el de los ciudadanos europeos, aplicable también a los ciudadanos del Espacio Económico Europeo y de Suiza, y, por otro lado, el de los nacionales de terceros países con residencia legal en el territorio de un Estado miembro.

¹⁴ Cabe precisar que existen derechos que son reconocidos también a los residentes en el territorio de la Unión Europea, aunque no se ostente la ciudadanía de la Unión. Es el caso del



instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos”.

La posesión de la nacionalidad de un Estado miembro es, pues, un presupuesto consustancial al mantenimiento de la ciudadanía de la Unión, de manera que, tanto si individualmente se pierde la nacionalidad de un Estado miembro, como si un Estado, ex artículo 50 TUE deja de pertenecer a la Unión¹⁵, se pierde el estatuto de ciudadano de la Unión y los derechos que le son inherentes, a menos que cuente con una segunda nacionalidad de otro Estado miembro.

derecho de petición ante el Parlamento Europeo, conforme al artículo 227 del TFUE y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, al amparo del artículo 228 del TFUE. Igualmente, los residentes tienen reconocido el derecho de acceso a los documentos, contenido en el actual artículo 15 del TFUE.

¹⁵ Tras la aprobación del Tratado de Lisboa, se introdujo la actual redacción del artículo 50 del TUE, en cuyo apartado primero se contempla la posibilidad de que cualquier Estado miembro, de acuerdo con sus normas constitucionales, pueda retirarse de la Unión Europea. Se ha denominado en la doctrina “*exit clause*”, Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Gabilex Nº 6 Junio 2016, pág. 6, localizable en www.gabilex.jccm.es.



El TJUE ha mantenido que el estatuto de ciudadanía de la Unión es autónomo de los derechos de nacionalidad de los Estados miembros. Es decir, aunque el reconocimiento del estatuto de ciudadanía de la UE esté condicionado en su adquisición por la nacionalidad de un Estado miembro, esto no implica que se subordine al mismo. Una vez creado el estatuto de ciudadanía UE, ello puede condicionar, a su vez, la manera en que el Estado miembro dispone sobre la nacionalidad de sus propios nacionales.

Una manifestación de esta afirmación se contiene en el importante y revolucionario asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), que después se analizará, y en el asunto Rottmann (C-135/08).

Cabe destacar, finalmente, que este estatuto jurídico del ciudadano europeo se encuentra abierto y es dinámico, pues no impide que pueden incluirse nuevos derechos en el futuro¹⁶. Esta eventual ampliación está sujeta, no obstante, a enormes cautelas jurídicas, como se extrae del artículo 25 del TFUE que permite que el Consejo, por unanimidad conforme a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, pueda adoptar disposiciones para completar estos derechos y recomendar a los Estados miembros su adopción conforme a sus normas constitucionales.

¹⁶ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I, "Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol.9, nº2, pág. 126.



En su caso, dicha ampliación de derechos no podrá traspasar las competencias de la Unión y se producirá siempre, conforme a dicho artículo 25 TFUE, *"sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado"*.

Esta previsión se enmarca en una de las características del Derecho de la Unión: su permanente proceso de revisión y construcción.

La ciudadanía europea, en suma, ha contribuido a la construcción del sentimiento identitario europeo, como paso previo a una unión política. Las dificultades de este proceso han sido y siguen siendo muchas por el fuerte sentimiento nacional que existe todavía entre los ciudadanos europeos. Para avanzar en la senda de la construcción de la Europa de los ciudadanos y de una mayor unión política, bajo mi punto de vista resulta necesario seguir potenciando el pilar de los derechos sociales, de manera que se perciba a la Unión como una solución a los problemas diarios de los ciudadanos. Tras la reciente crisis del COVID 19, y en el contexto de la crisis energética derivada de guerra de Ucrania, se están percibiendo pasos en la buena dirección, sobre la base de la unión y la solidaridad. En esta ocasión, y a diferencia de la crisis económica del 2008, Europa ha sabido reaccionar unida para hacer frente a muchos retos de la economía global. Y es que son innumerables los rápidos avances que se están produciendo, incluso en ámbitos que, hasta la salida del Reino Unido, socio que siempre se había mantenido en posiciones de mera



cooperación en detrimento de la profundización en la integración, resultaban de difícil negociación¹⁷.

Sin embargo, la utilización del criterio de la nacionalidad como base de la conexión del ciudadano con la Unión Europea sigue siendo un factor importante para distanciar a la Unión de su ciudadanía, pues la nacionalidad sigue siendo competencia exclusiva de los Estados. Ello, además, supone discriminar a muchas personas residentes legalmente en el territorio de la Unión. Una posible solución jurídica, para abordar en un futuro próximo, consistiría en que fuera la propia Unión Europea la que determinara quiénes son ciudadanos europeos, desvinculándolo de la nacionalidad de los Estados miembros, de manera que la ciudadanía europea operase ad intra, y la nacionalidad, cuyos contornos quedarían inalterados, se proyectara ad extra.

III.- DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

En los orígenes de la UE, el derecho se encontraba vinculado al ejercicio de actividad económica o de

¹⁷ Ello es especialmente significativo en ámbitos como el de la defensa, tal y como apunta YANIZ VELASCO, F, en "La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE avanza" del boletín electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos 151/2020, de 26 de noviembre de 2020. Localizable en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIE_EEO151_2020FEDYAN_PCSD



trabajo; es decir, era una de las libertades necesarias para el propio funcionamiento del mercado interior. Una vez se regula como derecho de ciudadanía, se desgaja de la actividad económica o profesional, para pasar a formar parte del contenido esencial de los derechos de ciudadanía de la Unión, extendiéndose a los ciudadanos de la Unión, con independencia de que ejerzan actividad económica.

El artículo del 21.1 TFUE dispone: *"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"*.

La libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión se configura como una regla de oro que impone a los Estados miembros la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. En consecuencia, no cabe establecer ningún tipo de trato diferenciado en materia sanitaria, educativa, etc, entre los nacionales de un Estado, y el resto de ciudadanos europeos que residan en un Estado determinado, pues ello vendría a distorsionar esa libertad de circulación y residencia que forma parte del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la Unión. Y si bien, tal y como se extrae del propio artículo 21 del TFUE, cabe fijar límites, éstos no pueden determinar una discriminación por razón de nacionalidad, deben estar justificados en atención a la finalidad pretendida y han de resultar proporcionados¹⁸.

¹⁸ Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2015, B. Martens (Asunto C-359/13).



Además, la libre circulación y residencia se aplica igualmente a la familia del ciudadano de la UE, sean nacionales de Estados miembros o de terceros Estados.

Así se deduce del artículo 21 del TFUE que incluye un apartado segundo en el que se precisa que: *“Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado primero”*. Esos derechos son la libre circulación y residencia. Por tanto, en esta materia, el Consejo está facultado para recurrir a la vía de la codecisión (artículo 294 TFUE) para adoptar las medidas que considere convenientes. Sin embargo, se exige unanimidad respecto de medidas sobre seguridad social o protección social (artículo 21.3 TFUE).

