

La protección de los derechos fundamentales del ciudadano europeo en tránsito. ¿Cuestión interna o comunitaria?

Juan Ignacio Ugartemendía

Facultad de Derecho
Universidad del País Vasco

Daniel Sarmiento

Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

*Abstract**

¿Cuál es el sistema de Derechos Fundamentales (DF) que protege al ciudadano europeo (art. 17 TCE) cuando se encuentra en un Estado miembro (del que no es nacional) por estar ejerciendo una libertad de circulación reconocida en el TCE? ¿El sistema nacional o de los DF nacionales o el sistema comunitario o de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE)? Como es sabido, todo Estado miembro está comunitariamente obligado a respetar los DFUE cada vez que desarrolle una actividad que entre en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Sobre esta base, es posible afirmar que el ciudadano europeo en tránsito está protegido por los DFUE frente al Estado de acogida, al menos, siempre que dicho Estado incida sobre su esfera personal actuando en aplicación de Derecho comunitario o derogando o restringiendo las libertades fundamentales que éste le reconoce. Pero la cuestión que aquí interesa es si, más allá de este ámbito de tutela, los DFUE protegen al ciudadano ante el Estado de acogida frente a actos estatales que ni aplican ni derogan Derecho comunitario. Dicho de otra manera, la pregunta puede formularse en el sentido de ¿hasta qué punto el mero hecho de ser ciudadano europeo en ejercicio de las libertades de circulación y residencia es razón suficiente para que esté protegido por los DFUE, incluso frente a medidas estatales que, de no ser porque afectan al moving European citizen, caen fuera del radio de acción del Derecho comunitario?

Which fundamental rights' system protects an European citizen who is in a different Member State from his/her nationality's as a result of exercising the freedom of movement as guaranteed by the Treaty of the European Communities?. National system, i.e. the system guaranteeing national fundamental rights or Community system, i.e. the fundamental rights system of the European Union?. As it is known, every Member State is bound by EC Law to respect the EU Fundamental Rights in every action and measure taken within the field of Community Law. Taking into account this, it can be said that an itinerant European citizen is to be protected by the EU fundamental rights vis-à-vis the host Member State, at least, if that State affects the personal sphere of the citizen by the application of EC Law or by the derogation or restriction of the fundamental rights acknowledged by Community law. But beyond the aforementioned sphere of protection, the issue that we would like to focus at is whether EU fundamental rights protect a citizen vis-à-vis the host Member State when the latter does not apply or derogates from EC Law. In other words, the question that arises is to what extent the mere fact of being an European citizen exercising the freedoms of movement and residence is enough condition to be protected by the EU fundamental rights, even vis-à-vis State measures that, apart from the fact to affect of an itinerant European citizen, fell outside the field of Community Law.

Title: Fundamental Rights of Itinerant European Citizens in the EU. A Domestic or a Community Issue?

Keywords: Fundamental Rights, European Union Fundamental Rights, Fundamental Freedoms, Freedom of movement and residence, Field of application of Community Law, European Citizenship, Itinerant European citizen, Principle of non discrimination

Palabras clave: Derechos Fundamentales, Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Libertades fundamentales, Libre circulación y residencia, Ámbito de aplicación del Derecho comunitario, Ciudadanía europea, Ciudadano europeo en tránsito, Principio de no discriminación y residencia.

* Este trabajo, que fue presentado en el Curso de Verano de la UPV/EHU dedicado al tema del "Vigente régimen jurídico de la Inmigración", celebrado en Donostia entre los días 9 y 11 de julio de 2007 bajo la dirección de la profesora Juana Goizueta y del profesor Jokin Alberdi, ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "La protección de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea" (EHU 06/43) dirigido por Juan Ignacio Ugartemendia.

Sumario

1. Planteamiento
2. La protección del ciudadano europeo en tránsito en atención a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad
 - 2.1. La conexión entre el art. 12 TCE y las libertades de circulación como fuente autónoma de derechos
 - 2.2. La conexión entre el art. 12 TCE y el ciudadano europeo (art. 17 TCE) que ejerce la libre circulación y residencia (art. 18 TCE)
 - 2.3. El ejercicio de la libertad de circulación y residencia como fundamento de la protección de los DF del ciudadano europeo aun en casos en los que el principio del art. 12 TCE juega un papel débil (o residual)
 - 2.4. El ejercicio de las libertades de circulación como fuente de protección de los DF del ciudadano europeo frente a su propio Estado
3. El efecto directo del derecho a la libre circulación y residencia del art. 18.1 y la protección de los DF de quien lo ejerce
 - 3.1. El efecto directo del derecho a la libre circulación y residencia del art. 18.1 TCE y los DFUE como límites a las restricciones estatales de ese derecho.
 - 3.2. Los DFUE como límites a las restricciones estatales de los DF del ciudadano que ejerce la libre circulación y residencia
4. Algunas reflexiones conclusivas
5. Bibliografía
6. Tabla de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

1. Planteamiento

¿Cuál es el sistema de Derechos Fundamentales (DF) que protege al ciudadano europeo (art. 17 TCE) cuando se encuentra en un Estado miembro (del que no es nacional) por estar ejerciendo una libertad de circulación reconocida en el TCE? ¿El sistema nacional o de los DF nacionales o el sistema comunitario o de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE)?

Como es sabido, todo Estado miembro está comunitariamente obligado a respetar los DFUE cada vez que desarrolle una actividad que entre en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. De forma más concreta, y según ha venido estableciendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), desde finales de los años ochenta del siglo pasado, los Estados están obligados a adecuar sus medidas o actuaciones a los DFUE: (a) siempre que actúen ejecutando o implementando Derecho Comunitario (jurisprudencia *WACHAUF*)¹; o (b) cuando adopten medidas (permitidas por el Derecho comunitario) que deroguen o restrinjan las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado (jurisprudencia *ERT*, *FAMILIAPRESS*, etc.)². Sobre esta base, es posible afirmar que el ciudadano europeo en tránsito está protegido por los DFUE frente al Estado de acogida, al menos, siempre que dicho Estado incida sobre su esfera personal actuando en aplicación de Derecho comunitario o derogando o restringiendo las libertades fundamentales que éste le reconoce. Pero la cuestión que aquí interesa es si, más allá de este ámbito de tutela, los DFUE protegen al ciudadano ante el Estado de acogida frente a actos estatales que ni aplican ni derogan Derecho comunitario. Dicho de otra manera, la pregunta puede formularse en el sentido de ¿hasta qué punto el mero hecho de ser ciudadano europeo en ejercicio de las libertades de circulación y residencia es razón suficiente para que esté protegido por los DFUE, incluso frente a medidas estatales que, de no ser porque afectan al *moving (itinerant) European citizen*, caen fuera del radio de acción del Derecho comunitario?

La primera aproximación que sugiere el tema es que una cosa es la protección de las libertades de circulación y residencia del ciudadano europeo, y otra la protección de los DF de ese *moving european citizen*, en el sentido de que la restricción o limitación de los mismos, aunque afecte al ciudadano europeo en tránsito, no tiene por qué afectar, en relación de consecuencia, al ejercicio de aquellas libertades (ello puede ocurrir cuando la restricción de aquellos implique la obstaculización de éstas, esto es, *ratione materiae*, pero no por el hecho de afectar al ciudadano, es decir, *ratione personae*). En consecuencia, la protección de esos derechos es una cuestión interna,

¹ Sentencia TJCE *Wachauf* (STJCE C-5/88, de 13 de julio de 1989, pp. 2609 y ss, apdo. 19), confirmada y desarrollada por sucesiva jurisprudencia (entre otras SSTJCE: *The queen vs. Maff, ex parte D.C. Bostock*, C-2/92, de 24 de marzo de 1994, apdo. 16; *F. DUFF y otros*, C-63/93, de 15 de noviembre de 1996, apdo. 29; *Karlsson*, C-292/97, de 13 de abril de 2000, apdo. 37; *E.O. FLEMMER*, asuntos acumulados 80 y 82/99, de 9 de octubre de 2001, apdo. 59; *A. Rodríguez Caballero*, C-442/00, de 12 de diciembre de 2002, apdo. 30; también cuando actúe implementando directivas: *Booker Aquaculture*, asuntos acumulados 20 y 64/00, de 10 de julio de 2003, apdo. 88); o cuando realiza la "interpretación conforme: *Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, de 8 de octubre de 1987, apdo. 13; véase también el asunto *Procura della Repubblica*, asuntos acumulados 74 y 129/95, de 12 de diciembre de 1996, apdo. 24; de forma más reciente en el asunto *K. Gronggaard*, C-384/02, de 22 de noviembre de 2005, apdo. 30.; etc.

² SSTJCE: *ERT*, C-260/89, de 18 de junio de 1991, pp. 2925 y ss., apdos. 43 y 44; *Familiapress*, C-368/95, de 26 de junio de 1997, pp. 3689 y ss., apdo. 24; *Schmidberger*, C-112/00, de 12 de junio de 2003, apdo. 78.

ajena al sistema de los DFUE. Ésta ha sido, hasta hace poco, la posición mantenida por el TJCE, la posición que, por citar un ejemplo manido, vino a sostener dicho Tribunal en el asunto *Konstantinidis* (1993)³, cuando declinó aplicar al caso la línea argumental del Abogado General Jacobs relativa a que un nacional comunitario que se encuentra en otro Estado miembro debe estar protegido por los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario por el hecho de ser un *ciudadano europeo*⁴. Esa posición refleja, en realidad, la ausencia de una conexión (al menos directa) entre la Ciudadanía Europea y los DFUE, lo cual es lógico teniendo en cuenta que la creación de la misma y el del reconocimiento del derecho a la libre circulación y residencia como derecho asociado a la misma no se produce hasta la entrada en vigor del TUE (1993)⁵. No obstante, y aunque el Tratado tampoco establece esa conexión, a los diez años de la entrada en vigor del mismo es posible constatar como el TJCE está desarrollando una jurisprudencia de la que se deduce que el ciudadano europeo en tránsito viene a estar protegido, frente al Estado de acogida, por, al menos, algunos DFUE (aunque la medida estatal que afecte al mismo y enerve su tutela no sea de aplicación o de derogación del Derecho comunitario, esto es, con directa incidencia sobre las libertades comunitarias).

El hecho es que el Tribunal va a entrar a proteger DF del ciudadano que ejerce las libertades de circulación (sean las ligadas al desempeño de una actividad económica –arts. 39.3, 46 y 55 del TCE-, o sea, especialmente, la libre circulación y residencia del art. 18 TCE) frente a las actuaciones del Estado de acogida que afectan a los mismos, aunque esas medidas no afecten directamente a las citadas libertades o, dicho de otra manera, incidan en situaciones subjetivas de competencia puramente interna solo ligadas a las mismas en razón del individuo/*ciudadano europeo* que las ejerce. En efecto, el TJCE va a ir desarrollando una jurisprudencia que entra a proteger al ciudadano europeo en tránsito (también) en una serie de situaciones jurídicas

³ STJCE *Konstantinidis*, C-168/91, de 30 de marzo de 1993, pp. 1191 y ss.

⁴ “A mi juicio, el nacional comunitario que se traslada a otro Estado miembro como trabajador por cuenta ajena o autónomo, con arreglo a los artículos 48, 52 ó 59 del Tratado, no sólo tiene derecho a ejercer su actividad o profesión y a beneficiarse de las mismas condiciones de vida y laborales que los ciudadanos del Estado de acogida, sino que, además, tiene derecho a presumir que, dondequiera que vaya para ganarse la vida dentro de la Comunidad Europea, se le tratará de acuerdo con un código común de valores fundamentales, en particular, los establecidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. En otras palabras, tiene derecho a afirmar *civis europeus sum* y a invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier vulneración de sus derechos fundamentales” (Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 1992, apartado 46). No obstante, el TJCE decidió el caso en atención a que estaba en juego una libertad fundamental (estableciendo que el artículo 46 del TCE –ex 52- relativo a la libertad de establecimiento debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un nacional helénico, que se ha establecido en Alemania con el fin de ejercer una profesión como autónomo, se vea obligado, por la legislación nacional aplicable -relativa a la inscripción del nombre en los Registros Civiles-, a utilizar, en el ejercicio de su profesión una grafía de su nombre que modifica y deforma la pronunciación del mismo, exponiéndole al peligro de una confusión de personas entre su clientela potencial), y no en atención a que se vulneraba un DF de un *civis europaeus*.