Por su parte, el artículo 45 de la CDFUE, que se pronuncia en parecidos términos, añade un matiz importante respecto de los nacionales de terceros Estados, en su apartado segundo, al disponer: *“Podrá concederse libertad de circulación y residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”*.

Se puede concluir, por tanto, que la libertad de circulación y residencia es un aspecto básico del estatuto jurídico de ciudadanía de la Unión, imponiéndose de forma preceptiva en el Derecho primario de la Unión, aunque puede estar sujeta a límites que no impliquen discriminación por razón de nacionalidad y que resulten



proporcionados, mientras que dicha libertad *podrá* resultar extensible a los nacionales de terceros Estados, en los términos previstos en los Tratados.

IV.- LA REGULACIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBICION IMPUESTA A LOS ESTADOS MIEMBROS DE DIFICULTAR DICHA LIBERTAD

La regulación de la extensión de este derecho en el Derecho derivado de la Unión se encuentra recogida en 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, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

El artículo 6 de esta Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, establece un derecho de residencia libre por tres meses, con DNI o pasaporte, sin cumplir ningún requisito adicional. A continuación, en el artículo 7, se regula la residencia no permanente, por un periodo superior a tres meses, si el ciudadano es un trabajador, estudiante, o ciudadano con suficiencia de recursos para el periodo de residencia. En este caso, se contempla la posible obligación de registrarse en el Estado de acogida y de obtención de tarjeta de residencia. Finalmente, el artículo 16 de dicha Directiva establece, para los



ciudadanos europeos y sus familias, un derecho de residencia permanente cuando hayan residido en otro Estado durante un plazo continuado de cinco años.

El Estado de acogida no está obligado a conceder prestaciones de asistencia social, salvo a los que gozan de residencia permanente. En los demás supuestos, existe la carga de probar que la intención no era beneficiarse de esa ayuda¹⁹.

La expulsión del Estado de acogida sólo se puede producir, respecto de aquellos que tienen la residencia permanente, por motivos graves que atenten a la seguridad pública.

Finalmente, la libertad de circulación y residencia se termina de blindar con el reconocimiento expreso del veto a dificultar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia por parte del Estado de acogida. Y ello se reafirma con rotundidad por el TJUE, que refuerza este derecho, incluso, en supuestos dudosos en los que se entremezclaban elementos de identidad nacional. A colación de esta aseveración cabe citar el Asunto García Avelló (C-148/02), en el que el Tribunal de Justicia comunitario reforzó este derecho a la libre circulación, brindando una solución jurídica, que, si bien fue objeto de críticas por su alcance²⁰, en el iter evolutivo

¹⁹ Sentencia TJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto Dano, (C-333/13).

²⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿orden público europeo armonizador? (a propósito de las



de la jurisprudencia del hoy TJUE en las múltiples cuestiones prejudiciales²¹ que se le han planteado, se puede considerar un hito importante para reforzar el

SSTJCE, Asuntos K.B. y García Avelló)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004, páginas 507 a 529.

²¹ Cabe recordar que, de todas las categorías de asuntos de que puede conocer el TJUE, una de ellas son las *cuestiones prejudiciales*, que pueden plantear los tribunales nacionales cuando albergan dudas sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, en el marco de un procedimiento principal del que están conociendo. Ya se adelanta que todas las sentencias del TJUE que analizan en el presente trabajo responden a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales en relación con la libre circulación y residencia, abordando otros bienes jurídicos a proteger, como los derechos derivados reconocidos a familiares de ciudadanos de la Unión, y, en ciertos supuestos en los que están implicados menores de edad, el principio del superior interés del menor. Su regulación se contiene en el artículo 267 del TFUE. Las cuestiones prejudiciales son, en la práctica, la vía más común por la que se examinan por el TJUE actos y normas de los Estados que pudieran ser lesivos del Derecho de la Unión. Como destaca IGLESIAS SÁNCHEZ, S y ORÓ MARTÍNEZ, C "La cuestión prejudicial. Elementos esenciales de la jurisprudencia del TJUE" en *Derecho Procesal Europeo*, Editorial Iustel, primera edición, 2019, pág.157 y 158, la competencia del TJUE no se extiende a la aplicación del Derecho de la Unión a un caso determinado, aunque sí brinda al juez nacional que lo plantea todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que sean necesarios para la resolución del procedimiento principal. De igual forma, tampoco se va a pronunciar sobre la interpretación del Derecho nacional, labor que corresponde al juez nacional, que se ve auxiliado por el TJUE.



estatuto de ciudadanía de la Unión, y más indirectamente, los derechos de los menores de edad y su superior interés.

En el caso Avelló, aún sin descansar la argumentación del Tribunal en el interés superior del menor²², en la práctica se aseguró el mismo. En este asunto estaban implicados los hijos menores de un matrimonio entre un señor español (Sr.García Avelló) y una señora belga (Sra.Weber), ambos residentes en Bélgica, con dos hijos con la doble nacionalidad. Para el derecho belga, los hijos han de adoptar el apellido de su padre; por ello fueron inscritos con el nombre García Avelló. Según el derecho español, los padres pueden elegir el orden de los apellidos de los hijos, siendo habitual que el apellido del padre preceda al de la madre. Los padres, en la representación legal de sus hijos menores, solicitaron a las autoridades belgas el cambio del apellido García Avelló, por el de García Weber. Manifestaron, en esencia, que, si los niños llevaban el apellido García Avelló, podría dar origen a confusión en otro Estado miembro (España) y, además, podrían derivarse dificultades prácticas del hecho de que los hijos tuviesen efectivamente diferentes apellidos en Bélgica y en España. La solicitud fue

²² MARÍN CONSARNAU, D, "Familia, extranjería e interés superior del menor" dentro de la obra colectiva *el interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y español*, coordinada por SANZ CABALLERO, S, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 353, apunta a que, en relación a los supuestos de reagrupación familiar en el territorio de la Unión con menores de edad implicados, aunque existan situaciones en las que el interés del menor pueda resultar afectado, no siempre la argumentación del TJUE descansa de forma directa en el interés superior del menor.



denegada. El Tribunal de Justicia tenía que dilucidar si la denegación era contraria al Derecho comunitario, en particular a los principios relativos a la ciudadanía de la Unión Europea y a la libertad de circulación de los ciudadanos. El Tribunal argumentó que *"si bien, en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia (...) y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros"*.

Como se explicará, este es uno de los supuestos en los que el Tribunal, a la luz de los intereses en conflicto, acoge soluciones jurídicas que han sido objeto de críticas, pero que abordan el supuesto fáctico desde un punto de vista integral y causístico, reforzando el estatuto de ciudadanía de la Unión, en este caso de los menores de edad. Y si bien es cierto que en relación con los derechos de los menores de edad el Tribunal ha sido muy cauteloso a la hora de argumentar la base jurídica, haciéndolo descansar en la necesidad de proteger y no dificultar la libertad de circulación y no en el interés superior del menor, como se indicará, en otra fase evolutiva posterior sí se menciona éste como un aspecto más a proteger.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN Y



RESIDENCIA EN EL CASO DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN MENORES DE EDAD: LA INDIRECTA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Cabe partir de la observación de que cada vez son más los ciudadanos europeos y nacionales de terceros países que se mueven por el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia creado por los Tratados y desarrollado en diversas Directivas. Junto con los ciudadanos que circulan, existen otros ciudadanos europeos que no han ejercido esa libertad de circulación y residencia, permaneciendo en el Estado del que son nacionales, generando vínculos familiares con nacionales de terceros Estados. En estos segundos casos, en los que no concurre el elemento transfronterizo del movimiento a otros Estados, el Tribunal consideró, en una primera etapa de su jurisprudencia, que estos supuestos no quedaban cubiertos por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, y, por tanto, los familiares extracomunitarios no podían beneficiarse de los derechos reconocidos en la misma. Y ello es así porque la Directiva sólo se aplica a situaciones que impliquen movilidad intracomunitaria de los ciudadanos europeos y de sus familias.

Sin embargo, este tratamiento legal, que ateniéndose al contenido de la Directiva es jurídicamente correcto, podía originar situaciones inicuas y discriminatorias, al considerar como situaciones meramente domésticas de los Estados, a resolver según la normativa nacional de extranjería, cuestiones en las que están involucrados otros aspectos anexos al estatuto de ciudadanía de la Unión. Un primer interrogante que se plantea derivado de tal solución es si la familia extracomunitaria de un ciudadano europeo en movimiento ostenta más derechos



que la familia extracomunitaria de un ciudadano europeo estático que ha permanecido en el Estado del que es nacional.

La segunda etapa evolutiva en la jurisprudencia del TJUE se inicia con la trascendental sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE en el asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), el 8 de marzo de 2011. A pesar de estar ante un supuesto de ciudadano europeo estático, que precisamente por ser menor de corta edad no ejerció el derecho a la libre circulación y residencia a otro Estado miembro, el TJUE reconoce que, aún sin ser aplicable la Directiva 2004/38, el artículo 20 del TFUE se opone a que la legislación de un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en el Estado miembro en el que vive, cuando dicho nacional de un tercer Estado asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos europeos. De igual forma, también se opone a que se le deniegue el permiso de trabajo. Tales medidas, en efecto, privarían a dichos menores, *de facto*, del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano europeo.

En el asunto analizado por el TJUE era necesario determinar si el Derecho de la Unión proporcionaba o no al Sr. Ruiz Zambrano, nacional de Colombia, un derecho de residencia permanente con exención de permiso de trabajo, bien sobre la base del Derecho primario, esto es, a partir del TFUE, o bien sobre la base del Derecho derivado, interpretado a la luz de la sentencia Zhu y



Chen²³. Por otro lado, había que examinar si era posible aplicar o no el Derecho de la Unión en relación con un posible derecho de residencia de los menores de edad, ciudadanos de la Unión que, en este caso, nunca habían ejercido su derecho a la libre circulación por el territorio de la Unión (habían permanecido en Bélgica). La sentencia afirma, con toda rotundidad, que la vocación

²³ Asunto Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen (C-200/02) c. Secretary of State for the Home Department. En esta sentencia del TJCE, de 19 de octubre de 2004, se había sentado la doctrina de que cuando las disposiciones confieran a un menor de edad nacional de otro Estado miembro un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, por tiempo indefinido, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida (aunque la Directiva 2004/38/CE contemple únicamente como familiares beneficiarios a los ascendientes a cargo del ciudadano de la Unión y no al revés). Así pues, según esta jurisprudencia, la situación del progenitor no comunitario que se encarga del cuidado efectivo de un menor de edad nacional de un Estado miembro es especial, puesto que el menor tiene derecho a que dicho progenitor resida con él, lo que le conferirá un derecho de residencia por tiempo indefinido en otro Estado miembro. Esto en el supuesto, como ocurría en el caso analizado, de que el menor hubiera ejercitado la libertad de circulación. Y ello no en base al tenor literal de la citada Directiva, sino de la interpretación finalista del artículo 21 del TFUE en relación con la Directiva. Pero debe observarse que en el reconocimiento del derecho derivado de residencia al progenitor del menor no se alude al superior interés del menor, sino que es el derecho originario a libre circulación y residencia del menor ciudadano de la Unión el que cubre el derecho derivado de su familiar.



del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros²⁴.

Lo inédito de la solución jurídica estriba en el carácter europeo que se atribuyó al asunto, a pesar del carácter marcadamente doméstico que, en un principio, presentaba. En la respuesta, que la doctrina califica como excepcional²⁵, se tuvieron en cuenta otros elementos de valoración y ponderación para forzar el conocimiento por parte del TJUE²⁶. Por primera vez²⁷, el Tribunal se pronunció sobre un asunto en el que no concurría el elemento transfronterizo amparándose, no en la Directiva, que claramente no resultaba aplicable, sino en Derecho primario de la Unión; esto es, en el

²⁴ Ello se pronuncia en el numeral 41 de la sentencia. Esta misma afirmación se puso de manifiesto en los asuntos García Avelló, Zhu y Chen y en Rottmann.

²⁵ ESPINO GARCÍA, S, "La protección del estatuto de ciudadanía de la Unión en la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de los asuntos Rendón Marín (c-165/14), Chávez-Vílchez (c-133/15) y Toufik Lounes (c-165/16)" en *Revista de Derecho de la UNED*, nº 23, 2018, pág.742.

²⁶ ABARCA JUNCO, A P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M, "El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)* nº 23, 2012, pág. 16.

²⁷ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad..." op.cit. págs. 1334 y 1335.



estatuto de la ciudadanía de la Unión contenido en los tratados.

El efecto útil del artículo 20 del TFUE permite al TJUE avanzar en la interpretación del Derecho primario de la Unión, sin atenerse a la Directiva, pero sin abordar todavía el impacto de los derechos fundamentales. En este sentido, no se adentró en el debate y ponderación del interés superior del menor. La protección se desplegó, exclusivamente, en base al estatuto de ciudadanía de la Unión, si bien, indirectamente, se estaba protegiendo dicho interés.

La jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, evidencia que el espacio de interpretación del Derecho de la Unión se ha ido extendiendo. Así, por un lado, no queda limitado a cuestiones meramente económicas, pues se aplica a ciudadanos no activos económicamente (asunto C-413/99 Baumbast²⁸), y, por otro lado, se ha ido

²⁸ En este caso también, aunque fuera indirectamente, se respetó el derecho a la vida familiar. Así, en relación con las hijas menores de edad de un ciudadano de la Unión, de nacionalidad alemana, que trabajó en Reino Unido (trabajador migrante), se planteó si sus hijas podían continuar la escolaridad en Reino Unido a pesar de que el padre ya no residía en dicho Estado de acogida como trabajador, pues en ese momento ya no trabajaba en Reino Unido, que fue el Estado de acogida durante su época de trabajador migrante. El Tribunal, respecto del Sr. Baumbast, cuya residencia se cuestionaba, interpretó que, aunque no fuera ya como trabajador en Reino Unido, no sólo toda la familia residía allí sin haber generado gastos, pues contaban incluso con seguro médico en Alemania, sino que, en su condición de ciudadano



expandiendo a ciertos espacios que son competencia de los Estados miembros, como los apellidos (asunto C-148/02, García Avelló) o la pérdida de la nacionalidad y consiguiente apatridia (asunto C-135/08 Rottmann). La protección que despliega el Derecho de la Unión se va a extender, también, respecto de personas que son nacionales de un Estado miembro y permanecen en él, cuando las medidas nacionales puedan amenazar, potencialmente, el ejercicio de la libertad de circulación y residencia que, como derecho fundamental de la ciudadanía, conforma el núcleo o la esencia de su estatuto fundamental.

En el caso Ruiz Zambrano, el TJUE, incluso, dio un paso más, pues el plus de autonomía que se otorga a la ciudadanía europea en esta sentencia (en su relación con el Derecho de extranjería de los Estados miembros) es muy significativa y ha supuesto abrir nuevas vías para la tutela de los derechos de los menores de edad ciudadanos de la Unión.

Con posterioridad al asunto Ruiz Zambrano, el TJUE ha seguido dictando otras sentencias, en las que también se ven implicados menores de edad dependientes de sus progenitores extracomunitarios²⁹, si bien en ellas la

de la Unión, tenía derecho a la libre circulación y residencia. Por tanto, se vienen a incorporar los derechos de ciudadanía para él y su familia.

²⁹ Se reconoce el derecho derivado del nacional de un tercer Estado a residir en el Estado en miembro en el que venían residiendo de facto, a pesar de que el familiar comunitario no se había trasladado o movido del Estado miembro del que es nacional (STJUE de 12 de marzo de 2014, O y B, Asunto C-



aplicación de los artículos 20 y 21 del TFUE se efectúa con cautela, manteniendo que la Directiva 2004/38 sólo operará respecto a ciudadanos en movimiento, pero, eso sí, buscando el elemento que vincule el asunto concreto con el Derecho de la Unión.

El denominador común estriba en que los progenitores tienen asumido en exclusiva el cuidado de los niños. Además, no cuentan con medios propios para mantenerse, pues dependen de las ayudas sociales del Estado de acogida, encontrándose en riesgo de expulsión en caso de que no se les concediera una autorización de residencia³⁰.

Es cierto que, por definición, el TJUE no puede ampliar el ámbito del Derecho de la Unión vía interpretación, pero también es un hecho incontestable que el efecto útil de la ciudadanía europea se vería eliminado si un ciudadano europeo menor de edad tuviera que abandonar su hogar ante la negativa de los Estados de autorizar la residencia a su progenitor, nacional de un tercer Estado. Son los tribunales nacionales los que deben valorar si las

456/2012 y STJUE de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, Asunto C-133/15).

³⁰ Sentencia TJUE de 8 de noviembre de 2012, Asunto C-40/2011, sentencia TJUE de 6 de diciembre de 2012, Asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, y sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, Asunto C-86/12. Estas sentencias siguen la senda marcada por el hito que supuso la importante recaída en el asunto C-34/09, Ruiz Zambrano, toda vez que aplican el estatuto de ciudadano de la Unión Europea.



legislaciones nacionales brindan soluciones internas para remediar este tipo de situaciones³¹.

En cualquier caso, tanto la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989³², como el artículo 3.3 del TUE³³, como el artículo 24 de la Carta de los

³¹ Los tribunales nacionales deben examinar si las medidas nacionales producen o no ese efecto contrario al artículo 20, y, por ello, el Tribunal precisa entrar a valorar el papel que juegan los derechos fundamentales en esta doctrina (sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, Murat Dereci, Asunto C-256/11).

³² El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece: "1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* 2. *Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*".

³³ El artículo 3.3 del TUE menciona que la Unión fomentará "*la protección de los derechos del niño*". Por tanto, la protección de la infancia y la lucha contra la exclusión social, incluida la lucha contra la pobreza infantil, forman parte de los objetivos de la Unión Europea y de las estrategias y políticas que deben desplegar las instituciones de la Unión, amén de la tutela judicial que, en su caso, otorgue el TJUE. En este marco se deben entender las prioridades políticas de la Comisión actual que ha fijado la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von Der Leyen. Mencionó que la puesta en marcha de la Garantía



Derechos Fundamentales³⁴, obligan a ponderar el superior interés del menor. De hecho, tras la sentencia recaída en Ruiz Zambrano se produjeron movimientos normativos en los Estados miembros, que han ido

Infantil sería una prioridad en su mandato, con una propuesta planificada para 2021, habiendo diseñado una estrategia en materia de infancia, entre la que se encuentra la garantía infantil, que ha cristalizado en la Recomendación (UE) 2021/1004 del Consejo, de 14 de junio de 2021, por la que establece una garantía infantil europea. Ya antes, a la luz de las devastadoras consecuencias de la crisis económica del 2008 se había publicado la Recomendación C (2013) 778 final, de 20 de febrero de 2013 "Invertir en la infancia: romper el ciclo de desventajas".

³⁴ El artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: "1. *Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.* 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.* 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*". De este precepto se extraen tres principios básicos en materia de protección de infancia: 1) el derecho del niño a expresar su opinión libremente en función de su edad y de su madurez. 2) el derecho a que su interés constituya una consideración primordial en todos los actos que le afecten. 3) el derecho a mantener relaciones con su familia (progenitores) salvo que ello precisamente sea contrario a su interés.



adaptando las legislaciones internas a la doctrina de esta importante sentencia.

En el caso de la legislación española de extranjería, se ha contemplado una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, que permite regularizar este tipo de situaciones³⁵.

Mención especial merece la sentencia de 13 de septiembre de 2016, recaída en el asunto Rendón Marín C-165/14, un lustro después de Ruiz Zambrano, que viene a marcar otra tercera etapa evolutiva en la jurisprudencia del TJUE. Y es que el TJUE acepta en esta sentencia que se puedan establecer límites a los derechos derivados de residencia de los progenitores. No estamos, pues, ante un derecho incondicional. Eso sí, las limitaciones deben ser excepcionales y, ahora sí, el interés superior del menor cobra una especial relevancia³⁶. En este caso, la cuestión prejudicial la planteó el Tribunal Supremo español, en el contexto de un procedimiento de impugnación de una resolución de la Administración española por denegación de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Esta sentencia marca otro punto de inflexión en la jurisprudencia del TJUE, toda vez que

³⁵ Artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

³⁶ El principio del superior interés del menor, según el TJUE, no sólo es uno de los principios que informan el ordenamiento jurídico de la Unión, constituyendo el prisma desde el que interpretar sus disposiciones, sino que va más allá y supone asumir la primacía del interés del menor.



añade ingredientes nuevos a este variado abanico de soluciones jurisprudenciales en relación con la libre circulación y residencia cuando existen menores de edad implicados.