⁵ Tratado que establece como uno de los objetivos de la Unión “reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión” (tercer guión del artículo 2), introduciendo la regulación al respecto en la Segunda parte del TCE, en la que “se crea la ciudadanía de la Unión”, reconociendo como ciudadano de la misma a “toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro” (art. 17.1), y se dispone que dicho ciudadano será titular de los derechos previstos en el presente Tratado (art. 17.2 TCE), entre los que se encuentra el de “circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” (art. 18.1).

subjetivas cuyo único vínculo con el Derecho comunitario es el de tratarse de situaciones que conciernen al *civis europaeus*. El TJCE no solo va a proteger el ejercicio del específico derecho o pretensión jurídica de la libre circulación, sino que va a entrar a proteger también derechos o pretensiones jurídicas (no específicamente comunitarias) que afectan a quien ejerce ese derecho. La protección comunitaria de la *libre circulación* del ciudadano europeo va a dilatarse o extenderse hasta el punto de ir configurándose, también, como una protección comunitaria del *ciudadano* que ejerce la libre circulación (aunque ello suponga dilatar el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario extendiéndolo a situaciones puramente internas), propiciando la correspondiente ampliación del ámbito nacional de incorporación de los DFUE.

Esta protección comunitaria de los DF del *moving European citizen* (del individuo que ejerce las libertades de circulación de los arts. 39.3, 46, 55, y especialmente del 18 del TCE) va a ser desarrollada por el TJCE mediante dos vías o cauces. La primera, que comenzó a ser utilizada hace más de tres lustros, es la consistente en conectar la protección de las libertades de circulación con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del art. 12 TCE. La segunda, con solo un lustro de desarrollo, es más específica y parte del reconocimiento de efecto directo a la disposición del Tratado que reconoce el derecho a la libre circulación y residencia (art. 18.1) del ciudadano europeo (art. 17 TCE). Dedicaremos las páginas siguientes a analizar ambas líneas de tutela extensiva de los DFUE de forma un poco más detenida.

2. La protección del ciudadano europeo en tránsito en atención a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE)

Según el art. 12 TCE, “en el ámbito de protección del presente Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”⁶, de modo que, en una situación que entra en ese ámbito de protección, un Estado debe tratar de la misma forma a los nacionales de su Estado y a los de los demás Estados miembros (que se encuentren en situaciones idénticas)⁷. Una prohibición u obligación, según se mire, que ha servido de base para que, creada la Unión Europea y reconocida la Ciudadanía europea, el TJCE haya establecido que todo ciudadano de la Unión tiene el “derecho” a no ser discriminado por razón de la nacionalidad dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* del

⁶ Dicho artículo establece igualmente que “el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones” (art. 12 TCE; ex art. 7 TCEE hasta el TUE y art. 6 TCE hasta la reforma del TUE por el Tratado de Amsterdam). Sobre el tema, por ejemplo, K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL Y R. BRAY, 2005, pp. 125 y ss.; T. TRIDIMAS, 2006, pp. 118 y ss. Cabe señalar que la mención a las “disposiciones particulares” del Tratado se refiere a las específicas prohibiciones de discriminación que establece el Tratado en relación a la nacionalidad de las personas (arts. 31.1, 39.2, 2º párrafo del art. 43, 72 y 184.5) o al origen de las mercancías (arts. 30 *in fine*, 75.1 y primer párrafo del 90), servicios (tercer párrafo del art. 50 y art. 54) y capitales (art. 58.3). El TJCE ha señalado que la prohibición de discriminación del artículo 12 “no está destinado a aplicarse de manera independiente más que en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevé normas específicas que prohíban la discriminación (*Merci Convenzionali*, C-179/90, de 10 de diciembre de 1991, pp. 5889 y ss.).

⁷ Aunque también puede producirse por tratar de la misma forma a dichas personas cuando se encuentren en situaciones distintas.

Tratado⁸ o, de forma más genérica, a ser tratado (dentro de ese ámbito) de forma igual, en particular cuando se trata del ejercicio de las libertades garantizadas por el mismo⁹ (si bien, pueden existir circunstancias que puedan justificar diferencias de trato¹⁰). Como se ha destacado la prohibición de discriminación (o el derecho a no serlo) opera en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario, esto es, abarcando las situaciones relacionadas con el libre ejercicio de las libertades de mercado garantizadas por el Tratado, así como las referidas a la libre circulación y residencia intracomunitaria atribuida por el art. 18 del mismo. En consecuencia, por lo que a los Estados se refiere, toda actuación estatal que incida o tenga efectos sobre la libre circulación y residencia de las personas o sobre el comercio intracomunitario de bienes y servicios estará sujeta a dicho principio¹¹.

El hecho es que, como hemos ya apuntado, el TJCE ha utilizado la conexión entre el principio del art. 12 TCE y las libertades de circulación para proteger comunitariamente derechos de quien las ejerce¹².

2.1. La conexión entre el art. 12 TCE y las libertades de circulación como fuente autónoma de derechos

Desde finales de los ochenta (STJCE COWAN), el TJCE comenzó a desarrollar una interpretación expansiva del artículo 12 TCE extendiendo su operatividad sobre situaciones no estricta o específicamente relativas al ejercicio de las libertades del Tratado, influyendo con ello en el ámbito de las competencias retenidas por los Estados¹³. Poco a poco se va a desarrollar una

⁸ STJCE *Martínez Sala*, C-85/96, de 12 de mayo de 1998, apdos. 54 y ss. El TJCE tiene reconocido el efecto directo de esta disposición desde la STJCE *W. Wilhelm*, C-14/68, de 13 de febrero de 1969.

⁹ SSTJCE: *Grzelczyk*, C-184/99, 20 de septiembre de 2001, apdo. 32; *D'Hoop*, C-224/98, de 11 de julio de 2002, apdos. 27-28; *García Avelló*, C-148/02, 2 de octubre de 2003, apdos. 22-23; *Collins*, C-138/02, de 23 de marzo de 2004, apdo. 61 (en relación al arriba mencionado art. 39.2).

¹⁰ Véanse, por ejemplo, las SSTJCE: *Comisión c. Italia*, C-224/00, de 19 de marzo de 2002, apdos. 20-24; o la ya mencionada sentencia *Collins*, apdos. 65-73.

¹¹ La operatividad del principio se extiende a la esfera de aplicación nacional de los Acuerdos celebrados por los Estados miembros en atención al art. 293 del Tratado (Cfr. STJCE *Mund & Fester*, C-398/92, de 10 de febrero de 1994, apdos. 10-13), o incluso a la de la aplicación de los Acuerdos firmados con terceros Estados (*Saint Gobain ZN*, C-307/97, de 1999, apdos. 57-58). Por otro lado, no es contrario al art. 12 TCE el que, en materias de Derecho civil que caen fuera del ámbito de aplicación del Tratado, el Derecho de un Estado miembro tome en consideración la nacionalidad de las personas como factor de conexión que permita determinar el Derecho material nacional aplicable al caso (STJCE *Johannes*, C-430/97, de 10 de junio de 1999, apdos. 26-28).

¹² Sobre el tema, entre otros, T. TRIDIMAS, 2006, pp. 120 y ss.; P. EECKHOUT, 2002, pp. 945 y ss.; N. N. SHUIBHNE, 2002, pp. 731 y ss.

¹³ "Cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, la protección de la integridad de esta persona en el Estado miembro de que se trata, en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él, constituye el corolario de esta libertad de circulación. De ello se sigue que el principio de no discriminación se aplica a los destinatarios de servicios en el sentido del Tratado, por lo que se refiere a la protección contra el riesgo de agresión y el Derecho nacional en el supuesto de que dicho riesgo se materialice. El hecho de que la indemnización discutida sea financiada por el Tesoro público no puede modificar el régimen de la protección de los derechos garantizados por el Tratado" (apdo. 17) En consecuencia, el Tribunal establece en la parte dispositiva de la sentencia que el principio del artículo 12 "debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por lo que respecta a las personas a las que el Derecho comunitario garantiza la libertad de desplazarse a dicho Estado, en especial como destinatarios de

jurisprudencia según la cual estaban sujetas al citado principio no solo las normas estatales que incidían directamente en el ejercicio de esas libertades, sino que también aquellas que influían o estaban conectadas, siquiera de forma indirecta o instrumental, con las mismas. Así, el Tribunal ha tenido ocasión de constatar que, aunque las normas que regulan el proceso judicial son de competencia estatal, dichas normas, al ser instrumentales de cara a la protección de las libertades fundamentales, entran también en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, no pudiendo ser contrarias al principio de discriminación por razón de la nacionalidad¹⁴; también entrarían en el ámbito de aplicación del Tratado, en conexión con la prohibición del artículo 12 TCE: los derechos de propiedad intelectual (de autor y afines) en razón de sus efectos sobre el intercambio comunitario de bienes y servicios¹⁵; o la regulación en materia de acceso a la educación¹⁶, la de ejecución forzosa para el cobro de deudas¹⁷; o la que rige el apellido de las personas¹⁸ (en relación, en estos tres casos, a su incidencia en la libertad de circulación y residencia de las personas).

Pues bien, lo que interesa destacar ahora es que esa interpretación y operatividad (expansiva) del principio del artículo 12 TCE ha ido generando, entre otras cosas, el reconocimiento “comunitario” de una serie de pretensiones y derechos asociados de forma mediata al ejercicio de las libertades, pretensiones y derechos cuya regulación no entra en el ámbito de la competencia comunitaria. Dicho de otra forma, el Tribunal ha generado una jurisprudencia según la cual la no vulneración, por parte del Estado, del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad cuando incide sobre las libertades fundamentales, pasa por reconocer una serie de derechos o pretensiones ligados indirectamente al ejercicio de las mismas (y ello, con independencia de la regulación de los mismos sea una competencia *ultra vires* y, por tanto, inmune a las obligaciones comunitarias). Así, por ejemplo, la conexión entre el artículo 12 y las libertades fundamentales ha sido utilizada para reconocer, entre otras cosas: un mismo estándar de protección judicial en el Estado de acogida¹⁹; la pretensión de que no se exija –como tampoco se hace con los nacionales– una *cautio judicatum solvi* en las demandas sobre reclamación de

servicios, subordine la concesión de una indemnización del Estado, destinada a reparar el perjuicio causado en dicho Estado a la víctima de una agresión que haya producido un daño corporal, al requisito de ser titular de un permiso de residencia o al de ser nacional de un país que haya celebrado un acuerdo de reciprocidad con dicho Estado miembro” (STJCE *Cowan*, C-186/87, de 2 de febrero de 1989, pp. 195 y ss.).

¹⁴ SSTJCE: *Data Delecta*, C-43/95, 26 de septiembre de 1996, apdos. 10 y ss.; *Hayes*, C-323/95, de 20 de marzo de 1997, apdos. 13 y ss.; *Saldanha*, C-122/96, de 2 de octubre de 1997, apdos. 16 y ss.; *H.O. Bickel y U. Franz*, C-274/96, de 24 de noviembre de 1998, apdos. 17 y ss.; etc.

¹⁵ SSTJCE: *Phil Collins*, asuntos acumulados C-92 y 326/92, de 20 de octubre de 1993, apdos. 19 y ss.; *Ricordi*, C-360/00, de 6 de junio de 2002, apdos. 24 y ss.; *TOD'S SpA*, C-28/04, de 30 de junio de 2005 (como caso de discriminación indirecta).