El Sr. Rendón Marín contaba con antecedentes penales y, en base a ello, se le denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. La impugnación judicial de tal decisión administrativa ante la Audiencia Nacional resultó infructuosa, lo que dio lugar a un recurso ante el Tribunal Supremo, que decidió suspender el curso del procedimiento principal para plantear una cuestión prejudicial al TJUE. El Tribunal Supremo español preguntaba al TJUE si era compatible con el Derecho de la Unión, y, concretamente con el artículo 20 del TFUE, interpretado según la doctrina de Zhu y Chen y de Ruiz Zambrano, una legislación nacional que excluía la posibilidad de otorgar ese permiso de residencia temporal excepcional a un progenitor de un menor ciudadano de la Unión que depende de aquél, por el hecho de que el progenitor tuviera antecedentes penales.

La cuestión de los menores dependientes de sus progenitores extracomunitarios ya había sido tratada y resuelta en Ruiz Zambrano, incluso sin haber existido el elemento dinámico del movimiento a otro Estado. La peculiaridad de este caso estriba en que la hija del Sr. Rendón Marín, también menor de edad, era de nacionalidad polaca y residente en España. Por ello, a priori, sí se cumplía el elemento del movimiento que exige la Directiva 2004/38. El TJUE, tras declarar que este asunto sí entra dentro del ámbito de conocimiento del TJUE por resultar afectado Derecho de la Unión,



reconoce que los Estados sí pueden denegar el derecho de residencia por motivos de orden público y seguridad pública, pero que ello no se puede realizar de forma automática e indiscriminada, sino que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso, valorando la situación de peligro real, actual y grave que para el orden público español puede generar el nacional de un tercer Estado que cuente con antecedentes penales, ponderándolo junto con otros bienes jurídicos protegibles, como el respeto a la vida privada y familiar del artículo 7 y los derechos reconocidos al menor en el artículo 24, ambos de la CDFUE.

El TJUE consideró que la legislación española sí vulneraba el Derecho de la Unión al impedir, de forma automática, por el mero hecho de tener antecedentes penales, obtener el permiso, sin que se hubiera analizado si el Sr. Rendón Marín, con su condena del 2005, representaba o no un problema grave y actual para el orden público español. Además de analizar el caso concreto, la solución que brinda el TJUE en este supuesto viene a consolidar el estatuto de ciudadanía de la Unión, que ya había anticipado en la STJUE recaída en Ruiz Zambrano, pero añadiendo otros elementos de valoración, como la consideración al principio de proporcionalidad y, sobre todo, incluyendo en su labor interpretativa los derechos fundamentales de la Carta.

Siguiendo la sistematización que realiza MARTÍNEZ ALARCÓN³⁷, para los casos en los que no concurre ese

³⁷ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad ..." op.cit. págs 1335 y siguientes.



elemento transfronterizo, en relación con las consecuencias jurídicas para el familiar extracomunitario cabe distinguir aquellos casos en los que existe una relación de dependencia, en los que, pese a no aplicarse el Derecho derivado de la Unión, no se deniega el derecho de residencia al ciudadano extracomunitario en base al efecto útil del estatuto de ciudadanía, de otros supuestos en los que tal relación de dependencia no existe, y, por ende, se deniega el derecho de residencia y circulación al ciudadano extracomunitario, incluso, aunque estemos ante un ciudadano europeo menor³⁸.

Pero, cabe preguntarse también cuándo el ciudadano europeo deja de estar en movimiento. En este sentido, cabe citar una interesante sentencia que se pronunció en relación con un supuesto en el que inicialmente sí se había ejercido la libertad de circulación, aunque después esa ciudadana europea ya adquirió la nacionalidad del Estado de acogida. Se trata de la sentencia de 14 de noviembre de 2017, Asunto C-165/16, Toufik Lounes.

La duda, en este caso de un tribunal británico, obedecía a que, una vez que la ciudadana europea (española) había adquirido de pleno derecho la nacionalidad del Estado de acogida (nacionalidad británica), ya no era un nacional de otro Estado miembro al uso en ejercicio de su libertad de circulación y residencia, sino que ya era británica, y, al eliminarse en el nacional comunitario el elemento dinámico del movimiento desde otro Estado miembro, podríamos estar ante un asunto meramente doméstico que se podría resolver en base a las normas

³⁸ Cabe citar, por ejemplo, la Sentencia de Gran Sala del TJUE, de 8 de mayo de 2018, K.A y otros, Asunto C-82/16.



de extranjería internas. El tribunal británico, que no estaba convencido de esta interpretación tan literal y restrictiva que se hizo desde la Administración británica, dado que la esposa del Sr Lounes seguía conservando la nacionalidad española y residiendo en Reino Unido, planteó la cuestión prejudicial.

El tribunal británico limitó la pregunta a la Directiva, pero, el TJUE, a la hora de contestar, y de cara a encauzar la solución jurídica que ofrece al caso planteado, esgrime una reiterada jurisprudencia como cuestión previa de carácter formal, que implica que a pesar de no haber sido invocado por el tribunal que lo plantea, el TJUE facilita *"todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto que conoce, con independencia de que el tribunal remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de la cuestión planteada"*. En base a ello, concluye que los interrogantes que se planteaban no sólo afectaban a la Directiva referida, sino también al artículo 21 del TFUE, apartado 1.

En los numerales 31 y siguientes de la sentencia, el TJUE analiza jurídicamente el asunto en relación con la jurisprudencia reiterada que se ha sentado sobre la Directiva 2004/38, pero también sobre la interpretación que se ha ofrecido por el TJUE al artículo 21.1 del TFUE en determinados casos en los que no resultaba de aplicación el concepto de "beneficiario" contenido en la Directiva.

En relación con la posible aplicación de la Directiva 2004/38 señala que ésta se aprobó para permitir el ejercicio del derecho individual a circular y residir



libremente en el territorio de los Estados miembros ex artículo 21 del TFUE. Destaca, igualmente, que, entre los objetivos de la Directiva, se encuentra el que este derecho pueda ser disfrutado en condiciones de dignidad y, por ello, debe serle reconocido a los familiares no nacionales de un Estado miembro, eso sí, no como derecho propio de los nacionales de terceros Estados, sino como un derecho derivado del ciudadano de la UE. Ahora bien, también recuerda que el ámbito de la Directiva está limitado sólo a aquellos ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro que se trasladan o residen en un territorio UE distinto al del Estado Miembro del que son nacionales. Poniendo en relación esa doctrina con el asunto concreto, el TJUE concluye que es un hecho objetivo e incontestable que la Sra Ormazabal adquirió la nacionalidad británica, y esa condición le excluye del paraguas normativo de la Directiva; esto es, no podría resultar beneficiaria en los términos del artículo 3 de dicha Directiva. Pero, si bien el TJUE descarta que la situación jurídica del matrimonio pudiera recibir una respuesta positiva desde el ámbito del Derecho derivado que representa la Directiva, interpreta la situación jurídica individualizada directamente a la luz del Derecho primario; esto es, del artículo 21 del TFUE.

Para ello, comienza en el numeral 46 citando otras sentencias recientes en las que, excepcionalmente, se había reconocido el derecho derivado del nacional de un tercer Estado a residir en el Estado en miembro en el que venían residiendo de facto, a pesar de que el familiar comunitario no se había trasladado o movido del Estado miembro del que es nacional (STJUE de 12 de marzo de 2014, O y B, C-456/2012 y STJUE de 10 de mayo de



2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15³⁹). Partiendo de esos antecedentes, supuestos no exactamente idénticos porque en aquellos casos estábamos ante ciudadanos UE menores de edad dependientes de sus padres nacionales de terceros Estados, en los que se ponderaron otros elementos, el TJUE colige que en este caso sí existió inicialmente un ejercicio de la libre circulación y residencia al amparo de la normativa comunitaria, cuando la Sra Ormazabal abandona España para residir en Reino Unido. Por ello, apartándose de la interpretación que hacía el Gobierno británico que entendía que se trataba de un asunto puramente doméstico, sienta las bases para identificar un vínculo con el Derecho de la Unión Europea, y, a partir de ahí, afirmar que era nacional de dos Estados miembros. Así, en su condición de ciudadana de la Unión Europea, ejerció su derecho a la libre circulación y residencia en un Estado miembro distinto al Estado miembro de origen (artículo 21 TFUE). Igualmente, interpreta que, dentro del contenido de ese derecho, se encontraría el derecho a llevar una vida normal en el Estado miembro de acogida, pues lo contrario sería eliminar el efecto útil del mencionado artículo y, haciendo suyas algunas de las conclusiones del Abogado General, asume que ello iría en contra de la lógica *"de integración progresiva que pretende favorecer la citada disposición"*.

Es decir, no coinciden Estado miembro de nacionalidad de origen y Estado miembro de residencia, por lo que, de alguna manera, concurre el elemento transfronterizo comunitario y, en base a ello, considera que no es sólo un mero asunto interno que se pudiera resolver

³⁹ Véase cita nº 29 de este trabajo.



conforme a las normas internas de extranjería, sino que este supuesto merecía una respuesta positiva y favorable a los intereses del Sr. Lounes. Y es que, aunque no entrara dentro del ámbito de acción de la Directiva, sí entra dentro del contenido esencial del derecho del artículo 21 del TFUE.

Finalmente, cabe destacar cómo, tangencialmente, esgrime argumentos que tienen que ver con el derecho de igualdad, pues interpreta que, una solución contraria generaría una situación de peor derecho para todos aquellos que, habiendo ejercido el mismo derecho a la libre circulación y residencia, se hubieran integrado más en el país de acogida, adquiriendo otra nacionalidad, lo cual no responde a la lógica de la pretensión de una mayor integración.

La solución planteada por el TJUE, partiendo de una interpretación y aplicación del artículo 21.1 del TFUE, al igual que en el caso de los menores ciudadanos de la Unión dependientes de sus progenitores extracomunitarios, ha constituido un avance más en la delimitación del estatuto del ciudadano de la Unión Europea, al consumir una interpretación amplia, en la que el tribunal fuerza la identificación del vínculo con el Derecho de la Unión Europea para poder ofrecer una respuesta más acorde a la pretensión o vocación del estatuto de la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. De esta forma, va más allá de la literalidad de la Directiva, y vía jurisprudencial, consolida la línea de aplicación directa de la libertad de circulación y residencia ex artículo 21 del TFUE (Derecho primario), ponderando otros elementos, que, incluso, entroncan



con derechos reconocidos como derechos fundamentales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: La dignidad humana (artículo 1), respeto a la vida privada y familiar (artículo 7), e igualdad (artículos 20 y 21).

De todo ello, se podría concluir que se ha sentado una nueva línea jurisprudencial por virtud de la cual esas libertades deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales de la Carta.

VI.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO BASE JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL CASO DE MENORES NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

Cabe referirse ahora al supuesto opuesto a los analizados hasta ahora: menores de edad nacionales de terceros Estados.

La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar, tiene por objeto fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho de reagrupación familiar respecto de los familiares de los nacionales de terceros Estados que residen legalmente en el territorio de la Unión. Esta Directiva, que no se aplica a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión, impone, en virtud de su artículo 5.5, que cuando el menor es nacional de un tercer Estado, tiene que velarse por su superior interés en el examen de las solicitudes de reagrupación familiar.

Partiendo de que la Convención de los Derechos del Niño asume el principio de respeto a la vida familiar en la convicción de que el crecimiento del menor en el seno de una familia resulta básico para el pleno y armonioso



desarrollo de la personalidad del niño, el entonces TJCE, en sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento c. Consejo, Asunto C-540/03, declaró que la Directiva no podía ser interpretada ni aplicada de modo que se violen los derechos fundamentales previstos en los artículos 7 y 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Por tanto, se puede como comprobar, tal y como ha apuntado la doctrina⁴⁰, cómo, ya antes del Tratado de Lisboa, el Tribunal invocaba los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Pero el TJUE ha tenido ocasión de referirse expresamente al interés superior del menor, como base jurídica a considerar, en supuestos de reagrupación familiar en los que se ven inmersos menores de edad. En la sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, O. y S. c. Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c.L. (Asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11) declaró, en los numerales 79 a 81:

"Es cierto que los artículos 7 y 24 de la Carta, pese a que hacen hincapié en la importancia que tiene para los niños la vida familiar, no pueden interpretarse en el sentido de que priven a los Estados miembros del margen de apreciación de que disponen al examinar las solicitudes de reagrupación familiar (...). No obstante, al realizar el examen y al determinar, en particular, si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1 de la Directiva, 2003/86, las disposiciones de dicha Directiva deben interpretarse y aplicarse a la luz de los artículos 7 y 24 apartados 2 y 3 de la Carta, como resulta además de los términos del segundo considerando, y del artículo 5 apartado 5 de dicha Directiva, que obligan a los Estados miembros a

⁴⁰ Véase cita nº 8 del presente trabajo.



examinar las solicitudes de reagrupación de que se trate en interés de los menores afectados y procurando favorecer la vida familiar.

Incumbe a las autoridades nacionales competentes, al aplicar la Directiva 2003/86 y al examinar las solicitudes de reagrupación familiar, proceder a una apreciación equilibrada y razonable de todos los intereses en juego, teniendo en cuenta especialmente los de los menores afectados”.

El superior interés del menor también ha sido considerado de forma muy especial por la jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Y es que en esta Directiva se considera como personas especialmente vulnerables a los menores extranjeros no acompañados. Pero, además, en su artículo 5 ⁴¹, se menciona expresamente

⁴¹ El artículo 5 de la Directiva 2008/115, titulado “No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud”, es del siguiente tenor: “Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,
- b) la vida familiar,



el interés superior del menor como principio a ponderar especialmente en estos casos.