¹⁶ SSTJCE: *Gravier*, C-293/83, de 13 de febrero de 1985, apdos. 11 y ss.; *Blaizot*, C-24/86, de 2 de febrero de 1988, apdos. 10 y ss.; *Lair*, C-39/86, de 21 de junio de 1988, apdos. 11 y ss.; *Brown*, C-197/86, de 21 de junio de 1988, apdos. 14 y ss.; *Grzelczyk*, C-184/99, de 20 de septiembre de 2001, apdos. 29 y ss.; *Bidar*, de 15 de marzo de 2005, C-209/03.

¹⁷ STJCE *Antero Pusa*, C-224/02, de 29 de abril de 2004, apdos. 16 y ss.

¹⁸ STJCE *García Avello*, C-148/02, de 2 de octubre de 2003, apdos. 20 y ss.

¹⁹ STJCE *Saldanha*, *cit.*, apdo. 24.

cantidad por el pago de mercancías entregadas²⁰; el derecho de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes de los restantes Estados miembros –al igual que ocurre con los nacionales– a prohibir la comercialización en el territorio nacional de un fonograma fabricado sin su consentimiento (cuando la prestación se haya ejecutado fuera del territorio nacional)²¹; el derecho, que también tienen los nacionales, a que el proceso penal se sustancie en una lengua distinta de la principal pero que es hablada en el país de acogida²²; el derecho a cambiar de apellido de una persona (que tiene la doble nacionalidad de un Estado miembro y del Estado de acogida, para llevarlo del modo que estipula el Derecho y la tradición de este segundo estado)²³; o el derecho, de los alumnos de otros Estados miembros, a que no se les impongan, a diferencia de lo que ocurre con los nacionales, unas tasas de matrícula o escolaridad como condición para el acceso a los cursos de enseñanza profesional²⁴; etc.

2.2. La conexión entre el art. 12 TCE y el ciudadano europeo (art. 17 TCE) que ejerce la libre circulación y residencia (art. 18 TCE)

La mencionada utilización del artículo 12 como una *fuerza autónoma de derechos y obligaciones* (que van más allá de la esfera de protección de las libertades fundamentales y/o del mercado interior entendidos de forma estricta)²⁵ no opera sólo en conexión con las libertades de mercado, sino que comenzará a hacerlo también en relación con la *Ciudadanía Europea* reconocida en el artículo 17 TCE y/o con el ciudadano europeo que ejerce la libre circulación y residencia asociado a la misma (art. 18 TCE)²⁶. En efecto, es posible observar cómo la reciente jurisprudencia del Tribunal está utilizando el artículo 12 para complementar esa Ciudadanía Europea (art. 17 TCE) y cofundar “a new generation of equal treatment rights”²⁷, partiendo de la base de que “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el *estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros* y permitir, a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación, obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”²⁸.

La primera ocasión que el Tribunal utiliza la conexión del artículo 12 y el estatuto de ciudadanía como fuente de derechos es el asunto *MARTINEZ SALA* (una española residente en Alemania, a quien se había denegado la concesión de una prestación de crianza por su hija, sobre la base de

²⁰ STJCE *Data Delecta*, cit., apdo. 15.

²¹ STJC *Phil Collins*, cit., apdo. 33.

²² STJCE *Bickel y Franz*, cit. Apdo. 31.

²³ STJCE *García Avello*, cit., apdo. 45.

²⁴ SSTJCE: *Gravier*, cit., p. 379; *Blaizot*, cit., apdo 24.

²⁵ Cfr., por ejemplo, T. TRIDIMAS, 2006, p. 132.

²⁶ Sobre el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario véase, por ejemplo, J. GOIZUETA VÉRTIZ, *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, IDP / Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 277y ss., y la doctrina allí señalada.

²⁷ T. TRIDIMAS, 2006, p. 132.

²⁸ STJCE *Grzelczyk*, cit., apdos. 31 (énfasis añadido); volveremos sobre esta idea y sus implicaciones más adelante.

que, aunque residía legalmente en Alemania, no podía presentar un permiso de residencia debidamente expedido por carecer del mismo en ese momento). El Tribunal, sin considerar necesario examinar si la interesada podía invocar o no el derecho a la libre circulación y residencia en el Estado alemán, puesto que consta que ya fue autorizada a residir en él, entenderá que “en su condición de nacional de un Estado miembro que reside legalmente en el territorio de otro Estado miembro, la demandante (...) está incluida en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía europea”²⁹, considerando este hecho suficiente para aplicar la prohibición del art. 12 TCE. Esa conexión le servirá para oponerse a que un Estado miembro exija a los nacionales de los demás Estados miembros autorizados a residir en su territorio que presenten un título de residencia debidamente expedido por la Administración nacional para poder percibir una prestación por crianza, mientras que sus propios nacionales únicamente están obligados a tener su domicilio o su lugar de residencia habitual en ese Estado miembro.

Otro caso en la misma línea es el de la STJCE *García Avello*, una decisión prejudicial que trae causa de un litigio entre el Sr. Carlos García Avello (nacional español que, casado con la Sra. I. Weber, de nacionalidad belga, tuvo dos hijos que poseen la doble nacionalidad belga y española, a los que con arreglo al Derecho belga, el encargado del registro civil belga inscribió con los apellidos del padre) y el Estado belga (que desestimó la solicitud del matrimonio de cambiar el apellido de los hijos para adecuarlo al uso consagrado en el Derecho español, según el cual se compone del primer apellido del padre seguido del de la madre). 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”³⁰. Y si bien es verdad que la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 17 CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario³¹, también lo es que, en el presente caso, “existe dicho vínculo con el Derecho comunitario en relación con las personas que se encuentran en una situación como la de los hijos del Sr. García Avello, que son nacionales de un Estado miembro que residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro”³². De modo que, existiendo conexión con el Derecho comunitario, es posible que los hijos del demandante puedan invocar el derecho previsto en el artículo 12 a no sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad por lo que respecta a las normas por las que se rige su apellido³³. Hecho el oportuno examen, el TJCE declarará que “los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una

²⁹ C-85/96, de 12 de mayo de 1998, apdo. 61.

³⁰ Apartado 25 de la sentencia, ya citada.

³¹ *Ibidem*, apdo. 26, recordando la STJCE *Uecker y Jacquet*, asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96, de 5 de junio de 1997, apartado 23.

³² Apartado 27.

³³ Apartado 29.

solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro”³⁴.

Cabe mencionar, por poner otro ejemplo, una serie de casos en los que la prohibición de discriminación del ciudadano europeo que ejerce la libre circulación y residencia (conexión entre los artículos 12 y 17-18 TCE) se ha utilizado para oponerse a medidas estatales que denegaban la concesión de ayudas económicas al estudio o aprendizaje: SSTJCE: *GRZELCZYK*³⁵ o *BIDAR*³⁶; etc.

Por lo demás, hay que señalar que esta doctrina de la protección expansiva del ciudadano que ejerce la libertad de circulación (sea o no para desempeñar una actividad económica) no opera solo en las hipótesis en las que se ha circulado, sino que comprende también aquellas en las que se impide o se disuade de circular, esto es, no se circunscribe a las hipótesis en las que ya se concreta la restricción, sino que abarca aquellas en las que el trato desfavorable consista en disuadir el ejercicio de la libre circulación³⁷.

2.3. El ejercicio de la libertad de circulación y residencia como fundamento de la protección de los DF del ciudadano europeo aun en casos en los que el principio del art. 12 TCE juega un papel débil (o residual)

El hecho es que, recientemente, el TJCE está protegiendo DF del ciudadano que ejerce alguna libertad de circulación incluso en supuestos en los que la protección del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad juega solo un papel débil o indirecto (SSTJCE: *BAUMBAST* o *AKRICH*) cuando no inexistente (STJCE *CARPENTER*). Veámoslo de forma un poco más detenida.

³⁴ Apartado 45.

³⁵ Sentencia, cit., apdos. 37 y ss. El Tribunal establecerá que los artículos 12 y 18 del Tratado se oponen a que se condicione la concesión de una prestación social de un régimen no contributivo, como el *minimex* o ingreso mínimo de subsistencia, a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado miembro de acogida en cuyo territorio residen legalmente (en el caso un francés que estudia educación física en Bélgica), a que estos últimos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento n. 1612/68, cuando no se exige ningún requisito de este tipo a los nacionales del Estado miembro de acogida (apdo.46)

³⁶ Sentencia cit., apdos. 31 y ss. El Tribunal resolverá que el principio de discriminación por razón de la nacionalidad se opone a una normativa nacional que únicamente conceda el derecho a una ayuda que sufrague sus gastos de manutención a los estudiantes que estén establecidos en el Estado miembro de acogida, excluyendo que un nacional de otro Estado miembro obtenga, en su condición de estudiante, el estatuto de persona establecida, aun cuando dicho nacional (francés) resida legalmente y haya efectuado una parte importante de sus estudios de enseñanza secundaria en el Estado miembro de acogida (Reino Unido) y, por consiguiente, haya establecido un vínculo real con la sociedad del referido Estado (apdo.63).

³⁷ Véanse, entre otras, las SSTJCE: *Wolf y otros*, asuntos acumulados C-154 y 155/87, de 7 de julio de 1988, apdo. 13; *Bosman*, C-415/93, de 15 de diciembre de 1995, apdo. 94; *Terhoeve*, C-18/95, de 26 de enero de 1999, apdo. 37; *Graf*, C-190/98, de 27 de enero de 2000, apdo. 21; *Kraneman*, C-109/04, de 17 de marzo de 2005, apartado 25; ITC, C-208/05, de 11 de enero de 2007, apdo. 31 y ss. Igualmente, las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo, en el asunto *Rhiannon Morgan*, asuntos acumulados C-11 y 12/06, presentadas el 20 de marzo de 2007, apdo. 87; o las presentadas por la Abogado General Eleanor Sharpston al asunto *Gouvernement de la Coomunauté Française*, C-212/06, presentadas el 28 de junio de 2007, apdo. 55.

La resolución *BAUMBAST* es una decisión prejudicial que trae causa de dos litigios similares, uno entre la familia Baumbast y el *Secretary of State for the Home Department* del Reino Unido, y otro entre éste y la señora R³⁸. El Sr. Baumbast, de nacionalidad alemana, y la Sra. Baumbast, de nacionalidad colombiana, casados en el Reino Unido en 1990, tienen una familia compuesta por dos hijas, la mayor de la cuales, la Srta. María Fernanda Sarmiento, hija natural de la Sra. Baumbast, tiene nacionalidad colombiana, y la menor, Idanella Baumbast, ostenta la doble nacionalidad alemana y colombiana. A partir de 1990, fecha en la que los miembros de la familia obtuvieron una tarjeta de residencia válida para cinco años, el Sr. Baumbast ejerció una actividad económica en el Reino Unido, primero como trabajador por cuenta ajena y luego como empresario. El hecho es que el año 1995, cuando tras la quiebra de su empresa hace dos años el Sr. Baumbast se encontraba buscando un trabajo suficientemente bien remunerado fuera y dentro del Reino Unido, la Sra. Baumbast solicita un permiso de residencia indefinido para ella y los demás miembros de la familia. El *Secretary of State* deniega la renovación de la tarjeta de residencia del Sr. Baumbast y de los documentos de residencia de la Sra. Baumbast y de las hijas, decisión que es recurrida (1998) ante la autoridad competente (*Immigration Adjudicator* del Reino Unido). Dicha autoridad decidió que el Sr. Baumbast no era un trabajador ni una persona que tuviera un derecho general de residencia a los que se refiere la Directiva 90/364 (relativa al derecho de residencia³⁹), pero reconocía un permiso de residencia propio a las hijas –para que pudieran seguir recibiendo cursos de enseñanza general- en virtud del art. 12 del Reglamento 1612/68 (relativa a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad⁴⁰), y otro a la Sra. Baumbast mientras sus hijas disfrutaran de los derechos derivados del citado artículo. El Sr. Baumbast recurre en apelación contra la decisión del *Immigration Adjudicator* por lo que respecta a su situación personal, y el *Secretary of State* hace lo propio, ante el mismo Tribunal, contra la decisión de aquél respecto a la Sra. Baumbast y las hijas. Al considerar que los litigios requerían la interpretación del art. 18 y del mencionado Reglamento, el órgano jurisdiccional en cuestión plantea diversas cuestiones prejudiciales, de las cuales las dos primeras se refieren a la Sra. Baumbast y sus hijas, y la tercera, sobre la que volveremos más adelante sobre la situación del Sr. Baumbast.

El segundo litigio, referido a la Sra. R y sus hijas, es similar al que se plantea con las anteriores. La Sra. R, de nacionalidad americana, tiene dos hijas de su matrimonio con un nacional francés, las cuales tienen doble nacionalidad francesa y americana. Establecida en el Reino Unido (1990) como esposa de un nacional comunitario es autorizada a residir en dicho Estado hasta 1995. Divorciada a finales de 1992, continúa residiendo en el Reino Unido. Según las condiciones aplicables al divorcio, las hijas debían permanecer con su madre en dicho Estado, sin perjuicio de que el padre, que continuaba residiendo y trabajando en el Reino Unido debiera también compartir con la madre la responsabilidad de su educación tanto en el aspecto afectivo como económico. La cosa es que en 1995, R y las hijas solicitaron un permiso de residencia por tiempo

³⁸ STJCE *Baumbast, R y Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, de 17 de septiembre de 2002.

³⁹ DO L 180, pp. 26 y ss.

⁴⁰ DO L 257, pp. 2 y ss.

indefinido en el Reino Unido con arreglo al Derecho nacional, solicitud que es concedida a las hijas, como miembros de la familia de un trabajador migrante, pero denegada a la Sra. R, la madre. Tras varios recursos, el asunto llega también por vía prejudicial, como en el caso de la Sra. Baumbast, al TJCE (en relación con la interpretación del art. 12 Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad).

Pues bien, el Tribunal responderá comenzando por entender que, en circunstancias como las de los litigios principales, en las que los hijos gozan, en virtud del artículo 12 del Reglamento 1612/68, del derecho a continuar su escolaridad en el Estado miembro de acogida mientras los progenitores responsables de su custodia pueden perder sus derechos de estancia, en un caso, debido al divorcio del trabajador migrante (Sra. R.) y, en el otro, debido a que el progenitor que ejercía una actividad por cuenta ajena en el Estado miembro de acogida como trabajador migrante ya no trabaja en él (Sra. Baumbast), resulta claro que la denegación a dichos progenitores de la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos de un derecho que el legislador comunitario les ha reconocido. Y tras ello, y buscando fundamentar la permanencia de las madres para evitar la mencionada privación, el Tribunal establecerá que “de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es preciso interpretar el Reglamento n. 1612/68 a la luz de la exigencia de respeto de la vida familiar previsto en el artículo 8 del CEDH, respeto que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia, están reconocidos en el Derecho comunitario”⁴¹. Es verdad que establecer la vinculación de los DFUE sobre la aplicación estatal de un Reglamento comunitario (en el caso del art. 12 del mismo) no resulta nada novedoso, pues ello rige desde la sentencia *Wachauf*. Pero sí lo es el hecho de conectar la situación de las madres con la aplicación (respetuosa con los DFUE) del artículo 12 del Reglamento, es decir, la conexión entre el derecho a continuar la escolaridad de las hijas atribuido por dicho artículo y el derecho a estar acompañada por las madres (no nacionales comunitarios) durante sus estudios, o si se quiere, entre el derecho del artículo 12 y el hecho de que esté en juego el DF al respeto de la vida familiar. Conviene recordar, además, que esa conexión se produce desde el objetivo, perseguido por el Reglamento, de proteger la libertad de circulación de los trabajadores comunitarios. El ejercicio de la libertad de circulación de los trabajadores comunitarios como fuente de reconocimiento de un DFUE.

Resta señalar que, en este caso, el juego del papel del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 12 (ahora del) TCE se concretará, en este caso, en el recordatorio de que el mencionado artículo 12 del Reglamento 1612/68 y los derechos derivados del mismo deben ser interpretados en función del sistema y de la finalidad de dicho Reglamento, y por lo

⁴¹ Apartado 72 de la sentencia (señalando como referencia el apdo. 10 de la STJCE *Comisión c. Alemania*, C-249/86, de 18 de mayo de 1989). Sobre esta base, el Tribunal decidirá el caso declarando que “El derecho que el artículo 12 del Reglamento n. 1612/68 reconoce al hijo de un trabajador migrante a continuar su escolaridad en las mejores condiciones en el Estado miembro de acogida implica necesariamente que ese hijo tenga derecho a estar acompañado por la persona a la que corresponda efectivamente su custodia y, por tanto, que esta persona deba poder residir con él en dicho Estado miembro durante sus estudios. La denegación de un permiso de residencia al progenitor que tenga efectivamente la custodia del hijo que ejerce su derecho a proseguir su escolaridad en el Estado miembro de acogida supondría una vulneración de este derecho” (apartado 73).

tanto, como resulta del conjunto de las disposiciones del mismo, de tomar en consideración también la importancia que reviste para el trabajador comunitario la integración entre él y su familia en el Estado de acogida, sin que exista diferencia en el trato al respecto en relación con los nacionales⁴².

Otro supuesto similar es el que aparece en el asunto *Akrich*⁴³. El Sr. Akrich, un nacional marroquí, es condenado por varios delitos cometidos en el Reino Unido y expulsado de dicho Estados por dos veces. No obstante, vuelve a retornar clandestinamente y, mientras residía ilegalmente, contrae matrimonio con una nacional británica, siendo expulsado, una vez más, a (en este caso, como era su deseo) Irlanda, donde en ese momento residía y trabajaba su esposa, desde donde, pasado un tiempo realizando diversos trabajos, vuelve a solicitar un permiso de entrada como cónyuge de una ciudadana comunitaria, permiso que es denegado. Formulado el recurso ante la autoridad competente, ésta decide estimarlo pese a considerar probado, entre otros extremos, que el Sr. y la Sr.a Akrich se habían trasladado a Irlanda con el objetivo expreso de ejercitar posteriormente derechos comunitarios que les permitieran regresar al Reino Unido⁴⁴. Y ello debido a que, según su parecer, había habido un ejercicio efectivo de derechos conferidos por el Derecho comunitario que no se había visto desvirtuado por las intenciones de los cónyuges y, por tanto, éstos no habían invocado el Derecho comunitario para eludir las disposiciones de la legislación nacional del Reino Unido. El *Secretary of State* interpuso el correspondiente recurso ante el Tribunal de Apelación, el cual plantea diversas prejudiciales al TJCE al respecto.

El Tribunal partirá del hecho de que para poder disfrutar, en una situación como la del litigio principal, de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento (CEE) n. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad⁴⁵, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión, y de que dicho artículo 10 no es aplicable si el nacional de un Estado miembro y el nacional de un país tercero han celebrado un matrimonio de conveniencia para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros (siendo en cambio irrelevante el hecho de que los cónyuges se hayan instalado en otro Estado miembro con el fin de poder ejercitar los derechos conferidos por el Derecho comunitario al regresar al Estado miembro del que es nacional el primero). Si el matrimonio es auténtico, y en el momento en que un nacional de un primer Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con el que convive en un segundo Estado miembro, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, su cónyuge no disfruta de los derechos contemplados en el mencionado artículo 10 por no haber residido legalmente en el territorio de un Estado miembro, la autoridad competente del primer Estado miembro, al apreciar la solicitud

⁴² Véanse los apartados 68 y 72 de la Sentencia.

⁴³ STJCE *Secretary of State y H. Akrich*, C-109/01, de 23 de septiembre de 2003.

⁴⁴ Referencia al abuso mencionado en el apdo. 24 de la STJCE *Singh*, C-370/90, de 7 de julio de 1992.

⁴⁵ Según comienza el primer apartado de dicho artículo: "con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro: a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años a su cargo;...".

del cónyuge de entrar y residir en su territorio, “debe, no obstante, [tener] en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (...), que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario”⁴⁶. La consecuencia es que el Tribunal viene a reconocer el DF comunitario al respeto de la vida familiar frente a las autoridades estatales en atención a la protección de la libre circulación de los trabajadores del artículo 39 TCE, o si se quiere, en atención a imponer el respeto de ese derecho fundamental frente a las medidas nacionales que inciden en el ejercicio de dicha libertad. Hay que señalar que, en este caso, la conexión de esta protección con el principio del artículo 12 TCE residiría en el hecho de que el cónyuge nacional de un país tercero debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el mencionado artículo 10 si su esposa comunitaria entrase o residiese en el territorio de otro Estado miembro⁴⁷.

Pero, tal y como señalábamos, existen también supuestos en los que se produce la protección comunitaria (frente al Estado de acogida) de un DF (DFUE) de quien ejerce una libertad de circulación “al margen” del principio de discriminación por razón de la nacionalidad (protección que se despliega, como en todos los casos que venimos señalando, sin que exista una actividad estatal de aplicación o derogación del Derecho comunitario). Al margen de los casos que comentaremos en el apartado siguiente, el primer ejemplo de esta variante es el que se produce con el asunto *Carpenter*⁴⁸.

La Sra. Carpenter es una nacional filipina que obtuvo un permiso de entrada en el Reino Unido como “visitante”, para un periodo de 6 meses. Finalizado dicho periodo, y sin obtener una prórroga de su permiso de estancia, se casó con el Sr. Carpenter, un nacional británico que dirige una empresa dedicada a la venta de espacios publicitarios en revistas especializadas y a ofrecer a los editores de las mismas servicios en materia de administración y publicación. Como una parte considerable de la actividad de dicha empresa, ubicada en el Reino Unido, se desarrolla con anunciantes establecidos en otros Estados miembros, el Sr. Carpenter se ve obligado a desplazarse a los mismos por motivos de trabajo. Una vez casada, la Sra. Carpenter solicita del *Secretary of State* un permiso de residencia en el Reino Unido en calidad de cónyuge de un nacional de dicho Estado, pero dicha autoridad no sólo deniega el mismo sino que adopta, además, una decisión de expulsarla a Filipinas. Frente a ello la Sra. Carpenter interpondrá una reclamación ante el *Immigration Adjudicator* del Reino Unido, alegando que disfrutaba de un derecho de residencia en el Reino Unido “derivado” del Derecho comunitario (aunque admitía que no disfrutaba de un derecho de residencia propio en ningún Estado miembro, alegaba que sus derechos se derivan de los reconocidos al Sr. Carpenter para efectuar prestaciones de servicios y desplazarse dentro de la Unión Europea, ya que, de otro modo, el derecho de su esposo a ejercer

⁴⁶ Apartado 58.

⁴⁷ Véanse los apartados 47 y ss.

⁴⁸ STJCE *M. Carpenter y Secretary of State*, C-60/00, de 11 de julio de 2002.

su actividad en todo el mercado interior sin que se le impongan restricciones ilegales, se vería afectado, puesto que la expulsión obligaría al Sr. Carpenter a irse a vivir con ella a Filipinas o separaría a los miembros de la familia si él permaneciese en el Reino Unido). Aunque dicha autoridad reconoce que el matrimonio es auténtico, que ella desempeña una labor de educación de sus hijastros y que se le podía atribuir, indirectamente, el éxito creciente de la empresa del marido prestador de servicios, el hecho es que se deniega la reclamación por cuanto no cabe considerar que la Sra. Carpenter ejerza la libertad de circulación en el sentido del Derecho comunitario cuando reside en el Reino Unido. El asunto llega al *Immigration Appeal Tribunal* quien plantea al TJCE la cuestión de si el Derecho comunitario y en particular el art. 49 TCE y la Directiva 73/148/CEE⁴⁹, se oponen a la denegación del derecho de residencia y a la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter (y/en sus circunstancias).

Señalando con carácter previo que la normativa comunitaria sobre la libre prestación de servicios no puede aplicarse a situaciones que no presentan ningún elemento de conexión con alguna de las situaciones previstas en el Derecho comunitario, el Tribunal considera que el Sr. Carpenter está ejerciendo el derecho a esa libertad garantizado por el artículo 49 TCE (pues el derecho puede ser invocado con respecto al Estado en el que esté establecido, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro) y la Directiva ya mencionada, cuya finalidad consiste en suprimir las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros. Pero, dado que dicha Directiva no regula el derecho de residencia de los miembros de la familia de un prestador de servicios en su Estado miembro de origen, el TJCE considera que la respuesta a la prejudicial depende de si, en una situación como la del litigio en cuestión, ese derecho de residencia del cónyuge puede ser deducido de los principios generales o de otras normas del Derecho comunitario. Y puestos a examinarlo, el Tribunal resolverá el asunto constatando que “un Estado miembro sólo puede invocar motivos de interés general para justificar una medida nacional que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios cuando dicha medida es conforme con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia” (aludiendo expresamente a su doctrina *ERT/Familiapress*)⁵⁰, obstáculo que se produce dado que la separación de los esposos causaría un daño a su vida familiar y, por tanto, a las condiciones de ejercicio de la libertad fundamental del Sr. Carpenter. Y la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter “constituye una injerencia en el ejercicio por el Sr. Carpenter de su derecho al respeto de su vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio»), que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico

⁴⁹ Del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, pp. 14 y ss.).

⁵⁰ Apartado 40 de la Sentencia, recordando la jurisprudencia establecida en los asuntos, aquí *supra* citados y analizados, *ERT*, apdo. 43 y *Familiapress*, apdo. 24.

comunitario”⁵¹. De modo que, el derecho a la libre prestación de servicios del art. 49 TCE se opone a la expulsión de la Sra. Carpenter y genera el reconocimiento del derecho de residencia de la Sra. Carpenter, pues el ejercicio de ese derecho está protegido por los DFUE, en el caso, por el derecho al respeto a la vida familiar de quien ejerce la mencionada libertad. Llegados aquí, es interesante destacar que no existe nada nuevo en el hecho de aplicar la protección de los DFUE sobre las medidas estatales que obstaculizan las libertades de mercado (jurisprudencia *ERT / FAMILIAPRESS*), pero sí en el hecho de aplicar esa doctrina en estos casos. Dicho de otra manera, esos DFUE no se aplicarían en supuestos como éste, si el TJCE no estuviera desarrollando una línea jurisprudencial que trata de proteger no ya el ejercicio de las libertades de circulación, sino al individuo/*ciudadano* que la ejerce (y todo ello, al menos en este caso, conviene recordarlo, sin que exista conexión alguna con la protección del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad)⁵².

2.4. El ejercicio de las libertades de circulación como fuente de protección de los DF del ciudadano europeo frente a su propio Estado

Llegados aquí todavía resulta interesante mencionar una serie de casos en los que la prohibición de discriminación del ciudadano europeo que ejerce la libre circulación y residencia se ha utilizado para oponerse a medidas que provienen no ya del Estado de acogida, sino (aunque parezca paradójico) del propio Estado de origen del ciudadano europeo, actuando así como fuente de reconocimiento de derechos para dicho ciudadano. El fundamento o justificación de esta idea reside en que una normativa nacional no puede resultar desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de que hayan ejercitado su libertad de circular o de residir en otro Estado miembro, pues ello constituiría una restricción a las libertades que el artículo Tratado reconoce a todo ciudadano de la Unión”⁵³. El ejercicio de dichas libertades no puede configurarse como una fuente de discriminación del nacional que las ejerce frente a quien no lo hace.

Así, por ejemplo, en el asunto *D’HOOP* el Tribunal estableció que es incompatible con el Derecho comunitario que un Estado miembro deniegue a uno de sus nacionales, la Señora D’Hoop, una estudiante belga en busca de un primer empleo, la concesión de los subsidios de espera por el mero hecho de que dicho estudiante haya terminado sus estudios secundarios en otro Estado miembro. Y ello porque “en la medida en que debe reconocerse a cualquier ciudadano de la Unión en todos los Estados miembros el mismo trato jurídico que se otorga a los nacionales de dichos Estados miembros que se encuentran en la misma situación, sería incompatible con el derecho de libre circulación que pudiese aplicársele en el Estado miembro del que es nacional un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación”⁵⁴.

⁵¹ Apartado 41 de la Sentencia.

⁵² *Cfr.*, en este sentido, el trabajo de E. SPAVENTA, 2004, pp. 743 y ss.

⁵³ *Cfr.*, por ejemplo, la Sentencia *De Cuyper*, C-406/04, de 18 de julio de 2006, apdo. 39.

⁵⁴ C-224/98, de 11 de julio de 2002, apdo. 30. Como antecedentes véanse las SSTJCE: *D. Kraus*, C-19/92, de 31 de marzo de 1993, pp. 1663 y ss.; *F. Wijsenbeek*, C-378/97, de 21 de septiembre de 1999; *D. Kaske*, C-277/99, de 5 de

Otro caso, por citar uno más reciente, sería el reflejado en el asunto *K. TAS-HAGEN y R.A. TAS*, una decisión prejudicial surgida de un litigio en el que la Sra. Tas Hagen y el Señor Tas, holandeses, habían reclamado de las autoridades de los Países Bajos unas prestaciones para las víctimas civiles de la guerra, prestaciones que les fueron denegadas debido a que, en el momento de solicitarlas, vivían en España. La STJCE, aunque reconocía que, por ahora, la prestación pretendida es competencia de los Estados miembros, entendía también que ésta se debía desempeñar con sujeción a “las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de todo ciudadano de la Unión de circular y residir libremente en el territorio”. Y si es verdad que la protección comunitaria del ciudadano europeo no rige en situaciones puramente internas, también lo es que, en este caso, el ejercicio de la libre circulación y residencia ha tenido incidencia en el derecho de los mencionados ciudadanos europeos a obtener una prestación prevista por la normativa nacional, de modo que no puede considerarse que tal situación sea puramente interna y sin conexión alguna con el Derecho comunitario. En consecuencia, el Tribunal entenderá que el artículo 18.1 TCE se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual éste se niega a conceder a uno de sus nacionales una prestación destinada a las víctimas civiles de guerra por el único motivo de que, en la fecha de presentación de la correspondiente solicitud, el interesado no estaba domiciliado en el territorio de dicho Estado, sino en el de otro Estado miembro⁵⁵.

Conviene resaltar que se trata de un tipo de discriminación que no encaja el supuesto de hecho del artículo 12 TCE o prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, ni tampoco, al menos en sentido estricto, en el supuesto de las llamadas “discriminaciones inversas comunitarias”.

La discriminación inversa (*reverse discrimination* o *à rebours*) comunitaria⁵⁶ es aquella que se genera cuando una persona que se encuentra en una situación puramente interna o ajena al Derecho comunitario, y por tanto de competencia estatal, recibe, por parte de su Estado, un trato menos favorable que otra persona que se encuentra ante una situación idéntica pero conectada y, por tanto, regulada por el Derecho comunitario que, en el caso, ofrece una regulación más beneficiosa. Se trata de situaciones en las que un nacional acaba recibiendo en su estado un trato discriminatorio respecto a los extranjeros comunitarios que ejercen alguna libertad comunitaria (aunque puede surgir también entre un extranjero de un tercer Estado respecto de otro que sea comunitario). Pensemos, por ejemplo, en las normas españolas sobre etiquetado de quesos que se aplican a los quesos producidos y comercializados en España –toda la actividad se produce en una situación puramente interna-, y supongamos ahora que a un productor español que produce y distribuye en España le sale un competidor francés que produce en Francia pero comercializa en España, esto es, un productor que ejerce una libertad comunitaria o protegida por el Derecho comunitario; pues bien, si la normativa comunitaria de comercialización de quesos es más

febrero de 2002, pp. 2161 y ss. Con posterioridad: *A. Pusa*, C-224/02, de 29 de abril de 2004, apdo. 19; o la ya citada *De Cuyper*, apdos. 39 y 40.

⁵⁵ C-192/05, de 26 de octubre de 2006, apdo. 40.

⁵⁶ Al respecto, por ejemplo, D. SARMIENTO, 2005, pp. 375 y ss., y la doctrina allí señalada.

favorable que la nacional, entonces existirá una discriminación inversa comunitaria, pues el español se encuentra discriminado respecto al francés en una situación puramente interna. Hay que señalar que este tipo de discriminación no está prohibida por el Derecho comunitario, siempre que, como decimos, se produzca sobre situaciones puramente internas o que queden al margen del Derecho comunitario (otra cosa es, como veremos, que sea o deba ser corregida, de forma comunitariamente compatible, por el Derecho nacional). Pues bien, aunque el hecho de que en los casos arriba expuestos el discriminado por la regulación estatal sea un nacional del propio Estado miembro lo asemeja al prototipo de las discriminaciones inversas comunitarias (nacional que recibe, en su Estado, un trato menos favorable), hay que decir que no se trata de casos de discriminación inversa, puesto que en ellos se discrimina, precisamente, al nacional que se encuentra en una situación conectada al Derecho comunitario (ejercicio de la libertad de circulación) respecto de quien no lo está.

Y como es posible observar, tampoco existe en los casos expuestos un supuesto de discriminación por razón de la nacionalidad, sino antes bien un supuesto de discriminación entre nacionales a cuenta del ejercicio o no ejercicio de la libre circulación de personas. Y dicha desigualdad de trato, aunque no es contraria al artículo 12 TCE, “es contraria a los principios que inspiran el estatuto de ciudadano de la Unión, a saber, la garantía de un mismo trato jurídico en el ejercicio de su libertad de circulación”⁵⁷. De modo que, en consecuencia, este ejercicio llega a configurarse en fuente de derechos del ciudadano europeo que ejerce la libre circulación, incluso frente al Estado del que el ciudadano es nacional.

3. El efecto directo del derecho a la libre circulación y residencia del art. 18.1 y la protección de los DF de quien lo ejerce

En lo que sigue vamos a tratar de describir el reconocimiento jurisprudencial del efecto directo del derecho a la libre circulación y residencia, así como la incidencia que dicho fenómeno tiene en la protección comunitaria de los DF que afectan a quien ejerce ese derecho del ciudadano europeo reconocido por el art. 18.1 TCE. Si se analiza la reciente jurisprudencia del TJCE, es posible observar que esa protección abarca dos esferas o sectores (concéntricos) materiales. Por una parte, la más pequeña, cuando actúan como condición o parámetro de justificación de las limitaciones nacionales al *ejercicio* del derecho a la libre circulación y residencia (los DFUE actúan protegiendo específicamente el ejercicio de ese derecho, actuando como límites a las medidas estatales que lo restringen). Y por otra, la más amplia, cuando operan tutelando las actividades desarrolladas por el *ciudadano* en ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia (en cuyo caso, los DFUE operan como límite frente a las actuaciones estatales que afectan al individuo). En el primer caso, la protección actúa en el ámbito *ratione materiae* de aplicación del Derecho comunitario. En el segundo, sin embargo, la protección opera *ratione personae*. Veamos, de forma un poco más detenida como surge y se consolida la primera protección y hasta qué punto se ha desarrollado la segunda.

⁵⁷ SSTJCE: *D’Hoop*, cit., apartado 35, *A. Pusa*, cit., apdo. 20; *De Cuyper*, cit., apdo. 39; *K. Tas-Hagen* y *R.A. Tas*, cit., apdo. 31.

3.1. El efecto directo del derecho a la libre circulación y residencia del art. 18.1 TCE y los DFUE como límites a las restricciones estatales de ese derecho.

El punto de partida de esta otra vía de protección de los DFUE del *moving European citizen* reside en el reconocimiento por parte del TJCE, a partir del año 2001, de que “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”⁵⁸. Es esta vocación la que ha propiciado que el TJCE haya terminado también por reconocer efecto directo al artículo 18 TCE en la ya mencionada Sentencia *Baumbast* (2002), tras haber evitado desde hace largo tiempo el pronunciarse sobre la posibilidad de que dicho artículo confiriera un derecho *autónomo* de circulación y residencia al margen de las otras disposiciones del Tratado o del Derecho derivado⁵⁹.

El señor *Baumbast*, como ya se ha planteado con anterioridad, es un nacional alemán que trabajaba y residía en el Reino Unido. Habiendo ejercido su actividad económica, primero como trabajador por cuenta ajena y después en una empresa suya que terminó por entrar en quiebra, y como no buscaba un trabajo suficientemente remunerado en dicho Estado, se fue a trabajar fuera del Reino Unido, aunque seguía buscando empleo en el mismo. En esta situación, se le deniega la solicitud de una tarjeta de residencia por tiempo indefinido debido a que ya no trabajaba en el Estado de acogida. Tras los correspondientes recursos, el órgano jurisdiccional remitente plantea al TJCE la pregunta de si un ciudadano de la Unión Europea, que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante, puede disfrutar en ese Estado, en su condición de ciudadano de la Unión, de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 CE, apartado 1. Tras recordar que, si bien es cierto que antes de la entrada en vigor del TUE el derecho de residencia estaba sujeto al requisito de que se ejerza una actividad económica en el sentido de los artículos 39, 43 y 49 del TCE, no es menos cierto que la entrada en vigor del mismo ha supuesto la introducción del estatuto de ciudadano y el reconocimiento a todo ciudadano, en el art. 18 TCE, del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁶⁰, el TJCE volverá afirmar que “la vocación de ese estatuto del ciudadano es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los estados miembros”⁶¹. Y sobre esta base, una vez constatado que el TUE no exige que los ciudadanos tengan que ejercer una actividad profesional, por cuenta propia o ajena, para poder disfrutar de los derechos asociados a ese estatuto⁶², establecerá, por vez primera, que el derecho a residir en el

⁵⁸ Desde la ya mencionada Sentencia *Grzelczyk* (2001), *cit.*, apdos. 30 y 31 (énfasis añadido); *D’Hoop*, *cit.*, apdo. 28; *Baumbast*, *R y Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, de 17 de septiembre de 2002, apdo. 82; *García Avello*, *cit.*, apdos. 22 y 23; *K.C. Zhu y M.L. Chen* (más conocida como *Chen*), C-200/02, de 19 de octubre de 2004, apdo. 25; SSTJCE *Bidar*, *cit.* apdo. 31.

⁵⁹ Véase, como ejemplo, los apartados 60 y 61 de la ya citada Sentencia *Martínez Sala*. *Cfr.*, por ejemplo, A. LANG, 2004, p. 256 y la doctrina allí señalada. Igualmente, M. DOUGAN Y E. SPAVENTA, “Educating Rudy and the (non-)English Patient. A double-bill on residency rights under Article 18 EC”, *European Law Review*, 2003, pp. 699 y ss.

⁶⁰ Apartado 81 de la Sentencia *Baumbast*, C-413/99, de 17 de septiembre de 2002.

⁶¹ El ya mencionado apartado 81.

⁶² “El Tratado de la Unión Europea no exige que los ciudadanos de la Unión ejerzan una actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia, para poder disfrutar de los derechos previstos en la segunda parte del

territorio de los Estados miembros previsto en el art. 18.1 TCE “está reconocido directamente a todo ciudadano de la Unión por una disposición clara y precisa del Tratado CE. En consecuencia, por su propia condición de nacional de un Estado miembro, y, por tanto, de ciudadano de la Unión, el Sr. Baumbast tiene derecho a invocar el artículo 18 CE, apartado 1”⁶³.

Este reconocimiento de efecto directo se verá confirmado con posterioridad en sentencias como las recaídas en los casos *TROJANI*⁶⁴, *CHEN*⁶⁵, o *COMISIÓN c. PAÍSES BAJOS*⁶⁶. En adelante, el derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano europeo será un derecho del que cabe predicar una doble característica. Por una parte, y debido al reconocimiento de ese efecto directo, el ser un derecho autónomo o independiente, susceptible de ejercicio y tutela al margen de que se esté o no ejerciendo una actividad económica⁶⁷; y por otra, debido a la misma razón, el ser un derecho capaz no solo de vincular la actividad de las autoridades públicas, sino también de crear directamente pretensiones y obligaciones frente a las personas físicas y jurídicas, de modo que el Juez nacional que actúa como juez comunitario deberá aplicar las pretensiones derivadas del mismo también en las relaciones *inter privatos*. Junto a ello, tampoco cabe olvidar que el reconocimiento de este derecho, ahora con efecto directo, deriva directamente del Tratado (norma primaria: art. 18.1 TCE), siendo un derecho expresamente reconocido por una norma iusfundamental o de derecho fundamental de la UE (ese reconocimiento derivado directamente del Tratado lo distingue, también, de los otros DFUE, aquellos que el Tribunal viene tutelando en cuanto principios generales del Derecho comunitario y aparecen reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza⁶⁸). Como consecuencia de

Tratado CE, relativa a la ciudadanía de la Unión. Además, no hay nada en el texto del Tratado que permita considerar que los ciudadanos de la Unión, que se hayan establecido en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena, se verán privados de los derechos conferidos por el Tratado CE por razón de esta ciudadanía, cuando cese dicha actividad” (apartado 82).

⁶³ Apartado 84.

⁶⁴ C-456/02, de 7 de septiembre de 2004, apdo. 31.

⁶⁵ Sentencia *cit. supra*, apartado 26.

⁶⁶ C-50/06, de 7 de junio de 2007, apdo. 32.

⁶⁷ “En virtud del artículo 18 CE, apartado 1, cualquier ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Un nacional de un Estado miembro que no disfrute, en el Estado de acogida, de un derecho de residencia en virtud de otras disposiciones del Tratado o de disposiciones adoptadas para su aplicación podrá, por su mera condición de ciudadano de la Unión, disfrutar allí de un derecho de residencia en aplicación directa de este artículo” (STJCE *Comision c. Países Bajos, cit.*, apdo. 32). Es también interesante recordar, en esta línea, la idea del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer de que “la creación de una ciudadanía de la Unión, con el corolario de la libre circulación de sus titulares por el territorio de todos los Estados miembros, supone un gran avance cualitativo, porque desvincula esa libertad de sus elementos funcionales o instrumentales (la relación con una actividad económica o con la consecución del mercado interior) y la eleva a la categoría de derecho propio e independiente, inherente al *status* político de los ciudadanos de la Unión” (Conclusiones presentadas el 20 de marzo de 2007 al caso *Rhiannon Morgan*, asuntos acumulados C-11 y 12/06, apdo. 82).

⁶⁸ El derecho a la libre circulación y residencia del art. 18 TCE aparece reconocido, igualmente, en el artículo 45 de la Carta de DFUE proclama en Niza [y en los artículos 10.2 de la Iª parte y 105 de la IIª parte del “fallido” Tratado Constitucional de la Unión Europea (Roma, 2004), parte que incorpora o constitucionaliza la Carta de DFUE de Niza]. En cualquier caso, y en línea con lo que venimos señalando, es importante constatar que éste es uno de los derechos de la Carta de DFUE a los que es de aplicación el artículo 52.2 de la Carta de Niza, según el cual “Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos” [en

todo ello, la incorporación nacional de los DFUE u obligación estatal de respetar los DFUE (cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario) implicará o abarcará también la incorporación de un autónomo derecho fundamental a la libre circulación y residencia con eficacia tanto en las relaciones verticales como horizontales. Por consiguiente, puede decirse que el reconocimiento de efecto directo al artículo 18 del TCE (DF de la UE a la libre circulación y residencia) amplía un poco más el ámbito de aplicación estatal de los DFUE, una ampliación que se produce a través de la Ciudadanía de la Unión Europea. No obstante, no será ésta la única ampliación del ámbito de aplicación o incorporación estatal de los DFUE que se producirá de la mano de la protección del estatuto de ciudadano y/o del *moving European citizen*. Veámoslo.

Según señalan la Sentencia *Baumbast* y su progenie jurisprudencial, dicho derecho autónomo a la libre circulación y residencia no es un derecho ilimitado, sino que “se reconoce con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado CE y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”⁶⁹. Baste recordar, por lo que ahora interesa, que los Estados pueden establecer límites o restricciones a ese derecho, siguiendo los artículos 39.3, 46 y 55 del TCE (es decir, en conexión con las libertades de circulación de personas y servicios), en atención a motivos de orden público, seguridad pública y salud pública⁷⁰. Sin embargo, como establece el TJCE, “la aplicación de dichas limitaciones y condiciones debe realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con *los principios generales de éste*, en particular el principio de proporcionalidad”⁷¹. De forma más concreta, el Tribunal señalaba en el reciente caso *Comisión c. Países Bajos*, que “entre las limitaciones y condiciones previstas o autorizadas por el Derecho comunitario, la Directiva 64/221 permite a los Estados miembros expulsar a los nacionales de los demás Estados miembros de su territorio por razones de orden público o de seguridad pública, *respetando las garantías materiales y procesales previstas en dicha Directiva y en los principios generales del Derecho comunitario*”⁷², es decir, respetando también, como indica la alusión a los principios,

sentido similar, el artículo II-112 del TCUE establecerá que: “Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas”].

⁶⁹ Apartado 85 de la Sentencia *Baumbast*. Véanse, igualmente, las SSTJCE: *Trojani*, *cit.*, apdo. 32; o *Comisión c. Países Bajos*, *cit.*, apdo. 33.

⁷⁰ Hay que señalar que el Derecho comunitario derivado puede todavía establecer otras condiciones para el ejercicio del derecho (que sean acordes a los términos del art. 18 TCE), como las que rigen actualmente con vistas a que el ejercicio del derecho en cuestión no suponga una carga irrazonable para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida. Véase, al respecto, la Directiva 2004/38, 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 a residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros (por la que se modifica el Reglamento CEE 1621/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 74/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE), publicada en el DO L 158, pp. 77 y ss., corrección de errores en DO L 229, pp. 35 y ss. (la Directiva tenía que estar implementada el 30 de abril de 2006). Hay que recordar que, en cualquier caso, la aplicación de estas condiciones está sujeta al dictado del art. 12 del TCE. *Vid*, sobre ello, K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL Y R. BRAY, 2005, pp. 547 y ss.; V. AGUADO I CUDOLÀ, 2007, pp. 5 y ss.

⁷¹ Sentencia *Baumbast*, *cit.*, apdo. 91 (énfasis añadido); o STJCE *Trojani*, *cit.*, apdo. 34.

⁷² Sentencia *cit.*, apdo. 34 (recordando las SSTJCE: *MRAX*, C-459/99, de 25 de julio de 2002, apdos. 61 y 62; y *Comisión c. España*, C-503/03, de 31 de enero de 2006, apdos. 43 y 44); énfasis añadido. Y será la inobservancia de tales garantías lo que hará que, en este asunto 50/06, el Tribunal de Justicia decida que “el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de

los DFUE. El hecho de que estos derechos operen también como límites a las restricciones estatales del derecho del artículo 18 implica una nueva dilatación del ámbito estatal de aplicación del Derecho comunitario (similar si no idéntico, en cuanto al efecto extensivo, al que supuso la jurisprudencia *ERT* respecto a las restricciones aplicadas a las libertades de mercado). Pero la cosa tampoco queda ahí.

3.2. Los DFUE como límites a las restricciones estatales de los DF del ciudadano que ejerce la libre circulación y residencia

Además de reconocer efecto directo al derecho del art. 18.1 TCE, y de señalar que las restricciones al mismo deben ser acordes, entre otros parámetros, a los DFUE, el TJCE presenta algunos casos en los que ha entrado a proteger concretos DFUE a quien estaba ejerciendo un derecho de libre circulación y residencia que tenía esa específica característica. Esto ha sucedido, bien conectando el artículo 18.1 con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del art. 12 TCE (por ejemplo, en el asunto *TROJANI*), o con independencia de dicho principio (sentencia *CHEN*).

En el asunto *TROJANI*⁷³, el Tribunal establecerá que un ciudadano de la Unión Europea (nacional francés que se encuentra en situación de residencia regular provisional en Bélgica, realizando prestaciones en un centro de acogida recibiendo a cambio pagos en especie, y donde, careciendo recursos económicos suficientes, solicita un *minimex* o ayuda social que le es denegado por no tener nacionalidad belga y no poder invocar la aplicación del ya mencionado Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad) que no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia en virtud de los artículos 39 CE, 43 CE o 49 CE puede disfrutar, por su *mera condición de ciudadano* de la Unión, de un derecho de residencia en virtud de la *aplicación directa del artículo 18 CE, apartado 1*⁷⁴. No obstante, dicho derecho no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones (cuya aplicación debe respetar el Derecho comunitario y/o los principios generales del Derecho comunitario), entre las que figura el tener que disponer recursos económicos suficientes a fin de no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de acogida, de modo que el Sr. Trojani no puede basar su derecho de residencia en el territorio de un Estado miembro del que no sea nacional en el artículo 18 TCE⁷⁵. Pese a todo, continua el Tribunal, un ciudadano de la Unión que se encuentre en la situación del Sr. Trojani puede, dado que ha residido legalmente en Bélgica, invocar el principio fundamental a la igualdad de trato del artículo 12 TCE a fin de que se le conceda el *minimex*. Y a este respecto hay que tener en cuenta que, “una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que no concede la prestación de asistencia

febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, al no haber aplicado a los ciudadanos de la Unión la citada Directiva, sino una legislación general sobre los extranjeros que permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio”.

⁷³ C-456/02, de 7 de septiembre de 2004.

⁷⁴ Apartados 30 y 31 de la Sentencia.

⁷⁵ Apartados 32 y ss.

social a los ciudadanos de la Unión no nacionales del Estado miembro que residen legalmente en él aun cuando cumplan los requisitos exigidos a los nacionales de dicho Estado, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad prohibida por el artículo 12 CE⁷⁶. A resultas del caso, parece evidente que la combinación de la aplicabilidad directa del derecho del art. 18.1 y el art. 12 del TCE actúan como una fuente autónoma de reconocimiento de derechos por parte del Derecho comunitario (operando sobre situaciones jurídicas que, de no ser por el ejercicio del estatus de ciudadano, entran en el ámbito de las situaciones puramente internas). El ejercicio de este derecho está supeditado a las limitaciones y condiciones previstas por dicha disposición, pero las autoridades competentes deberán velar por que la aplicación de las referidas limitaciones y condiciones se haga respetando los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad. No obstante, una vez comprobado que una persona que se encuentra en una situación como la del demandante en el litigio principal dispone de un permiso de residencia, dicha persona podrá invocar el artículo 12 CE a fin de que se le conceda una prestación de asistencia social como el *minimex*.

Pero el derecho art. 18.1 y su aplicabilidad directa pueden también generar la protección comunitaria de los DF de quienes lo ejercen al margen de la operatividad del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. La prueba es el asunto CHEN⁷⁷. La Sra. Chen, de nacionalidad china, con el deseo de dar a luz a un segundo hijo, entra en el territorio del Reino Unido (mayo de 2000), embarazada de seis meses (su marido, también de nacionalidad china y trabajador en una empresa con domicilio social en China, realiza con frecuencia viajes de negocios a diversos Estados miembros, entre ellos al Reino Unido). Dos meses más tarde se traslada a Belfast, donde nace Catherine, pasando con posterioridad a vivir al País de Gales. El hecho es que, de acuerdo con la legislación irlandesa, que permite adquirir la nacionalidad irlandesa a toda persona nacida en la isla de Irlanda si la misma no tiene derecho a adquirir la nacionalidad de otro país (había perdido el derecho a adquirir la nacionalidad china por haber nacido en Irlanda), Catherine obtiene pasaporte irlandés (no tenía derecho a adquirir la nacionalidad británica, en la que no rige el *ius soli* a estos efectos). Además, como Irlanda forma parte de la *Common Travel Area* (zona de circulación común) a los efectos de la normativa sobre inmigración, Catherine, como nacional irlandesa, no necesitaba obtener autorización para entrar y residir en el territorio del Reino Unido, cosa que hizo, acompañada de su madre, de quien depende tanto afectiva como económicamente. El problema surge cuando el *Secretary of State* del Reino Unido se niega a conceder a las dos un permiso de residencia de larga duración, basándose en que Catherine, de ocho meses de edad, no ejerce ningún derecho derivado del TCE, y que la Sra. Chen no está autorizada a residir en el Reino Unido. Recurrida la decisión, el órgano competente plantea diversas cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la aquí ya mencionada Directiva 73/148/CEE y la Directiva 90/364/CEE relativa al derecho de residencia⁷⁸, y el artículo 18 TCE. Por lo que al derecho de residencia de la hija se refiere, una vez recordado que será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un

⁷⁶ Apartado 44 de la Sentencia.

⁷⁷ K.C. Zhu y M.L. Chen, C-200/02, de 19 de octubre de 2004.

⁷⁸ Del Consejo, de 28 de junio de 1990 (DO L 180, pp. 26 y ss.)

Estado miembro (17.1 TCE), que el derecho a residir en el territorio de los Estados miembros del art. 18.1 tiene *efecto directo*⁷⁹ (ejercitable –e invocable ante los Tribunales– por los ciudadanos aunque no se haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercerlo por sí mismos⁸⁰), y que Catherine dispone tanto de un seguro de enfermedad como de recursos suficientes, que le proporciona su madre, para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de acogida, el TJCE vendrá a declarar que Catherine tiene el derecho a residir por tiempo indefinido en el Reino Unido⁸¹. Por otra parte, en lo que se refiere a la madre, tras recordar que la Sra. Chen no puede invocar la condición de ascendiente “a cargo” de Catherine, en el sentido de la Directiva 90/364, con el objeto de disfrutar el correspondiente derecho de residencia (porque la situación, es precisamente, la inversa), el Tribunal entiende, sin embargo, que “la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. En efecto, es claro que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste”⁸². En consecuencia, es evidente que el ejercicio del DF con efecto directo del artículo 18.1 se configura como una fuente autónoma del derecho de residencia de la madre (extranjera no comunitaria carente, de otra manera, de ese derecho)⁸³.

4. Algunas reflexiones conclusivas

Llegados aquí, y haciendo balance de lo señalado, es posible lanzar dos hipótesis acerca de la virtualidad del derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano europeo (y de las restantes libertades de circulación) como fundamento o base para el papel protector que pueden

⁷⁹ Apartado 26.

⁸⁰ Apartado 20.

⁸¹ Sin que sea obstáculo para ello, que la Sra. Chen admita que la actuación de la Sra. Chen tuviera como objeto crear las condiciones necesarias para que la niña adquiriera la nacionalidad de un Estado miembro, con el fin de obtener a continuación, para ambas, el permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido; si este Estado pudiera negar el derecho del artículo 18 en virtud de tal actuación, se estaría admitiendo un Estado miembro puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado (apartados 36 y ss.).

⁸² Apartado 45 de la Sentencia; recordando, *mutatis mutandis*, lo decidido en relación con el artículo 12 del Reglamento 1612/68 en los apartados 71 a 75 de la sentencia Baumbast y R., aquí *supra* descrita).

⁸³ Como un caso de aplicación de este derecho en España, en un supuesto (nacional rumana que, de la relación de convivencia como pareja de hecho con un ciudadano español, tiene un hijo de nacionalidad española) en el que, además, el hijo no está ejerciendo el derecho del 18.1 TCE, véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) número 184/2006, de 10 de marzo de 2006 (véase también, de la misma Sala, la número 550/2006, de 15 de septiembre de 2006).

desempeñar los DFUE, frente a las actividades del Estado de acogida, del ciudadano que circula o reside por o en un Estado miembro.

La primera hipótesis, a nuestro juicio verificable a la luz del *case law* expuesto, es que la protección del artículo 18.1, sea de forma conexa al artículo 12 TCE o, incluso, de forma independiente del mismo, llega hasta el punto de generar una protección comunitaria de los DF que afectan o tienen relación, siquiera mediata, con el ejercicio del también DF a la libertad de circulación y residencia (mismo estándar que el nacional en la tutela judicial, o en el acceso a la educación, derecho al respeto de la vida familiar, etc.). Y lo mismo puede decirse, no cabe olvidarlo, respecto del ejercicio de las libertades de circulación ligadas al desempeño de una actividad económica (arts. 39.3, 46 y 55). Dicho de otra forma, el *moving European citizen* está protegido por los DFUE (o por la tutela comunitaria de los DF) en la medida que esa protección está ligada al ejercicio de las libertades de circulación. Es el sistema europeo-comunitario de los DF (DFUE) el que actúa como límite frente a las restricciones estatales de los DF que sufre el ciudadano europeo en tránsito/residencia, *pero sólo* de aquellos DF ligados o asociados al ejercicio de ese tránsito/residencia. La protección comunitaria del ciudadano en tránsito deviene en protección comunitaria de los DF de ese ciudadano, pero no de todos los DF, sino solo de aquellos que tienen que ver con el ejercicio de las libertades de circulación y residencia. Conviene destacar que esta primera hipótesis puede adquirir una gran fortaleza desde que se ha reconocido efecto directo al DF del ciudadano europeo reconocido en el art. 18.1 TCE, especialmente si dicho efecto directo opera en conexión con el principio del art. 12 TCE (debido al fecundo potencial tuitivo de DF que ha demostrado tener éste artículo en conexión con las libertades de circulación ligadas a una actividad económica o con el propio derecho del artículo del 18.1 cuando ni siquiera se le reconocía a éste dicho efecto directo), y teniendo en cuenta, además, que dicho DF no puede ser limitado o restringido de forma contraria a los otros DFUE.

La segunda hipótesis es la que retoma radicalmente la idea, que señalábamos al comienzo, del Abogado general Jacobs en el caso *Konstantinidis*, según la cual los DFUE protegen al ciudadano, frente al Estado de acogida, por el mero hecho de ser *ciudadano europeo* (con independencia de cualquier toda consideración sobre la titularidad competencial de la materia afectada y/o conexión sustantiva con el ejercicio de las libertades de circulación). Es decir, al margen de que la actuación estatal tenga conexión alguna no ya con el ejercicio de las libertades de circulación, sino que ni siquiera con los DF asociados a ese ejercicio. En este caso, la protección comunitaria de las libertades de circulación y residencia se dilataría hasta el punto de identificarse totalmente con la protección comunitaria de *todos* los DF de quien ejerce esas libertades.

Mirando la cuestión desde la perspectiva de la Carta de los DFUE proclamada en Niza, de una carta con eficacia jurídicamente vinculante⁸⁴, hay que afirmar que el mero ejercicio de la libre

⁸⁴ La "constitucionalización" de la Carta de Niza en la IIª Parte de la "Constitución Europea" o TCUE. aprobada (en Roma/2004) pero, a la postre, no ratificada por todos los Estados miembros de la UE se ha convertido ya en otra *non nata* posibilidad de adquisición de eficacia jurídica vinculante. No obstante, parece que la misma puede adquirir dicha eficacia a tenor de las bases sustanciales de reforma aprobadas por el Consejo Europeo de Bruselas (de 21 y 22 de junio de 2007) de cara a la próxima CIG para el Tratado de Reforma de los Tratados vigentes. Según las Conclusiones de la Presidencia (de 23 de junio de 2007) derivadas de dicho Consejo, "The Article on

circulación y residencia del artículo 18 TCE (art. 45 de la Carta de Niza; II-105 en el TCUE) implicaría activar la protección de los derechos de la Carta frente a los actos estatales que limitan (¿algunos o todos?) derechos fundamentales de quien ejerce ese derecho (y/o el derecho a las restantes libertades de circulación)⁸⁵. Si utilizásemos la primera de las hipótesis señaladas, esa protección del *moving european citizen* activaría la protección de los DF de la Carta asociados al ejercicio de las libertades de circulación y residencia. Vistas las cosas desde la segunda hipótesis, lo que el mero ejercicio de estas libertades activaría es la protección de todos los derechos de la Carta. Pero esta percepción, dada la letra y la filosofía del artículo 51.2 de la Carta de DFUE (II-111.2 TCUE), parece demasiado pretenciosa, mientras que la primera hipótesis, que refleja la actual línea jurisprudencial del TJCE, tendría su puerta de justificación en el ya mencionado art. 52.2 de la propia Carta (II-112.2 TCUE).

Por lo demás, hay que señalar que el marco recién expuesto debería llevarnos a hacer alguna reflexión sobre las discriminaciones inversas que genera el régimen comunitario. En la medida en que los extranjeros comunitarios gozan de un estatuto especial, es importante determinar hasta dónde puede tener este régimen un influjo sobre la situación de extranjeros de Estados terceros, y cómo el ordenamiento interno puede dar respuesta a estas diferencias de trato. Para hacer este análisis, nos centraremos en la situación actual del régimen de expulsión.

Las expulsiones de extranjeros se encuentran a día de hoy sometidas a un doble régimen jurídico: en cuanto a los extranjeros no comunitarios, será aplicable la Ley de extranjería y sus normas sancionadoras en materia de expulsiones; en lo que respecta a los extranjeros comunitarios, será de aplicación la Directiva 64/221 y las correspondientes normas de transposición, principalmente el Reglamento sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea. Mientras que los extranjeros no comunitarios deberán responder a las medidas sancionadoras contempladas en la Ley de extranjería, con el correspondiente control de proporcionalidad a cargo de los Tribunales contencioso-administrativos, los extranjeros comunitarios merecerán un control de proporcionalidad en consonancia con la jurisprudencia del TJCE sobre excepciones a libertades comunitarias, antes comentada. Si bien en el primer caso nos encontramos ante un control de proporcionalidad de acuerdo con los estándares de protección internos, en el segundo supuesto el estándar es el comunitario. La legislación nacional de extranjería es claramente restrictiva con el extranjero sancionado, y contempla la expulsión como una medida en nada excepcional, en contra de lo dispuesto en la normativa comunitaria, que sólo admite la expulsión (con la consiguiente excepción a la libertad de circulación de trabajadores y/o personas) en circunstancias tasadas y una vez realizada una interpretación restrictiva de las

fundamental rights will contain a cross reference to the *Charter on fundamental rights*, as agreed in the 2004 IGC, giving it legally binding value and setting out the scope of its application" (apartado 9 del *Draft IGC Mandate*, Annex I de las Conclusiones; el primer énfasis es original, el segundo añadido). En cualquier caso, y por lo que a la situación vigente, es posible sostener que la misma, estaría desarrollando ya algo más que simples efectos jurídicos en el ámbito de aplicación institucional y estatal del Derecho comunitario (Cfr., por todos, R. ALONSO GARCÍA Y D. SARMIENTO, 2006, pp. 37 y ss.; véanse, también, las SSTJCE: *Unibet*, 433/05, de 13 de marzo de 2007, apdos. 37 y 38; o *Advocaten Voor*, C-303/05, de 3 de mayo de 2007; o *Britannia Alloys*, C-76/06P, de 7 de junio de 2007, apdo. 36).

⁸⁵ Véase, al respecto, P. EECKHOUT, 2002, pp. 971 y ss.

causas constitutivas de la sanción. Esta es, sin duda, una aplicación bicéfala de un mismo principio para una situación idéntica, con la salvedad de un dato: la nacionalidad.

La jurisprudencia ha mostrado su neutralidad ante los distintos niveles de proporcionalidad contemplados en la legislación, pero en tiempos recientes se ha vivido un cambio considerable en dirección a la equiparación entre niveles de protección. Así lo ha explicado Edorta Cobreros, comentando el triunvirato de Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2000, donde se abre la equiparación entre niveles de control en las expulsiones de extranjeros comunitarios y no comunitarios⁸⁶. Si bien los años anteriores mostraron una reticencia del Tribunal Supremo a enjuiciar las expulsiones de extranjeros no comunitarios apelando al Derecho comunitario como parámetro de referencia, a partir de estos pronunciamientos encontramos una equiparación rotunda en el enjuiciamiento de ambas categorías. Así, en la STS de 18 de abril de 2000, una vez analizadas las circunstancias que rodeaban la expulsión del extranjero no comunitario, el Tribunal recordó la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de la cláusula del orden público, añadiendo “que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mantiene idéntico criterio, que el que propugnamos, en la sentencia de 19 de marzo de 1999”.

El principio de proporcionalidad, aplicado en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, conoce un estándar intenso de aplicación, muy condicionado por el test de la medida menos restrictiva en los términos vistos en páginas anteriores. El Tribunal nacional debe tener en cuenta la intensidad aplicativa del principio, so pena de recibir un pronunciamiento en sentido contrario a cargo del TJCE. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, nos encontramos ante una elevación del estándar de protección en la aplicación del principio de proporcionalidad, tradicionalmente sometido a un control considerablemente más laxo. El efecto *spill-over* que trae consigo un sistema paralelo hace que el trasvase incluya a los principios generales, incluidos sus niveles de protección. Asimismo, la forma argumentativa del TJCE conoce un efecto expansivo, pues la argumentación finalista del principio de proporcionalidad comienza a hacer acto de presencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo también en los casos de expulsión.

Ello no explica en absoluto una equiparación en la aplicación de las órdenes de expulsión, en dirección a la medida más protectora, sino una gradual equiparación entre estilos interpretativos ante un mismo problema. De hecho, el TS sigue llevando a cabo una interpretación laxa del principio de proporcionalidad cuando enjuicia órdenes de expulsión de extranjeros no comunitarios, de modo que la gradual equiparación se observa en supuestos muy concretos, cuando la legislación vigente otorga un margen de discrecionalidad a la Administración pública. Será en estos supuestos, pues, cuando la tendencia a la “integración” entre argumentos sea más frecuente, sin que ello nos conduzca a la mera equiparación de categoría. El Derecho comunitario y el principio de proporcionalidad reconocido por aquél actuarán como un criterio argumentativo más, pero un criterio que coadyuva en la realización de un control más intenso. En este sentido, pues, el efecto *spill-over* es real y efectivo.

⁸⁶ E. COBREROS MENDAZONA 2001, pp. 271 y ss: “Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros”.

5. Bibliografía

- V. AGUADO I CUDOLÀ (2007), "Ciudadanía, libre circulación de personas y derechos sociales", *Noticias de la Unión Europea*, 267, pp. 5 y ss.
- R. ALONSO GARCÍA Y D. SARMIENTO (2006), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Thomson/Civitas, Madrid.
- E. COBREROS MENDAZONA (2001), *Revista de Administración Pública*, 2001, 156, pp. 271 y ss.
- M. DOUGAN Y E. SPAVENTA (2003), "Educating Rudy and the (non-)English Patient. A double-bill on residency rights under Article 18 EC", *European Law Review*, pp. 699 y ss.
- P. EECKHOUT (2002), "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", *Common Market Law Review*, 39, pp. 945 y ss.
- J. GOIZUETA VÉRTIZ (2007), *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, IDP / Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- A. LANG (2004), Comentario al artículo 18 TCE, en A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milano, p. 256.
- K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL Y R. BRAY (2005), *Constitutional Law of the European Union*, Thomson/Sweet & Maxwell, London, 2ª ed.
- D. SARMIENTO (2005), "Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española", *Revista Española de Derecho Europeo*, 15, pp. 375 y ss.
- N. SHUIBHNE (2002), "Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?", *Common Market Law Review*, 39, pp. 731 y ss.
- E. SPAVENTA (2004), "From Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic European Constitution", *Common Market Law Review*, 41, pp. 743 y ss.
- T. TRIDIMAS (2006), *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed.

6. Tabla de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>
07.06.2007	<i>Britannia Alloys, C-76/06P</i>
03.05.2007	<i>Advocaten Voor, C-303/05</i>
20.03.2007	<i>Rhiannon Morgan, C-11 y 12/06</i>
13.03.2007	<i>Unibet, 433/05</i>
11.01.2007	<i>ITC, C-208/05</i>
18.07.2006	<i>De Cuyper, C-406/04</i>
31.01.2006	<i>Comisión c. España, C-503/03</i>
22.11.2005	<i>K. Grongaard, C-384/02</i>
30.06.2005	<i>TOD'S SpA, C-28/04</i>
17.03.2005	<i>Kraneman, C-109/04</i>
15.03.2005	<i>Bidar, C-209/03</i>
19.10.2004	<i>K.C. Zhu y M.L. Chen, C-200/02</i>
29.04.2004	<i>Antero Pusa, C-224/02</i>
23.03.2004	<i>Collins, C-138/02</i>
02.10.2003	<i>García Avelló, C-148/02</i>
23.09.2003	<i>Secretary of State y H. Akrich, C-109/01</i>
10.07.2003	<i>Booker Aquaculture, C-20 y C-64/00</i>
12.06.2003	<i>Schmidberger, C-112/00</i>
12.12.2002	<i>A. Rodríguez Caballero, C-442/00</i>
17.09.2002	<i>Baumbast, R y Secretary of State for the Home Department, C-413/99</i>
17.09.2002	<i>Baumbast, C-413/99</i>
25.07.2002	<i>MRAX, C-459/99</i>
11.07.2002	<i>D'Hoop, C-224/98</i>
11.07.2002	<i>M. Carpenter y Secretary of State, C-60/00</i>
06.06.2002	<i>Ricordi, C-360700</i>
19.03.2002	<i>Comisión c. Italia, C-224/00</i>
05.02.2002	<i>D. Kaske, C-277/99</i>
09.10.2001	<i>E.O. FLEMMER, C-80 y C-82/99</i>
20.09.2001	<i>Grzelczyk, C-184/99</i>
27.01.2000	<i>Graf, C-190/98</i>
21.09.1999	<i>F. Wijsenbeek, C-378/97</i>
10.06.1999	<i>Johannes, C-430/97</i>
26.01.1999	<i>Terhoeve, C-18/95</i>
24.11.1998	<i>H.O. Bickel y U. Franz, C-274/96</i>
12.05.1998	<i>Martínez Sala, C-85/96</i>
02.10.1997	<i>Saldanha, C-122/96</i>

26.06.1997	<i>Familiapress</i> , C-368/95
05.06.1997	02Uecker y Jacquet, C-64.96 y C-65/96
20.03.1997	<i>Hayes</i> , C-323795
12.12.1996	<i>Procura della Repubblica</i> , C-74 y C-129/95
15.11.1996	<i>F. DUFF y otros</i> , C-63/93
26.09.1996	<i>Data Delecta</i> , C-43/95
15.12.1995	<i>Bosman</i> , C-415/93
24.03.1994	<i>The Queen vs. Maff, ex parte D.C. Bostock</i> , C-2/92
10.02.1994	<i>Mund & Fester</i> , C-398/92
20.10.1993	<i>Phil Collins</i> , C-92 y C-326/92
31.03.1993	<i>D. Kraus</i> , C-19/92
30.03.1993	<i>Konstantinidis</i> , C-168/91
07.07.1992	<i>Singh</i> , C-370790
10.12.1991	<i>Merci Convvenzionali</i> , C-179790
18.07.1991	<i>ERT</i> , C-260/89
13.07.1989	<i>Wachauf</i> , C-5/88
18.05.1989	<i>Comisión c. Alemania</i> , C-249/86
02.02.1989	<i>Cowan</i> , C-186/87
07.07.1988	<i>Wolf y otros</i> , C-154 y 155/87
21.06.1988	<i>Lair</i> , C-39/86
21.06.1988	<i>Brown</i> , C-197/86
02.02.1988	<i>Blaizot</i> , C-24/86
08.10.1987	<i>Kolpinghuis Nijmegen</i> , C-80/86
13.02.1985	<i>Gravier</i> , C-293/83
13.02.1969	<i>W. Wilhelm</i> , C-14/68