En una reciente sentencia dictada por el TJUE, de 14 de enero de 2021, en relación con la Directiva 2008/115, recaída en el Asunto C-441/19, se resuelve en favor de un menor no acompañado de 15 años, de nacionalidad guineana.

Los antecedentes del caso se describen en los numerales 21 y siguientes de la sentencia, donde se expone que TQ, menor no acompañado, entró en los Países Bajos en una fecha indeterminada, donde fue objeto de trata de seres humanos. En junio de 2017, cuando contaba con 15 años cumplidos, presentó una solicitud de permiso de residencia por tiempo determinado, que resultó denegada, sin que le fuera concedida la paralización de la expulsión por razones médicas. Ante el órgano jurisdiccional remitente, TQ alegó que no sabía dónde residen sus padres y que, a su vuelta, tampoco sería capaz de reconocerlos. Sostuvo que no conocía a ningún otro miembro de su familia y que ni siquiera sabía si existirían. Adujo que no podía volver a su país de origen porque no había vivido ni conocía a nadie allí, y que no hablaba el idioma de dicho país. TQ declaró que, para él, su familia era la familia de acogida con la que vivía en los Países Bajos.

-
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,

y respetarán el principio de no devolución”.



El órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas en cuanto a la conformidad con el Derecho de la Unión de la distinción realizada por la normativa neerlandesa entre los menores no acompañados que tengan más de 15 años y aquellos que tengan menos de 15 años. A este respecto, dicho órgano jurisdiccional se refería al concepto de "interés superior del niño", recogido en el artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115 y en el artículo 24 de la Carta.

En su contestación a las cuestiones planteadas, el TJUE emite la siguiente doctrina en los numerales 41 y siguientes:

"A este respecto, procede recordar que, según el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 de dicho artículo.

*Esta Directiva contiene normas específicas aplicables a determinadas categorías de personas, entre las que se encuentran **los menores no acompañados**, que, como se desprende del artículo 3, punto 9, de la Directiva 2008/115, **pertenecen a la categoría de «personas vulnerables»**. (...) **al aplicar dicha Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el «interés superior del niño»**. Por lo tanto, un menor no acompañado no puede ser tratado sistemáticamente como un adulto.*

*El citado artículo 5, letra a), tiene por efecto que, **cuando un Estado miembro pretenda dictar una***



decisión de retorno contra un menor no acompañado, con arreglo a la Directiva 2008/115, debe tener necesariamente en cuenta, en todas las fases del procedimiento, el interés superior del niño. Asimismo, el artículo 24, (...) en relación con el artículo 51, apartado 1, de la Carta, afirma el carácter fundamental de los derechos del niño, incluso en el marco del retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en un Estado miembro. (...)

*En virtud de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con su artículo 5, letra a), y con el artículo 24, apartado 2, de la Carta, **debe interpretarse en el sentido de que, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. En este contexto, dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado (...).***

Un Estado miembro no puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente en función del criterio de su edad para comprobar si existe una acogida adecuada en el Estado de retorno. (...)

En el presente caso, Países Bajos, sin haberse cerciorado de la buena acogida en el Estado de retorno, tan sólo porque el menor tenía 15 años cumplidos, se acordó dicho retorno. Pero, después, y siendo ya irregular la



residencia, se estaba tolerando “de facto” que residiera irregularmente hasta que cumpliera los 18 años.

El TJUE concluye, que, al amparo de dicha Directiva, los Estados miembros, a la hora de adoptar normas o actos que apliquen dicha Directiva, deben ser respetuosos con el principio del superior interés del menor, en especial respecto del colectivo de menores no acompañados (MENA), fijando tres principios fundamentales:

1.- Antes de adoptar una resolución administrativa de retorno, los Estados se asegurarán de que el menor tenga una acogida adecuada en el Estado de retorno, para lo cual se llevará a cabo una investigación exhaustiva. Por tanto, de la doctrina del TJUE hay que extraer que, en caso contrario, deberían integrarse dentro del sistema público de protección de menores del correspondiente Estado miembro.

2.- Esa investigación del entorno del menor se debe extender a cualquier menor; esto es, no se pueden establecer diferencias en base, exclusivamente, a la edad del menor. Y es que, si bien la edad es un dato más para valorar el retorno, el interés superior del niño prima y esa evaluación debe ser caso a caso.

3.- La investigación sobre la adecuada acogida del menor en el país de retorno se debe extender a todas las fases del procedimiento. Por tanto, si una vez adoptada la decisión de retorno, no se puede



asegurar esa adecuada acogida, no se consumará la expulsión. De igual forma, si se ha acordado el retorno y se ha garantizado esa adecuada acogida, no cabe dejar “latente” la resolución hasta que el menor alcance los 18 años. La inseguridad jurídica que entraña esa situación de tolerancia de la situación irregular hasta la mayoría de edad, dejando a los niños más mayores en un limbo jurídico, no es acorde al superior interés del menor.

Con esta sentencia el TJUE termina de consolidar la interpretación de las Directivas a la luz de los derechos fundamentales de la Carta y, en especial, en relación con los menores, tanto ciudadanos de la Unión, como nacionales de terceros Estados.

VII.- CONCLUSIONES

1.- El estatuto jurídico de la ciudadanía europea ha contribuido a la construcción del sentimiento identitario europeo, como paso previo a una unión política, aunque las dificultades de este proceso han sido y siguen siendo muchas. Para avanzar en la senda de la construcción de la Europa de los ciudadanos y de una mayor unión política resulta necesario seguir potenciando el pilar de los derechos sociales, de manera que se perciba a la Unión como una solución a los problemas diarios de los ciudadanos. Sin embargo, la utilización del criterio de la nacionalidad como base de la conexión del ciudadano con la Unión sigue siendo un factor importante para distanciar a la Unión de la ciudadanía, pues la nacionalidad sigue siendo competencia exclusiva de los Estados. Ello, además, supone discriminar a muchas



personas residentes legalmente en el territorio de la Unión. Por ello, una posible solución jurídica, para abordar en un futuro próximo, consistiría en que fuera la propia Unión Europea la que determinara quiénes son ciudadanos europeos, desvinculándolo de la nacionalidad de los Estados miembros. De esta manera, la ciudadanía europea operaría ad intra, y la nacionalidad, cuyos contornos quedarían inalterados, se proyectaría ad extra.

2.- La libertad de circulación y residencia, regulada en el artículo 21 del TFUE, es un aspecto básico del estatuto jurídico de ciudadanía de la Unión, imponiéndose de forma preceptiva en el Derecho primario de la Unión, aunque puede estar sujeto a límites que no impliquen discriminación por razón de nacionalidad y que resulten proporcionados. Dicha libertad *podrá* resultar extensible a los nacionales de terceros Estados, en los términos del Tratados.

3.- La regulación de la extensión de este derecho en el Derecho derivado de la Unión se encuentra contemplada en 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. Esta libertad de circulación y residencia se termina de blindar con el reconocimiento expreso del veto a dificultar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el Estado de acogida. Ello se reafirma con rotundidad por el TJUE, que refuerza este derecho, incluso, en supuestos dudosos en los que se entremezclan elementos de identidad nacional, como sucedía el Asunto García Avelló (C-148/02).



4.-En el análisis de la evolución jurisprudencial de dicho Tribunal sobre la libertad de circulación y residencia, en una primera etapa, se estaba a la aplicación estricta de los requisitos del Derecho derivado; esto es, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril. Por tanto, resultaba preceptivo cumplir el elemento transfronterizo del movimiento del ciudadano de la Unión. Sin cumplir el requisito del movimiento a otro Estado miembro, no se desplegaban los efectos inherentes a la ciudadanía europea y, en consecuencia, los asuntos vendrían a ser una mera cuestión doméstica regulada por las normas de extranjería. En una segunda etapa, iniciada con la trascendental sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE en el asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), el 8 de marzo de 2011, a pesar de estar ante un supuesto de ciudadano europeo estático, que precisamente por ser menor de corta edad no ejerció el derecho a la libre circulación y residencia a otro Estado miembro, el TJUE reconoce que, aún sin ser aplicable la Directiva 2004/38, el artículo 20 del TFUE se opone a que la legislación de un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en el Estado miembro en el que vive, cuando dicho nacional de un tercer Estado asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos europeos. De igual forma, también se opone a que se le deniegue el permiso de trabajo. Tales medidas, en efecto, privarían a dichos menores, *de facto*, del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano europeo. El TJUE, con base en el efecto útil del artículo 20 del TFUE, profundiza en la interpretación del Derecho primario de la Unión, sin atenerse a la Directiva, pero sin acometer todavía muy claramente el impacto de los derechos



fundamentales. En este sentido, no se adentró todavía en la ponderación del interés superior del menor. En la sentencia de 13 de septiembre de 2016, recaída en el asunto Rendón Marín C-165/14, que viene a marcar otra tercera etapa evolutiva en la jurisprudencia del TJUE, se acepta que se puedan establecer límites a los derechos derivados de residencia de los progenitores. No estamos, pues, ante un derecho incondicional. No obstante, las limitaciones deben ser excepcionales y, ahora sí, el interés superior del menor cobra una especial relevancia.

5.- En cualquier caso, tanto la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el artículo 3.3 del TUE, como el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, obligan a ponderar el superior interés del menor. De hecho, tras la sentencia recaída en Ruiz Zambrano se produjeron movimientos normativos en los Estados miembros, que han ido adaptando las legislaciones internas a esta doctrina. En el caso de la legislación española de extranjería se ha contemplado una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, que permite regularizar este tipo de situaciones.

6.- El TJUE ya va más allá de la literalidad de la Directiva, y vía jurisprudencial, consolida la línea de la interpretación finalista, mediante la aplicación directa de la libertad de circulación y residencia ex artículo 21 del TFUE (Derecho primario), ponderando otros elementos. Sucede lo mismo en el Asunto C-165/16, Toufik Lounes, en sentencia de 14 de noviembre de 2017, en el que se entronca la interpretación del Derecho primario (artículo 21 TFUE) con derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: La



dignidad humana (artículo 1), respeto a la vida privada y familiar (artículo 7), e igualdad (artículos 20 y 21).

7.- De todo lo expuesto, se podría concluir que se ha sentado una nueva línea jurisprudencial en virtud de la cual las libertades de circulación y residencia deben ser interpretadas, no sólo en base a los artículos del TFUE en los que se recoge el estatuto de ciudadanía europea, sino también a la luz de los derechos fundamentales de la Carta. Esta conclusión se hace todavía más visible en relación con la ponderación del interés superior del menor, recogido en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En una reciente sentencia en relación con un menor no acompañado, recaída en la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, se hace más visible aún esta línea interpretativa. En esta sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2021, un menor extranjero no acompañado de 15 años, que fue objeto de una decisión de retorno en Países Bajos sin que se comprobase que dicho menor tuviera una adecuada acogida en su Estado de retorno, el Tribunal consideró que dicha decisión administrativa resultaba contraria a la Directiva a aplicar, tal y como debería ser interpretada en virtud del artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por tanto, la medida se consideró contraria al superior interés del menor, que, como principio general del Derecho de la Unión, debe ser observado en todos los actos que afecten a menores de edad.



8.- La interpretación de las Directivas tomando en consideración los derechos fundamentales de la Carta se hace especialmente necesaria en relación con los menores, tanto ciudadanos de la Unión, como nacionales de terceros Estados, pues el superior interés de todos ellos siempre ha de ser observado en todas las normas, actos y fases de los procedimientos.

Bibliografía

ABARCA JUNCO, A P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M, "El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI) nº 23, 2012.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española" en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15- segundo semestre 2008.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I, "Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol.9, nº2.

CALVO HORNERO, A, "El mercado único" en *Fundamentos de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2019.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D, "El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la UE" en *Revista de Jurisprudencia*, julio 2017.



ESPINO GARCÍA, S, "La protección del estatuto de ciudadanía de la Unión en la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de los asuntos Rendón Marín (c-165/14), Chávez-Vílchez (c-133/15) y Toufik Lounes (c-165/16)" en *Revista de Derecho de la UNED*, nº 23, 2018.

FUENTETAJA PASTOR, J, "El proceso de integración europea" en *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S y ORÓ MARTÍNEZ, C "La cuestión prejudicial. Elementos esenciales de la jurisprudencia del TJUE" en *Derecho Procesal Europeo*, Editorial Iustel, primera edición, 2019.

LINDE PANIAGUA, E, "Las Administraciones públicas y los ciudadanos" *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Colex, Madrid, 2014.

LINDE PANIAGUA, E, "Naturaleza y caracteres de la Unión Europea" en *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, editorial Colex, Madrid, 2012.

LINDE PANIAGUA, E, "Estado social y democrático de derecho y cláusula de transformación: marco y objetivos del intervencionismo público en la economía" en *Derecho Administrativo Económico*, UNED, Madrid, 1980.

LÓPEZ GARRIDO, D, "La silenciosa constitucionalización de la Unión Europea" *Revista de las Cortes Generales* nº 109, segundo semestre, 2020.

MANGAS MARTÍN, A, y LIÑÁN NOGUERAS, D, "El estatuto de la ciudadanía de la Unión" en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, novena edición, 2016.



MARÍN CONSARNAU, D, "Familia, extranjería e interés superior del menor" dentro de la obra colectiva *el interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, coordinada por SANZ CABALLERO, S, Aranzadi, Pamplona, 2017.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad de circulación y residencia" en *la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, coord. LÓPEZ CASTILLO, A. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avelló)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004.

VIÑUALES FERREIRO, S "La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea" en *Derecho de la Unión Europea*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

YANIZ VELASCO, F, "La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE avanza" del *boletín electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos* 151/2020, de 26 de noviembre de 2020.

Consultas internet

Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Gabilex Nº 6 Junio 2016, pág.6, localizable en www.gabilex.jccm.es

Gabilex

Nº 31

Septiembre 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha