



UNIVERSIDAD
DE
CÓRDOBA

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS**

TESIS DOCTORAL

**LOS LÍMITES AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y
RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS**

**LIMITS TO THE RIGHT OF FREE MOVEMENT AND
RESIDENCE OF EUROPEAN CITIZENS**

Presentada por

Ángela Cruz Luna

Dirigida por

Antonio Bueno Armijo

Nuria Magaldi Mendaña

Córdoba, marzo de 2024

Facultad de Derecho, CCEE y Empresariales de la Universidad de Córdoba

TITULO: *LOS LÍMITES AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y
RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS*

AUTOR: *Ángela María Cruz Luna*

© Edita: UCOPress. 2024
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

[https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/
ucopress@uco.es](https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/ucopress@uco.es)

**DOCTORANDA/O**

Ángela Cruz Luna

TÍTULO DE LA TESIS:

LOS LÍMITES AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS

INFORME RAZONADO DE LAS/LOS DIRECTORAS/ES DE LA TESIS**(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma)**

El desarrollo de la tesis de Dña. Ángela Cruz Luna se ha ajustado exactamente al plan de trabajo originariamente previsto, tal y como se ha constatado en las revisiones periódicas realizadas en el marco de los mecanismos de seguimiento del Programa de Doctorado en el que se inserta. La investigación no ha experimentado ningún desvío del plan original, sin perjuicio de la mayor concreción de los temas inicialmente seleccionados, como es habitual en las tesis de naturaleza jurídica. En consecuencia, no ha sido necesario adoptar ninguna medida correctora. La única excepción a la anterior afirmación ha venido determinada por la situación de pandemia declarada a comienzos del año 2020 a causa de la Covid-19, que ralentizó el ritmo de los trabajos, dando lugar a que se solicitara la prórroga del plazo originariamente previsto para concluir la tesis.

Se han examinado cuidadosamente todas las cuestiones apuntadas en el plan de trabajo, haciendo una revisión exhaustiva de la bibliografía especializada, la jurisprudencia y la normativa, tanto españolas como de la Unión Europea.

Junto con ello, ha realizado las actividades que le han sido indicadas en el marco de su plan de formación, completando todas sus actividades obligatorias.

Como resultado de su investigación, la doctoranda ha alcanzado unas conclusiones que se estiman sólidas, bien fundamentadas, originales y relevantes para avanzar en el estado actual de la doctrina jurídica. Como prueba de ello, debe indicarse que buena parte de tales conclusiones han sido publicadas en dos relevantes trabajos aparecidos, uno, en una revista nacional y, otro, en una revista internacional, y han sido presentadas bajo forma de comunicación en congresos científicos.

Además de otras publicaciones relacionadas con su formación investigadora, la doctoranda ha publicado los siguientes trabajos derivados de la tesis:

Ángela Cruz Luna, "Ciudadanía de la Unión y nacionalidad: la incidencia del Derecho de la Unión en las competencias sobre nacionalidad de los Estados miembros", en Revista de Estudios Europeos, n.º 71 (2018), pp. 171-188.

Ángela Cruz Luna, "El derecho a obtener autorización para residir en España de un extranjero con antecedentes penales que tiene a su cargo hijos menores ciudadanos de la Unión", Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 21 (2019), pp. 401-426.

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, a 2 de marzo de 2024

Las/los directoras/es

BUENO ARMIJO
ANTONIO
MARIA -
75810319L

Firmado digitalmente
por BUENO ARMIJO
ANTONIO MARIA -
75810319L
Fecha: 2024.03.02
12:55:02 +01'00'

MAGALDI
MENDAÑA
NURIA -
46240818P

Firmado digitalmente
por MAGALDI
MENDAÑA NURIA -
46240818P
Fecha: 2024.03.02
10:03:39 +01'00'

Fdo.:Antonio Bueno Armijo y Nuria Magaldi



RESUMEN TESIS:

La presente tesis se ha planteado para obtener información relevante para entender y verificar el conocimiento de la ciudadanía europea. La finalidad ha sido ayudar a conocer mejor la realidad existente en la Unión Europea sobre la libertad de circulación y residencia y analizar sus limitaciones para los ciudadanos de la Unión.

La metodología aplicada ha sido el análisis de de tres fuentes fundamentales. La primera ha supuesto el análisis de la normativa, tanto española como de la Unión Europea. Del mismo modo se ha llevado a cabo un análisis de jurisprudencia, tanto española como de la Unión Europea. Y del mismo modo se ha realizado un análisis de la doctrina.

En cuando al contenido de esta investigación se ha dividido en cuatro partes. En la primera parte se ha analizado el concepto y el contenido de la ciudadanía europea. A continuación se ha analizado tres cuestiones fundamentales. La entrada y salida en el territorio de la Unión como presupuesto al ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia, las estancias de duración determinada y la residencia permanente. Seguidamente se ha analizado el restablecimiento de las fronteras internas como límite a la libertad de circulación y residencia. Y finalmente se ha analizado los límites a la libertad de circulación y residencia impuestos a ciudadanos concretos.

Los resultados obtenidos han permitido conocer la evolución del concepto de ciudadanía europea y su repercusión en la vida de los ciudadanos de la Unión Europea. La ciudadanía de la Unión y sus límites son cuestiones de gran importancia para los ciudadanos europeos.

Como conclusiones puede destacarse que el concepto de ciudadanía europea y su contenido se ha ido ampliando desde la creación de la Unión Europea. Sin embargo, al mismo tiempo se han desarrollado casos en los que los Estados miembros han limitado este derecho a circular y residir libremente por los Estados miembros. Gracias a la labor del Tribunal de Justicia de la Unión se ha matizado y aclarado cómo interpretar este derecho y sus limitaciones.

ÍNDICE GENERAL	1
ABREVIATURAS	13
PRIMERA PARTE. LA CIUDADANÍA EUROPEA	17
CAPÍTULO 1. LA CIUDADANÍA EUROPEA: CONCEPTO Y CONTENIDO	19
I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA	19
1. La evolución normativa en el ámbito de la Unión Europea	19
2. Régimen español en materia de ciudadanía de la Unión Europea	28
II. CONCEPTO DE CIUDADANÍA EUROPEA Y NACIONALIDAD	32
1. Definición de ciudadanía europea	32
2. Significado de la nacionalidad	37
3. Ciudadanía y nacionalidad	39
4. Las competencias de los Estados miembros en materia de nacionalidad	42
5. Modulaciones de las competencias sobre nacionalidad de los Estados miembros derivadas del Derecho de la Unión	44
III. RÉGIMEN JURIDICO DE LA NACIONALIDAD EN ESPAÑA	56
1. La adquisición de la nacionalidad española	56
<i>A) La adquisición de la nacionalidad española de origen</i>	57
<i>a) Ius sanguinis o por filiación</i>	57
<i>b) Ius soli o por nacimiento en España</i>	58
<i>B) La adquisición de la nacionalidad derivativa</i>	58
2. La pérdida de la nacionalidad española	60
3. La recuperación de la nacionalidad española	62
IV. CONTENIDO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA	62
1. Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros	63
2. Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo	65
3. Derecho a la protección consular y diplomática	70

4. Derecho a formular peticiones ante el Parlamento Europeo y derecho a dirigirse a las instituciones y organismos de la Unión.....	72
A) <i>Derecho de petición al Parlamento Europeo.....</i>	72
B) <i>Derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo.....</i>	73
C) <i>Derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la Unión</i>	73
D) <i>Derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.....</i>	74
5. Derecho de iniciativa legislativa ciudadana.....	75

SEGUNDA PARTE. EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DENTRO DEL TERRITORIO DE LA UNIÓN..... 77

CAPÍTULO 2. LA ENTRADA Y SALIDA EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO PRESUPUESTO AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA..... 79

I. INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE..... 79

II. LOS DOS RÉGIMENES EXISTENTES EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA Y LOS SUJETOS A LOS QUE SE APLICA..... 79

III. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA PARA LOS CIUDADANOS EUROPEOS Y ASIMILADOS..... 80

1. Requisitos de entrada para los ciudadanos europeos y asimilados..... 80

A) *Lugar y tiempo de entrada* 82

B) *Documentación necesaria para la entrada.....* 83

2. Límites a la entrada..... 87

IV. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA PARA LOS FAMILIARES DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS Y ASIMILADOS..... 88

1. El derecho de entrada de familiares que sean nacionales de un Estado miembro o del espacio EEE..... 88

2. El derecho de entrada de familiares de terceros Estados, la familia nuclear..... 90

3. El derecho de entrada de “otros familiares”..... 96

4. La activación del derecho de entrada y residencia: el desplazamiento entre Estados miembros..... 102

5. Requisitos de entrada para los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea	111
<i>A) Lugar y tiempo de entrada</i>	111
<i>B) Documentación necesaria para la entrada</i>	111
6. Límites a la entrada y a la permanencia por periodos inferiores a tres meses	116
V. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA PARA LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS	116
1. Requisitos de entrada para los ciudadanos extranjeros	116
<i>A) Lugar y tiempo de entrada</i>	117
<i>B) Documentación necesaria para la entrada</i>	117
<i>C) Justificación del objeto de la entrada</i>	119
<i>D) Acreditación de medios económicos</i>	121
<i>E) No estar sujeto a prohibición de entrada</i>	122
<i>F) Cumplimiento de exigencias sanitarias</i>	122
<i>G) Tenencia del visado</i>	123
<i>H) Últimas actuaciones una vez justificados todos los requisitos de entrada</i>	124
2. Límites a la entrada	125
3. Denegación de la entrada	126
VI. RÉGIMEN DE SALIDA	127
1. El régimen de salida para los ciudadanos de la Unión Europea	127
2. El régimen de salida para los ciudadanos extranjeros	128
VII. EL VISADO	130
1. Definición legal	131
2. Tipos de visado	132
3. Solicitud del visado	133
4. Tramitación y expedición del visado	133
5. Vigencia y prórroga del visado	135
6. Denegación del visado	136
7. Anulación y retirada del visado	139
CAPÍTULO 3. LAS ESTANCIAS DE DURACIÓN DETERMINADA	141
I. RÉGIMEN DE ESTANCIAS INFERIORES A TRES MESES	141
1. La estancia inferior a tres meses para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados	141

2. La estancia inferior a tres meses para los ciudadanos extranjeros.....	143
<i>A) Requisitos, duración máxima y posibles excepciones.....</i>	143
<i>B) La prórroga de la estancia.....</i>	145
II. RÉGIMEN DE ESTANCIAS SUPERIORES A TRES MESES.....	146
1. Introducción.....	146
2. La residencia temporal para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados.....	146
3. La residencia temporal para los ciudadanos extranjeros.....	148
4. Clases de autorizaciones de residencia temporal y requisitos de acceso.....	150
<i>A) La residencia temporal lucrativa.....</i>	151
a) La residencia temporal lucrativa para los ciudadanos europeos y asimilados	151
a) La condición de trabajador.....	153
b) La pérdida de la condición de trabajador.....	157
c) Régimen jurídico aplicable a los trabajadores europeos y asimilados	161
b) La residencia temporal lucrativa para los familiares de los ciudadanos europeos y asimilados.....	162
c) La residencia temporal lucrativa para los ciudadanos extranjeros	164
<i>B) La residencia temporal no lucrativa.....</i>	168
a) La residencia temporal no lucrativa para los ciudadanos europeos y asimilados	169
a) El requisito de poseer un seguro de enfermedad.....	171
b) El requisito de poseer recursos económicos.....	172
b) La residencia temporal no lucrativa para los familiares de los ciudadanos europeos y asimilados.....	174
c) La residencia temporal no lucrativa para los ciudadanos extranjeros.....	177
<i>C) La residencia para estudios.....</i>	181
a) El régimen europeo.....	181
b) El régimen de extranjería.....	182
a) Definición.....	183
b) Ámbito de aplicación.....	183
c) Requisitos.....	185
d) Causas de denegación.....	190
e) Retirada y denegación de renovación.....	191

<i>D) Situaciones laborales o profesionales especiales.....</i>	192
a) Investigadores.....	192
a) Definición y ámbito de aplicación.....	193
b) Requisitos.....	193
c) Causas de denegación, retirada y denegación de la renovación	194
b) Trabajadores altamente cualificados.....	195
a) Definición y ámbito de aplicación.....	195
b) Requisitos para la obtención de la tarjeta azul.....	197
c) Causas de denegación.....	198
d) Retirada y denegación de renovación.....	199
c) Trabajadores transfronterizos.....	200
5. El mantenimiento del derecho de residencia.....	202
<i>A) Familiares regidos por el régimen europeo.....</i>	<i>204</i>
a) Fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea.....	204
b) Salida del ciudadano de la Unión Europea.....	204
c) Nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada	205
<i>B) Familiares sometidos al régimen de extranjería.....</i>	<i>205</i>
a) Fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea.....	205
b) Salida del ciudadano de la Unión Europea.....	205
c) Nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada.....	206

CAPÍTULO 4. LA RESIDENCIA PERMANENTE O RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN 209

I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESIDENCIA PERMANENTE..... 209

1. La residencia permanente para ciudadanos de la Unión Europea y asimilados..... 209

A) Los requisitos para la adquisición de la residencia permanente.... 210

a) La legalidad de la residencia..... 210

b) La continuidad de la residencia

B) Excepciones a los requisitos generales..... 217

2. La residencia permanente para familiares de los ciudadanos europeos 218

A) La residencia permanente de familiares nacionales de un Estado miembro o asimilados..... 218

B) La residencia permanente de familiares nacionales de terceros Estado..... 220

3. La residencia permanente para ciudadanos extranjeros	226
<i>A) El régimen general</i>	226
<i>B) Los requisitos para la adquisición de la residencia permanente</i> ...	229
a) Los requisitos generales.....	229
b) Los requisitos adicionales.....	233
<i>C) Los tipos de residencia de larga duración en el sistema del régimen de extranjeros</i>	234
a) La residencia de larga duración	235
b) La residencia de larga duración-UE en España	237
II. LOS TRÁMITES ADMINISTRATIVOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA RESIDENCIA PERMANENTE	239
1. El régimen europeo	240
2. El régimen extranjero	243
<i>A) La residencia de larga duración</i>	244
<i>B) La residencia de larga duración-UE en España</i>	247
III. LA PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DEL DERECHO DE RESIDENCIA PERMANENTE	251
1. El régimen europeo	251
2. El régimen extranjero	252
IV. CONTENIDO DEL ESTATUTO DE RESIDENCIA PERMANENTE	259
1. El régimen para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados	262
2. El régimen para los ciudadanos de terceros países	276
TERCERA PARTE. EL RESTABLECIMIENTO DE FRONTERAS INTERNAS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA	287
CAPÍTULO 5. MODALIDADES Y PROCEDIMIENTOS PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LAS FRONTERAS INTERIORES	289
I. ORIGEN DE LA CREACIÓN DE UN ESPACIO SIN FRONTERAS INTERIORES Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. EL ESPACIO SCHENGEN	289
1. La libertad de circulación y los controles fronterizos intracomunitarios antes de la constitución del espacio Schengen	289

A) <i>La libertad de circulación en los Tratados constitutivos y las primeras propuestas para eliminar los controles fronterizos intracomunitarios</i>	289
B) <i>La libertad de circulación en el Acta Única Europea</i>	291
2. La constitución del espacio Schengen	293
3. La libertad de circulación desde la creación de la Unión Europea	297
A) <i>La ciudadanía de la Unión y el Tratado de Maastricht</i>	297
B) <i>La libertad de circulación y el Tratado de Ámsterdam</i>	298
C) <i>La libertad de circulación y el Tratado de Lisboa</i>	301
II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL ESPACIO SCHENGEN	302
III. EL CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN. LAS FRONTERAS EXTERIORES E INTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA	306
1. Las fronteras exteriores e interiores de la Unión Europea	307
A) <i>Las fronteras exteriores de la Unión Europea</i>	308
B) <i>Las fronteras interiores de la Unión Europea</i>	310
a) <i>El ejercicio de competencias de policía</i>	311
b) <i>Controles de seguridad en puertos y aeropuertos y obligación de portar documentos identificativos</i>	313
2. ¿Tienen naturaleza de fronteras exteriores las fronteras interiores restablecidas entre Estados miembros?	315
IV. EL RESTABLECIMIENTO DE CONTROLES EN LAS FRONTERAS INTERIORES	317
1. Los procedimientos del establecimiento de las fronteras interiores	322
A) <i>El restablecimiento de fronteras en casos previsible</i>	323
B) <i>El restablecimiento de fronteras en el caso de que haya una situación imprevista que requiera una respuesta inmediata</i>	324
C) <i>El restablecimiento de fronteras interiores cuando circunstancias excepcionales pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen</i>	329
2. El restablecimiento de controles en las fronteras interiores en la práctica	331

V. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y LA COVID-19	337
1. Introducción	337
2. La COVID-19 y el espacio Schengen	338
<i>A) Las restricciones en las fronteras interiores</i>	340
<i>B) Las restricciones en las fronteras exteriores</i>	343
3. El restablecimiento parcial de la libre circulación de personas en la Unión Europea en la era COVID-19. Cronología de unos hechos	344
4. Los procedimientos de cierre de fronteras en el Código de Fronteras Schengen y la COVID-19	349
5. Conclusiones sobre la libertad de circulación, la COVID-19 y la Unión Europea	351

CUARTA PARTE. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA IMPUESTOS A SUJETOS CONCRETOS.	355
--	-----

CAPÍTULO 6. MOTIVOS POR LOS QUE PUEDE LIMITARSE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA	357
--	-----

I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA	357
--	-----

1. Introducción	357
2. Los límites clásicos a la libertad de circulación y residencia	358
3. Elementos comunes a las restricciones a la libertad de circulación y residencia	361
<i>A) La prohibición de justificación por motivos económicos</i>	361
<i>B) La conducta personal e individual del interesado. La existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave</i>	366
a) La prohibición de medidas colectivas y de medidas preventivas	367
b) La evaluación de la amenaza.....	370
c) La existencia de antecedentes penales.....	374

II. RIESGO PARA EL ORDEN PÚBLICO	380
1. Introducción	380
2. Concepto de orden público	380

III. RIESGO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA	394
--	-----

IV. RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA	403
1. Concepto de salud pública.....	403
2. Las garantías de esta cláusula.....	404
V. PÉRDIDA SOBREVENIDA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA EJERCER EL DERECHO.....	405
1. Introducción.....	405
2. Alteraciones en la condición de familiar.....	406
<i>A) Fallecimiento de un ciudadano de la Unión Europea.....</i>	<i>407</i>
<i>B) Salida del ciudadano de la Unión Europea.....</i>	<i>407</i>
<i>C) Nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada.....</i>	<i>408</i>
3. Insuficiencia económica y dependencia social.....	410
4. El seguro de salud	417
VI. OSTENTAR CIERTOS CARGOS OFICIALES O EJERCER CIERTAS FUNCIONES PÚBLICAS. LA SENTENCIA DEL TJUE, HUNGRÍA/ESLOVAQUIA, AS. C-364/10.....	420
1. Introducción.....	420
2. Antecedentes de hecho	421
3. Conclusiones del TJUE.....	425
CAPÍTULO 7. TIPOS DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA	427
I. INTRODUCCIÓN.....	427
II. LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA	428
III. LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS.....	433
IV. OTRAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN	434
V. LA EXPULSIÓN DE UN CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA DEL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA	437

1. Presupuestos necesarios para acordar la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea y asimilados.....	437
<i>A) La conducta personal del interesado en la decisión de expulsión. La existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave en la decisión de expulsión.....</i>	<i>440</i>
<i>B) La protección reforzada ante la expulsión de residentes de larga duración.....</i>	<i>441</i>
a) La protección reforzada simple ante la expulsión para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados.....	441
b) La protección ultra-reforzada ante la expulsión para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados.....	442
a) Titularidad de la protección ultra-reforzada.....	443
b) El periodo de residencia: “los diez años anteriores”	445
c) La expulsión por “motivos imperiosos de seguridad pública”	446
2. El procedimiento para adoptar la orden de expulsión.....	450
3. Las consecuencias de la decisión de expulsión.....	452
4. La decisión de expulsión como medida sustitutiva a la pena de prisión	453
<i>A) Ámbito subjetivo</i>	<i>454</i>
<i>B) Ámbito objetivo</i>	<i>457</i>
<i>C) Las consecuencias de la medida de expulsión sustitutiva.....</i>	<i>458</i>
<i>D) Presupuestos para la adopción de la orden de expulsión como medida sustitutiva a la pena de prisión</i>	<i>459</i>
 VI. LA PROHIBICIÓN DE SALIDA.....	 464
1. La regla general: la salida voluntaria	464
2. La excepción: la prohibición de salida	466
 CAPÍTULO 8. GARANTIAS PROCEDIMENTALES COMUNES A LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA.....	 469
 I. LOS REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN AL INTERESADO DE LAS DECISIONES LIMITATIVAS ADOPTADAS.....	 469
 II. EL DERECHO A UNA VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.....	 470

III. EN PARTICULAR, LA MOTIVACIÓN DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS.....	473
IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	481
V. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD.....	489
CONCLUSIONES.....	491
BIBLIOGRAFÍA.....	505
ANEXO NORMATIVO.....	523
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	539

ABREVIATURAS

AAS	Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen
Acuerdo Schengen	Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 14 de junio de 1985
Agencia Frontex	Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
Ap.	Apartado
Aps.	Apartados
<i>Apud</i>	En
AUE	Acta Única Europea
As.	Asunto
As. ac.	Asuntos acumulados
BCE	Banco Central Europeo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BENELUX	Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAAS	Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen de 1985, firmado el 19 de junio de 1990
CAJI	Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior
CC	Código Civil
CCEE	Comunidades Europeas
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEAR	Comité Español de Ayuda al Refugiado

CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950
CEE	Comunidad Económica Europea
CFS 2006	Código de Fronteras Schengen 2006. Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras
CFS 2016	Código de Fronteras Schengen 2016. Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras
Cfr.	Compárese
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cit.	Citado
CP	Código Penal
COM	Comisión Europea
Código de Visados	Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados
Coord.	Coordinador/a
COVID-19	Enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-
Dir.	Director/a
Directiva Retorno	Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular
Doc.	Documento
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea

DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo (European Asylum Support Office)
Ed.	Editor/a
EEE	Espacio Económico Europeo
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EPRA	European Parliament Act 2003
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
Etc.	Etcétera
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
EURES	Red europea de servicios de empleo
EUROPOL	Oficina Europea de Policía
i.e	Es decir
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
n.º	Número
OAR	Oficina de Asilo y Refugio
OMS	Organización Marítima Internacional
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
p.	Página
pp.	Páginas
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PTU	Países y Territorios de Ultramar

REM	Red Europea de Migraciones
RD 240/2007	Real Decreto de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social Reglamento Evaluación Schengen
SES	Sistema de entre Entradas y Salidas
SIS	Sistema de Información Schengen
SIS II	Sistema de Información Schengen de segunda generación.
SIRENE	Servicios nacionales responsables del intercambio de toda la información suplementaria
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
Vid.	Véase
v.gr.	Por ejemplo
Vol.	Volumen

PRIMERA PARTE

LA CIUDADANÍA EUROPEA

CAPÍTULO 1. LA CIUDADANÍA EUROPEA: CONCEPTO Y CONTENIDO

I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

1. La evolución normativa en el ámbito de la Unión Europea

En los tratados fundacionales [el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951 (en adelante, CECA), el Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE) y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, (en adelante, EURATOM), de 1957] no se mencionaba el concepto de ciudadanía¹ ni se aludía a los ciudadanos, aunque esto no significaba que no se les tuviera en cuenta². En estos Tratados se hablaba de empresarios, trabajadores, usuarios, consumidores y de operadores económicos cuando se hacía alusión a los beneficiarios del mercado (artículos 39-52 TCEE), pero ciertamente no se hablaba de ciudadanos. En el Derecho originario había, por lo tanto, una ausencia de base jurídica de la noción de ciudadanía.

Desde 1952 hasta la creación de la ciudadanía europea, en 1992, se fueron desarrollando unos derechos y unas libertades comunes a los ciudadanos comunitarios. Una primera muestra de esta aspiración de conferir a los nacionales de los Estados miembros una identidad política vinculada al proceso de integración europea la encontramos en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de París de 1974³. En esta cumbre se intentó crear una Unión de Pasaportes⁴. Esta idea proponía la creación de un pasaporte uniforme, preveía una armonización por etapas de la legislación sobre los extranjeros, así como la abolición del control de los pasaportes en el interior de la Comunidad.

Poco después, en diciembre de 1975, se hizo público el Informe Tindemans⁵ sobre la Unión Europea. Este informe proponía la supresión paulatina de los controles

¹ Pilar MELLADO PRADO, Enrique LINDE PANIAGUA y Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, *Instituciones de Derecho Comunitario*, Colex, 2009, p. 90.

² Gregorio ROBLES MORCHÓN, *Elementos de Derecho Comunitario*, Fundación Mapfre Estudios, Instituto de Ciencias del Seguro, Colección Universitaria, Madrid, 1996, p. 56.

³ Victoria ABELLÁN HONRUBIA, Blanca VILÁ COSTA y Andreu OLESTI RAYO, *Lecciones de Derecho Comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 2011, p. 293.

⁴ Punto 10 del Comunicado final de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 10 de diciembre de 1974, París.

⁵ Carta del señor Leo Tindemans a sus colegas del Consejo Europeo, el 29 de diciembre de 1975, presentada por el Primer Ministro belga a petición de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Comunidades Europeas el 7 de enero de 1976. En el Punto 2 de la carta se indicaba: “Lo que nuestros pueblos esperan de la Unión Europea es que ésta encuadre y favorezca la evolución presentada de nuestra

fronterizos entre Estados miembros, así como la atribución de unos “derechos especiales” a los nacionales de los Estados miembros.

A pesar de todas estas propuestas, no se llegó a ningún resultado concreto, dadas las dificultades políticas y jurídicas que planteaba la adopción de estas medidas.

En los años 80, y como reacción al desapego existente en los Estados miembros en relación con el proceso de integración europea⁶, comenzó a desarrollarse el concepto de ciudadanía de la Unión con el objetivo fundamental de potenciar la identidad comunitaria. El primer intento en el tiempo y la primera utilización del concepto actual están en el haber del Parlamento Europeo, con la propuesta de crear una ciudadanía de la Unión, incluida en el artículo 3 del Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea, adoptado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 (Informe Spinelli). Sin embargo, no fue aceptado por los Estados miembros y “no alcanzó su objetivo final de convertirse verdaderamente en la primera Constitución de Europa”⁷.

Así, el Consejo Europeo de Fontainebleau, celebrado los días 25 y 26 de junio de 1984, reiteró la necesidad de llegar rápidamente a la supresión de toda formalidad de policía y de aduana en las fronteras intracomunitarias, con el objetivo de profundizar en la libre circulación de personas⁸. En este Consejo Europeo se creó, asimismo, un Comité, denominado *Comité Adonnino*, que debía contribuir al fortalecimiento y profundización en la integración europea.

Este Comité elaboró dos informes a lo largo de 1985. El primero de ellos, titulado “La Europa de los Ciudadanos”, trató sobre la libre circulación de personas, la simplificación de formalidades administrativas para el tránsito de fronteras y la extensión de las posibilidades de empleo y residencia. En cuanto a los derechos especiales, un segundo informe hizo referencia a la participación en el proceso político, contemplándose la elección al Parlamento Europeo, el derecho de petición y la

sociedad, que compense con una autoridad nueva el dominio disminuido de las estructuras nacionales, que ponga en marcha las reformas y controles que, a menudo, es imposible ejercer al nivel de los Estados, que dé una forma orgánica a la solidaridad de hecho de nuestras economías, de nuestras finanzas y de nuestra vida social”. De conformidad con lo anterior, en el Punto b.1. se señalaba: “En materia de circulación de las personas están en curso de examen medidas que conduzcan a una uniformación, y más tarde a una unión de los pasaportes. Yo propongo que además la Unión Europea se fije como objetivo: la desaparición progresiva de las medidas de control de las personas en las fronteras en los países miembros, como complemento de una unión de los pasaportes”.

⁶ Araceli MANGAS MARTÍN, Diego LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 151.

⁷ Fabio PASCUA MATEO, *Derecho de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa*, Civitas, Madrid, 2013, p. 31.

⁸ Carlos María BRU, *La Ciudadanía Europea*, Editorial Sistema, Madrid, 1994, p. 15.

institución del Defensor del Pueblo europeo, el derecho a votar y a ser candidato en las elecciones en el Estado de residencia y el acceso a la información de las Administraciones en aquellas cuestiones que les concernieran⁹. Asimismo, en dichos informes se propuso, también, la posibilidad de crear la bandera comunitaria (que sería finalmente adoptada de forma oficial en 1986); establecer el lema (“Unida en la diversidad”); adoptar el himno (la “Oda a la alegría” de Beethoven) y celebrar el Día de Europa (9 de mayo, para conmemorar la “Declaración Schuman”)¹⁰. Sin embargo, las propuestas contenidas en estos informes no se tradujeron en resultados concretos y no se reflejaron en el Acta Única Europea (en adelante, AUE)¹¹.

Cuatro años después, en el Consejo Europeo celebrado en Madrid los días 26 y 27 de junio de 1989, se aprobó un informe sobre la libre circulación de personas y la realización del espacio sin fronteras interiores, conocido también como “Documento de Palma de Mallorca”. Sin embargo, la dificultad para alcanzar un consenso entre los participantes motivó que este documento tuviera un desarrollo escaso y las realizaciones conseguidas fueran mínimas.

Fue a principios de los años 90 cuando se produjo el punto de inflexión en esta materia. Con el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) de 1992 se introdujo por primera vez el término ciudadanía, a raíz de una propuesta española vinculada a la Conferencia Intergubernamental para la Unión Europea, de la que acabaría saliendo el TUE¹². La propuesta se denominó “Hacia una ciudadanía europea” y fue aceptada en diciembre de 1990 en el Consejo Europeo de Roma, concretando jurídicamente su contenido e introduciendo unos derechos específicos del ciudadano, lo que suponía un verdadero avance para la construcción europea.

La propuesta incluyó la configuración de una ciudadanía de la Unión Política Europea concebida como el “estatuto personal e inseparable de los nacionales de los Estados miembros, que por su pertenencia a la Unión son sujetos de derechos y deberes especiales propios del ámbito de la Unión y que se ejercen y tutelan específicamente dentro de las fronteras de esta, sin perjuicio de que tal condición de ciudadano europeo se proyecte también fuera de esas fronteras”. Del mismo modo, propuso que “una verdadera Unión habrá de aspirar a superar las desigualdades que hoy todavía existen entre los ciudadanos comunitarios por razones de su residencia en diferentes regiones de

⁹ Texto de la propuesta española reproducido en Europe Documents, n.º 1653 de 2 de octubre de 1990.

¹⁰ Araceli MANGAS MARTÍN, Diego LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 151.

¹¹ Victoria ABELLÁN HONRUBIA, Blanca VILÁ COSTA y Andreu OLESTI RAYO, *Lecciones de Derecho Comunitario*, cit., p. 294.

¹² Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, Diego LIÑAN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 278.

la Comunidad, promoviendo por distintos medios el reforzamiento de la cohesión económica y social en este ámbito concreto”. Sobre el concepto de ciudadanía europea, la propuesta española estableció que “el concepto de ciudadanía europea supone una tercera esfera de derechos y deberes que se suma a las dos esferas existentes en la actualidad, a saber: la nacionalidad, es decir, la que dimana de la ciudadanía de los Estados miembros, a la que no va a sustituir en ningún caso; y la comunitaria, esto es, la derivada de los Tratados para los nacionales de un Estado miembro de la Comunidad”¹³.

A la vista de esta propuesta, el Consejo invitó a la Conferencia Intergubernamental para la Unión Europea a que considerara en qué medida los derechos siguientes podrían consagrarse en el Tratado, a fin de dar contenido al concepto de ciudadanía europea. El Consejo hizo alusión a derechos civiles, como la participación en las elecciones al Parlamento Europeo en el país de residencia o la posible participación en las elecciones municipales. Igualmente, hizo alusión a derechos sociales y económicos como la libre circulación y el derecho de residencia independientemente de la dedicación a una actividad económica, o la igualdad de oportunidades y de trato para todos los ciudadanos de la Comunidad. Además, incluyó la protección conjunta de los ciudadanos de la Comunidad fuera de sus fronteras e hizo una alusión a la posibilidad de establecer un mecanismo para la defensa de los derechos de los ciudadanos respecto de asuntos comunitarios (“ombudsman”). Del mismo modo, el Consejo indicó que, al aplicarse cualquier disposición de este tipo, deberían considerarse del modo apropiado los problemas particulares de algunos Estados miembros.

Todo ello acabó teniendo acogida en el TUE. En concreto, la ciudadanía europea se enunciaba como un objetivo de la Unión dentro de las disposiciones comunes del Título I TUE, siendo la primera vez que se recogía este concepto en un instrumento jurídico de Derecho comunitario originario. Igualmente, en el Preámbulo del TUE se enunciaba la resolución de las Partes de crear “una ciudadanía común a los nacionales de sus países”, y en el artículo 2 TUE, al describirse los cinco objetivos de la Unión, se afirmaba que se proponían “reforzar la protección de los derechos y los intereses de sus nacionales mediante la creación de una ciudadanía de la Unión”. En el Título II, en los artículos 8 y 8 A al 8 E se creaba una ciudadanía de la Unión, afirmándose que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro” y estableciéndose unos derechos aplicables a los nacionales de los Estados miembros por su vinculación con la Unión: el derecho de circulación, el derecho de voto y elegibilidad en las elecciones municipales y para el Parlamento Europeo, la protección diplomática

¹³ Gobierno de España, *Hacia una ciudadanía europea*, Propuesta oficial de España, octubre de 1990. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-instituciones-europeas/numero-18-eneroabril-1991/hacia-una-ciudadania-europea-propuesta-oficial-de-espana-octubre-de-1990-1> [Última consulta: 7 de diciembre de 2023].

en el exterior de la Unión, el derecho de petición al Parlamento Europeo y el derecho de acceso al defensor del pueblo.

De lo anterior se deduce que el Tratado de Maastricht estableció un estatuto de ciudadano europeo, pero no definió la ciudadanía como tal; por el contrario, solo afirmaba que ciudadano de la Unión era toda persona nacional de un Estado miembro. Pero, a pesar de la falta de esta definición, sí quedaba claro que se estaba ante una figura que no se refería solamente a una relación jurídico-económica¹⁴ (las bases originarias de la Unión eran el mercado común) sino que se ampliaba a una relación jurídico-política¹⁵.

Paralelamente a estas modificaciones en el Derecho originario, también se habían ido produciendo innovaciones en el Derecho derivado con incidencia directa en el *status* de ciudadanía europea. De hecho, con anterioridad a 1993, fecha de la entrada en vigor del TUE, las Instituciones de las Comunidades habían realizado tímidos avances hacia la configuración de ciertos derechos que vistos en su conjunto, indicaban innovaciones que vendrían a posteriori. En este periodo la normativa hacía referencia fundamentalmente a la libertad de circulación y al principio de igualdad.

Ejemplo de la regulación anterior a la creación de la ciudadanía europea fueron la Directiva que establecía 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 pública¹⁶; la Directiva donde se señalaba la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad¹⁷; la Directiva por la que se ampliaba a los trabajadores que ejercían el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas¹⁸; la Directiva que reguló la supresión de las restricciones al desplazamiento y la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios¹⁹; la Resolución concerniente al

¹⁴ Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Javier A. GONZÁLEZ VEGA y Bernardo FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 92.

¹⁵ María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, *La ciudadanía de la Unión: Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.E)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 21.

¹⁶ Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, DOCE L 0221 de 4 de abril de 1964.

¹⁷ Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968.

¹⁸ Directiva 72/194/CEE del Consejo, de 18 de mayo de 1972, DOCE L 194 de 25 de mayo 1972.

¹⁹ Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, DOCE L 172 de 28 de junio 1973.

establecimiento de un pasaporte basado en un modelo uniforme²⁰; la Directiva referente al derecho de residencia²¹; la Directiva correspondiente al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional²²; y la Directiva relativa al derecho de residencia de los estudiantes²³.

A partir de 1993, una vez consagrado el concepto de ciudadanía en el Derecho originario, empezaron a aprobarse nuevas normas que hacían referencia ya no solo a los trabajadores o asimilados (v.gr., estudiantes) sino a los ciudadanos de la Unión. Otros ejemplos sobre los ligeros avances llevados a cabo con otros derechos asociados a la ciudadanía²⁴ fueron la Resolución referente a la protección contra la falsificación de los pasaportes y otros documentos de viaje²⁵; la Directiva sobre las aplicaciones del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico²⁶; la Directiva por la que se fijaron las modalidades del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales²⁷; la Directiva que fijó las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro

²⁰ Resolución de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, DOCE C 241 de 19 de septiembre de 1981. Completada por las Resoluciones de 23 de junio de 1981 y de 14 de julio de 1986, DOCE L 179 de 1677/1982.

²¹ Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, DOCE L 180 de 13 de julio 1990. Posteriormente derogada por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

²² Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, DOCE L 180 de 13 de julio 1990. Posteriormente derogada por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

²³ Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, DOCE L 180 de 13 de julio 1990. Sustituida por la Directiva 93/96 CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DOCE L 317 de 18 de diciembre de 1993.

²⁴ Pilar MELLADO PRADO, Enrique LINDE PANIAGUA y Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, *Instituciones de Derecho Comunitario*, cit., p. 101.

²⁵ Resolución de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo de 10 de julio de 1995, modificada por la de 17 de octubre de 2000, que completa las Resoluciones de 23 de junio de 1982, de 14 de julio de 1986 y de 10 de julio de 1995.

²⁶ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico publicada en el DOUE L 180 de 19 de julio de 2000, p. 22; y Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación publicada en el DOUE L 303 de 2 de diciembre de 2000, p. 303.

²⁷ Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, DOCE L 329 de 30 de diciembre de 1993.

del que no sean nacionales²⁸; la Decisión que hacía alusión a la protección de los ciudadanos de la Unión por las representaciones diplomáticas y consulares²⁹; y la Decisión referente al establecimiento de un documento provisional de viaje³⁰.

Una vez introducida la ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht, y por cuanto a nosotros interesa, lo cierto es que hasta el año 2009 apenas se produjeron avances en el Derecho originario en materia de circulación y residencia en los Estados miembros³¹. Así, el Tratado de Ámsterdam de 1997 no modificó sustancialmente las disposiciones sobre el estatuto de ciudadanía de la Unión acordado en Maastricht. Entre las nuevas previsiones introducidas, cabe destacar la nueva redacción del artículo 17.1 TUE (en su versión de Ámsterdam), según la cual “la ciudadanía será complementaria” y no sustitutiva de la ciudadanía nacional, consideración que, de hecho, ya estaba implícita en la originaria regulación del TUE³². En el Tratado de Ámsterdam, además, se incorporaron otros derechos vinculados a la vida política, social y jurídica de los ciudadanos de los Estados miembros, como el derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la Unión y a ser respondido en las lenguas previstas en el Tratado, o el derecho de acceso a los documentos de instituciones y órganos.

La proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) en la Cumbre de Niza en el año 2000, y su posterior entrada en vigor en 2009, constituyen otro momento significativo en relación con la evolución de la ciudadanía europea. En efecto, la CDFUE dedica su Título V a la ciudadanía de la Unión, incorporando en los artículos 39 a 46 los derechos a ella vinculados: el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, a la buena administración y a someter al Defensor del Pueblo europeo los casos de mala administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, la libertad de circulación y residencia y la protección diplomática y consular.

Desde su entrada en vigor, la CDFUE forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión y su incorporación le otorga el mismo valor jurídico que los Tratados,

²⁸ Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, DOCE L 368 de 31 de diciembre de 1994.

²⁹ Decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el Consejo de 19 de diciembre de 1995, DOCE L 314 de 28 de diciembre 1995.

³⁰ Decisión del Consejo de 25 de junio de 1996, DOCE L 168 de 6 de julio 1996.

³¹ Enrique LINDE PANIAGUA, Mariano BACIGALUPO SAGGESE, Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, sexta edición, UNED, Colex Editorial, 2012, p. 156.

³² Paolo MENGOZZI, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 336.

proyectando sus efectos jurídicos en los sistemas de los Estados miembros de conformidad con el artículo 6 TUE (en su versión de Lisboa)³³.

El hecho de que los derechos que hacen alusión a la ciudadanía europea se hayan incorporado a la CDFUE como derechos fundamentales de la Unión contribuye a reforzar su valor y a reforzar la idea de una Unión de ciudadanos. Por lo tanto, ya no solo se tiene una dimensión económica de esta Unión de Estados.

Respecto a la evolución del Derecho derivado durante este periodo, es en 2004 cuando se produjo el desarrollo normativo del principio de libertad de circulación y residencia, con la entrada en vigor de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (en adelante, Directiva 2004/38)³⁴. Esta norma supuso una unificación en el tratamiento de la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión³⁵, dando contenido a este derecho, determinando sus requisitos, condiciones y limitaciones y extendiendo esta libertad a los familiares cuando estos acompañen o se reúnan con él en ese otro Estado miembro “con el propósito de que la libertad de circulación no sea coartada”³⁶.

Posteriormente, se promulgó la Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro³⁷. Y se trataron otras cuestiones como la integración de los gitanos³⁸; aspectos sucesorios como

³³ Enrique LINDE PANIAGUA, Mariano BACIGALUPO SAGGESE, Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 157. Recientemente sobre la CDFUE, su ámbito de aplicación, su interpretación o el nivel de protección que otorga a los derechos fundamentales en el espacio europeo puede consultarse la obra colectiva dirigida por Ana CARMONA CONTRERAS, *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión europea: manual de uso*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

³⁴ 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 residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE L158, de 30 de abril de 2004. Esta Directiva derogó las antes señaladas, junto con las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE y la 75/35/CEE y modificó el Reglamento CEE 1612/68.

³⁵ María Nieves ARRESE IRIONDO, “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 194, mayo/agosto 2014, p. 180.

³⁶ María Nieves ARRESE IRIONDO, “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión...”, cit., p. 181.

³⁷ Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DOUE L 373 de 21 de diciembre.

³⁸ Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 2013 relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados miembros.

el certificado sucesorio europeo³⁹; las cuestiones relacionadas con el divorcio y la separación judicial⁴⁰; resoluciones jurídicas en materia matrimonial y responsabilidad parental⁴¹; medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores⁴²; derechos complementarios de pensión⁴³; la red europea de servicios de empleo (en adelante, Eures) y la regulación en materia de empleo y desplazamiento de trabajadores⁴⁴; legislación electoral y elecciones al Parlamento Europeo⁴⁵ y protección consular⁴⁶. En

³⁹ Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201 de 27 de julio de 2012, y Reglamento de Ejecución 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 359 de 16 de diciembre de 2014.

⁴⁰ Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L 343 de 29 de diciembre de 2010; Decisión de la Comisión 2012/714/UE, de 21 de noviembre de 2012, por la que se confirma la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L 323 de 2 de noviembre de 2012; Decisión de la Comisión 2014/39/UE, de 27 de enero de 2014, por la que se confirma la participación de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L 23 de 28 de enero de 2014.

⁴¹ Reglamento 2201/2003/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento n.º 1347/2000/CE del Consejo de 29 de mayo de 2000, DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003.

⁴² Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores, DOUE L 128 de 30 de abril de 2014.

⁴³ Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión, DOUE L 128 de 30 de abril de 2014.

⁴⁴ Reglamento 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos 492/2011 y (UE) 1296/2013, DOUE L 107 de 22 de abril de 2016. Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo de 2014, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios DOUE L 159 de 28 de mayo de 2014.

⁴⁵ Recomendación 2013/142/UE de la Comisión, de 12 de marzo de 2013, con vistas a reforzar el desarrollo democrático y eficaz de las elecciones al Parlamento Europeo, DOUE L 79 de 21 de marzo de 2013; Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2015, sobre la reforma de la legislación electoral de la Unión Europea (P8_TA (2015)0395 – 2015/2035(INL)).

definitiva, los derechos de los ciudadanos de la Unión están firmemente vinculados al Derecho primario y se han desarrollado sustancialmente en el Derecho derivado.

Podemos concluir que la Unión ha ido desarrollando una normativa que ha contribuido a que la ciudadanía europea sea algo cada vez más real y cercano al ciudadano⁴⁷.

En la actualidad el concepto de ciudadanía de la Unión está regulado en el artículo 9 TUE y en los artículos 20-25 TFUE, donde se enumeran y regulan un conjunto de derechos vinculados a la posesión de la ciudadanía europea que, a su vez, son complementados con los derechos que se recogen en la CDFUE en los artículos 39-46.

2. Régimen español en materia de ciudadanía de la Unión Europea

La Constitución española de 1978 regula diversas cuestiones que están relacionadas con la ciudadanía europea, en concreto en los artículos 11 y 13. Estos artículos hacen alusión a la nacionalidad, requisito imprescindible para ser ciudadano de la Unión, y al derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión.

En el artículo 11 de la Constitución española se establece que la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. La Carta Magna no define quién tiene la condición de español, sino que remite íntegramente a la ley, siendo fundamentalmente el CC el que ha regulado las situaciones antes previstas. Además, se prohíbe privar de la nacionalidad a los españoles de origen y se recoge la previsión de concertar tratados de doble nacionalidad. No es la primera vez que se reconoce la doble nacionalidad, ya que la Constitución de 1931 lo recogía en su artículo 24, pero sí es la primera vez que se hace de una forma tan amplia⁴⁸.

⁴⁶ Directiva 2015/637 del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE, DOUE L 106 de 24 de abril de 2015.

⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Elaborado en aplicación del artículo 25 TFUE, Sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión 2013-2016*. COM (2017) 32 final, Bruselas, 24.1.2017. Este informe señaló que todos los Estados miembros habían transpuesto estas Directivas, que los principales retos que quedaban por superar eran la concienciación sobre la protección existente y mejorar la aplicación y ejecución prácticas, y señalaba que, para conseguirlo, podría contribuir decisivamente el hecho de reforzar el papel de los organismos nacionales de fomento de la igualdad.

⁴⁸ El artículo 11 de la Constitución establece: 1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

El actual artículo 13 de la Carta Magna no es el aprobado en su día por las Cortes Generales. El detonante de la reforma fue la firma por España del TUE en 1992, cuyo artículo G.C dio una nueva redacción al artículo 8.B.1 TCEE de 1957, extendiendo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de cada Estado a los nacionales de los otros Estados de la Unión que residan en él⁴⁹.

La primera norma que se adoptó para adecuar la legislación española en materia de libre circulación y residencia fue el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, en el que se regulaban las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de los ciudadanos de los Estados miembros para la realización de actividades por cuenta ajena o por cuenta propia o para prestar o recibir servicios al amparo de lo establecido en el TCEE. Tal y como señala BLÁZQUEZ PEINADO, en aquel momento el derecho de libre circulación y residencia estaba vinculado prácticamente en exclusiva al desempeño de una actividad profesional, y solo una entonces incipiente jurisprudencia del TJUE había permitido extender ese derecho a otras categorías de personas no conectadas directamente con el ejercicio de una actividad económica⁵⁰.

Como se indicó con anterioridad, posteriormente se adoptaron varias directivas concernientes al derecho de residencia. La trasposición de estas directivas al derecho

⁴⁹ El Gobierno entendió, sin embargo, que este precepto podía ser contrario al artículo 13.2 de la Constitución que, en su redacción original, establecía que los españoles son los únicos titulares de los derechos políticos del artículo 23, salvo las excepciones que puedan establecer los tratados y las leyes "para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales". Ante ello, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 95.2 de la Constitución, el Gobierno decidió el 24 de abril de 1992 requerir al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre esta posible contradicción. El Tribunal Constitucional confirmó, mediante la Declaración de 1 de julio de 1992 (Declaración 1/1992), que el reconocimiento a los nacionales de los Estados de la Unión del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales era contrario al artículo 13.2 de la Constitución, por cuanto este solo contemplaba la posibilidad de extender a extranjeros la titularidad del derecho de sufragio activo. Ello hacía imposible, por tanto, la ratificación del Tratado de Maastricht por las autoridades españolas, salvo que, como prevé expresamente el artículo 95.1 de la Constitución, se procediera previamente a reformar dicho artículo constitucional. Despejado el obstáculo constitucional, las Cortes Generales aprobaron la Ley Orgánica 10/1992, de 23 de diciembre, que autorizaba la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Al día siguiente se produjo dicha ratificación.

El artículo 13.2 de la Constitución española queda redactado de la siguiente manera: “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. [Última consulta: 7 de diciembre de 2023].

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=13&tipo=2>

⁵⁰ María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, “La transposición en Derecho Español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 27, mayo/agosto 2007, p. 598.

español se hizo mediante el Real Decreto 766/1992 de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros, que tuvo que ser modificado en 1995⁵¹, como consecuencia de la entrada en vigor del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) en enero de 1994⁵². Una nueva modificación del Real Decreto 766/1992 tuvo lugar en 1997, motivada esta vez por la incoación por parte de la Comisión de un procedimiento por incumplimiento contra España, al no adecuarse su legislación a determinados aspectos del régimen comunitario de libre circulación y residencia⁵³.

En este sentido, el TJUE se pronunció en el asunto *Comisión contra el Reino de España*⁵⁴. La Comisión solicitó al TJUE que declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del TCE, al imponer a los nacionales de un país tercero, que fueran miembros de la familia de un nacional comunitario que hubieran ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia, en contra de lo dispuesto en la Directiva 68/360/CEE⁵⁵, en la Directiva 73/148/CEE⁵⁶ y en la Directiva 90/365/CE⁵⁷, y al no conceder el permiso de residencia en el más breve plazo,

⁵¹ Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros.

⁵² El Acuerdo sobre el EEE, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 29 de noviembre de 1993, entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia suponía la extensión del régimen de entrada, residencia y trabajo previsto para los nacionales comunitarios a los nacionales de dichos países. En consecuencia, había que regular jurídicamente esta situación en el ámbito interno, lo que se hizo modificando el Real Decreto 766/1992.

⁵³ Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el régimen de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE. Concretamente, se modificó el artículo 7.5 en relación con la renovación de la tarjeta de residencia válida por cinco años, al término de los dos primeros años de vigencia, cuando el solicitante no pretende realizar actividades lucrativas ni estudios, así como también el artículo 10.1.g en relación con los requisitos que deberá acreditar la persona que desee residir en España para realizar estudios o que no disfrute del derecho de residencia con arreglo a otras disposiciones.

⁵⁴ Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2005, *Comisión contra el Reino de España*, as. C-157/03, ap. 49.

⁵⁵ Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968.

⁵⁶ Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y estancia dentro de la Comunidad de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios, DOCE L 172 de 28 de junio de 1973.

⁵⁷ Directiva 90/365/CE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DOCE L 180 de 13 de julio de 1990.

y a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a su solicitud, en contra de lo dispuesto en la Directiva 64/221/CE⁵⁸.

El procedimiento por incumplimiento tuvo su origen en dos denuncias presentadas ante la Comisión por nacionales de la Unión, que ejercieron el derecho de libre circulación otorgado por el TCE, y a cuyas esposas se les denegó un permiso de residencia en España por no haber solicitado, previamente, un visado de residencia en el consulado español de su último domicilio.

El TJUE declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 68/360, al no haber adaptado correctamente el ordenamiento jurídico español a las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 (todas ellas derogadas en la actualidad por la Directiva 38/2004). En particular, la vulneración se había producido al imponer a los nacionales de un país tercero, que fueran miembros de la familia de un nacional de la Unión que había ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia y al no conceder el permiso de residencia en el más breve plazo y a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud de dicho permiso, en contra de lo dispuesto en la Directiva 64/221.

Años más tarde, en el año 2007, se aprobó el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE⁵⁹ (en adelante, RD 240/2007). Este Real Decreto constituyó la transposición de la Directiva 2004/38 en el ordenamiento jurídico español y, por lo tanto, la actualización a la nueva norma del Derecho de la Unión. Es la norma actualmente vigente en la materia en nuestro país.

Este reglamento persigue un doble objetivo: por un lado, regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada, salida, libre circulación, estancia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión y de los Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE. Por otro lado, establecer limitaciones a estos derechos por razones de orden público, salud y seguridad pública⁶⁰.

⁵⁸ Directiva 64/221/CE del Consejo, de 25 de 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, DOCE L 364 de 4 de abril de 1964.

⁵⁹ BOE n.º 51, de 28 de febrero de 2007.

⁶⁰ Según lo establecido en el artículo 1 RD 240/2007.

El artículo 2 del RD 240/2007 establece expresamente que solo es de aplicación a ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros y a sus familiares, cualquiera que fuese su nacionalidad. La propia norma introdujo una disposición adicional en virtud de la cual también procedería su aplicación, cualquiera que fuera su nacionalidad, a los familiares de ciudadano español cuando le acompañasen o se reuniesen con él. Con ello se equiparaba el régimen de los ciudadanos de la Unión y el de los españoles. Por tanto, la equiparación de régimen entre ciudadanos de la Unión y españoles a partir de ese momento derivó directamente del RD 240/2007⁶¹.

II. CONCEPTO DE CIUDADANÍA EUROPEA Y NACIONALIDAD

1. Definición de ciudadanía europea

La ciudadanía de la Unión significa un estatuto específico de carácter jurídico y político de naturaleza pública, dotado de un catálogo de derechos del que son titulares los ciudadanos de la Unión⁶².

El Preámbulo del TUE, en su redacción actual, recoge que los Estados miembros se manifiestan “resueltos a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países”. La ciudadanía y los derechos que comporta tienen como finalidad servir al ciudadano, que se constituye en objeto mismo de integración europea, en el objetivo encontrado de una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”⁶³.

De conformidad con el artículo 9 TUE y el artículo 20 TFUE, será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se origina por ser nacional de un Estado miembro y se atribuye automáticamente a sus ciudadanos, otorgándoles específicamente una serie de derechos. La ciudadanía de la Unión complementa la nacionalidad de cada Estado miembro sin sustituirla, por ello no se puede adquirir de forma independiente, sino que se obtiene necesariamente cuando se adquiere la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión está constituida por un conjunto de derechos y deberes que vienen a sumarse a los derechos y deberes vinculados a la nacionalidad de un Estado miembro.

⁶¹ María Nieves ARRESE IRIONDO, “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión...”, *cit.*, p. 191.

⁶² Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *Nociones básicas de Derecho de la Unión Europea*, editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 168. Victoria ABELLÁN HONRUBIA, Blanca VILÁ COSTA y Andreu OLESTI RAYO, *Lecciones de Derecho Comunitario*, *cit.*, p. 295.

⁶³ Araceli MANGAS MARTÍN, Diego LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *cit.*, p. 152.

De esta definición se desprenden dos conclusiones. En primer lugar, es necesario disponer previamente de la nacionalidad de un Estado miembro para ser ciudadano de la Unión. Por lo tanto, no se adquiere de un modo independiente, se adquiere de un modo automático por concurrir la nacionalidad de un Estado miembro. En segundo lugar, la ciudadanía europea no sustituye a la nacionalidad concedida por un Estado miembro, es un complemento que permite disfrutar de derechos adicionales y complementarios en el ámbito de la Unión⁶⁴.

Es importante señalar que la creación de la ciudadanía europea no supone otorgar una competencia nueva a la Unión en materia de nacionalidad. Por el contrario, la competencia sobre la adquisición y pérdida de la nacionalidad, los requisitos, procedimientos y condiciones para ello, sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros, no de la Unión. Ahora bien, una vez un Estado miembro ha determinado, conforme a su normativa, que una persona es, efectivamente, su nacional y, en consecuencia, ciudadano de la Unión, el resto de los Estados miembros deben respetar esta decisión nacional y reconocer a dicha persona los derechos inherentes a la ciudadanía europea. Sobre ello volveremos, con mayor detalle, más adelante.

Una vez definida la ciudadanía europea, otra cuestión que debemos tratar es su reconocimiento efectivo. El *status* de ciudadanía de la Unión implica la observancia de una serie de derechos que pueden ser ejercidos por los ciudadanos europeos. De esa manera, cualquier medida estatal que tenga como efecto privar al ciudadano de alguno de sus derechos derivados de la ciudadanía europea será contraria a Derecho. Por lo tanto, las normas que sean adoptadas por un Estado miembro deben respetar el estatuto de ciudadanía y lo que este conlleva.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha reconocido que el estatuto de ciudadanía de la Unión tiene la vocación de ser un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁶⁵. Igualmente, esta jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el establecimiento de este estatuto genera obligaciones a los Estados miembros, que deben respetar el Derecho de la Unión al ejercitar sus competencias soberanas en materia de nacionalidad y residencia y la sujeción al criterio de proporcionalidad de disfrute efectivo de los derechos de la ciudadanía⁶⁶. Ello porque, una vez confirmada que una norma o legislación nacional afectan a la adquisición, pérdida, conservación o recuperación de la nacionalidad, esta

⁶⁴ Pilar MELLADO PRADO, Enrique LINDE PANIAGUA y Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, *Instituciones de Derecho Comunitario*, cit., p. 102.

⁶⁵ Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, as. C-184/99, ap. 31.

⁶⁶ María del Rosario CARMONA LUQUE, “El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 38, enero/abril 2011, p. 199.

debe respetar el Derecho de la Unión⁶⁷. De hecho, según SOTO MOYA, cuando se vea afectado el disfrute de los derechos que confiere el estatuto de ciudadanía europea como consecuencia del ejercicio de la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad, suponiendo la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión, la legislación nacional debe de ser objeto de control de proporcionalidad. Este control debe realizarse desde la perspectiva del Derecho de la Unión, produciéndose un cierto margen para que este pueda interferir en las competencias exclusivas sobre nacionalidad de los Estados miembros⁶⁸. Sin embargo, delimitar esta cuestión no es tarea fácil⁶⁹.

A su vez, existe una rica jurisprudencia sobre la determinación de los beneficiarios del estatuto de ciudadanía que, como sabemos, se reserva a los nacionales de los Estados miembros conforme al artículo 20 TFUE.

CRESPO NAVARRO ha destacado el “papel motor”⁷⁰ que la jurisprudencia del TJUE ha desempeñado en el desarrollo del estatuto de ciudadanía; una jurisprudencia que luego ha sido recogida y codificada por el Derecho originario y el Derecho derivado. Ejemplo de ello fue la aprobación de la Directiva 2004/38, donde el derecho de circulación y residencia y el principio de no discriminación se encuentran desarrollados.

⁶⁷ Sabine CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité”, *Journal du droit international*, n.º 3, 2011. p. 495. *Apud.* Diana MARÍN CONSARNAU “Nacionalidad y pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión. Un recorrido por la jurisprudencia del TJUE escalón a escalón”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 58, 2022, p. 294.

⁶⁸ Mercedes SOTO MOYA, “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Vol. 20, n.º 40, 2018, pp. 474-475.

⁶⁹ Diana MARÍN CONSARNAU, “Nacionalidad y pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión...”, *cit.*, p. 296.

⁷⁰ Elena CRESPO NAVARRO, “La Jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía de la Unión: La interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, septiembre/diciembre 2007, p. 909. Asimismo, resulta interesante señalar que buena parte de esta jurisprudencia tiene su origen en cuestiones prejudiciales planteadas por jueces de toda la Unión, lo que permite afirmar que nos encontramos en un ámbito especialmente fecundo para el llamado “diálogo judicial” y en el que los jueces nacionales (incluyendo a los españoles) han ejercido plenamente las facultades (o deberes) que el ordenamiento de la Unión les impone. Sobre esta última cuestión, Juana MORCILLO MORENO, “El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 227, 2011, pp. 234-236, y ya antes en Juana MORCILLO MORENO, “Prejudicialidad comunitaria y proceso administrativo: ¿un supuesto más de devolutividad prejudicial? Especificidades de la cuestión prejudicial comunitaria y consecuencias de su no planteamiento por el juez español (STC 58/2004, de 19 de abril)”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 247-248, pp. 81-96.

La labor llevada a cabo por el TJUE en la interpretación y aplicación del estatuto de ciudadanía de la Unión ha contribuido ampliamente a su desarrollo y a la adaptación progresiva de los sistemas jurídicos nacionales a las nuevas exigencias derivadas de la aparición del estatuto de ciudadano de la Unión⁷¹. Por lo tanto, “las normas que disciplinan los derechos integrados en el estatuto de ciudadanía de la Unión gozan de la supremacía propia del Derecho comunitario originario, tienen efecto directo y pueden ser invocados por sus titulares en todo litigio, con la consecuencia de que han de ser tutelados por todos los órganos jurisdiccionales de la Unión, nacionales y comunitarios”⁷².

El TJUE en la sentencia *Ruiz Zambrano*⁷³ pretendió encontrar respuesta al alcance de los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión⁷⁴. Esta sentencia resultó novedosa por los argumentos en torno al estatuto de ciudadano de la Unión y a la noción misma de ciudadanía⁷⁵, y porque los derechos de la ciudadanía de la Unión fueron elevados de forma expresa a la categoría de fundamentales por efecto de la CDFUE⁷⁶. La sentencia obligó al Estado en cuestión a observar las exigencias derivadas del Derecho de la Unión en cuanto al respeto del contenido y derechos propios del estatuto de ciudadanía de la Unión⁷⁷, declarando que el ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la Unión no era requisito *sine qua non* para invocar su tutela.

⁷¹ Elena CRESPO NAVARRO, “La Jurisprudencia del TJUE...”, *cit.*, p. 910.

⁷² Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, “La ciudadanía europea: ¿un sueño al alcance de la mano?”, *Autonomías*, n.º 29, noviembre de 2003, p. 64.

⁷³ Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, as. C-34/09, aps. 41 y 42. El Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, ambos nacionales colombianos, solicitaron asilo en Bélgica debido a la situación de guerra civil existente en algunas partes de Colombia. Las autoridades belgas les denegaron la concesión del estatuto de refugiado y se les ordenó que abandonaran el territorio belga. Mientras la pareja continuaba residiendo en Bélgica, a la espera de la resolución de su solicitud de regularización de estancia, la esposa del Sr. Ruiz Zambrano dio a luz a dos hijos que adquirieron la nacionalidad belga. Posteriormente el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa presentaron, en su condición de ascendientes de nacionales belgas, una solicitud de residencia permanente en Bélgica. No obstante, las autoridades belgas desestimaron esta solicitud, por considerar que el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa habían omitido intencionadamente realizar los trámites necesarios ante las autoridades colombianas para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana de sus hijos, y ello precisamente al objeto de regularizar su propia estancia en el país. El tribunal belga solicitó saber si el Derecho de la Unión era de aplicación a los demandantes, aunque los hijos belgas del Sr. Ruiz Zambrano no hubieran ejercido nunca su derecho de libre circulación en territorio de los Estados miembros.

⁷⁴ María del Rosario CARMONA LUQUE, “El disfrute efectivo de la esencia...”, *cit.*, p. 186.

⁷⁵ Ana Paloma ABARCA JUNCO y Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El Estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 23, 2012, p. 1.

⁷⁶ Pilar JUÁREZ PÉREZ, “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (Ruiz Zambrano)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 2, octubre 2011, p. 249.

⁷⁷ María del Rosario CARMONA LUQUE, “El disfrute efectivo de la esencia...”, *cit.*, p. 194.

El TJUE acudió en esta sentencia al concepto de ciudadanía de la Unión para sustentar su pronunciamiento, subrayando que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Sobre esta base, declaró que dicho carácter fundamental impide la adopción de medidas nacionales que conlleven la privación, a un ciudadano de la Unión, del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto. A partir de este planteamiento, el TJUE desarrolló un concepto amplísimo de ciudadanía, susceptible de oponerse a cualquier medida que, de manera directa o indirecta implicara una restricción de los derechos que esta conlleva⁷⁸. Asimismo, la extensión de esta noción es mayor por cuanto el límite a las acciones estatales no se restringe a los derechos contenidos en el estatuto del ciudadano de la Unión, sino que se extiende a los que la CDFUE otorga a los ciudadanos de la Unión y a los que nos referiremos más adelante.

Sobre la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión como consecuencia de la salida del Reino Unido de la Unión se ha pronunciado el TJUE en la sentencia *EP*⁷⁹. En este caso se planteó la cuestión de si los nacionales del Reino Unido que hubieran trasladado su residencia a otro Estado miembro antes del fin del periodo transitorio previsto en el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁸⁰, seguían disfrutando del estatuto de ciudadano de la Unión y, en concreto, del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado donde residen.

⁷⁸ Pilar JUÁREZ PÉREZ, “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión...”, *cit.*, p. 255.

⁷⁹ Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2022, *Préfet du Gers y Institut national de la statistique y des études économiques*, as. C-673/20, aps. 46, 52, 57 y 83. EP, nacional del Reino Unido, residía en Francia desde 1984 y estaba casada con un ciudadano francés. Ni había solicitado ni obtenido la nacionalidad francesa. A raíz de la entrada en vigor del Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, EP fue suprimida del censo electoral en Francia. Por esta razón, no se le permitió participar en las elecciones municipales celebradas en ese país el 15 de marzo de 2020. El 6 de octubre de 2020 EP formalizó una solicitud de reinscripción en el censo electoral especial para ciudadanos no franceses de la Unión. El alcalde del municipio de Thoux (Francia) denegó dicha solicitud y la demandante presentó una demanda ante el órgano jurisdiccional remitente con objeto de impugnar dicha resolución. Ante el referido órgano jurisdiccional EP subrayó que ya no disfrutaba del derecho de sufragio activo y pasivo en el Reino Unido debido a la norma del Reino Unido en virtud de la cual un nacional de ese Estado que resida desde hace más de 15 años en el extranjero ya no tiene derecho a participar en las elecciones en dicho Estado (en adelante, “regla de los 15 años”). Según la demandante, se encontraba en una situación distinta de aquella respecto de la que la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Francia) declaró que la pérdida de la ciudadanía de la Unión no suponía una vulneración desproporcionada de los derechos civiles y políticos de la persona afectada. Según EP, la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión no podía ser una consecuencia automática de la retirada del Reino Unido de la Unión. Añadió que esta pérdida vulneraba los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad y constituía asimismo una discriminación entre ciudadanos de la Unión y una vulneración de su libertad de circulación.

⁸⁰ DOUE L 29 de enero de 2020.

El TJUE señaló que los ciudadanos del Reino Unido han perdido la ciudadanía de la Unión como consecuencia del abandono del Reino Unido de la Unión Europea. En este caso no se ha producido la pérdida de la nacionalidad, ya sea de origen o por naturalización, sino que se ha producido la pérdida de la condición de ciudadano de la Unión por la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Del mismo modo, sentenció que en virtud de la Decisión 2020/135 del Consejo, de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, desde el 1 de febrero de 2020 los nacionales de ese Estado que hayan trasladado su residencia a un Estado miembro antes del final del período transitorio ya no disfrutaban del estatuto de ciudadano de la Unión, ni del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de su Estado miembro de residencia, incluso cuando también se vean privados, en virtud del Derecho del Estado del que son nacionales, del derecho de voto en las elecciones organizadas por este último Estado.

Igualmente, el TJUE volvió a recordar que para ostentar el estatuto de la ciudadanía de la Unión es necesario poseer la nacionalidad de un Estado miembro. Y recordó que, como había puesto de relieve la Comisión, la circunstancia de que un particular haya ejercido, cuando el Estado del que es nacional era un Estado miembro, su derecho a circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro no le permite, en consecuencia, conservar el estatuto de ciudadano de la Unión y todos los derechos que atribuye a este estatuto el TFUE si, a raíz de la retirada de su Estado de origen de la Unión, ya no posee la nacionalidad de un Estado miembro. La pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro entraña, pues, en este caso, para la persona afectada, la pérdida automática de su estatuto de ciudadano de la Unión.

2. Significado de la nacionalidad

Tal y como hemos señalado anteriormente, la creación de la ciudadanía de la Unión no supone otorgar una nueva nacionalidad. El concepto de nacionalidad de un Estado miembro es lo que determina la condición de ciudadano de la Unión. Por lo tanto, es necesario que analicemos el significado de nacionalidad.

La idea moderna de nacionalidad tiene su origen histórico en el concepto romano de *status civitatis*, que se configura en las fuentes como ciudadanía romana o condición de *cives*⁸¹. Es a principios del siglo XIX cuando comenzó a dibujarse la idea moderna de nacionalidad.

⁸¹ Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, cit.*, p. 257.

La nacionalidad se presenta tradicionalmente como un presupuesto para el disfrute de derechos políticos, civiles o sociales, derechos que se vinculan a ese estatuto de ciudadano. La posesión de la nacionalidad determina el reconocimiento de estos derechos y su adquisición se basa sobre criterios definidos por el Estado, que suelen estar vinculados al derecho de la sangre o al derecho del suelo⁸². De este modo, la nacionalidad es un vínculo de Derecho público por el que el Estado determina quiénes son sus ciudadanos⁸³.

Diferentes autores han definido el concepto de nacionalidad. Según DE CASTRO, la nacionalidad se concibe como la “cualidad que infunde a una persona el derecho de pertenecer a una comunidad nacional organizada en forma de Estado”⁸⁴. LASARTE la define como la integración de la persona en cualquier organización política de carácter estatal, de tal manera que la persona queda sometida al ordenamiento jurídico de dicho Estado, mientras que este queda obligado a reconocer y respetar los derechos fundamentales y las libertades cívicas de aquella⁸⁵.

La Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) definió qué es la nacionalidad: “Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones doctrinales, la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene por fundamento un hecho social de relación; una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Es, se puede decir, la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que le ha sido conferida, bien directamente por la ley, bien por un acto de autoridad, está de hecho más estrechamente unido a la población del Estado que se la ha conferido, que a la de cualquier otro (...). Conferida por un Estado, no le da título para el ejercicio de la protección nacional respecto de otro Estado más que si constituye la traducción en términos jurídicos de la relación del individuo considerado con el Estado que le ha hecho su nacional”⁸⁶.

Junto con la doctrina y la jurisprudencia, la normativa española igualmente ha definido la nacionalidad. Siguiendo la definición del Código Civil español (en adelante, CC), artículo 9.1, la nacionalidad es el estado civil fundamental de la persona, que influye en su capacidad de obrar, pues de acuerdo con la nacionalidad se aplican las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal de la persona y

⁸² Marie José GAROT, “La ciudadanía de la UE: novedades desde Lisboa y Luxemburgo”, *Revista Direito*, 2012, p. 746.

⁸³ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, “Identidad y nacionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, n.º 17, p. 210.

⁸⁴ Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 2008, p. 365.

⁸⁵ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 234.

⁸⁶ Sentencia del CIJ de 6 de abril de 1955, Asunto Nottebohm.

la sucesión; es la ley nacional la que regula estas materias tanto para los españoles como para los extranjeros⁸⁷.

En suma, la nacionalidad define la relación de pertenencia del individuo a un Estado, su relación jurídica y también la situación de la persona frente a los demás Estados respecto de los cuales no se disfruta la nacionalidad, para los que resulta un extranjero.

3. Ciudadanía y nacionalidad

La *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 definió la ciudadanía al considerar al ciudadano como un miembro activo de la comunidad política que tiene derechos y deberes. Esta Declaración distinguía entre los derechos del hombre, que son los derechos naturales, y los derechos de los ciudadanos, que son los derechos que permiten al hombre gozar de su condición de hombre social⁸⁸.

Nacionalidad y ciudadanía son dos términos estrechamente vinculados, aunque la relación entre estos no sea siempre fácil de delimitar. Según LASARTE “son términos sinónimos”⁸⁹, si bien la profesora BLÁZQUEZ PEINADO señala que son conceptos que se distinguen claramente⁹⁰. En realidad, en algunos Estados son términos intercambiables, mientras que en otros se distingue abiertamente entre la vertiente interna de la pertenencia a un Estado que confiere una serie de derechos políticos, sociales y económicos (i.e. ciudadanía) y la manifestación externa de esa pertenencia (i.e. nacionalidad)⁹¹. Según JIMÉNEZ PIERNAS, “la ciudadanía posee principalmente una significación jurídico-constitucional, *ad intra* de la propia comunidad política, mientras que la nacionalidad posee, en cambio, una significación jurídico-internacional, *ad extra* de dicha comunidad y en sus relaciones estatales”⁹².

⁸⁷ De este modo, es cierto que se establece una diferenciación entre nacionales y extranjeros y, de hecho, nuestro artículo 27 CC dice que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados internacionales, Leyes y reglamentos especiales que establecen normas de carácter excepcional respecto de actos y negocios jurídicos realizados por extranjeros o la exigencia administrativa de permisos de residencia y de trabajo. Véase Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 258.

⁸⁸ Marie José GAROT, “La ciudadanía de la UE: novedades...”, cit., p. 747.

⁸⁹ Carlos LASARTE, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, cit., p. 235.

⁹⁰ María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, *La Ciudadanía de la Unión: ...*, cit., p. 61.

⁹¹ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, “Identidad y nacionalidad”, cit., p. 208.

⁹² Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La Ciudadanía Europea: una aproximación a su significado y alcance desde el TT de Maastricht hasta el TT por el que se constituye una Constitución para Europa”, *Revista Jurídica UCES*, n.º 9, 2005, pp. 141-163. *Apud.* Carlos JIMÉNEZ PIERNAS, “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 1, 1993, p. 15.

De acuerdo con esta última distinción, el concepto de ciudadanía desarrollado a partir del siglo XVIII, en el periodo de las grandes revoluciones, es un concepto político que supone el reconocimiento de un *status* jurídico conferido al individuo frente al Estado, regulando relaciones entre uno y otro en forma de derechos, libertades y deberes.

Tal y como reconoce SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, la ciudadanía europea no define un vínculo jurídico-político en términos puros, sino una relación que vincula a un sujeto físico a partir de su nacionalidad originaria⁹³. La Unión, en principio, no interviene en la definición de quiénes son sus ciudadanos, solo es ciudadano europeo quien tiene previamente un vínculo de nacionalidad con un Estado miembro, siendo esta unión, la tradicional entre el individuo y el poder del Estado, la que realmente resulta relevante⁹⁴. De este modo, la ciudadanía de la Unión supone aceptar que los nacionales de los Estados miembros tienen un doble vínculo político, con su Estado y con la Unión⁹⁵.

Los derechos y los deberes derivados de la ciudadanía europea se añaden a los derechos y deberes propios de la nacionalidad, sin interferir en los mismos ni limitarlos en modo alguno⁹⁶. Por lo que la ciudadanía europea es complementaria y no sustitutiva de la nacionalidad⁹⁷ y desde su introducción quedó claro que se trata de un estatuto adicional al de nacional de un Estado miembro. Por lo tanto, no confiere una segunda nacionalidad⁹⁸, sino unos derechos directamente vinculados con la Unión.

Para que no pudiera haber ninguna duda, los Estados miembros precisaron en la declaración segunda relativa a la ciudadanía y aneja al Tratado de Maastricht lo siguiente: “La conferencia declara que cuando en el TCE se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deberán considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso

⁹³ Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 26, 2008, pp. 211-227.

⁹⁴ Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *Libre circulación de personas...*, *cit.*, p. 19.

⁹⁵ Araceli MANGAS MARTÍN y Diego Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *cit.*, p. 153.

⁹⁶ Victoria ABELLÁN HONRUBIA, Blanca VILÁ COSTA y Andreu OLESTI RAYO, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, *cit.*, p. 295.

⁹⁷ De conformidad con el artículo 20.1 TFUE, “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión, toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. Igualmente, se reitera su carácter “complementario” y no sustitutivo de la ciudadanía nacional en el artículo 20.3 TFUE y en el artículo 9 TUE.

⁹⁸ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, “Identidad y nacionalidad”, *cit.*, p. 218.

necesario”. Sin embargo, algunos Estados miembros, como por ejemplo Dinamarca, siguieron dudando de que la ciudadanía de la Unión pudiese confundirse con el concepto de ciudadanía nacional (o “nacionalidad”), y de ahí la Declaración unilateral del Estado danés contenida en el anexo 3 de las Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992: “la Ciudadanía de la Unión es un concepto político y jurídico realmente distinto del concepto de ciudadanía en la Constitución del Reino de Dinamarca (...) El TUE no prevé la intención de crear un tipo de ciudadanía de la unión equiparable a la ciudadanía propia de un Estado-nación”.

Del mismo modo, los Estados miembros reiteraron esa misma opinión: “Las disposiciones de la Segunda Parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la ciudadanía de la Unión otorgan a toda persona que ostente la nacionalidad de los Estados miembros derechos adicionales y protección, tal como se especifica en dicha Parte, y de ninguna forma sustituyen a la ciudadanía nacional. La cuestión de si un individuo posee la nacionalidad de un Estado miembro solo se resolverá refiriéndola al Derecho nacional del Estado miembro interesado”.

La profesora MANGAS MARTÍN señaló que del artículo 20.1 TFUE, que declara el carácter complementario de la ciudadanía europea, se derivan dos consecuencias. La primera es que este nuevo *status* no elimina o sustituye a la nacionalidad. De hecho, la ciudadanía de la Unión presupone la ciudadanía de un Estado miembro, coexistiendo ambas. Y la segunda consecuencia es que se establece un vínculo indisoluble entre la nacionalidad de un Estado miembro y la ciudadanía de la Unión, ya que poseer una nacionalidad de un Estado miembro es la condición *sine qua non* para disfrutar del *status* de ciudadano de la Unión; por lo tanto, si se pierde la nacionalidad de un Estado miembro se pierde la ciudadanía de la Unión⁹⁹.

El concepto de ciudadanía establece la superposición de dos *status civitatis*, nacionalidad del Estado y ciudadanía de la Unión, sobre los mismos sujetos. Esto quiere decir que la persona que tenga la nacionalidad de uno de los Estados miembros va a ser ciudadano de la Unión. Además, la ciudadanía de la Unión es un *status* que no interfiere en nada en la condición de ciudadano de un Estado miembro: el hecho de ser ciudadano de la Unión en ningún caso va a suponer un menoscabo en los derechos que tiene adquiridos el ciudadano como consecuencia de la pertenencia a un determinado Estado miembro. Desde una perspectiva política, la ciudadanía aparece como el vínculo existente entre la persona y la Unión, que se basa en un dato objetivo, la tenencia de la nacionalidad de un Estado miembro¹⁰⁰. Consecuencia de esta nueva cualidad de estatuto

⁹⁹ Araceli MANGAS MARTÍN y Diego LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 152 y 153.

¹⁰⁰ María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, *La Ciudadanía de la Unión: ...*, cit., p. 61.

de ciudadanía europea es que el nacional de la Unión no será considerado en el territorio de otros Estados miembros simplemente como un “extranjero privilegiado” respecto a otros, sino que pasa a considerarse en un plano de igualdad como ciudadano de la Unión¹⁰¹. Los nuevos derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión se pueden disfrutar tanto en el interior del Estado del que se es nacional como en el territorio de los demás Estados miembros, e incluso en el territorio de terceros Estados.

Según DE GROOT¹⁰² el carácter dependiente de la nacionalidad, sucesivamente ratificado por los Tratados modificativos, implica que la nacionalidad estatal constituya el estatuto primario y la ciudadanía europea, el secundario o accesorio¹⁰³.

4. Las competencias de los Estados miembros en materia de nacionalidad

Pero, ¿quién define quién es nacional de un Estado miembro? La Comisión puso de manifiesto en su *Informe sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión 2013-2016*¹⁰⁴ que corresponde a cada uno de los Estados miembros determinar las condiciones para la adquisición y pérdida de la nacionalidad, respetando el Derecho de la Unión. Igualmente, ha determinado que otorgar a una persona la nacionalidad de un Estado miembro implica también otorgarle el estatuto de ciudadano de la Unión, con los consiguientes derechos derivados del mismo que pueden ejercerse en toda la Unión.

Por lo tanto, la Comisión considera que los Estados miembros deben usar su prerrogativa de concesión de ciudadanía con ánimo de cooperación, tal y como exigen los Tratados. Son las legislaciones internas las que determinan la regulación y definición de los medios de adquirir, perder o recuperar la nacionalidad. La existencia de la Unión no altera el principio básico de que son los Estados quienes confieren la nacionalidad según su propia normativa, es decir, quienes determinan quiénes son sus nacionales y quiénes extranjeros¹⁰⁵. Los Estados miembros mantienen su competencia para establecer quiénes son sus nacionales de origen o por naturaleza, de manera individual o colectiva, sin que se pueda imponer una exigencia “europea” de

¹⁰¹ Carlos JIMÉNEZ PIERNAS, “La protección diplomática...”, *cit.*, p. 18.

¹⁰² Gerard René DE GROOT, “Towards a European Nationality Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8.3, October 2004, p. 2.

¹⁰³ Pilar JUÁREZ PÉREZ, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿Hacia una figura emancipada?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, n.º 2, octubre 2010, p. 271.

¹⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión 2013-2016*. COM (2017) 32 final, Bruselas, 24.1.2017.

¹⁰⁵ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, “Identidad y nacionalidad”, *cit.*, p. 218.

vinculación entre ese Estado y sus nacionales¹⁰⁶. Esta competencia es una competencia exclusiva hasta el punto de que un Estado, en la ratificación de los Tratados europeos, puede excluir a determinados nacionales del ámbito de aplicación de las reglas de la Unión.

Así ocurrió, de hecho, con la adhesión del Reino Unido a la Comunidad Europea. En este caso, se redactó la Declaración de 1972, anexa al Acta final del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En ella se establecía que para determinar la condición de nacional del Reino Unido con arreglo al Derecho comunitario había que referirse a esa Declaración de 1972¹⁰⁷. Se trataba de indicar qué categorías de ciudadanos británicos debían ser considerados nacionales a efectos del Derecho comunitario, en particular, de cara a la aplicación de las normas relativas a la libre circulación de personas. Esta Declaración se modificó por una de 1982¹⁰⁸, porque las normas sobre la nacionalidad británica habían sido completamente reformuladas por la *British Nationality Act* de 1981, que entró en vigor el 1 de enero de 1983¹⁰⁹.

Posteriormente, tuvo lugar la 63ª Declaración anexa al Tratado de Lisboa, por la que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte definían el término “nacionales”. La declaración afirmó que, con respecto a los Tratados constitutivos y a cualquier acto derivado de dichos Tratados o que dichos Tratados mantuvieran en vigor, el Reino Unido reiteraba su Declaración del 31 de diciembre de 1982 sobre la definición del término “nacionales”, con la excepción de que la referencia a los “ciudadanos de los territorios dependientes británicos” debía entenderse en el sentido de “ciudadanos de los territorios de ultramar británicos”.

¹⁰⁶ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, “Identidad y nacionalidad”, *cit.*, p. 220.

¹⁰⁷ Su redacción era la siguiente: “As to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the terms ‘nationals’, ‘nationals of Member States’ or ‘nationals of Member States and overseas countries and territories’ wherever used in the Treaty establishing the European Economic Community, the Treaty establishing the European Atomic Energy Community or the Treaty establishing the European Coal and Steel Community or in any of the Community acts deriving from those Treaties, are to be understood to refer to:

- a. persons who are citizens of the United Kingdom and Colonies or British subjects not possessing that citizenship or the citizenship of any other Commonwealth country or territory, who, in either case, have the right of abode in the United Kingdom, and are therefore exempt from United Kingdom immigration control;
- b. persons who are citizens of the United Kingdom and Colonies by birth or by registration or naturalisation in Gibraltar, or whose father was so born, registered or naturalized”.

¹⁰⁸ DO L 73, de 27 de marzo de 1972, p. 196, posteriormente sustituida por la Declaración de 1982, DO C 23, de 28 de enero de 1983, p. 1.

¹⁰⁹ DE GROOT, “Towards a European Nationality Law”, *cit.*, p. 4.

Como resultado del carácter nacional de esta competencia, tal y como señala JUÁREZ PÉREZ, el régimen jurídico de la ciudadanía europea no tiene un carácter único. Su adquisición, pérdida y recuperación se contiene en veintisiete regímenes estatales diferentes; los correspondientes a las legislaciones sobre nacionalidad vigentes en cada uno de los Estados miembros. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, esta diversidad estatal sobre la nacionalidad ha suscitado recelos sobre su conformidad con las exigencias y límites que impone el efectivo disfrute de los derechos del ciudadano. Es decir, esta pluralidad puede ser cuestionada desde el punto de vista del principio de igualdad consagrado en el artículo 18 TUE, que proscribe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados, ya que puede haber desigualdades en las condiciones de adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad y, por tanto, de la ciudadanía europea¹¹⁰.

5. Modulaciones de las competencias sobre nacionalidad de los Estados miembros derivadas del Derecho de la Unión

Aunque el TJUE ha reconocido la legitimidad de las competencias exclusivas de los Estados miembros en materia de nacionalidad, el mismo Tribunal no concibe tales competencias como “una regla absoluta”, sino como una “consideración legítima que potencialmente puede entrar en conflicto” con el Derecho de la Unión¹¹¹. De hecho, diferentes sentencias del TJUE han puesto de manifiesto los problemas del impacto del Derecho de la Unión en las competencias de los Estados miembros en cuestiones como la adquisición y pérdida de la nacionalidad.

Ya en 1992, fecha anterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y por consiguiente previa a la existencia de la propia ciudadanía europea, el TJUE determinó, en la sentencia *Micheletti*¹¹² que “los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad son, de conformidad con el Derecho Internacional, competencia de cada Estado Miembro”, pero que dicha competencia debía modularse en relación con el Derecho comunitario.

El litigio se suscitó entre el Sr. Micheletti y la Delegación del Gobierno en Cantabria. El Sr. Micheletti ostentaba la doble nacionalidad argentina e italiana. Al demandante se le había concedido una tarjeta provisional de residente comunitario, por un período de validez de seis meses. Antes de que expirara dicho período, el Sr. Micheletti solicitó de

¹¹⁰ Pilar JUÁREZ PÉREZ, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión...”, *cit.*, p. 271.

¹¹¹ Toni MARZAL YETANO, “From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, n.º 2, 2017, pp. 626-629. *Apud.* Diana MARÍN CONSARNAU “Nacionalidad y pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión...”, *cit.*, p. 294.

¹¹² Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1992, *Micheletti y otros*, C-369/90, ap. 10.

la Administración española la concesión de una tarjeta definitiva de residente comunitario para establecerse en España como odontólogo. Tras ser desestimadas esta solicitud y el recurso administrativo que interpuso a continuación, el Sr. Micheletti presentó un recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional remitente. La Administración española entendió que, por aplicación del artículo 9.9 CC español -según el cual, en los supuestos de doble nacionalidad, y si ninguna de ellas es la española, prevalecerá la correspondiente al lugar de residencia habitual anterior a la llegada a España del interesado-, la nacionalidad efectiva del solicitante era la argentina. Y, en consecuencia, no accedió a lo solicitado.

En estas circunstancias, se planteó al TJUE una cuestión prejudicial sobre si la competencia estatal en materia de nacionalidad abarcaba también la capacidad de determinar cuál es la nacionalidad efectiva de quien ostenta más de una, cuando al menos una de ellas es la de un Estado de la Unión. El TJUE señaló que una cosa es la competencia sobre la regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad, que corresponde a cada Estado miembro, y otra distinta la competencia para limitar los efectos de la nacionalidad ostentada en relación con el Derecho de la Unión: “no corresponde en cambio a la legislación de un Estado miembro 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”.

Esta misma sentencia señaló, además, que dicha competencia debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión. En efecto, el ejercicio de los derechos que confiere la ciudadanía europea puede verse afectado por cómo determinan los Estados miembros quién es su nacional o cómo establecen qué nacionalidad prevalece en caso de doble nacionalidad. En estos supuestos, la citada competencia exclusiva del Estado para establecer esos criterios puede resultar comprometida si pone en entredicho el ejercicio de libertades o derechos de la Unión¹¹³.

La jurisprudencia del TJUE ha ido poco a poco perfilando el concepto de nacionalidad. En 1999, en la sentencia *Mesbah*¹¹⁴, el TJUE declaró que, desde el momento en que los

¹¹³ Elena RODRÍGUEZ PINEAU, “Identidad y nacionalidad”, *cit.*, p. 219.

¹¹⁴ Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1999, *Mesbah*, as. C-179/98, ap. 29. En este litigio se plantearon dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 41.1 del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica y el Reino de Marruecos (Firmado en Rabat el 27 de abril de 1976 y aprobado en nombre de la Comunidad por el Reglamento CEE n.º 2211/78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978). Dichas cuestiones versaban sobre el principio de no discriminación en materia de Seguridad Social, en el marco de un litigio entre la Sra. Mesbah, de nacionalidad marroquí, y el Estado belga, relativo a la negativa a concederle una asignación para minusválidos, a pesar de estar incluida en la unidad familiar de su hija y su yerno, ambos de nacionalidad belga.

interesados demuestran su condición de nacionales de un Estado miembro, los demás Estados miembros no pueden negar tal condición basándose en que los interesados ostentan también la nacionalidad de un tercer Estado, la cual prevalece sobre la del Estado miembro en virtud de la legislación del Estado de acogida.

Un par de años después, el TJUE, en la sentencia *Kaur*¹¹⁵, se pronunció de nuevo. El planteamiento de partida de la sentencia consistió en analizar los criterios seguidos para determinar si una persona tenía la nacionalidad de un Estado miembro a efectos del entonces artículo 8 TCE, así como el alcance en Derecho comunitario de la Declaración de 1972, anexa al Acta final del Tratado de Adhesión de las CCEE del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

El TJUE concluyó que, para determinar si una persona tenía la condición de nacional del Reino Unido con arreglo al Derecho de la Unión, era necesario referirse al derecho interno del Estado miembro en cuestión, en este caso, a la Declaración de 1982. La sentencia estableció que la demandante no podía invocar los derechos de la ciudadanía de la Unión porque no se consideraba nacional de un Estado miembro, afirmando que no se producía una privación de derechos pues tales derechos nunca nacieron a favor de dicha persona. Igualmente, el TJUE reiteró que la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad era, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debía ejercerse respetando el Derecho de la Unión.

¹¹⁵ Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 2001, *Kaur*, C-192/99, aps. 19 y 25. La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Kaur y el *Secretary of State for the Home Department* (Ministro del Interior) en relación con una solicitud de permiso de residencia formulada por la Sra. Kaur con el fin de residir en el Reino Unido. La demandante había nacido en Kenia en 1949, en una familia de origen asiático, y era ciudadana del Reino Unido y de las Colonias, de conformidad con la *British Nationality Act* de 1948. Sin embargo, no formaba parte de las categorías de ciudadanos del Reino Unido y de las Colonias a los que la *Immigration Act* de 1971 reconocía el derecho de residencia en el Reino Unido. Posteriormente, la *British Nationality Act* de 1981 le reconoció la condición de ciudadana británica de Ultramar. Como tal, en virtud del Derecho nacional, no tenía derecho a entrar ni a residir en el Reino Unido, salvo autorización especial. Tras varios períodos de estancia en territorio británico y cuando se encontraba nuevamente en el Reino Unido, la demandante reiteró su solicitud de autorización de residencia que, sin embargo, le fue denegada. Como se ha indicado antes en texto, con motivo de su adhesión a las Comunidades Europeas, mediante la Declaración de 1972, el Reino Unido indicó a las demás partes contratantes cuáles eran las categorías de ciudadanos que debían ser considerados nacionales en el sentido del Derecho comunitario, designando, esencialmente, a los que gozaran del derecho de residencia en el territorio del Reino Unido conforme a la *Immigration Act* de 1971 y a los ciudadanos que tuvieran un determinado vínculo con Gibraltar.

Años más tarde, en la sentencia *García Avello*¹¹⁶, el TJUE volvió a insistir en que un Estado miembro no puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, mediante la exigencia de requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad. Y persistió en que la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del TUE a situaciones puramente nacionales que no guardan ninguna conexión con el Derecho de la Unión. El Tribunal determinó que las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, los cuales, no obstante, deben respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros. En el caso mencionado, la legislación belga trataba por igual a las personas que solo tenían la nacionalidad belga y a aquellas que tenían también la nacionalidad de otro Estado miembro; a estas últimas las consideraba exclusivamente belgas y sobre esta base, les asignaba un solo apellido. Esta sentencia consideró que se daba la vinculación con el Derecho de la Unión y no podía considerarse una situación puramente interna, por lo que declaró incompatible con el Derecho comunitario una normativa nacional como la descrita.

El TJUE también ha tenido la ocasión de establecer que la concesión de la nacionalidad de un Estado miembro no puede ser fiscalizada por los demás Estados miembros, limitando los efectos que se derivan de dicha concesión. En la sentencia *Zhu y Chen*¹¹⁷, una ciudadana china había acudido a dar a luz en Irlanda a su hija para que esta pudiera obtener la nacionalidad irlandesa (por *ius soli*). De este modo, invocando la libertad de desplazamiento de su hija en virtud de las reglas comunitarias, la madre pretendía establecerse en el Reino Unido. El TJUE tuvo que dilucidar si una persona en la situación de la niña Catherine Zhu, nacional de un Estado miembro (Irlanda) por aplicación del principio del *ius soli*, gozaba del derecho a residir en otro Estado miembro en su condición de ciudadana de la Unión, a pesar de que su nacimiento en Irlanda del Norte tenía precisamente por objeto conseguir que adquiriera la nacionalidad irlandesa y, de ese modo, también el derecho a residir, junto a su madre de nacionalidad china, en el Reino Unido, aunque en la práctica, nunca hubiera pisado el territorio del Estado de su nacionalidad. El TJUE insistió que ningún Estado miembro puede limitar los efectos de la atribución de nacionalidad realizada por otro exigiendo requisitos adicionales para el ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado, reconociendo a la madre un derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio del Estado de acogida.

¹¹⁶ Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2003, *García Avello/Bélgica*, C-148/02, aps. 25, 26, 27 y 28. La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. C. García Avello, en calidad de representante legal de sus hijos, y el Estado belga, en relación con una solicitud de cambio del apellido de estos últimos.

¹¹⁷ Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, ap. 39.

Pero no fue hasta la sentencia *Rottmann*¹¹⁸ cuando el TJUE tuvo la ocasión de pronunciarse directamente sobre los límites de la competencia que tienen los Estados miembros para determinar quiénes son sus nacionales. Al igual que la adquisición de la nacionalidad es materia exclusiva de los Estados miembros, también lo es su pérdida. Porque si el Estado miembro tiene potestad para establecer quiénes son sus nacionales, también tiene potestad para decidir quiénes dejan de serlo. Ahora bien, en ocasiones la pérdida de la nacionalidad puede afectar a los derechos que esa persona tiene conferidos por el ordenamiento de la Unión, tal y como se constató en el asunto *Rottmann*.

Esta sentencia estaba vinculada al ejercicio de la libertad de circulación dentro de la Unión. El TJUE determinó que la medida controvertida no estaba motivada por la decisión de ejercer la libertad de circulación dentro de la Unión, sino por la conducta fraudulenta del demandante para la obtención de la nacionalidad.

En esta sentencia, el TJUE estableció que los Estados mantienen su competencia para determinar quiénes son sus nacionales y revocar la naturalización cuando esta corresponde a maniobras fraudulentas. El TJUE consideró que era legítimo que un Estado miembro quisiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. El TJUE sentenció que no existía obligación de revocar la decisión de naturalización por el hecho de que el afectado no recuperara inmediatamente la nacionalidad de origen, pero invitó al Estado a que esperara a revocar la decisión hasta que hubiese pasado un plazo razonable para que el afectado pudiera intentar recuperar su nacionalidad de origen. En otros términos, el TJUE concluyó que la revocación de la naturalización era posible si respetaba el principio de proporcionalidad. El TJUE indicó que debería tenerse en cuenta, a este respecto, si la pérdida estaba justificada en relación con la gravedad de la infracción, el tiempo que había transcurrido entre la decisión de la naturalización y la decisión de revocación y la posibilidad de recuperar o no la nacionalidad de origen.

¹¹⁸ Sentencia del TJUE de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, as. C-135/08, aps. 51, 57, 58 y 62. El demandante era, por nacimiento, nacional de la República de Austria. En 1995, trasladó su domicilio a Múnich (Alemania). En febrero de 1997, el *Landesgericht für Strafsachen* Graz dictó una orden de detención nacional contra el demandante. En 1998 el demandante solicitó la nacionalidad alemana, que le fue otorgada (omitiendo las cuestiones penales pendientes) y esto supuso la pérdida de la nacionalidad austriaca. Una vez que las autoridades alemanas tuvieron constancia de las cuestiones penales, decidieron revocar con carácter retroactivo la naturalización, debido a que dicho demandante había obtenido la nacionalidad alemana de manera fraudulenta. Del mismo modo, las autoridades austriacas determinaron que el demandante no cumplía los requisitos para que se le restituyera inmediatamente la nacionalidad austriaca. Esto supuso que el demandante se convirtiera en un apátrida.

De manera especialmente interesante, y en línea con las sentencias anteriores, el TJUE estableció que el hecho de que una materia sea competencia de los Estados no excluye que estos estén obligados a respetar el Derecho de la Unión en las situaciones comprendidas dentro del mismo y consideró la ciudadanía de la Unión como un elemento suficiente para desplegar la protección del Derecho de la Unión, incluso en situaciones puramente internas. Esta sentencia contribuyó a afianzar la obligatoriedad del respeto al Derecho de la Unión en el ejercicio de las competencias estatales relacionadas con la adquisición y pérdida de la nacionalidad.

El TJUE reiteró, en las sentencias *Tjebbes y otros*¹¹⁹ y en la sentencia *Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*¹²⁰, que la determinación de los modos de adquisición y

¹¹⁹ Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2019, *Tjebbes y otros*, as. C-221/17, aps. 30, 31, 33, 34, 35, 39, 40, 41, 42 y 44. Esta cuestión se presentó en el marco de un litigio entre las Sras. M.G. Tjebbes, G.J.M. Koopman, E. Saleh Abady y L. Duboux, y el *Minister van Buitenlandse Zaken* (Ministro de Asuntos Exteriores, Países Bajos), en relación con la negativa de este último a examinar las respectivas solicitudes de aquellas para obtener un pasaporte nacional. En este litigio se trataron cuatro casos de pérdida *ipso iure* de la nacionalidad neerlandesa, y por tanto de la ciudadanía europea, de dobles nacionales neerlandeses y de otro Estado no miembro de la Unión que, además, no habían ejercido su derecho a la libre circulación en la Unión. La Sra. Tjebbes, con doble nacionalidad neerlandesa y canadiense de nacimiento; la Sra. Saleh Abady, con doble nacionalidad iraní de nacimiento y neerlandesa adquirida; la Sra. Koopman con doble nacionalidad neerlandesa de nacimiento y suiza por matrimonio y residencia en Suiza; y la hija de esta última, Sra. Duboux con doble nacionalidad neerlandesa y suiza, ambas de nacimiento. A todas ellas se les denegó la renovación de sus pasaportes ya caducados, por haber perdido de forma automática la nacionalidad neerlandesa: las tres primeras, mayores de edad, porque habían residido fuera de los Países Bajos y de la Unión durante más de diez años ininterrumpidamente sin haber manifestado en este tiempo su voluntad de conservar la nacionalidad neerlandesa. Y a la cuarta se le comunicó la pérdida de la nacionalidad neerlandesa cuando, un año después de llegar a la mayoría de edad, solicitó la expedición de un pasaporte neerlandés. Todas estas negativas supusieron la pérdida de la nacionalidad neerlandesa y, por consiguiente, la pérdida de la ciudadanía europea, aunque sin dar lugar a situaciones de apatridia.

¹²⁰ Sentencia del TJUE de 14 de diciembre 2021, *Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, as. C-490/20, ap. 38. V. M. A. era nacional búlgara y K. D. K. era nacional del Reino Unido. Esta última nació en Gibraltar, donde ambas mujeres contrajeron matrimonio en 2018. Residen en España desde el año 2015. En diciembre de 2019, V. M. A. y K. D. K. tuvieron una hija, S. D. K. A., que nació y residió con sus dos progenitoras en España. En enero de 2020, V. M. A. solicitó al municipio de Sofía que le expidiera un certificado de nacimiento de S. D. K. A., por ser necesario, en particular, para la expedición de un documento de identidad búlgaro. La solicitud iba acompañada de una traducción al búlgaro, jurada y legalizada, del asiento del Registro Civil de Barcelona relativo al certificado de nacimiento de S. D. K. A. El municipio de Sofía requirió a V. M. A. para que presentara, en el plazo de siete días, pruebas de la filiación de S. D. K. A. relativas a la identidad de su madre biológica. A este respecto, V. M. A. señaló que el modelo de certificado de nacimiento que figura en los modelos de documentos acreditativos del estado civil en vigor a nivel nacional solo prevé una casilla para la “madre” y otra para el “padre”, y que tan solo puede indicarse un nombre en cada una de estas casillas. V. M. A. respondió al municipio de Sofía que, en virtud de la normativa búlgara vigente, no estaba obligada a facilitar la información solicitada. En consecuencia, el municipio de Sofía denegó la expedición del certificado de nacimiento de

pérdida de la nacionalidad es competencia de cada Estado miembro y que las normas nacionales de que se trate deben respetar el Derecho de la Unión.

La sentencia *Tjebbes y otros* se diferenció de la sentencia *Rottmann* en dos cuestiones. Primero, todas las demandantes tenían nacionalidades de un tercer Estado, por lo que no había riesgo de apatridia. Segundo, no se cuestionó una resolución individual, sino que la pérdida se produjo *ipso iure* por estar prevista en una legislación nacional. En esta sentencia el TJUE estableció que las interesadas nunca habían ejercido su derecho a la libre circulación. Y concluyó que la base jurídica del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión era el artículo 20 TFUE y no el artículo 21 TFUE. Por lo tanto, la base era la vocación del estatuto de la ciudadanía de la Unión de convertirse en el estatuto fundamental del ciudadano de la Unión.

En la sentencia *Tjebbes y otros* el TJUE declaró que era legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. Y añadió que es legítimo que un marco normativo nacional opte por una regulación para excluir los efectos perjudiciales de la posesión de múltiples nacionalidades por una misma persona.

Del mismo modo, el TJUE, señaló que en el ejercicio de las competencias que permiten a los Estados miembros determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, un Estado miembro puede legítimamente partir del postulado de que la nacionalidad pone de manifiesto un vínculo efectivo entre dicho Estado y sus nacionales, así como prever, en consecuencia, que la inexistencia o la desaparición de tal vínculo efectivo lleve aparejada la pérdida de la nacionalidad. Igualmente, es legítimo que un Estado miembro vele por la protección de la unidad de nacionalidad en el seno de la familia.

S. D. K. A. Y motivó esta resolución denegatoria basándose en la falta de información acerca de la identidad de la madre biológica de la menor y en el hecho de que la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria al orden público de la República de Bulgaria, que no permitía los matrimonios entre dos personas del mismo sexo. V. M. A. interpuso un recurso judicial contra esta resolución denegatoria. Dicho órgano jurisdiccional señaló que S. D. K. A. tenía la nacionalidad búlgara, a pesar de que, hasta la fecha, la interesada no disponía de un certificado de nacimiento expedido por las autoridades búlgaras. En su opinión, la negativa de estas autoridades a expedirle ese documento no significa que se le deniegue la nacionalidad búlgara. En estas circunstancias el órgano jurisdiccional remitente albergó dudas sobre si la negativa de las autoridades búlgaras a inscribir el nacimiento de una nacional búlgara que se ha producido en otro Estado miembro y que ha sido acreditado mediante un certificado de nacimiento en el que se mencionan dos madres, expedido por las autoridades competentes de dicho Estado miembro, vulnera los derechos conferidos a esa nacional por los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y los artículos 7, 24 y 45 CDFUE.

En consecuencia, el TJUE declaró que el Derecho de la Unión no se opone, inicialmente, a que un Estado miembro establezca, por motivos de interés general, causas que supongan la pérdida automática de la nacionalidad de dicho Estado, aun cuando tal pérdida de la nacionalidad conlleve la pérdida de la ciudadanía de la Unión. Y determinó que para que la revocación de la nacionalidad sea compatible con el Derecho de la Unión debe, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad, para lo cual debe tener en consideración las consecuencias que esta situación pueda tener para la persona afectada y su familia.

Para ADROHER BIOSCA, la sentencia avanzó hacia una mayor concreción del principio de proporcionalidad del Derecho de la Unión definido en sentencias anteriores, en relación con las garantías procesales frente a la pérdida automática de la nacionalidad¹²¹.

Para MARÍN CONSARNAU¹²², lo que llamó la atención y supuso un giro inesperado por parte del TJUE fue que este manifestara que la pérdida automática de la nacionalidad de un Estado miembro por imperativo de la ley resultaría incompatible con el principio de proporcionalidad si las normas nacionales pertinentes no permitieran, en ningún momento, un examen individual de las consecuencias que tal pérdida tendría para las personas afectadas desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Para esta autora, el límite “infranqueable” no es la pérdida de la nacionalidad, sino que lo sea sin que haya sido posible verificar que la pérdida de la nacionalidad ha sido conforme al principio de proporcionalidad.

En efecto, el TJUE determinó que tal examen requiere la valoración de la situación individual de la persona afectada, así como la de su familia, a fin de determinar si la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro de que se trate, cuando tal pérdida lleve consigo la pérdida de la ciudadanía de la Unión, tiene consecuencias que puedan afectar de manera desproporcionada, en relación con la finalidad perseguida por el legislador nacional, al normal desarrollo de la vida familiar y de la actividad profesional de la persona afectada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Tales consecuencias no podrán tener carácter hipotético o eventual.

El mismo TJUE concluyó que, en una situación en la que la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro se produce automáticamente por imperativo de la ley y lleva

¹²¹ Salomé ADROHER BIOSCA, “El principio de proporcionalidad en la pérdida de la nacionalidad estatal y de la ciudadanía europea. STJUE (Gran Sala) de 12 de marzo de 2019, Tjebbes y otros C. Minister Van Buitenlandse Zaken”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 38, diciembre 2019, p. 5.

¹²² Diana MARÍN CONSARNAU, “Nacionalidad y pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión...”, *cit.*, p. 294.

consigo la pérdida de la ciudadanía de la Unión, las autoridades administrativas y los tribunales nacionales competentes deben estar en condiciones de examinar, con carácter incidental, las consecuencias de tal pérdida de nacionalidad y, eventualmente, de arbitrar el mecanismo adecuado para que la persona afectada recupere *ex tunc* la nacionalidad en el momento en que solicite la obtención de un documento de viaje o de cualquier otro documento que haga constar su nacionalidad.

Recientemente, el TJUE se ha pronunciado de nuevo sobre la cuestión de la pérdida de la nacionalidad en la sentencia *Wiener Landesregierung (Révocation d'une assurance de naturalisation)*¹²³ y en la sentencia *Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)*¹²⁴.

En la primera, el litigio surgió a raíz de la situación de una ciudadana estonia, JY, que renunció a su nacionalidad para solicitar la concesión de la nacionalidad austriaca. El *Niederösterreichische Landesregierung* (Gobierno del Estado Baja Austria), informó de manera fehaciente a JY de que se le concedería la nacionalidad austriaca si demostraba, en el plazo de dos años, que su vínculo con la República de Estonia había sido disuelto. JY, que a raíz de dicha información había fijado su residencia principal en Viena, presentó dentro del plazo señalado de dos años la confirmación de la República de Estonia de que su vínculo de nacionalidad con este había quedado disuelto. Desde la disolución de ese vínculo, JY fue considerada apátrida.

Posteriormente, sin embargo, el *Wiener Landesregierung* (Gobierno del Estado de Viena), que había pasado a ser competente para examinar la solicitud de JY, dejó sin efecto la decisión del Gobierno del Estado de Baja Austria. El Gobierno del Estado de Viena motivó su decisión en el hecho de que, después de que se le hubiera dado a JY, mediante resolución administrativa, la seguridad de que se le concedería la nacionalidad austriaca, JY había cometido dos infracciones administrativas graves, consistentes en no colocar en su vehículo automóvil el distintivo de control de la inspección técnica y en conducir un vehículo a motor bajo los efectos del alcohol, y que, además, era responsable de ocho infracciones administrativas cometidas durante el período comprendido entre los años 2007 y 2013, esto es, antes de que se le hubieran facilitado la información sobre la adquisición de la nacionalidad. Por lo tanto, según dicha autoridad administrativa, JY ya no cumplía los requisitos para la concesión de la nacionalidad.

¹²³ Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2022, *Wiener Landesregierung (Révocation d'une assurance de naturalisation)*, as. C-118/20.

¹²⁴ Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2023, *Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)*, as. C-689/11.

Mediante sentencia, el *Verwaltungsgericht Wien* (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Viena) desestimó el recurso interpuesto por JY contra dicha decisión. El tribunal señaló que, de conformidad con la normativa austriaca, también era posible dejar sin efecto la resolución por la que se aseguraba a JY la concesión de la nacionalidad austriaca cuando el motivo de denegación surgiera después de que se hubiera aportado la prueba de la disolución del vínculo de nacionalidad anterior. El órgano jurisdiccional subrayó que las dos infracciones administrativas graves cometidas por JY, junto con las ocho infracciones administrativas, ya no permitían tomar una decisión a su favor. A juicio de dicho órgano jurisdiccional, el hecho de que JY hubiera residido durante largo tiempo en Austria y de que estuviera integrada profesional y personalmente en dicho Estado miembro no permitía desvirtuar esta conclusión, considerando, además, que la decisión era proporcionada a la luz de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia. Asimismo, el juez nacional entendió que el asunto controvertido en el litigio principal no estaba comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Igualmente, determinó que cuando las autoridades austriacas competentes decidieron dejar sin efecto la resolución relativa a la concesión de la nacionalidad austriaca fue cuando se produjo la pérdida definitiva del estatuto de ciudadano de la Unión de esa persona.

Ante esta situación, JY interpuso recurso contra esa sentencia ante el *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria). El tribunal confirmó que, en virtud del Derecho austriaco, concurrían los requisitos para dejar sin efecto la resolución dada, puesto que la interesada ya no cumplía uno de los requisitos exigidos para la concesión de la nacionalidad austriaca. No obstante, se planteó si la situación de JY, por su naturaleza y sus consecuencias, se regía por el Derecho de la Unión y si, para adoptar la decisión controvertida en el litigio principal, la autoridad administrativa competente debía respetar el Derecho de la Unión, en particular el principio de proporcionalidad. El órgano jurisdiccional remitente señaló que, en la fecha en que se adoptó la decisión de dejar sin efecto la decisión informativa controvertida en el litigio principal, JY ya no tenía la condición de ciudadana de la Unión. Por consiguiente, la pérdida de la ciudadanía de la Unión no fue el resultado de dicha decisión. Al contrario, según el órgano jurisdiccional remitente la decisión de dejar sin efecto la información relativa a la concesión de la nacionalidad austriaca, unida a la denegación de su solicitud de concesión de tal nacionalidad, tuvo como consecuencia que JY perdiera el derecho, adquirido de manera condicional, a recuperar la ciudadanía de la Unión, a la que ella misma había renunciado anteriormente. No obstante, ante la duda de que esta interpretación fuera incorrecta, decidió elevar cuestión prejudicial.

Esta sentencia se diferenciaba de la sentencia *Rottmann* en que la persona afectada de apatridia lo era como consecuencia de una renuncia que había realizado sobre su nacionalidad de origen con la intención de conseguir la nacionalidad de otro Estado miembro. En este litigio, la cuestión que se planteó era si una situación de apatridia como la descrita estaba comprendida dentro del Derecho de la Unión. La diferencia de esta sentencia con las sentencias *Rottmann* y *Tjebbes y otros* era que cuando se dejó sin efecto la decisión que otorgaba la información para adquirir la nacionalidad austriaca, la interesada ya no ostentaba la nacionalidad de Estonia y, por lo tanto, la nacionalidad de un Estado miembro, por lo que ya no era ciudadana de la Unión.

El TJUE volvió a sentenciar que la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es competencia de cada Estado miembro y que las normas nacionales de que se trate deben respetar el Derecho de la Unión (apartado 37).

Asimismo, el TJUE determinó que, en un primer momento, la pérdida, al menos provisional, del estatuto de ciudadano de la Unión por una persona que, como JY, únicamente tenía la nacionalidad de su Estado miembro de origen y que inició un procedimiento de naturalización con el fin de obtener la nacionalidad austriaca se deriva directamente de que, a petición de esta persona, el Gobierno del Estado miembro de origen ha disuelto el vínculo de nacionalidad que le unía a esta. Solo en un segundo momento, cuando las autoridades austriacas competentes deciden dejar sin efecto la concesión de la nacionalidad austriaca, se produce la pérdida definitiva del estatuto de ciudadano de la Unión de esa persona (apartados 31 y 32). Sin embargo, no se podrá adoptar la decisión definitiva sobre la pérdida de la nacionalidad de origen hasta que no haya certeza de que efectivamente se haya adquirido la nueva nacionalidad (apartado 50).

Además, señaló que cuando en el marco de un procedimiento de naturalización, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deciden dejar sin efecto la resolución que informaba sobre la concesión de la nacionalidad de ese Estado, el interesado que era nacional de un único Estado miembro y que renunció a su nacionalidad de origen para cumplir las exigencias inherentes a dicho procedimiento se encuentra en una situación en la que le resulta imposible seguir invocando los derechos derivados de su estatuto de ciudadano de la Unión. Por consiguiente, tal procedimiento afecta al estatuto conferido por el artículo 20 TFUE a los nacionales de los Estados miembros, ya que puede llevar a privar a una persona de la totalidad de los derechos vinculados a ese estatuto, aun cuando, en el momento en que comenzó el procedimiento de naturalización, esa persona tuviera la nacionalidad de un Estado miembro y, en consecuencia, también el estatuto de ciudadano de la Unión (apartados 51 y 55).

El TJUE declaró que no podía considerarse que una persona como la demandante hubiera renunciado voluntariamente al estatuto de ciudadano de la Unión (apartado 36). Por el contrario, puesto que Austria le había dado la información fehaciente de que le concedería la nacionalidad de este país, la petición de disolver el vínculo de nacionalidad con Estonia tenía como finalidad permitirle cumplir un requisito de adquisición de aquella nacionalidad y, una vez obtenida esta, seguir disfrutando del estatuto de ciudadano de la Unión. El TJUE sentenció que una situación como la descrita en esta sentencia sí está comprendida, por su naturaleza y sus consecuencias, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (apartado 37).

Igualmente, el TJUE sentenció que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las autoridades del Estado de acogida están obligadas a comprobar si la decisión de dejar sin efecto la información relativa a la concesión de la nacionalidad de ese Estado miembro, que implica la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión por la persona afectada cuando adquiera carácter definitivo, es compatible con el principio de proporcionalidad, habida cuenta de las consecuencias que tal decisión tiene para la situación de esa persona. Además, señaló que no se cumple con el principio de proporcionalidad cuando tal decisión está motivada por infracciones administrativas, que según el Derecho nacional aplicable conllevan una mera sanción pecuniaria (apartado 74).

En el caso de la sentencia *Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)* el TJUE volvió a hacer hincapié en algunas cuestiones.

El litigio surgió entre X y el *Udlændinge- og Integrationsministeriet* (Ministerio de Inmigración e Integración, Dinamarca) en relación con la pérdida de la nacionalidad danesa de X. X nació en los Estados Unidos de América, de madre danesa y de padre estadounidense. Desde su nacimiento poseía las nacionalidades danesa y estadounidense. Ninguno de sus progenitores vivía en Dinamarca, como tampoco su hermano o hermana. En noviembre de 2014, es decir, después de haber cumplido veintidós años, X presentó ante el Ministerio una solicitud de conservación de su nacionalidad danesa. El Ministerio informó a X que, con arreglo a la normativa danesa, había perdido la nacionalidad danesa a los veintidós años y que no cabía aplicar excepción alguna, dado que había presentado su solicitud para conservar la nacionalidad después de haber cumplido esa edad.

El TJUE recordó que es competencia de los Estados miembros verificar si la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro es conforme al principio de proporcionalidad en lo que atañe a las consecuencias que tal pérdida puede suponer para la persona interesada y para su familia (apartado 39). E insistió en que la pérdida automática de la

nacionalidad de un Estado miembro resultaría incompatible con el principio de proporcionalidad, si las normas nacionales no permitieran un examen individual de las consecuencias que tal pérdida tendría (apartado 40).

Del mismo modo, el TJUE reconoció que el Derecho de la Unión no impone ningún plazo determinado para poder presentar la solicitud para conservar o recuperar la nacionalidad (apartado 41). Es más, admitió la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la fijación de unos plazos de caducidad (apartado 42), afirmando que los Estados pueden exigir un plazo razonable para poder presentar una solicitud de conservación o de recuperación de la nacionalidad (apartado 43).

El TJUE determinó que, habida cuenta de las graves consecuencias que genera la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro, cuando esta implica la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión, no pueden considerarse conformes con el principio de efectividad las normas o prácticas nacionales que puedan tener el efecto de impedir que la persona expuesta a esa pérdida de nacionalidad solicite que se examine la proporcionalidad de las consecuencias de dicha pérdida con respecto al Derecho de la Unión. En particular, si el plazo para solicitar ese examen ha expirado y esa persona no fue debidamente informada del derecho a solicitar tal examen ni del plazo en el cual debía presentar dicha solicitud (apartado 48). En este sentido, el plazo razonable para presentar una solicitud de este tipo solo puede empezar a correr si las autoridades competentes han informado debidamente a la persona interesada de la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro o de la pérdida inminente y automática de esta, así como del derecho que tiene a solicitar, dentro de dicho plazo, la conservación o la recuperación *ex tunc* de esa nacionalidad (apartado 51). De no ser así, dichas autoridades deben estar en condiciones de efectuar tal examen, por vía incidental, con motivo de una solicitud de la persona interesada de un documento de viaje o de cualquier otro documento que acredite su nacionalidad (apartado 59).

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA NACIONALIDAD EN ESPAÑA

1. La adquisición de la nacionalidad española

La distinción entre nacionalidad de origen y nacionalidad derivada ha tenido tradicionalmente una gran importancia. La nacionalidad de origen es la atribuida desde el nacimiento a una persona determinada, en virtud de criterios políticos-jurídicos: la pertenencia a una línea o estirpe familiar (*ius sanguinis*) o el lugar de nacimiento (*ius soli*). La nacionalidad derivada, por el contrario, es aquella adquirida o atribuida con posterioridad al nacimiento. Es decir, es aquella conseguida de forma sobrevenida, diferente de la de origen, que es natural o subsiguiente al nacimiento.

La Constitución española de 1978 regula la nacionalidad bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales” en su Título I, que comprende los artículos 10 a 55, ambos inclusive. La Constitución proclama el principio de reserva de ley para la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad; por lo tanto, solo cabe la regulación por ley. Asimismo, proscribire que un español de origen pueda ser sancionado con la pérdida de la nacionalidad española y permite el principio de la doble nacionalidad.

Junto a lo establecido en la Constitución española, la nacionalidad se regula en el Título I CC, rubricado “De los españoles y de los extranjeros”, que comprende los artículos 17 a 28 inclusive. Como consecuencia de la aprobación de la Constitución fue necesario dictar diversas normas que modificaron el CC y, en particular, los preceptos relativos a la nacionalidad. En este sentido, debemos destacar la Ley de 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del CC; la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad; la Ley de 29/1995, de 2 de noviembre, por la que se modifica el Código civil en materia de recuperación de la nacionalidad; la Ley 36/2002 de 8 de octubre de modificación del CC en materia de nacionalidad; la Ley 12/2015, de 24 de junio en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España; la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, más recientemente, la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

El artículo 11 CC establece que, como regla general, la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. También determina que ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad y que todo español puede naturalizarse, adquiriendo la doble nacionalidad, con los países iberoamericanos y otros vinculados con España, sin perder la nacionalidad española, aun cuando estos países no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco.

A) La adquisición de la nacionalidad española de origen

La adquisición de la nacionalidad española de origen puede ser por filiación o por nacimiento en España.

a) Ius sanguinis o por filiación

El criterio fundamental de atribución de la nacionalidad española de origen viene representado, de acuerdo con el criterio del *ius sanguinis*, por el nacimiento de una

persona cuya madre o padre sean españoles (artículo 17 CC)¹²⁵. Es decir, son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles. Esta atribución puede venir de parte materna o paterna y es una atribución independiente de que la filiación sea matrimonial o extramatrimonial. Es una adquisición originaria y automática. La nacionalidad se adquiere como consecuencia de la filiación, con independencia del lugar de nacimiento.

La filiación cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad no es por sí sola causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.

b) Ius soli o por nacimiento en España

El *ius soli* es un criterio de adquisición de la nacionalidad originario y determina que la nacionalidad se establece conforme al lugar de nacimiento. De conformidad con el artículo 17 CC, pueden adquirir la nacionalidad por *ius soli*: a) los nacidos en España de padres extranjeros, si al menos uno de ellos hubiera nacido en el territorio nacional. Aquí se trata de la generación de extranjeros nacidos en España. En este caso, se exceptúan los hijos de diplomáticos; b) los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuyera al hijo nacionalidad con el objetivo de evitar las situaciones de apátridas; c) los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada, presumiéndose nacidos en España los menores cuyo primer lugar de estancia conocido sea territorio español.

En el caso de que estas circunstancias fueran determinadas después de haber cumplido los dieciocho años, no se adquiere la nacionalidad española de origen, sino “un derecho a optar por la nacionalidad española de origen” en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.

B) La adquisición de la nacionalidad española derivativa

Estos son los casos de una adquisición sobrevenida en personas que anteriormente poseían una nacionalidad distinta de la española, es decir, la adquisición de la nacionalidad se produce en virtud de la opción y la naturalización.

La opción es un beneficio o facultad que la ley española otorga a determinados extranjeros cuando estos se encuentran en ciertas circunstancias, permitiéndoles adquirir

¹²⁵ Este criterio del *ius sanguinis* es el principio general que adoptan la mayor parte de los países europeos occidentales, junto con un reconocimiento de una serie de supuestos de *ius soli*. Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 261.

la nacionalidad española mediante una declaración unilateral de voluntad. Según el artículo 20 CC, tienen derecho a optar por la nacionalidad española las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español; aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España; y aquellas cuya determinación de la nacionalidad se haya producido después de los dieciocho años, según ya vimos¹²⁶.

Asimismo, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura concedió un derecho de opción a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español, y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. La reciente Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria democrática reconoce en su artículo 33 la concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales¹²⁷. Además, la Disposición Adicional Octava reconoce que los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española, podrán optar a la nacionalidad española.

En segundo lugar, se denomina “naturalización” a la adquisición de la nacionalidad española que se realiza en virtud de una concesión del Estado español. Reviste dos formas, la primera, la carta de naturaleza y la segunda, la adquisición de la nacionalidad

¹²⁶ El artículo 20.2 CC establece que: 2. La declaración de opción se formulará:

- a) Por el representante legal del optante menor de catorce años. En caso de discrepancia entre los representantes legales del menor de catorce años sobre la tramitación de la declaración de opción, se tramitará el expediente de jurisdicción voluntaria previsto al efecto.
- b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años.
- c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.
- d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise.
- e) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieran impedido ejercerla con anterioridad.

¹²⁷ Este artículo reconoce que a los efectos del artículo 21.1 CC se entiende que concurren circunstancias excepcionales en los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales que participaron en la Guerra de 1936 a 1939 para la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, no siéndoles de aplicación la exigencia de renuncia a su anterior nacionalidad requerida en el artículo 23.b) CC. Asimismo se entenderá que concurren las mismas circunstancias en los descendientes de los brigadistas que acrediten una labor continuada de difusión de la memoria de sus ascendientes y la defensa de la democracia en España

por residencia en España durante el tiempo marcado legalmente. En ambos casos exige una solicitud o petición¹²⁸. Para todos los casos son tres los requisitos que se exigen: el juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, la renuncia a la nacionalidad anterior y la inscripción de la adquisición en el Registro Civil.

2. La pérdida de la nacionalidad española

La nacionalidad española no es un estado civil o una condición personal que deba considerarse perpetua e inalterable. Por el contrario, el hecho de que la persona tenga derecho a un libre desarrollo de su personalidad, tal y como recoge el artículo 10 de la Constitución, debe permitirle adquirir otra nacionalidad, si lo desea. Además, la Carta Magna también establece en su artículo 11.2 que, en determinados casos, la legislación española puede imponer la sanción de pérdida de la nacionalidad con el límite de que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.

Las causas por las que se pierde la nacionalidad española, conforme al artículo 24.1 CC, son las siguientes: la adquisición de otra nacionalidad, la renuncia expresa a la nacionalidad española, la falta de declaración de la voluntad de conservar la nacionalidad en la segunda generación de españoles nacidos en el extranjero y la pérdida de la nacionalidad por sanción. En el caso de pérdida de la nacionalidad española por la adquisición de otra se exige que el sujeto haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación, así como tener residencia habitual en el extranjero. Además, se ha de producir la adquisición voluntaria de la nacionalidad extranjera o la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación. En el caso de la renuncia expresa, el CC determina que se perderá la nacionalidad si se tiene otra nacionalidad y se reside habitualmente en el extranjero. En el caso de los que, habiendo nacido y residido en el extranjero, ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles nacidos en el extranjero, la pérdida se producirá cuando las leyes del país donde residan le atribuyan la nacionalidad del mismo “si no declaran su voluntad de conservar la española”¹²⁹.

¹²⁸ De conformidad con el artículo 21.1 CC, la nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales. El artículo 22.1 CC dispone que para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que esta haya durado diez años. No obstante, serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes. En los casos recogidos en el artículo 22.2 CC bastará el tiempo de residencia de un año.

¹²⁹ El artículo 24 CC dispone lo siguiente: “1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se

Y, por último, conforme al artículo 25 CC, pierden la nacionalidad española por vía de sanción los españoles que no lo sean de origen, en los siguientes casos: Cuando durante el periodo de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española, o cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

ADROHER BIOSCA considera que seguramente la jurisprudencia *Tjebbes y otros* incida de forma importante tanto en la práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN, actualmente denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) como en la jurisprudencia de los tribunales españoles, y quizá, también, en una reforma de nuestra regulación civil sobre pérdida de la nacionalidad española¹³⁰.

La autora ha advertido que los diez años de residencia en el extranjero del Derecho neerlandés se reducen a tres en Derecho español, y que la “utilización de la nacionalidad española” se traduce, según la antigua Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991 en requisitos tan formales y documentales como los que se planteaban en el caso analizado. Para impedir la pérdida de la nacionalidad es imprescindible manifestar ante el encargado del Registro Civil consular su voluntad de conservación, no siendo suficiente, a estos efectos, la renovación del pasaporte. Los tribunales que aplican este precepto no hacen una revisión de la decisión individualizada, valorando las consecuencias familiares y profesionales, sino simplemente la comprobación de la concurrencia de los requisitos objetivos del CC. Así se ha señalado en sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 marzo de 2017, res. 132/2017 (ponente: SUAREZ LEOZ)¹³¹ y la sentencia de 28 marzo de 2017, res. 113/2017 (ponente: SOBRINO BLANCO)¹³² en las que se estimó la pérdida automática de la nacionalidad española de

producirá una vez que transcurran tres años, a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil. La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen. 2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero. 3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación”.

¹³⁰ Salomé ADROHER BIOSCA, “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, p. 7.

¹³¹ ECLI:ES:APM:2017:5388.

¹³² ECLI:ES:APM:2017:4139.

dos españoles nacidos en Colombia de madre española nacida también en este país, que habían renovado el pasaporte español, pero no habían manifestado la voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil. En las sentencias se reconoció que “la pérdida de la nacionalidad se produce *ipso iure* o automáticamente, en cuanto concurren todos sus presupuestos de hecho y así, si como hemos manifestado, el CC no exige una forma especial a esa declaración de voluntad conservativa de la nacionalidad, sí exige que se haga ante el encargado del Registro Civil”.

3. La recuperación de la nacionalidad

De acuerdo con el artículo 26 CC quien haya perdido la nacionalidad española puede recuperarla cumpliendo unos determinados requisitos¹³³. Este artículo pretende regular los supuestos en que los españoles que hayan perdido la nacionalidad puedan solicitar ostentarla de nuevo. En general, la recuperación de la nacionalidad española es objeto de un tratamiento enormemente favorable por parte del legislador, porque únicamente se requiere que el peticionario sea residente legal en España¹³⁴. Además de este requisito sustantivo de la residencia legal, la normativa exige una declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española ante el encargado del Registro Civil, así como la inscripción de la recuperación en el Registro Civil. La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por la que se modificó el CC en materia de recuperación de la nacionalidad, estableció que el requisito de ser residente legal en España no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes.

IV. CONTENIDO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA

Los artículos 20-25 TFUE enumeran y regulan un conjunto de derechos vinculados a la posesión de la ciudadanía europea que, a su vez, son complementados con los derechos que se recogen en la CDFUE (artículos 39-46). Ambos textos recogen los derechos de los ciudadanos europeos. En los epígrafes que siguen analizaremos brevemente cada uno de los derechos que se incluyen en el *status* de ciudadano europeo.

Los derechos inherentes a la ciudadanía europea son el derecho a circular y residir libremente por el territorio de la Unión, el derecho a ser elector y elegible en las

¹³³ El artículo 26 CC establece lo siguiente:

“1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales. b) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española. c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil”.

¹³⁴ Carlos LASARTE, *Parte general y derecho de la persona...*, cit., p. 248.

elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo, el derecho de protección consular y diplomática, y el derecho a formular peticiones ante el Parlamento Europeo así como a dirigirse a las instituciones y organismos de la Unión.

Desde la entrada en vigor del nuevo *status* de ciudadano de la Unión el TJUE ha desarrollado una importante labor interpretativa para aclarar y desarrollar quiénes son los titulares de los derechos de la ciudadanía europea. El TJUE ha ido progresivamente ampliando los beneficios de los derechos contenidos en el estatuto de ciudadano de la Unión, concretando a quién corresponde su titularidad.

El TFUE asume que los ciudadanos de la Unión son titulares de unos derechos, pero aclara que esto no significa que los derechos contenidos en este estatuto sean reconocidos exclusivamente a los ciudadanos de la Unión. Es decir, los derechos de la ciudadanía europea no son únicamente propios de los ciudadanos europeos. Por el contrario, algunos de los derechos reconocidos a los ciudadanos europeos son susceptibles de ser reconocidos a nacionales de terceros Estados. En algunas ocasiones, el reconocimiento se produce en el propio Derecho de la Unión, tanto a través de normas de Derecho originario (por ejemplo, el derecho de petición al Parlamento Europeo) como de normas de Derecho derivado (tal es el caso del derecho de protección diplomática y consular). En otras ocasiones, el reconocimiento lo realizan los Estados miembros (derecho al sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo). Finalmente, la extensión de estos derechos también ha tenido, en ciertos supuestos, un origen jurisprudencial, como veremos en el derecho de residencia.

1. Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros ya aparecía reconocido tanto en el Tratado de la CECA de 1951 como en el de Roma de 1957, si bien estaba limitado a quienes llevaran a cabo una actividad económica (trabajadores). Ciertamente, con el paso del tiempo este derecho fue ampliándose a otros colectivos, como estudiantes o turistas, pero no fue hasta 1992, con el Tratado de Maastricht y la consagración de la ciudadanía de la Unión, cuando el derecho se extendió sin consideración a la actividad económica que se llevase a cabo¹³⁵.

En la actualidad este derecho se regula en los artículos 21 TFUE y 45 CDFUE y se define en los siguientes términos: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Aunque en el mismo artículo se reconoce el derecho a circular y a residir libremente en el territorio de

¹³⁵ Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ, Rafael CASADO RAIGÓN (Coords.), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, tercera edición, Tecnos, Madrid, p. 104.

la Unión, en realidad se trata de dos derechos diferenciados. El primero de ellos es el derecho a desplazarse libremente por el territorio de la Unión. El segundo, en cambio, se centra en el derecho a establecer la residencia en cualquier Estado miembro diferente de aquel del que se sea nacional. El artículo 45.3 CDFUE reconoce que estos derechos estarán sujetos “a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”, lo que supone una remisión a tres conceptos que analizaremos con detenimiento más adelante: orden público, seguridad pública y salud pública.

La CDFUE, en su artículo 45.2, amplía el derecho de circulación y residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados.

Además, el TJUE, en la importantísima sentencia *Ruiz Zambrano*¹³⁶, amplió el alcance de este derecho para garantizar la efectividad del estatuto de la ciudadanía europea. En concreto el *Tribunal du Travail* de Bruselas preguntó si se podía reconocer el derecho de residencia independientemente del ejercicio de libre circulación y, si fuera así, si cabría conferir un derecho de residencia derivado a los progenitores de unos titulares menores de edad. Se trataba de saber si las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía conferían al ascendiente, nacional de un país tercero pero que asumía la manutención de sus hijos menores, ciudadanos de la Unión, el derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores eran nacionales y en el que residían. En este caso el TJUE declaró que denegar un permiso de residencia y de trabajo era contrario al artículo 20 TFUE, “en la medida en que privarían a los menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”. La sentencia hizo una interpretación extensiva del derecho de libre circulación y residencia inherente a la ciudadanía de la Unión hacia terceros ajenos a ella.

El TJUE determinó que el Derecho de la Unión se opone a medidas nacionales que tienen por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión. Sobre esta base, reconoció el derecho de residencia derivado a progenitores (nacional de un tercer Estado, no miembro de la Unión) de hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión que residen en territorio de la Unión, con el objetivo de garantizar así el efecto útil y disfrute efectivo del derecho de residencia de esos hijos y procurarles su adecuada compañía para su cuidado.

En esta sentencia hubo una diferencia importante con sentencias previas, ya que en este caso no se había producido ningún desplazamiento entre Estados miembros de la Unión,

¹³⁶ Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, as. C-34/09, aps. 42 y 45.

por lo que el derecho de residencia del Sr Zambrano se reconoció respecto al Estado del que eran nacionales y donde vivían sus hijos. La sentencia quiso proteger los “derechos esenciales” del estatuto de ciudadanía de la Unión, otorgando una particular relevancia al respeto de la vida familiar cuando esta afectaba a niños, en este caso, ciudadanos de la Unión.

2. Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo

Con la introducción de este derecho en el estatuto de la ciudadanía europea “se extendió por primera vez el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de los derechos políticos”¹³⁷.

Regulado en los artículos 20, 22 y 223 TFUE y en los artículos 39 y 40 CDFUE, este derecho establece que los ciudadanos europeos tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en el que residan. Sin embargo, es posible que se establezcan limitaciones a estos derechos, cuyas modalidades de ejercicio se adoptarán por el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo.

El derecho al sufragio pasivo y activo en las elecciones municipales se reconoce a todos los ciudadanos de la Unión que residan en un Estado miembro del que no sean nacionales y se les reconoce en las mismas condiciones que a los nacionales de dicho Estado miembro. Se trata de un derecho que se vincula con el derecho de participación en la vida democrática de la Unión (artículo 10.3 TUE)¹³⁸. Este derecho está contemplado en el artículo 22.1 TFUE, el cual, no obstante, también prevé la posibilidad de establecer excepciones “cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro”.

Este derecho originó algunos problemas constitucionales en nuestro país, donde hubo que modificar el artículo 13.2 de la Constitución, pues en su redacción originaria no contemplaba la posibilidad de otorgar el derecho de sufragio pasivo a los extranjeros. En la actualidad, este precepto está redactado de la siguiente forma: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la ley. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y

¹³⁷ Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ, Rafael CASADO RAIGÓN (Coords.), *Curso de Derecho de la Unión Europea, cit.*, p. 105.

¹³⁸ Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ, Rafael CASADO RAIGÓN (Coords.), *Curso de Derecho de la Unión Europea, cit.*, p. 106.

pasivo en las elecciones municipales”. La reforma consistió en añadir “y pasivo” en el artículo 13.2 de la Constitución española.

La Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales¹³⁹, fijó las modalidades de ejercicio del derecho activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Esta Directiva partía de dos principios básicos. Por un lado, el ciudadano de la Unión tiene derecho a votar en las elecciones municipales del Estado de residencia, pero no está obligado a hacerlo. Por otro, de conformidad con su artículo 1, lo establecido en esta Directiva no afectaba a la legislación de cada Estado miembro respecto al derecho al sufragio activo y pasivo de sus nacionales fuera del territorio nacional.

Por su parte, el derecho al sufragio al Parlamento Europeo es un derecho de carácter político vinculado también a la residencia¹⁴⁰ y se reconoce en el artículo 22.2 TFUE: “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”. Se formula de manera paralela al derecho a participar en las elecciones municipales antes indicado y, al igual que con este, reconoce la posibilidad de establecer excepciones “cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro”.

El derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo también se vincula al derecho a participar en la vida democrática de la Unión contemplado en el artículo 10 TUE, donde además se establece que el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia participativa, que los ciudadanos europeos estarán directamente representados a través del Parlamento Europeo y, por último, que los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la titularidad del derecho de sufragio activo y pasivo en la Unión. En concreto destacan las sentencias *España/Reino Unido*¹⁴¹ y la sentencia *Eman y Sevinger*¹⁴².

¹³⁹ DOUE L 368, 31 de diciembre de 1994.

¹⁴⁰ Victoria ABELLÁN HONRUBIA, Blanca VILÁ COSTA y Andreu OLESTI RAYO, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, cit., p. 298.

¹⁴¹ Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España/Reino Unido*, as. C-145/04, aps. 74 y 78.

La sentencia *España/Reino Unido* surgió del recurso presentado por el Reino de España ante el TJUE para que declarara que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte había incumplido sus obligaciones de Derecho de la Unión, al haber promulgado la Ley de 2003 relativa a la representación electoral para las elecciones al Parlamento Europeo [*European Parliament (Representation) Act 2003*; en adelante, EPRA 2003]¹⁴³.

Ante esta situación España alegó una contradicción de la EPRA 2003, en la medida en que dicha norma permitía reconocer el derecho a voto en las elecciones al Parlamento Europeo a personas que no tenían la consideración de nacionales británicos. España consideraba que la EPRA 2003 violaba el TCE y el Acto de 1976¹⁴⁴, y que el Reino Unido no había respetado los compromisos que asumió en la Declaración de 18 de febrero de 2002¹⁴⁵. Esta situación suponía, según España, desconocer la existencia de un vínculo manifiesto entre ciudadanía de la Unión, nacionalidad de un Estado miembro y titularidad de los derechos reconocidos en el estatuto de ciudadanía europea¹⁴⁶. El TJUE consideró, de acuerdo con la tesis del Reino Unido y apoyado por la Comisión, que ni los preceptos mencionados por España, ni el Acto de 1976 determinaban de forma expresa y precisa quiénes eran los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, ni de ellos podía deducirse que los ciudadanos de la Unión fueran los únicos beneficiarios de los derechos reconocidos en el Tratado¹⁴⁷.

¹⁴² Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, *Eman y Sevinger*, as. C-300/04, aps. 29 y 45.

¹⁴³ La adopción por el Reino Unido, el 8 de mayo de 2003, de la Ley relativa a la representación electoral para las elecciones al Parlamento Europeo - *European Parliament (Representation) Act 2003* con el fin de garantizar el derecho de los gibraltareños a participar en las elecciones al Parlamento Europeo, está en el origen del recurso interpuesto por España contra dicho país en marzo de 2004, por incumplimiento del Derecho de la Unión, de conformidad con el artículo 259 TFUE. La EPRA 2003 fue adoptada por el Reino Unido después de que el TEDH declarara, en su sentencia de 18 de febrero de 1999, asunto *Matthews c. Reino Unido*, que al no haber organizado elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, dicho Estado había violado el artículo 3 del Protocolo n.º 1 a la CEDH, según el cual “Las altas partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”, pues entiende que las competencias del Parlamento Europeo permiten considerar que constituye una parte del “cuerpo legislativo” de Gibraltar.

¹⁴⁴ Acto relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, anejo a la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 20 de septiembre de 1976 (DO L 278, p. 1), en su versión modificada por la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002 (DO L 283, p. 1).

¹⁴⁵ Declaración del Reino Unido, que reflejaba un acuerdo bilateral celebrado entre dicho Estado miembro y el Reino de España.

¹⁴⁶ Elena CRESPO NAVARRO, “La jurisprudencia del TJE...”, *cit.*, p. 893.

¹⁴⁷ En ese sentido, conviene tener en cuenta que el Tratado de Lisboa introdujo en el Título III TUE, “Disposiciones sobre las Instituciones”, un nuevo artículo 14 sobre el Parlamento Europeo. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado segundo de dicho artículo, el Parlamento Europeo estará compuesto por “representantes de los ciudadanos de la Unión”, en vez de por “representantes de los pueblos de los Estados miembros”.

En palabras del Abogado General TIZZANO, la extensión de los derechos de ciudadanía a nacionales de países terceros que no gozan de la nacionalidad de un Estado miembro no puede entenderse como un fenómeno excepcional que desmiembre la unidad del concepto de ciudadanía¹⁴⁸. El TJUE señaló que la determinación del derecho del voto en las elecciones al Parlamento Europeo es competencia de cada Estado miembro. No obstante, esta facultad de los Estados miembros de determinar los titulares del derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo no es absoluta, ya que tiene como límite el respeto al Derecho de la Unión. En este sentido, el TJUE entendió que la normativa europea referida por España en sus alegaciones no se oponía a que los Estados miembros reconociesen el derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tuviera un estrecho vínculo con ellos y que no fueran sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión que residían en su territorio. Antes al contrario, de dicha normativa no se podía deducir que los derechos reconocidos por el Tratado estuvieran necesariamente reservados a los ciudadanos de la Unión, por lo que el TJUE declaró que la decisión del Reino Unido de extrapolar a las elecciones al Parlamento Europeo organizadas por Gibraltar los requisitos establecidos en su normativa nacional para ser elector y elegible en aquellas elecciones no era contraria al Derecho de la Unión¹⁴⁹.

En la misma fecha en la que se dictaba la sentencia antes descrita y con una relación evidente con ella, el TJUE resolvió la petición de decisión prejudicial planteada por el *Nederlandse Raad van State* en el asunto *Eman y Sevinger*¹⁵⁰.

¹⁴⁸ En palabras textuales del Abogado General: “Al contrario, el hecho de que algunos de estos derechos, considerados característicos de la situación jurídica de los ciudadanos de la Unión, en cambio, sean extendidos por el propio Derecho comunitario más allá de este círculo, confirma que dichos derechos no constituyen necesariamente una prerrogativa exclusiva de los ciudadanos. No sólo eso, sino que cabría deducir adicionalmente que, si para alguno de estos derechos es el propio Derecho comunitario el que realiza tal extensión, no se puede excluir que para otros (como el derecho de voto, precisamente) pueda realizarla un Estado miembro de manera autónoma”. Continuó señalando que “Lo anterior es aún más cierto teniendo en cuenta que dicha extensión resulta coherente con el principio democrático del sufragio universal, sobre el cual se basa también la Unión Europea. En efecto, este principio milita (...) a favor del reconocimiento del derecho de voto ‘al mayor número posible’ de personas, y por tanto eventualmente también a los extranjeros establecidos en un determinado Estado, los cuales, al igual que los nacionales, están efectivamente sujetos a los actos aprobados por los órganos legislativos nacionales y comunitarios” (puntos 92 y 93 de las Conclusiones del Abogado General TIZZANO, presentadas el 6 de abril de 2006).

¹⁴⁹ Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, “TJCE-Sentencia de 12.09.2006, España/Reino Unido, C-145/04, Parlamento Europeo– Elecciones – Derecho de voto – Ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar y que no poseen la ciudadanía de la Unión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 29, enero/abril 2008, p. 224.

¹⁵⁰ Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, *Eman y Sevinger*, as. C-300/04, aps. 29 y 45.

En este caso se planteó la cuestión inversa a la tratada en la anterior sentencia, discutiéndose si un Estado miembro podía excluir del derecho a votar en las elecciones europeas a determinadas categorías de sus propios nacionales residentes en un territorio de ultramar asociado a la Unión. Dicho en otras palabras, si las disposiciones del TCE relativas a la ciudadanía de la Unión se aplicaban a las personas que tienen la nacionalidad de un Estado miembro y que son residentes o están domiciliadas en un territorio de ultramar.

El asunto afectó a dos ciudadanos de nacionalidad neerlandesa, domiciliados en Aruba, que solicitaron ser inscritos en el registro electoral para participar en las elecciones al Parlamento Europeo. Su solicitud fue denegada por estar domiciliados en Aruba. El TJUE no dejó lugar a dudas cuando afirmó que las personas que tienen la nacionalidad de un Estado miembro y que son residentes o están domiciliadas en un territorio perteneciente a los Países y Territorios de Ultramar (en adelante, PTU), pueden invocar los derechos que se reconocen a los ciudadanos de la Unión, al entender que carece de relevancia que el nacional de un Estado miembro sea residente o esté domiciliado en un territorio perteneciente a los PTU. El TJUE confirmó que, “en el estado actual del Derecho comunitario, la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del Derecho comunitario” y retomó la idea apuntada con anterioridad de que la normativa europea no determina de manera expresa y precisa quiénes son los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas. Sin embargo, el principio de igualdad de trato se erige como piedra angular de la solución aportada por el TJUE, al considerar que “si bien nada se opone a que los Estados miembros, dentro del respeto del Derecho comunitario, definan las condiciones del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo mediante referencia al criterio de la residencia en el territorio en el que se organicen las elecciones, el principio de igualdad de trato impide que los criterios elegidos provoquen que se trate de manera diferente a nacionales que se encuentren en situaciones comparables, sin que esta diferencia de trato esté justificada objetivamente”.

El TJUE concluyó que la determinación de la titularidad de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo es competencia de los Estados miembros y sentenció que el desarrollo normativo del Derecho de la Unión no permite contemplar un procedimiento uniforme que regule la elección al Parlamento Europeo, sino únicamente identificar una serie de principios comunes a todos los Estados. De este modo, los Estados pueden reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo ya no solo a sus nacionales, sino a aquellas personas con las que mantengan un vínculo estrecho y

sobre la base de disposiciones nacionales que tengan en cuenta los “elementos diferenciales”¹⁵¹.

3. Derecho a la protección consular y diplomática

Este derecho, recogido en los artículos 20 y 23 TFUE y en el artículo 46 CDFUE, constituye un derecho de los ciudadanos de la Unión no representados en el país en el que solicitan protección a recibir el mismo trato que los ciudadanos del Estado miembro al que la solicitan¹⁵². El artículo 23 TFUE prevé la posibilidad especial de acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Igualmente, se prevé que los Estados miembros adopten las disposiciones internas necesarias para el ejercicio de este derecho, así como que realicen negociaciones internacionales para garantizar tal protección. Este artículo contempla la posibilidad de que el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, pueda adoptar Directivas con el fin de establecer las medidas que considere apropiadas para facilitar el ejercicio de este derecho.

Este derecho no debe confundirse con la protección diplomática propia del Derecho Internacional. Se trata de una protección personal y no territorial¹⁵³, ya que tiene lugar en países no pertenecientes a la Unión, para personas que, siendo ciudadanos de la Unión, no tuvieran representación diplomática o consular en el país en el que se encuentran.

En desarrollo de las previsiones del Tratado se aprobó la Decisión 95/553 del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión por las representaciones diplomáticas y consulares¹⁵⁴. En ella se establecieron las pautas para ejercer este derecho, consistiendo básicamente en asistencia en casos como fallecimiento, accidente o enfermedad graves, arresto o detención, asistencia a víctimas de actos de violencia, y el socorro y la repatriación de nacionales de la Unión en dificultades.

¹⁵¹ José Antonio VALLES CAVIA, “La determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. A propósito de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos C-145/04 y C-300/04”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, 2007, p. 14.

¹⁵² Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ, “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 48, 2014, p. 596.

¹⁵³ María Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Paz POUS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, *Derecho Civil de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2015, p. 95.

¹⁵⁴ DOCE L 314 de 28 de diciembre de 1995.

Actualmente, este derecho está regulado por la Directiva 2015/637 sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países¹⁵⁵. Este derecho está limitado a los ciudadanos no representados en el territorio de un tercer país¹⁵⁶. De acuerdo con esta norma, se entenderá por “ciudadano no representado” a todo aquel ciudadano que tenga la nacionalidad de un Estado miembro que no esté representado en un tercer país. Pues bien, este derecho se extiende también a los familiares del ciudadano que no posean la condición de ciudadanos de la Unión¹⁵⁷, aunque no se especifica el grado de parentesco. De este modo, se configura como uno de los derechos de ciudadanía susceptibles de ser ejercidos frente a los Estados miembros incluso por personas que carezcan de la nacionalidad europea¹⁵⁸.

CRESPO NAVARRO señaló que la Directiva buscaba mejorar la efectividad de la protección del ciudadano de la Unión en situaciones de crisis, así como también mejorar la coordinación y cooperación entre los Estados miembros, y entre estos y la Unión. De este modo, la Directiva habría logrado formalizar jurídicamente y dotar de carácter vinculante muchas de las recomendaciones que hasta esa fecha estaban recogidas en las Directrices sobre protección consular revisadas por el Consejo en 2010, y delimitar el papel de las delegaciones de la Unión. Asimismo, también destacó de la Directiva la posibilidad de recurrir, a solicitud de los Estados que coordinen la situación, al Mecanismo de Protección civil, y la simplificación de los procedimientos financieros para el reembolso de los gastos.

Sin embargo, para CRESPO NAVARRO la nueva regulación no alteró la naturaleza jurídica de la institución, cuyo alcance y contenido no habrían experimentado cambios sustantivos. De tal modo, reconoció que la práctica demostraba que el contenido de la protección seguía siendo equiparable al de la clásica asistencia consular. Por lo tanto,

¹⁵⁵ DOUE L 106/1 de 24 de abril de 2015.

¹⁵⁶ Esta Directiva establece, en su Capítulo 2 (artículos 10 a 13), las medidas de coordinación y cooperación necesarias para facilitar el ejercicio del derecho de los ciudadanos de la Unión, recogido en el artículo 20.2.c) TFUE, de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, teniendo también en cuenta el papel de las delegaciones de la Unión para contribuir a la aplicación de dicho derecho.

¹⁵⁷ El artículo 5 de la Directiva 2015/637 establece que se proporcionará protección consular a los familiares que acompañen a ciudadanos no representados en un tercer país y que no sean a su vez ciudadanos de la Unión en la misma medida y bajo las mismas condiciones que se les proporcionaría a los familiares de los ciudadanos del Estado miembro que preste asistencia, que no fueran a su vez ciudadanos de la Unión, de conformidad con su Derecho o sus prácticas nacionales.

¹⁵⁸ Mónica GUZMÁN ZAPATER, “La Protección Consular como derecho derivado de la ciudadanía”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 27-28, 2015. p. 269.

aunque se establecía con mayor claridad la obligación para la embajada o consulado que prestaba la protección de proporcionarla en las mismas condiciones que a sus propios nacionales, lo cierto es que la función de asistencia y protección de los ciudadanos en el extranjero continuaba siendo responsabilidad principal de los Estados miembros¹⁵⁹.

4. Derecho a formular peticiones ante el Parlamento Europeo y el derecho a dirigirse a las instituciones y organismos de la Unión

El derecho a formular peticiones al Parlamento Europeo, a recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como a dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y a recibir una contestación en esa misma lengua están regulados en el artículo 20.d) TFUE.

A) Derecho de petición al Parlamento Europeo

Este derecho se encuentra consagrado tanto en el artículo 24 TFUE como en el artículo 227 TFUE y en el artículo 44 CDFUE. Supone que todo ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica con domicilio social en un Estado miembro, puede formular peticiones al Parlamento Europeo sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión que le afecte directamente. La petición puede realizarse de forma individual o conjunta con otros ciudadanos. Por lo tanto, este derecho se extiende a los ciudadanos de la Unión, de forma individual o colectiva, y a todos los nacionales de terceros Estados residentes en cualquier Estado miembro.

La posibilidad de dirigir peticiones por parte de los ciudadanos al Parlamento Europeo ya estaba prevista en el artículo 128 del Reglamento interno de dicha institución, pero fue el Tratado de Maastricht el que consolidó este derecho como un derecho de ciudadanía, enfatizando su importancia y significación. Primero, dotándolo de mayor rango normativo, pues pasaba de estar regulado en un reglamento interno a estar regulado en un Tratado; segundo, convirtiéndolo en un derecho fundamental de toda persona, sea o no ciudadano de la Unión, al extenderlo a todos los residentes en los Estados miembros¹⁶⁰, bajo la forma de una queja o de petición en relación con una cuestión que incida en el ámbito de competencias de la Unión.

¹⁵⁹ Elena CRESPO NAVARRO, “La protección por afinidad de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros países”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, 2016, p. 1063.

¹⁶⁰ Paolo MENGOZZI, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, cit., p. 343.

B) Derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo

Los ciudadanos de la Unión y quienes residan en ella podrán acudir en defensa de sus derechos ante el Defensor del Pueblo Europeo cuando hayan sido objeto de mala administración por parte de los organismos e instituciones de la Unión¹⁶¹. Obsérvese cómo, al igual que en el caso del derecho anterior, también aquí se ha producido una extensión del ámbito subjetivo, por cuanto los titulares ya no son solo y exclusivamente los ciudadanos de la Unión sino cualquier persona que resida en su territorio.

Este derecho se reconoció por primera vez en el artículo 8.D.2 TCE, en su redacción dada por el Tratado de Maastricht, y actualmente tiene su fundamento jurídico en los artículos 20.2.d) y 24 TFUE.

Conforme a ello, el Defensor del Pueblo puede recibir reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga domicilio social en un Estado miembro, según lo establecido en el artículo 43 CDFUE. Las reclamaciones tienen que ser relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del TJUE en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

El Reglamento 2021/1163/UE (Euratom) del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, por el que se fijan el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo (Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo) y por el que se deroga la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom, recoge las pautas de actuación ante un caso de mala administración por parte de las instituciones europeas¹⁶². Por mala administración se entiende toda actuación de instituciones y órganos de la Unión en la que se adviertan medidas deficientes que deriven de la aplicación inadecuada de una norma, tales como irregularidades administrativas, omisiones, abusos de autoridad, negligencia, procedimientos ilícitos, agravios comparativos, incompetencia, discriminación, demoras injustificadas, falta de información o negativa a proporcionar información.

C) Derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la Unión

Como ya indicamos más atrás, uno de los resultados del Tratado de Ámsterdam fue incluir nuevos derechos en el estatuto de la ciudadanía de la Unión, y uno de estos

¹⁶¹ Figura creada por el Tratado de Maastricht en 1992. Emily O'Reilly es la actual Defensora del Pueblo Europeo. [Última consulta: 7 diciembre 2023].

¹⁶² DOUE L 253 de 16 de julio de 2021.

nuevos derechos fue el de dirigirse por escrito a las instituciones y a ciertos órganos de la Unión, lo que suponía la posibilidad de plantear cualquier asunto ante ellos. Este derecho surgió con la idea de acercar las instituciones a la ciudadanía y hacerlas lo más próximas posibles.

De conformidad con el artículo 24.4 TFUE, este derecho permite dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y a recibir una contestación en esa misma lengua, siempre que afecte a la persona que lo interpone y cuando el asunto tenga relación con el órgano o institución al que va dirigido.

D) Derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión

El derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones de la Unión ya estaba reconocido de forma expresa en el TCE en su artículo 255¹⁶³. En la actualidad este derecho no figura como tal en la parte del TFUE relativa a la ciudadanía de la Unión, sino que es un artículo transversal¹⁶⁴. Así, está incluido entre las disposiciones comunes a varias instituciones de la Primera Parte TFUE, teniendo su fundamento jurídico en el artículo 15.3 TFUE y en el artículo 42 CDFUE, siendo desarrollado por el Reglamento 1049/2001 del Consejo y del Parlamento Europeo, relativo al acceso del público a los documentos de estas tres instituciones que establece los principios generales y los límites de este derecho de acceso¹⁶⁵.

Este derecho tiene una importante limitación, puesto que parece referirse únicamente a tres instituciones de la Unión, como son el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Por este motivo, no puede considerarse un derecho de alcance general, aunque exista la obligación, por parte del resto de las instituciones, de establecer una normativa de acceso a sus documentos, tal y como establece el artículo 15.3 TFUE. Según este artículo cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y establecerá en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos. Frente a ello, la CDFUE sí garantiza explícitamente el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte (artículo

¹⁶³ En relación con el alcance de este primer reconocimiento, Leonor RAMS RAMOS, “El derecho de acceso a archivos y registros administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 182, 2010, pp. 285-309.

¹⁶⁴ Victoria ABELLÁN HONRUBIA, Blanca VILÁ COSTA y Andreu OLESTI RAYO, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, cit., p. 300.

¹⁶⁵ DOCE L 145/43 de 31 de mayo de 2001.

41) y el derecho de acceso a los documentos de las instituciones de la Unión (artículo 42).

El derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea el soporte, se reconoce a todo ciudadano de la Unión, así como a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el artículo 15.3 TFUE. De nuevo se observa esa extensión del ámbito subjetivo antes aludida, convirtiéndose en un derecho que ya no es exclusivo de los ciudadanos de la Unión.

El mismo artículo 15 TFUE establece que el ejercicio de este derecho tiene unos principios generales y unos límites por motivos de interés público o privado, que serán determinados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario por el Parlamento Europeo y el Consejo. Estos límites, tal y como regula el artículo 4 del Reglamento 1049/2001 son los siguientes: cuando su divulgación pueda menoscabar un interés público, como la seguridad, las relaciones internacionales o la estabilidad económica; las actividades de inspección e investigación; los procedimientos judiciales; cuando pueda afectar a la protección de la persona o su intimidad, al secreto comercial e industrial, a los intereses financieros de la Unión, a la confidencialidad solicitada por la persona o Estado que ha dado los datos y en el caso del Consejo, para proteger el secreto de sus deliberaciones.

El derecho de acceso a los documentos del TJUE, el Banco Central Europeo (en adelante, BCE) y el Banco Europeo de Inversiones (en adelante, BEI) solo será posible cuando ejerzan funciones administrativas.

5. Derecho de iniciativa legislativa ciudadana

Además de los derechos enumerados en el artículo 20 TFUE, debe hacerse mención de otro derecho que se encuentra reconocido en el artículo 11.4 y en el artículo 24.1 TFUE: el derecho a presentar una iniciativa legislativa ciudadana.

La iniciativa legislativa ciudadana europea permite que ciudadanos de la Unión participen directamente en el desarrollo de las políticas de la Unión, pidiendo a la Comisión Europea que presente una propuesta de legislación. Para ello, según el artículo 11.4 TFUE, un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que

requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados. Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijan de conformidad con el artículo 24.1 TFUE. Igualmente, este artículo señala que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante Reglamentos, y con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa ciudadana en el sentido del artículo 11 TUE, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que la presenten.

Los procedimientos y requisitos necesarios para la iniciativa ciudadana están recogidos en el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea¹⁶⁶. Con este nuevo Reglamento la Unión ha pretendido que “la iniciativa ciudadana sea más accesible, menos engorrosa y más fácil de utilizar para quienes la organicen o apoyen” (Considerando 5). Entre sus objetivos se cuenta el facilitar y extender su uso y el de potenciar su efecto útil, al reforzar el control parlamentario de la Comisión, principal destinataria de la invitación ciudadana. De acuerdo con este Reglamento, las iniciativas ciudadanas deben recibir el apoyo de, al menos, un millón de ciudadanos de siete de los veintisiete Estados miembros de la Unión, alcanzando un número mínimo de firmantes en cada uno de ellos y debiendo limitarse a los ámbitos en los que la Comisión está facultada para proponer legislación (por ejemplo, agricultura, medio ambiente, transportes o salud pública). Todos los ciudadanos de la Unión, nacionales de un Estado miembro, con edad suficiente para votar en las elecciones al Parlamento Europeo (18 años excepto en Austria, donde se vota a partir de los 16) pueden firmar una iniciativa ciudadana.

FERNÁNDEZ LE GAL reconoce que, si bien la iniciativa ciudadana no es la única manifestación de democracia participativa que contempla el Derecho de la Unión, si constituye, probablemente, el instrumento de mayor relevancia de entre todos los previstos. Justifica su posición atendiendo a su particular y complejo diseño y al enorme potencial que su puesta en práctica puede suponer para el debate y reflexión ciudadanos sobre asuntos de interés europeo. Sin embargo, a pesar de su originalidad y su alcance, el conocimiento ciudadano, incluso de su mera existencia, es muy limitado¹⁶⁷.

¹⁶⁶ DOUE L 130/55 de 17 de mayo de 2019.

¹⁶⁷ Annaïck FERNÁNDEZ LE GAL “El nuevo reglamento regulador de la iniciativa ciudadana europea: un instrumento de participación de la ciudadanía europea poco conocido y de gran potencial democrático e integrador, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 51, 2020, p. 3.

SEGUNDA PARTE

LA ENTRADA Y SALIDA EN EL
TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA
COMO PRESUPUESTO AL EJERCICIO
DEL DERECHO A LA LIBRE
CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

CAPÍTULO 2. LA ENTRADA Y SALIDA EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO PRESUPUESTO AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

I. INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

Esta segunda parte se divide en tres capítulos donde trataremos diferentes cuestiones.

En el presente capítulo analizaremos el régimen general de entrada en el territorio de la Unión, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los ciudadanos extranjeros. Asimismo, analizaremos el régimen de salida, diferenciando también el régimen que se aplica a los ciudadanos europeos y a los ciudadanos extranjeros. Y finalizaremos con una mínima referencia al visado como requisito exigido únicamente a los ciudadanos extranjeros y, por lo tanto, de importancia secundaria a los efectos de nuestro estudio, centrado en el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos.

A continuación, describiremos el régimen de las estancias, a cuyos efectos se hará una diferenciación entre las estancias de duración determinada y las estancias de duración permanente. En el caso de las estancias de duración determinada, que serán objeto de estudio en el capítulo 3, se distinguirá, asimismo, entre las estancias inferiores y las estancias superiores a tres meses.

Finalmente, en el capítulo 4 trataremos las estancias de duración permanente o estancias de largas duración.

II. LOS DOS RÉGIMENES EXISTENTES EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA Y LOS SUJETOS A LOS QUE SE APLICA

En el Derecho español existen dos regímenes en relación con el Derecho de extranjería: un régimen general que se aplica, en principio, a todos los que carecen de nacionalidad española, y un régimen especial, que denominaremos régimen europeo, vinculado a la ciudadanía de la Unión. Este régimen es aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión, del EEE y de Suiza. La distinción es importante porque los regímenes presentan diferentes fuentes normativas, diferentes destinatarios y diferentes requisitos para la entrada, estancia y residencia, así como para el ejercicio de actividades laborales, salida del territorio español y régimen sancionador.

El artículo 3.2 TUE reconoce que la Unión Europea “ofrecerá a sus ciudadanos un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizado la libre circulación de personas, conjuntamente con medidas adecuadas en

materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”. De acuerdo con este objetivo, el régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión tiene su origen en la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, tal y como se desprende de los artículos 21 y 45 TFUE y de la Directiva 2004/38.

Los beneficiarios del régimen europeo pueden agruparse en tres grandes categorías. Primero, los ciudadanos de la Unión, es decir, los nacionales de los Estados miembros, a los que se reconoce, por cuanto ahora nos importa, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión [artículos 20.2.a) y 21 TFUE].

Segundo, los asimilados a los ciudadanos de la Unión, es decir, los ciudadanos del EEE (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y los ciudadanos de Suiza. Estos dos grupos de ciudadanos se benefician también del régimen europeo por su nacionalidad¹⁶⁸.

En tercer lugar, atendiendo a los vínculos familiares, son igualmente beneficiarios de este régimen europeo los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano europeo, de un ciudadano del EEE o de un ciudadano de Suiza. La inclusión de estas personas en el régimen europeo depende de dos cuestiones. La primera, que haya una relación familiar con el ciudadano europeo (o asimilado) y la segunda, que acompañen o vengan a España a reunirse con dicho ciudadano europeo (o asimilado).

A todas las demás personas se les aplicará el régimen general de extranjería.

III. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA PARA LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y ASIMILADOS

Las condiciones de entrada en el territorio español que deberán cumplir los no nacionales dependerán del régimen que les sea aplicable, ya sea el europeo o el régimen de extranjería. Por lo tanto, el derecho de entrada en España está sometido a distintas formalidades, dependiendo de quién sea la persona que intenta entrar.

1. Requisitos de entrada para los ciudadanos europeos y asimilados

El régimen europeo en materia de entrada al territorio de la Unión mediante el cruce de fronteras exteriores está regulado por el Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de

¹⁶⁸ Conforme a lo dispuesto en el artículo 217 TFUE y la Directiva 2004/38, y conforme al Acuerdo de libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 21 de junio de 1999.

la Unión para el cruce de personas por las fronteras, también conocido como Código de Fronteras Schengen de 2016 (en adelante, CFS 2016) y por los artículos 3, 4 y 15 del RD 240/2007.

A los nacionales de los Estados miembros de la Unión, a los de los Estados del EEE y Suiza y a sus familiares se les reconoce el derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo cumplimiento de una serie de formalidades y sujeto a las limitaciones que establece la propia normativa. Este régimen establece que los ciudadanos europeos, asimilados y miembros de sus familias, estarán sometidos a una inspección mínima, siendo los casos de denegación de entrada muy restringidos. En este sentido solo se comprobarán tres aspectos.

Primero, se verificará su identidad mediante los documentos de viaje y su correspondiente validez. A estos efectos, es necesario contar con un pasaporte o documento de identidad en vigor donde se haga constar la nacionalidad del titular (artículo 4.1 y 6.1 RD240/2007). Tanto los pasaportes como los documentos de identidad y demás documentos que se consideren válidos deberán tener una validez mínima de tres meses posteriores a la fecha prevista de salida de territorio Schengen, y deberán haber sido expedidos dentro de los diez años anteriores a la fecha de entrada (artículo 6 CFS 2016).

En segundo lugar, será necesario que estas personas no consten en la base de datos Schengen como una amenaza real, actual y suficientemente grave para la seguridad interior, el orden público, la salud pública y las relaciones internacionales de los Estados miembros.

Cabe aclarar que el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (en adelante, SIS II) es un sistema de información a gran escala que almacena alertas sobre personas y objetos en relación con el control del espacio Schengen. Su finalidad es garantizar un alto nivel de seguridad en Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) de la Unión, con inclusión del mantenimiento de la seguridad y el orden públicos y la salvaguardia de la seguridad en el territorio de los Estados miembros, así como asegurar la aplicación de las disposiciones del TFUE relativas a la circulación de personas en sus territorios, con la ayuda de la información transmitida a través de este sistema (artículo 1 Reglamento 2018/1862)¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Reglamento 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal, por el que se modifica y deroga la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y se derogan el Reglamento 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión.

A la información pueden acceder las autoridades responsables de los controles fronterizos y las aduanas, las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como las autoridades competentes para la expedición de visados de toda la zona Schengen. El SIS II está compuesto de un sistema central (SIS II central), un sistema nacional (N. SIS II) en cada Estado miembro (los sistemas de datos nacionales que se comunicarán con el SIS II Central) y una infraestructura de comunicación entre el sistema central y los sistemas nacionales. Esta última provee de una red dedicada a los datos del SIS II y al intercambio de datos entre los servicios nacionales responsables del intercambio de toda la información suplementaria (los denominados servicios SIRENE).

La introducción, actualización, supresión y consulta de datos del SIS II se realiza a través de los distintos sistemas nacionales (artículo 4.2 Reglamento 2018/1862). Las descripciones sobre personas en búsqueda para su detención a efectos de entrega sobre la base de una orden de detención europea, o para su detención a efectos de extradición, se introducen a instancias de la autoridad judicial del Estado miembro emisor (artículo 26 Reglamento 2018/1862 SIS) y se transmiten a través de los respectivos sistemas nacionales. En este sentido, cada Estado miembro es responsable de la creación, la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de su propio sistema nacional y de la conexión de este al sistema central. Igualmente, es responsable de cualquier daño ocasionado a una persona como consecuencia de la utilización de su sistema nacional SIS II.

El tercer aspecto a tener en cuenta sobre la inspección de entrada es que los familiares de los nacionales de terceros países presenten un documento válido y, en su caso, el correspondiente visado. En efecto, tanto la Directiva 2004/38 como el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, RLOEX) establecen que no se podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente a los ciudadanos de la Unión y asimilados. Sin embargo, en el caso de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, sí se exigirá visado cuando así lo disponga el Reglamento 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación¹⁷⁰. En los epígrafes IV y VI del presente capítulo volveremos sobre esta exigencia de visado.

¹⁷⁰ DOUE L 303 de 28 de noviembre de 2021.

A) Lugar y tiempo de entrada

La entrada al territorio de la Unión por una frontera exterior de la zona Schengen debe realizarse a través de los puestos transfronterizos habilitados y durante las horas de apertura establecidas. Las horas de apertura estarán indicadas claramente en todo paso fronterizo que no esté abierto las 24 horas del día (artículo 5 CFS-2016). Esta norma es común tanto para los ciudadanos bajo el régimen europeo como para los ciudadanos bajo el régimen extranjero; sin embargo, el no cumplimiento de esta obligación tendrá consecuencias diferentes para unos y otros (artículo 1 RLOEX).

Corresponde a cada Estado miembro la habilitación de los puestos transfronterizos. En el caso de que sea un puesto terrestre, será necesario un acuerdo con el país limítrofe. En el caso de puertos o aeropuertos se precisará un informe favorable del departamento ministerial u órgano autonómico del que dependan.

La normativa española prevé el posible cierre, temporal o indefinido, de los puestos fronterizos, en el caso de que se declarara el estado de alarma, excepción o sitio o en aplicación de leyes especiales, si lo requieren los intereses de defensa nacional, la seguridad del Estado y la protección de la salud y seguridad de los ciudadanos, así como en situaciones de elevada presión migratoria irregular (artículo 3 RLOEX). Todas estas cuestiones serán analizadas en la cuarta parte, capítulo 5.

A su vez, se prevé la posibilidad excepcional de autorizar el cruce de fronteras fuera de los puestos habilitados o de los días y horas señalados en determinados supuestos, previéndose unas reglas especiales en el caso de marinos que se hallen en posesión de un documento de identidad de la gente de mar en vigor (artículos 1.2.2 y 3 RLOEX).

B) Documentación necesaria para la entrada

Como ya hemos indicado, el requisito general de entrada en España para el ciudadano de la Unión, el nacional de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE o Suiza y los miembros de sus familias que posean la nacionalidad de un Estado miembro o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE o Suiza es estar en posesión de un pasaporte o documento de identidad válido y en vigor, en el que conste la nacionalidad del titular (artículo 4.1 RD 240/2007). En la actualidad existe un modelo único de pasaporte europeo para los Estados miembros¹⁷¹.

¹⁷¹ Conforme al artículo 1 del Reglamento 2252/2004 del Consejo, del 13 de diciembre, sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados Miembros. DOUE L 385 de 29 de diciembre de 2004.

En el caso de Suiza y de los países EEE, según se recoge en los Considerando n.º 32 y n.º 34 del Reglamento 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (en adelante, Código de Visados), el Reglamento desarrolla disposiciones del acervo Schengen en el sentido del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión con la Confederación de Suiza, con la República de Islandia, el Reino de Noruega y el Principado de Liechtenstein.

De acuerdo con este, una vez acreditada la condición de ciudadano de la Unión, del EEE o de Suiza, ningún otro requisito se exige para entrar y permanecer en España por un periodo inferior a tres meses y es irrelevante la finalidad de la estancia, ya sea por turismo, trabajo, estudios, etc. En concreto, los Estados miembros están obligados a admitir a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos, no pudiendo exigirse ningún visado de entrada ni obligación equivalente (artículo 5 Directiva 2004/38).

Mención especial merece el caso de que un menor de edad viaje solo o sin sus progenitores. En este caso puede necesitar otro documento oficial que autorice el viaje. Este documento debe estar firmado por los padres, por el otro progenitor (si el menor va acompañado solo por uno de sus progenitores se puede solicitar también autorización expresa del progenitor ausente) o las personas que tengan la custodia legal. Cuando viaje un menor de edad los agentes de la guardia de fronteras deberán asegurarse, mediante la inspección minuciosa de los documentos y justificantes de viaje, de que los menores no abandonan el territorio contra la voluntad de las personas que ejercen la patria potestad. Los Estados miembros designarán puntos de contacto nacionales a efectos de consulta sobre los menores, debiendo los guardias de fronteras recurrir a ellos en caso de duda (Anexo VII Punto 6.3 CFS 2016)¹⁷².

¹⁷² Estos puntos de contacto nacionales forman la Red Europea de Migraciones (REM), que tiene como objetivo satisfacer las necesidades de información de las instituciones de la Unión y de las autoridades e instituciones de los Estados miembros, proporcionando información actualizada, objetiva, fiable y comparable en materia de migración y asilo, con el fin de respaldar el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea en estos ámbitos. La REM también pone dicha información al alcance del público en general. La Comisión Europea coordina el trabajo de la REM, que está formada, como hemos indicado, por una red de Puntos de Contacto Nacional designados en cada Estado miembro y en Noruega. En España el Punto de Contacto Nacional está compuesto por expertos procedentes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Ministerio del Interior, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Ministerio de Justicia y de la Fiscalía General del Estado, de cuya coordinación se encarga la Subdirección General de Régimen Jurídico de la Secretaría de Estado de Migraciones. La REM fue creada por la Decisión del Consejo 2008/381, de 14 de mayo de 2008 y está financiada por la Unión Europea. <https://www.emnspain.gob.es/#> [Última consulta: 8 de diciembre de 2023].

La jurisprudencia del TJUE se ha manifestado en numerosas ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la entrada de los ciudadanos europeos a otros Estados miembros.

En el asunto *Comisión /Bélgica*¹⁷³ la Comisión interpuso un recurso con el fin de que se declarara que, al proceder a controles de carácter personal a la entrada en su territorio de nacionales de los demás Estados miembros con residencia legal en Bélgica, para cerciorarse de que dichos nacionales llevaban consigo su tarjeta de residencia o de establecimiento, el Reino de Bélgica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del TCEE, entonces en vigor. La normativa belga sobre la entrada en el territorio, residencia, establecimiento y expulsión de los extranjeros exigía que cualquier extranjero mayor de quince años debía llevar consigo, en todo momento, su tarjeta de residencia o de establecimiento o cualquier otro documento relativo al permiso de residencia y exhibirlo cuando fuera requerido a tal efecto por los agentes de la autoridad. El incumplimiento de dichas obligaciones era constitutivo de una infracción administrativa. En línea con lo anterior, la legislación belga establecía que las autoridades competentes para el control en frontera para entrar en Bélgica tenían que solicitar a los ciudadanos comunitarios no belgas residentes en Bélgica que, además de su pasaporte o documento de identidad, exhibieran su tarjeta de residencia o de establecimiento. La Comisión consideraba que esta práctica era contraria al Derecho comunitario porque suponía una restricción al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, por una parte, y de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, por otra.

El TJUE se alineó, en principio, con las tesis de la Comisión y determinó que el único requisito previo al que los Estados miembros pueden condicionar el derecho de entrada en su territorio de ciudadanos de un Estado miembro es la presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte en vigor. Sin embargo, en el caso concreto, aunque el TJUE admitió que, efectivamente, las autoridades belgas solicitaban documentación adicional (la tarjeta de residencia o establecimiento), entendió que tales autoridades no hacían depender la entrada de ella; esto es, las autoridades belgas no denegaban la entrada por no tener aquellos documentos adicionales. Por este motivo, el TJUE determinó que no se producía ninguna vulneración de la libre circulación y desestimó el recurso, si bien confirmó que el único requisito previo al que los Estados miembros pueden condicionar

¹⁷³ Sentencia del TJUE de 27 de abril de 1989, *Comisión /Bélgica*, as. 321/87, aps. 5, 11, 12 y 16. El litigio se basó en la práctica de algunos controles con carácter no sistemático a los que las autoridades nacionales belgas habrían sometido a nacionales de otros Estados miembros residentes en territorio belga que se presentaron en la frontera a la vuelta de un viaje al extranjero, exigiéndoles no solo la exhibición del pasaporte o de un documento de identidad, sino también la de una tarjeta de residencia o de establecimiento.

el derecho de entrada en su territorio a las personas era la presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte en vigor. La exigencia de documentación adicional, siempre que el hecho de no poseerla no impida la entrada y siempre que las sanciones administrativas que se puedan imponer por no poseerla sean proporcionadas, no vulnera el Derecho de la Unión.

Del mismo modo, años más tarde, se manifestó el TJUE en el asunto *Oulane*¹⁷⁴, en la que también se admitió que resulta posible acreditar la nacionalidad con documentación distinta al documento de identidad o al pasaporte. El Sr. Oulane, sospechoso de encontrarse en situación de estancia ilegal en los Países Bajos, fue detenido por las autoridades neerlandesas. Al prestar declaración, el Sr. Oulane, que no disponía de documento de identidad alguno, afirmó que tenía nacionalidad francesa, que se encontraba en los Países Bajos desde hacía aproximadamente tres meses y que estaba allí de vacaciones. Las autoridades neerlandesas lo retuvieron con vistas a su expulsión debido, en particular, a que existía riesgo de que eludiese dicha expulsión. Posteriormente, el demandante presentó un documento de identidad francés a las autoridades. Estas reconocieron entonces su condición de nacional de la Unión y no discutieron su *status* de turista, y el *Ministervoor Vreemdelingenzaken en Integratie* levantó la medida de internamiento. Con posterioridad, el Sr. Oulane fue detenido por la policía ferroviaria en la estación de Rotterdam Central, en un túnel destinado al paso de mercancías que no era accesible al público. Como no llevaba ningún documento que acreditase su identidad, se le tomó declaración y se dispuso su ingreso en un centro de internamiento con vistas a su expulsión. Al prestar declaración afirmó que se encontraba en los Países Bajos desde hacía dieciocho días y que deseaba regresar a Francia. Las autoridades neerlandesas invocaron la protección del orden público para justificar la medida de internamiento, alegando que cabía presumir que el interesado intentaría eludir la expulsión. Finalmente, el demandante fue expulsado a Francia. En este caso el juez neerlandés se preguntó si para acreditar la nacionalidad solamente se puede presentar el documento de identidad o pasaporte en vigor. Y si la respuesta a esta pregunta fuese afirmativa, se preguntó si podía haber alguna excepción a esta norma.

El TJUE señaló que el reconocimiento por un Estado miembro del derecho de estancia está supeditado a la presentación de un documento de identidad o pasaporte y que, si la duración de la estancia es inferior o igual a tres meses, la estancia del interesado queda amparada por la tarjeta de identidad o el pasaporte. El TJUE determinó que el Estado miembro tiene derecho a exigir a los nacionales de los demás Estados miembros que deseen residir en su territorio que acrediten su identidad y su nacionalidad, pero estas pueden probarse por otros medios.

¹⁷⁴ Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2005, *Oulane*, as. C-215/03, aps. 5, 19, 21, 25 y 26.

De este modo, la exigencia de estar en posesión del pasaporte o del documento de identidad puede ser sustituida por la exigencia de estar en posesión de otro documento que permita acreditar la nacionalidad, como puede ser la cédula de identificación o, en el caso de España, cualquier otro documento admitido en los compromisos internacionales asumidos por nuestro país [artículo 6.c) RLOEX].

2. Límites a la entrada

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión puede ser objeto de limitaciones. La primera de tales limitaciones puede consistir en la propia denegación de entrada al territorio de la Unión. La denegación de entrada en el territorio español se basa en una decisión tomada por la autoridad que está a cargo del control fronterizo. La denegación de entrada para los ciudadanos beneficiarios del régimen europeo, siempre que reúna los requisitos indicados en las páginas anteriores, solo se podrá producir por motivos de orden público, seguridad o salud públicas, según se establece en los artículos 27, 29, 32 y 33 de la Directiva 2004/38, y el artículo 15 LOEX.

A estos efectos, las autoridades españolas deberán atender a lo establecido en la legislación tanto europea como nacional. En ese sentido, estas medidas deberán ser adoptadas conforme a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública, no podrán tener fines económicos, deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de tal medida. En concreto, la existencia de condenas penales anteriores no puede constituir por sí sola la razón para adoptar tales medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

El RD 240/2007 establece que, cuando así lo impongan las tres razones antes expuestas, se podrá adoptar alguna de las siguientes medidas en relación con los ciudadanos de la Unión o asimilados, o con los miembros de su familia. Primero, impedir la entrada en España, aunque se haya presentado la documentación requerida. Segundo, denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil¹⁷⁵. Y, finalmente, ordenar la expulsión o devolución del territorio

¹⁷⁵ Según recoge el artículo 213 RLOEX. En este Registro se anotará la siguiente información relativa a ciudadanos extranjeros: entradas, documentos de viaje, prórrogas de estancia, cédulas de inscripción, autorizaciones de entrada, autorizaciones de estancia, autorizaciones de residencia, autorizaciones de trabajo, inadmisiones a trámite, concesiones y denegaciones de protección internacional, concesiones y denegaciones del estatuto de apátrida y de desplazado, cambios de nacionalidad, domicilio o estado civil, limitaciones de estancia, medidas cautelares adoptadas, infracciones administrativas cometidas y sanciones, denegaciones y prohibiciones de entrada en el territorio nacional y sus motivos, devoluciones, prohibiciones de salida, expulsiones administrativas o judiciales, salidas, autorizaciones de regreso,

español. Esta última medida solamente podrá adoptarse si existen motivos graves y deberán tenerse en cuenta diferentes cuestiones como son la edad, el estado de salud, la situación familiar y económica y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Todas estas cuestiones serán analizadas con mayor profundidad en la Parte Cuarta, capítulo 6.

IV. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA PARA LOS FAMILIARES DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS Y ASIMILADOS

Con el propósito de ampliar la libertad de circulación y que esta no se vea mermada, la Directiva 2004/38 también ha reconocido el derecho de entrada y residencia a los familiares que acompañen o se reúnan con los ciudadanos de la Unión, del EEE y Suiza que hayan ejercido su derecho.

La protección de la vida familiar es una cuestión de gran importancia. De hecho, la CDFUE reconoce la protección de la vida familiar y la protección del derecho a la relación entre hijos y padres¹⁷⁶.

El derecho de circulación y residencia en otro Estado miembro de todo ciudadano de la Unión, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, exige su reconocimiento también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad. Este derecho se considera un derecho derivado del ejercicio de la libertad de circulación y residencia del ciudadano de la Unión, del EEE y Suiza. Para ello se exige, primero, que haya un ejercicio de libre circulación por parte del ciudadano europeo. Y segundo, que la ampliación de este derecho a los familiares favorezca o permita el ejercicio del derecho de residencia del mismo ciudadano de la Unión. En definitiva, lo que se busca es garantizar el derecho de circulación y residencia del propio ciudadano europeo.

1. El derecho de entrada de familiares que sean nacionales de un Estado miembro o del espacio EEE

La Directiva 2004/38 acota los miembros de la familia que pueden beneficiarse de las libertades de entrada, circulación y residencia dentro de los Estados miembros y hace una distinción entre un primer grupo, formado por aquellos familiares que, a su vez,

certificaciones de número de identidad de extranjero, retorno de trabajadores de temporada, cartas de invitación, retornos voluntarios, cualquier otra resolución o actuación que pueda adoptarse en aplicación del Reglamento.

¹⁷⁶ Según se recoge en los artículos 7 y 24.3 CDFUE.

también son ciudadanos de la Unión, del EEE o de Suiza, y un segundo grupo, formado por aquellos familiares que no tienen la nacionalidad de uno de estos Estados. Si estos familiares pertenecen al primer grupo, el derecho de libre circulación y residencia “les corresponde por derecho propio”¹⁷⁷ y no es un derecho derivado.

Respecto a este primer grupo, el Derecho de la Unión y la legislación española contemplan a los siguientes familiares como beneficiarios del derecho de residencia (artículo 2.2 de la Directiva 2004/38 y artículo 2 RD 240/2007):

- Primero, al cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio.

- Segundo, a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión análoga a la conyugal inscrita, una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida (Considerando 5 Directiva 2004/38).

- Tercero, a los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o declaración de nulidad de vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, que también sean menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo o incapaces.

- Por último, a los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

En el régimen europeo el traslado de la familia puede ser simultáneo o no al traslado del ciudadano de la Unión, dado que, como hemos indicado, ejercen un derecho propio y no derivado.

¹⁷⁷ Araceli MANGAS MARTÍN, (Coord.), Luis Norberto GONZÁLEZ ALONSO (Coord.), “El compromiso de los derechos fundamentales”, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario Artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 727.

2. El derecho de entrada de familiares nacionales de terceros Estados, la familia nuclear

En el caso de aquellos familiares que no tienen la nacionalidad de uno de los Estados de la Unión, del EEE o de Suiza, se les reconoce el derecho a la libre circulación, entrada y residencia cuando acompañen o se reúnan con el ciudadano europeo (artículos 2 y 3 Directiva 2004/38 y artículo 8.1 RD 240/2007). Los miembros de la familia de un ciudadano europeo que sean de un tercer Estado no pueden decidir cuándo trasladarse por sí mismos, sino que tiene que acompañar o pretender reunirse con él. A diferencia de lo que ocurre en el régimen europeo, que permite que el traslado de la familia sea simultáneo o no al traslado del ciudadano europeo, tal y como se ha señalado anteriormente.

Los familiares beneficiarios conforme al artículo 2.2 Directiva 2004/38 y al artículo 53 RLOEX, son los siguientes:

- Primero, es beneficiario del derecho de residencia y, por lo tanto, de entrada, el cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.

En relación con los matrimonios poligámicos, los Estados miembros cuentan con un cierto margen de decisión. Pero, en cualquier caso, el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse con el debido respeto a los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se adopten medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas. En el caso de que el matrimonio sea poligámico, solo se podrá reunir a uno de los cónyuges, puede ser cualquiera, no necesariamente el primero (Considerando 10 y 11, artículo 4.4 Directiva 2003/86 del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar). En el caso de España, en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial [artículo 53.a) RLOEX].

Se pueden dar situaciones complicadas como son los matrimonios de conveniencia, los matrimonios concertados o los matrimonios forzados. Sobre este último grupo, la Directiva 2003/86 permite que los Estados miembros fijen una edad mínima del cónyuge, que no puede exceder de veintiún años, antes de poder reunirse con el cónyuge reagrupante¹⁷⁸.

¹⁷⁸ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó en 2005 una resolución sobre matrimonios forzados e infantiles que conminó a los Estados miembros a “abstenerse de reconocer los matrimonios forzados y los matrimonios infantiles contraídos en el extranjero, excepto cuando el reconocimiento

El TJUE en la sentencia *Noorzia*¹⁷⁹ determinó que el artículo 4.5 de la Directiva 2003/86 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que los cónyuges y las parejas registradas ya deben haber cumplido la edad de veintiún años en el momento de la presentación de la solicitud para poder ser considerados miembros de la familia con derecho a la reagrupación. Las autoridades alegaron que el requisito consistente en haber alcanzado la edad de veintiún años en la fecha de presentación de la solicitud era conforme con la Directiva 2003/86 y así fue estimado también por el TJUE. Aunque esta sentencia trata de dos ciudadanos afganos, es interesante tratarla aquí porque hace referencia a la fecha de cuando se presenta la petición, amparando la posibilidad de una norma nacional que obligue a haber cumplido la edad mínima legalmente establecida para solicitar la reagrupación del cónyuge.

En el caso de segundas o posteriores nupcias, para que pueda haber reagrupación es necesario acreditar la disolución o anulación del vínculo matrimonial previo, tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes [artículo 53.a) RLOEX].

En el año 2022, el TJUE se pronunció sobre los matrimonios infantiles en la sentencia *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*¹⁸⁰. En este caso el TJUE se preguntó si un

redunde en el interés superior de las víctimas”. <https://pace.coe.int/en/files/17380>. En España se elevó en 2015 la edad núbil a los dieciséis años, al abolirse la posibilidad de dispensa judicial a los catorce. Disposición Final Primera de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE n.º 158 de 3 de julio de 2015.

¹⁷⁹ Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, *Noorzia*, as. C-338/13, ap. 19. La demandante, nacional afgana, solicitó una autorización de establecimiento con el fin de lograr la reagrupación familiar con su marido, que también tenía la nacionalidad afgana y vivía en Austria. Las autoridades denegaron esta solicitud por estimar que, aunque el marido de la Sra. Noorzia había cumplido la edad de veintiún años el 1 de enero de 2011, en la fecha en la que ella había presentado su solicitud en la Embajada de Austria en Islamabad (Pakistán), aquel aún no había alcanzado esa edad y, en consecuencia, no se cumplía un requisito específico para la reagrupación.

¹⁸⁰ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*, as. C-230/21, aps. 38, 43, 46 y 47. X, declaró ser de origen palestino, tenía una hija. El 8 de diciembre de 2016, esta hija, que entonces tenía quince años, contrajo matrimonio con Y.B. en el Líbano. En agosto de 2017, la hija de X llegó a Bélgica para reunirse con Y.B., que disponía de un permiso de residencia válido en dicho Estado miembro. Ese mismo mes el servicio de tutela del *FOD Justitie* (Servicio Público Federal de Justicia, Bélgica) consideró que la hija de X era una menor extranjera no acompañada y le asignó una tutora. Un mes después, la hija de X presentó una solicitud de protección internacional ante las autoridades belgas. Ese mismo día, el *Dienst Vreemdelingenzaken* (Oficina de Extranjería, Bélgica) se negó a reconocer el matrimonio de la hija de X, al tratarse de un matrimonio infantil, incompatible con el orden público, en virtud de los artículos pertinentes del Código belga de Derecho Internacional Privado. Posteriormente, en 2018, se reconoció a la hija de X la condición de refugiada. Ese mismo año, X presentó ante la Embajada de Bélgica en el Líbano, por una parte, una solicitud de visado con fines de

refugiado menor de edad no acompañado debe de estar casado para poder considerarse “menor no acompañado”. Y, además, se preguntó si podía considerarse “menor no acompañado” no casado a un refugiado menor de edad cuyo matrimonio no está reconocido por razones de orden público.

Una vez más el TJUE determinó que los Estados miembros pueden imponer un requisito de edad mínimo para que el cónyuge del reagrupante pueda reunirse con él. Y se basó en las conclusiones del Abogado General SZPUNAR, para afirmar que un Estado que se niegue a reconocer el matrimonio de un menor por razones de orden público y al mismo tiempo lo considere casado a efectos de reagrupación familiar, sería ir contra los objetivos de la Directiva 2003/86. Ya que privaría al niño del derecho a la reagrupación familiar con sus ascendientes incrementando su dependencia del cónyuge no reconocido¹⁸¹.

El TJUE añadió que el estado civil de un refugiado menor no acompañado puede ser a menudo difícil de determinar, en particular en el caso de los refugiados originarios de países que no están en condiciones de expedir certificados oficiales fiables. Por último, el TJUE concluyó que las disposiciones de la Directiva 2003/86 obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando favorecer la vida familiar.

Para GONZÁLEZ BEILFUSS, el TJUE resolvió la primera pregunta mediante una interpretación literal, sistemática y teleológica de los preceptos relevantes de la Directiva 2003/86¹⁸².

Sobre los matrimonios del mismo sexo, SÁNCHEZ CANO reconoce que el TJUE se ha visto obligado a reinterpretar determinados conceptos propios del Derecho de familia,

reagrupación familiar con su hija y, por otra parte, solicitudes de visados por razones humanitarias para sus hijos menores de edad, Y y Z. El delegado del *minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie* (Ministro de Asuntos Sociales, Salud Pública, Asilo e Inmigración, Bélgica) denegó las solicitudes de visado presentadas. Estas decisiones fueron anuladas por el órgano jurisdiccional remitente. A raíz de esta anulación, el Ministro adoptó tres nuevas decisiones al objeto de denegar tales visados. En estas decisiones, consideró en esencia que, a la luz de la normativa de extranjería belga, algunas de cuyas disposiciones transponen la Directiva 2003/86, la familia nuclear está constituida por los cónyuges y los hijos menores solteros. Por ello, concluyó que la hija de X, tras haber contraído matrimonio válido en el país en el que fue celebrado, ya no pertenece a la familia nuclear de sus padres. X interpuso recurso contra dichas decisiones ante el órgano jurisdiccional remitente.

¹⁸¹ Conclusiones del Abogado General dictadas el 16 de junio de 2022, aps. 59 y 60.

¹⁸² Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, “Matrimonio infantil y derecho de reunificación familiar. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 noviembre 2022, as. C-230/21: Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 110, 2023, p. 3.

tales como “cónyuge”¹⁸³. Y para REQUENA CASANOVA el asunto *Coman y otros*, al que ahora nos referiremos, marcó un punto de inflexión al permitir al TJUE, por primera vez, ofrecer una definición autónoma del concepto de “cónyuge” previsto en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2004/38, en el contexto de un matrimonio celebrado entre dos varones. Del mismo modo reconoce que debe precisarse que esta definición autónoma y dinámica del término “cónyuge” a los efectos de la obtención de la residencia a título derivado, no implica el reconocimiento legal del matrimonio del mismo sexo ni de sus efectos civiles en otro Estado miembro¹⁸⁴.

En la sentencia *Coman y otros*¹⁸⁵ el TJUE se pronunció sobre el derecho de residencia derivado que puede invocar, basándose en el artículo 21 TFUE, un nacional de un tercer país en su condición de cónyuge de un ciudadano de la Unión.

Esta sentencia aportó precisiones sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 7 CDFUE¹⁸⁶ y el derecho de residencia derivado que puede invocar, sobre la base del artículo 21 TFUE, un nacional de un tercer país en su condición de cónyuge de un ciudadano de la Unión, cuando los cónyuges son del mismo sexo. El Tribunal se preguntó si el ciudadano americano estaba comprendido dentro del concepto de “cónyuge”. A este respecto el TJUE señaló que dicho concepto, en el sentido de la Directiva 2004/38, es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión. Las

¹⁸³ María Jesús SÁNCHEZ CANO, “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, septiembre 2022, Vol. 14, n.º 2, p. 1223.

¹⁸⁴ Millán REQUENA CASANOVA, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: Consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 62, 2019, pp. 76 y 77.

¹⁸⁵ Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, as. C-673/16, aps. 51 y 56. El Sr. Coman, nacional rumano y estadounidense, y el Sr. Hamilton, nacional estadounidense, se casaron en Bruselas. Dos años después, los Sres. Coman y Hamilton se dirigieron a la Administración rumana para que se les informase del procedimiento y los requisitos con arreglo a los cuales el Sr. Hamilton, nacional de un tercer Estado, podía, en calidad de miembro de la familia del Sr. Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un período superior a tres meses. En respuesta a esta solicitud, la Administración informó a los Sres. Coman y Hamilton de que este último disfrutaba únicamente de un derecho de residencia de tres meses, porque no se reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo, y de que, además, la prórroga del derecho de residencia temporal del Sr. Hamilton en Rumanía no podía concederse en concepto de reagrupación familiar. Posteriormente, se interpuso un recurso contra esa decisión, alegando la existencia de una discriminación por razón de la orientación sexual por lo que respecta al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión, y solicitando que se condenase a la Administración rumana a poner fin a esta discriminación y a abonarles una indemnización en concepto de daños morales.

¹⁸⁶ Conforme establece el artículo 7, toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

legislaciones de los Estados miembros pueden regular o no el matrimonio del mismo sexo e incluso no admitirlo, si bien, en el ejercicio de sus competencias no pueden vulnerar la libertad de circulación que corresponde a todos los ciudadanos de la Unión. Y subrayó que la obligación que tiene un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro. Esta obligación no supone reconocer en su Estado miembro el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino reconocer tales matrimonios a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión.

- Segundo, se reconoce el derecho de residencia y, por lo tanto, de entrada, a la pareja con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, es decir, la persona que mantenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal [artículo 53.b) RLOEX]. Tal y como se recoge en el artículo 17.4 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX), se exige que la pareja “reúna los requisitos de producir efectos en España”. Solo se puede reagrupar a una pareja personal y tiene que presentarse una declaración jurada de que no reside en España otra pareja.

- Tercero, también se reconoce este derecho a los descendientes directos menores de veintiún años [artículo 2.c) Directiva 2004/38] o a su cargo, o los descendientes de los de su cónyuge o pareja, incluidos los adoptados. La normativa española determina que sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia, o tengan una discapacidad o no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud [artículo 53.c) RLOEX], pero esto debe entenderse referido únicamente respecto a ciudadanos sometidos al régimen de extranjería, no al régimen europeo.

En la sentencia *Reyes*¹⁸⁷ el TJUE tuvo la oportunidad de precisar el concepto de miembro de la familia a cargo de un ciudadano de la Unión. El litigio principal enfrentaba a una nacional filipina, mayor de veintiún años, y al Servicio de Inmigración sueco en relación con la denegación de la solicitud de permiso de residencia en Suecia presentada por la interesada en condición de miembro de la familia de su madre, de nacionalidad alemana, y de la pareja de esta, ciudadano noruego.

En este contexto, el TJUE recordó que, para que un descendiente directo de un ciudadano de la Unión, mayor de veintiún años, pudiera considerarse “a cargo” de este, debía probarse que existe una situación de dependencia real en el país de procedencia

¹⁸⁷ Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014, *Reyes*, as. C-423/12, aps. 20, 26 y 33.

del miembro de la familia de que se trate. En cambio, no era necesario determinar los motivos de dicha dependencia. Así pues, cuando un ciudadano de la Unión proceda regularmente, durante un período considerable, al pago a un descendiente directo mayor de veintiún años de una cantidad de dinero necesaria para que este cubra sus necesidades básicas en el Estado de origen, el artículo 2.2.c) de la Directiva 2004/38 establece que un Estado miembro no puede exigir que dicho descendiente demuestre que ha intentado conseguir un empleo, una ayuda de subsistencia de las autoridades de su país de origen y/o alguna otra forma de subsistencia, sin lograrlo. En efecto, la exigencia de dicha demostración adicional, que no es fácil en la práctica, puede dificultar excesivamente el ejercicio por parte del descendiente del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida.

Por otra parte, el TJUE precisó que el hecho de que un miembro de la familia, en razón de circunstancias personales como su edad, su formación y su salud, tenga buenas perspectivas de encontrar un empleo y tenga, además, la intención de trabajar en el Estado miembro de acogida no incide en la interpretación del requisito de estar “a cargo”, establecido en dicha disposición de la Directiva 2004/38.

- Cuarto, el derecho de residencia y, por tanto, de entrada, también se reconoce a los representados legalmente por el reagrupante, cuando sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor o tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, cuando el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español [artículo 53.d) RLOEX]. En la Directiva 2004/38 no se especifica este grupo de familiares, aunque sí lo recoge la normativa española.

- Finalmente, se reconoce este derecho a los ascendientes en primer grado, o los de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, se podrá reagrupar a los ascendientes menores de sesenta y cinco años [artículo 53.e) RLOEX].

En este último grupo de familiares, los ascendientes, existe una gran diferencia de la normativa española con la Directiva 2004/38. El Derecho español limita, priva de un derecho a los ciudadanos extranjeros que tengan menos de sesenta y cinco años. Sin embargo, la Directiva no pone ese límite de edad.

El derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia nuclear, es decir, cónyuge, pareja de hecho registrada, hijos menores de 21 años o mayores a cargo y

ascendientes directos a cargo, se articula “como un verdadero derecho subjetivo”¹⁸⁸, porque al acreditar la condición de familiar no se podrá denegar ni el visado, ni la entrada, ni la residencia.

Sin embargo, como veremos en el siguiente epígrafe, no ocurre lo mismo en el caso de otros miembros de la familia, como son la pareja no registrada y otros miembros que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión.

La Directiva 2004/38 acota los miembros de la familia que pueden beneficiarse de las libertades de entrada, circulación y residencia dentro de los Estados miembros. Estos familiares, sin embargo, no caerían, en principio, bajo el ámbito de aplicación de la Directiva cuando el ciudadano de la Unión, aun siendo nacional de un Estado miembro, no se hubiera trasladado o residiera en otro Estado miembro. Ello es así porque la finalidad que persigue la regulación de la Directiva es que los familiares le acompañen o se reúnan con él, a fin de que el nacional de un Estado miembro no se vea coartado al ejercer su derecho de libre circulación y residencia, pero no que sus familiares disfruten autónomamente de estos derechos. Sin embargo, este planteamiento, excesivamente formalista, ha ido evolucionando hacia un entendimiento más pragmático.

3. El derecho de entrada de “otros familiares”

A su vez, la normativa europea y la española consideran la posibilidad de extender las libertades de entrada y residencia a “otros familiares” (artículo 4.2 Directiva 2004/38 y artículo 2 bis RD 240/2007). Y los diferencia de los “miembros de la familia” recogidos en el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38, es decir, de los miembros de la familia nuclear.

En este grupo se encuentran dos categorías de sujetos. Primero, “cualquier otro miembro de la familia”, con independencia de su nacionalidad, cuando en el país de origen esté a cargo o viva con quien tenga la ciudadanía de la Unión, o en caso de que sea estrictamente necesario que este se haga cargo de su cuidado personal por motivos graves de salud. Segundo, de manera similar, también deberá facilitarse la entrada y residencia de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación no registrada pero estable, debidamente probada (artículo 3.2 Directiva 2004/38).

En estos casos solo se exige a los Estados que faciliten, conforme a la legislación estatal, la entrada y la residencia. Es importante esta diferenciación, ya que en el caso de ser “otro familiar” la obligación del Estado es solo *facilitar* la libertad de entrada y

¹⁸⁸ Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 222.

residencia y no pesa sobre los Estados la obligación de reconocerles el derecho de entrada y residencia, sino únicamente el deber de incluir en sus normativas nacionales factores que les puedan resultar beneficiosos en esta materia.

Las solicitudes de entrada y residencia de estos familiares deben tener un trato más favorable que las de otros nacionales de terceros Estados, la decisión debe estar basada en un estudio personal y la denegación debe estar motivada. En el caso de prohibición de entrada o denegación de la residencia, el afectado puede recurrir a la vía jurisdiccional para que se compruebe si la normativa interna y su aplicación ha sido conforme a las pautas establecidas por la Directiva de la Unión (Considerando 26 Directiva 2004/38 y artículo 17 RD 240/2007).

En este sentido, el TJUE entendió, en la sentencia *Rahman y otros*¹⁸⁹, que existe un mayor margen de apreciación a la hora de valorar si se concede o no el visado a los otros miembros de la familia. En esta sentencia el TJUE aportó importantes precisiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en el sentido de la Directiva 2004/38. Se cuestionaba principalmente el artículo 3.2 de esta Directiva, en virtud del cual el Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de los miembros de la “familia extensa” del interesado.

En esta sentencia, el TJUE hizo dos apreciaciones. En la primera, señaló la necesidad de diferenciar entre los miembros de la familia del ciudadano de la Unión definidos en el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38 (familia nuclear), que se benefician de un derecho

¹⁸⁹ Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012, *Rahman y otros*, as. C-83/11, aps. 18, 20 y 21. En este litigio, el Sr. Rahman, ciudadano bangladeshí, contrajo matrimonio con una ciudadana irlandesa que trabajaba en el Reino Unido. Tras la celebración de dicho matrimonio, el Sr. Rahman, su hermano, su hermanastro, y su sobrino, solicitaron un permiso de residencia en su calidad de miembros de la familia de un nacional de un Estado miembro del EEE, a fin de disfrutar del derecho de residencia en el Reino Unido en calidad de personas a cargo de los cónyuges Rahman. Dichas solicitudes fueron denegadas por el *Entry Clearance Officer* en Bangladesh, al no haber podido demostrar los demandados en el litigio principal que, en Bangladesh, estaban a cargo de los cónyuges Rahman. Los demandados en el litigio principal interpusieron un recurso contra la referida decisión de denegación ante el *Immigration Judge of the Asylum and Immigration Tribunal*. El referido órgano jurisdiccional estimó su recurso y declaró que podían beneficiarse de las disposiciones del artículo 3.2 de la Directiva 2004/38, por lo que debía facilitarse su entrada en el Reino Unido. En consecuencia, se expidieron permisos de residencia de familiar de nacional de un Estado miembro del EEE a los demandados en el litigio principal y estos pudieron reunirse con los cónyuges Rahman en el Reino Unido. Posteriormente, los demandados solicitaron la expedición de tarjetas de residencia para confirmar su derecho de residencia en el Reino Unido. Estas fueron denegadas por el *Secretary of State* al considerar que no habían demostrado haber residido con la Sra. Rahman, ciudadana de la Unión interesada, en el mismo Estado miembro del EEE antes de que esta llegase al Reino Unido ni que continuaban estando a su cargo o que vivían con ella en el Reino Unido.

de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida del referido ciudadano, y los otros miembros de la familia a los que se refiere el artículo 3.2.a) de la Directiva 2004/38, cuya entrada y residencia únicamente han de facilitarse por dicho Estado miembro. El TJUE entendió que existía un mayor margen de apreciación y discrecionalidad por parte de la autoridad competente a la hora de valorar si se concede o no el visado, y a la vez determinó que la valoración se haría en atención al grado de parentesco o de dependencia.

La segunda apreciación del TJUE la hizo declarando que la Directiva 2004/38 no obliga a los Estados miembros a acceder a todas las solicitudes de entrada o de residencia presentadas por personas que demuestren ser otros miembros de la familia a cargo. El TJUE corroboró que, conforme el sexto Considerando de la Directiva 2004/38, para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a dicha Directiva y que, por consiguiente, estas no disfrutaban del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida. Ello con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión. Sin embargo, la misma sentencia interpretó que se debe facilitar un trato más favorable para las personas que presentan una relación de dependencia particular con un ciudadano de la Unión que para otros nacionales de Estados terceros.

Finalmente, el TJUE determinó que los Estados miembros “facilitarán”, es decir, concederán un trato más favorable a la familia extensa, lo que supone ciertas ventajas frente a las solicitudes presentadas por otros nacionales de Estados terceros que no presentan vínculo alguno con un nacional de la Unión. Sin embargo, es de lamentar que no aprovechara la ocasión para definir o aclarar qué se entiende por facilitar.

Igualmente, entre “otros familiares” debe incluirse a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable y debidamente probada, aunque la unión no esté registrada. La normativa española determina que será la persona que mantenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal. Se considerará que existe relación de análoga afectividad a la conyugal cuando dicha relación se encuentre inscrita en un registro público establecido a esos efectos, y no se haya cancelado dicha inscripción (en tal caso, sin embargo, estaríamos dentro del supuesto del artículo 2.2 de la Directiva); o cuando se acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España [artículo 53.b) RLOEX]. Es en este último supuesto la pareja entraría dentro del concepto de “otros familiares”

En el caso de la pareja no casada ni registrada, el TJUE declaró, en su sentencia *Banger*¹⁹⁰, que, si bien el Estado miembro del que es nacional un ciudadano de la Unión no está obligado a reconocer un derecho de entrada a la pareja no registrada, nacional de un tercer país, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, dicho Estado miembro sí está obligado a facilitar la concesión de entrada. Sin embargo, el TJUE no definió tampoco en esta ocasión lo que era facilitar la entrada.

En este caso, en principio podría pensarse que no resultaba aplicable la Directiva 2004/38, dado que esta únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos de aquel del que es nacional y no podía, en consecuencia, dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que este es nacional. Sin embargo, surgía la duda de si no estábamos ante uno de esos supuestos denominados de discriminación inversa, como seguidamente analizaremos. A la vez, el Tribunal recordó su jurisprudencia según la cual, en determinados supuestos, puede reconocerse a los nacionales de países no pertenecientes a la Unión, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que es nacional dicho ciudadano, al amparo del artículo 21 TFUE (apartados 23, 27 y 28).

El TJUE declaró que, si bien el Estado miembro del que es nacional un ciudadano de la Unión no está obligado a reconocer un derecho de entrada y de residencia a la pareja no registrada, nacional de un tercer país, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, dicho Estado miembro sí está obligado a facilitar la concesión de tal autorización de residencia (apartado 35).

El TJUE señaló que un nacional de un tercer país que mantiene una relación estable, debidamente probada, con un ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación y regresa al Estado miembro del que es nacional para residir en este no debe recibir, al regreso de dicho ciudadano al Estado miembro de su nacionalidad, un trato menos favorable que el establecido en la Directiva 2004/38 con respecto al nacional de un tercer país que mantiene una relación estable, debidamente probada, con un ciudadano de la Unión que ejerce su libertad de circulación en Estados miembros distintos del de su nacionalidad (lo que daría lugar a lo que se conoce como

¹⁹⁰ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2018, *Banger*, as. C-89/17. Esta sentencia trató la petición de la pareja sudafricana de un nacional del Reino Unido que había solicitado una tarjeta de residencia en el Reino Unido al regresar a este Estado miembro, tras residir varios años en los Países Bajos. La legislación británica establecía que, para poder ser considerado miembro de la familia de un ciudadano británico, el solicitante debía ser el cónyuge o la pareja registrada del ciudadano británico. Las autoridades británicas denegaron la solicitud de la Sra. Banger porque en el momento en que la presentó no estaba casada con el Sr. Rado.

“discriminación inversa”). Pues bien, el artículo 3.2.1.b.2) de dicha Directiva establece, por lo que respecta a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene tal relación, que el Estado miembro de acogida “facilitará”, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de dicha pareja. Por lo tanto, la falta de aplicación de dicha Directiva por analogía podría disuadir al ciudadano de la Unión a dejar el Estado miembro del que es nacional para ejercer su derecho de residencia, en virtud del artículo 21.1 TFUE en otro Estado miembro, ante la incertidumbre de si podrá continuar, en su Estado miembro de origen una vez decida regresar de nuevo a este, una convivencia familiar desarrollada o consolidada, con el nacional de un tercer país, en el Estado miembro de acogida con ocasión de una residencia efectiva (apartados 32 y 33).

El TJUE añadió que los Estados miembros deben prever la posibilidad de que la pareja del ciudadano de la Unión obtenga una decisión sobre su solicitud que esté basada en un estudio detenido de sus circunstancias personales y que, en caso de denegación, esté motivada (apartados 38 y 47). Al realizar dicho estudio, la autoridad competente ha de tener en cuenta diversos factores que pueden ser pertinentes según el caso. Si bien los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de los factores que han de tenerse en cuenta, deben no obstante velar por que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término “facilitará”, recogido en el artículo 3.2.1.b) Directiva 2004/38, y que no priven a dicha disposición de su efecto útil (apartado 40). Además, los nacionales de que se trate de un tercer país deben tener una vía de recurso para impugnar la decisión por la que se les deniegue la concesión de una autorización de residencia, toda vez que las disposiciones de la Directiva 2004/38 deben interpretarse de manera conforme con las exigencias derivadas del artículo 47 CDFUE. En este contexto, el juez nacional debe comprobar si la normativa nacional y la aplicación de esta han respetado los límites del margen de apreciación trazado por dicha Directiva y, en particular, si la decisión denegatoria tiene una base fáctica suficientemente sólida y si se han respetado las garantías de procedimiento (apartado 48).

Situación que presenta particular problema es la denominada *kafala*¹⁹¹. En este sentido, la sentencia *S.M (Menor sometido a “kafala” argelina)*¹⁹² trató esta cuestión. En 2019, el TJUE reiteró su jurisprudencia para facilitar la entrada a “otros miembros de la familia” del ciudadano de la Unión. El litigio se basó en la demanda de dos nacionales

¹⁹¹ La *Kafala* es una institución propia del Derecho islámico desconocida para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En los países islámicos la protección de los niños huérfanos o desamparados se lleva a cabo mediante el recurso a la *kafala*. Es una institución reconocida como tal medida en textos internacionales, como el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 o en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.

¹⁹² Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, *S.M (Menor sometido a “kafala” argelina)*, as. 129/18, ap. 73.

franceses que contrajeron matrimonio en el Reino Unido y con posterioridad viajaron a Argelia para someterse a una evaluación sobre su idoneidad para obtener la tutela de menores con arreglo a la fórmula argelina de la *kafala*. Tras esta evaluación fueron considerados “aptos” para acoger a menores en dicho régimen. La menor presentó solicitud de permiso de entrada al Reino Unido como hija adoptiva de nacional del EEE. La solicitud fue rechazada por el responsable de los permisos de entrada, alegando que la tutela en régimen de *kafala* argelina no estaba reconocida como adopción a efectos del Derecho del Reino Unido y que no se había formulado solicitud de adopción internacional. A los efectos del artículo 3.2.1.a) de la Directiva 2004/38, se consideró a la menor “otro miembro de la familia” de un ciudadano de la Unión y no “descendiente directo”. El TJUE determinó que el concepto de “descendiente directo” de ciudadano de la Unión que figura en el artículo 2.2.1.a) Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que no incluye a una menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* argelina, puesto que dicho régimen no crea un vínculo de filiación entre ellos.

Para SÁNCHEZ CANO, el TJUE construyó un concepto autónomo, independiente del previsto en los ordenamientos de los Estados miembros y así, concluyó que no cabía duda de que la noción de “descendiente directo” comportaba la existencia de un vínculo jurídico de filiación entre el menor y el progenitor. Y concluyó que el TJUE llevó a cabo un ejercicio de justicia internacional que debe valorarse muy positivamente, puesto que solventó el difícil problema que plantea la acomodación de la figura de la *kafala* en relación con la Directiva 2004/38¹⁹³.

En la sentencia se diferenció entre la consideración de descendiente directo y otros miembros de la familia. El TJUE determinó que incumbía a las autoridades nacionales competentes facilitar la entrada y residencia de la menor como “otro miembro de la familia” de un ciudadano de la Unión teniendo en cuenta todos los intereses en juego y, en especial, el interés superior de la menor afectada.

Para los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de un Estado miembro o de un Estado parte del EEE, cuando sean nacionales de un país en relación con el cual la legislación europea exige dicha formalidad, se exigirá además del pasaporte válido un visado de entrada¹⁹⁴. En estos casos, la tramitación de estos visados debe de tener un

¹⁹³ María Jesús SÁNCHEZ CANO, “La aplicación de la Directiva 2004/38/CE en supuestos de *kafala* internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, Vol. 12, n.º 1, pp. 723 y 726.

¹⁹⁴ Reglamento 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOUE L 303/39 de 28 de noviembre de 2018.

carácter preferente, será gratuita su expedición y solo podrá denegarse si el solicitante no acredita el vínculo familiar o por motivos de orden público, seguridad o salud públicas (artículo 4 RD 240/2007).

4. La activación del derecho de residencia: el desplazamiento entre Estados miembros

Hemos visto que los ciudadanos de la Unión tienen derecho a entrar en y circular por el territorio de otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad. Hemos analizado qué familiares pueden beneficiarse de este derecho. Sin embargo, estos familiares no caerían bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38 cuando el ciudadano de la Unión, aun siendo nacional de un Estado miembro, no se hubiera trasladado o residiera en otro Estado miembro, ya que la finalidad que persigue la regulación es que los familiares le acompañen o se reúnan con él¹⁹⁵.

Ahora nos queda determinar cómo debe interpretarse este derecho para que se aplique la Directiva 2004/38 y las cuestiones no sean consideradas como asuntos de Derecho interno.

Inicialmente, el TJUE insistió en que el reconocimiento del derecho de entrada y residencia a los familiares del ciudadano de la Unión debía producirse como consecuencia de un desplazamiento previo del ciudadano de la Unión a otro Estado miembro, porque, si no, se estaría ante una situación de Derecho interno¹⁹⁶. En este sentido, el TJUE declaró en varias sentencias que no se aplicaba el Derecho de la Unión a ciudadanos que no se trasladasen a, o residiesen en otro Estado miembro, de modo que la residencia de los familiares extranjeros quedaba sometida al Derecho interno al no haber un vínculo con el Derecho de la Unión¹⁹⁷.

El TJUE se manifestó en ese sentido en el asunto *Iida*¹⁹⁸, cuando señaló que tenía que haber un traslado para que el familiar se beneficiara de la Directiva. El Tribunal no

¹⁹⁵ María Nieves ARRESE IRIONDO, "La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión...", *cit.*, p. 181.

¹⁹⁶ Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 1979, *Saunders*, as. 175/78, ap. 11. El litigio se suscitó en el marco de un proceso penal, relativo en particular a las consecuencias del incumplimiento, por una persona de nacionalidad británica, que en una fase anterior del mismo proceso reconoció haberse declarado culpable de un delito de robo, del compromiso asumido de trasladarse a Irlanda del Norte y de no regresar a Inglaterra ni al País de Gales durante un período de tres años.

¹⁹⁷ Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1982, *Morson*, as. ac. C-35/82 y C-36/82, aps. 17 y 18; Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1992, *Steen*, as. C-332/90, ap. 12; Sentencia del TJUE de 5 de junio de 1997, *Uecker*, as. ac. C-64/96 y C-65/96, ap. 23.

¹⁹⁸ Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012, *Iida*, as. C-40/11, ap. 61. El litigio surgió entre el Sr. Iida y la *Stadt Ulm*, en relación con la negativa de esta última a reconocerle un derecho de entrada y

concedió la residencia en Alemania a un extranjero separado de una alemana, con quien tenía una hija, cuando madre e hija se trasladaron a Austria para residir allí. Aunque la relación marital subsistía, motivo por el cual el marido seguía teniendo la consideración de familiar de ciudadano de la Unión, no sería beneficiario de la Directiva 2004/38, puesto que lo que se exige, de cara a facilitar la entrada y residencia de familiares extranjeros, es que se trasladaran a, o residieran en, otro Estado miembro a fin de que acompañaran al ciudadano de la Unión o se reunieran con él, lo cual no sucedía en este caso.

La sentencia *Dereci y otros*¹⁹⁹ planteó la cuestión de si las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión permitían a un nacional de un tercer Estado residir en el territorio de un Estado miembro, cuando ese nacional desea residir con un miembro de su familia, ciudadano de la Unión, que reside en dicho Estado miembro cuya nacionalidad tiene, pero que no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación y que no depende de dicho nacional para su subsistencia.

El TJUE declaró que el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto (apartado 64).

residencia en Alemania en virtud de la Directiva 2004/38 y expedirle sobre dicha base una tarjeta de residencia. El Sr. Iida, de nacionalidad japonesa, contrajo matrimonio en Estados Unidos, con la Sra. N.I., de nacionalidad alemana. La hija de ambos, Mia, nació en Estados Unidos y poseía las nacionalidades alemana, estadounidense y japonesa. La familia se instaló en Alemania y el Sr. Iida obtuvo un permiso de residencia por reagrupación familiar. El matrimonio se separó y la Sra. N.I. y su hija se fueron a vivir a Austria. El Sr. Iida solicitó una “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión”, pero su solicitud fue desestimada, por entender que no tenía derecho a esa tarjeta sobre la base de la normativa de la Unión.

¹⁹⁹ Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, as. C-256/11. En esta sentencia se trataron las solicitudes de permiso de residencia en Austria de cinco ciudadanos de terceros Estados, todas ellas denegadas. La primera, la de un ciudadano turco, casado con una ciudadana austriaca y padres de tres hijos menores, ciudadanos de la Unión. La segunda, la de un ciudadano nigeriano casado con una austriaca. La de una ciudadana ceilanesa casada con un nacional austriaco. La de un yugoslavo a cargo de una madre que había adquirido la nacionalidad austriaca. Y, finalmente, la de una ciudadana serbia que solicitaba la reagrupación familiar con su padre. La solicitud de permiso de residencia en Austria de los cinco demandantes en los litigios principales fue denegada. Además, la Sra. Heiml (ciudadana ceilanesa) y los Sres. Dereci (ciudadano turco), Kokollari (ciudadano yugoslavo), y Maduike (ciudadano nigeriano), fueron objeto de órdenes de expulsión y de medidas para el abandono del territorio austriaco. En todos los litigios principales el *Bundesministerium für Inneres* (Ministerio del Interior) rehusó aplicar a los demandantes un régimen análogo al previsto por la Directiva 2004/38 para los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, debido a que los ciudadanos interesados no habían hecho uso de su derecho a la libre circulación.

El TJUE determinó que la denegación del permiso de residencia a un nacional de un tercer Estado vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión ya que el ciudadano de la Unión tendría que abandonar el territorio de la Unión. Por ello, concluyó que el Derecho de la Unión, y en particular sus disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, que reside en el referido Estado miembro –cuya nacionalidad posee– y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación, siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión (apartado 74).

El TJUE volvió a declarar que un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación y que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee, no está incluido en el concepto de “beneficiario” en el sentido de la disposición, por lo que la Directiva 2004/38 no le es aplicable (apartado 58). Además, el TJUE reconoció que, si un ciudadano de la Unión no está incluido en el concepto de “beneficiario” en el sentido del artículo 3.1 Directiva 2004/38, un miembro de su familia tampoco está incluido en ese concepto, puesto que los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un beneficiario de esta norma no son derechos propios de esos miembros, sino derechos derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del beneficiario (apartado 54).

Ahora bien, el TJUE, basándose en su jurisprudencia, aclaró en primer lugar que, en su calidad de nacionales de un Estado miembro, los menores miembros de las familias de los demandantes en los litigios principales gozaban del estatuto de ciudadano de la Unión en virtud del artículo 20.1 TFUE, y, por lo tanto, podían invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a tal estatuto (apartado 63).

El TJUE finalmente consideró que la denegación del permiso de residencia tendría como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verían, de hecho, en la imposibilidad de ejercer el contenido esencial de los derechos que les confería su estatuto de ciudadanos de la Unión (apartado 65).

Ese mismo año, en 2011, el TJUE, en la sentencia *McCarthy*²⁰⁰, analizó si las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión eran aplicables a la situación de un

²⁰⁰ Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, as. C-434/09.

ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro.

En este caso, una mujer con doble nacionalidad, británica e irlandesa, que nunca había ejercido su derecho de libre circulación porque siempre había residido en el Reino Unido, tras haber contraído matrimonio con un ciudadano de un tercer Estado, Jamaica, solicitó una autorización de residencia en Reino Unido para ella misma en su calidad de ciudadana de la Unión y una tarjeta de residencia para su marido. Ambas solicitudes fueron denegadas por las autoridades británicas.

El TJUE estimó que el artículo 3.1 Directiva 2004/38 no era aplicable a la demandante, ciudadana de la Unión. Determinó que no podía influir en esa apreciación el hecho de que esa ciudadana también tuviera la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado en el que residía (apartado 34). El TJUE determinó que, con independencia de la nacionalidad que se ostente, no se había ejercido la libertad de circulación y por lo tanto no procedía aplicar la Directiva 2004/38 ni a la demandante ni a su marido (apartados 32 y 38). En efecto, la posesión por un ciudadano de la Unión de la nacionalidad de más de un Estado miembro no significaba que hubiera hecho uso de su derecho de libre circulación (apartado 41).

El TJUE consideró que el artículo 21 TFUE tampoco era aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca había hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre había residido en un Estado miembro cuya nacionalidad poseía y que tenía además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implicase la aplicación de medidas de un Estado miembro que tuvieran como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (apartado 42). El Tribunal reconoció que la demandante gozaba del estatuto de ciudadana de la Unión y podía invocar ante su Estado de origen los derechos inherentes a ese estatuto. La denegación de las solicitudes presentadas no tenía como efecto privarle del disfrute efectivo de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía de la Unión (apartados 49 y 56).

El Tribunal determinó que la Sra. McCarthy no se vería obligada a salir del territorio de la Unión. En efecto, como resulta del apartado 29 de la sentencia, la citada señora disfrutaba, en virtud de un principio de Derecho internacional, de un derecho de residencia incondicionado en el Reino Unido, ya que poseía la nacionalidad del Reino Unido (apartado 50).

Sin embargo, el TJUE, a través de su jurisprudencia, ha ido matizando esta posición y ha admitido que del hecho de no haber ejercido la libertad de circulación no deriva en todo caso que no haya un vínculo con el Derecho de la Unión. La jurisprudencia del TJUE ha ido llevando a cabo una interpretación extensiva del derecho de entrada, libre circulación y residencia inherente a la ciudadanía de la Unión hacia terceros ajenos a ella²⁰¹. Este cambio se apreció fundamentalmente en dos sentencias, en la sentencia *Zhu y Chen*²⁰² y en la sentencia *Ruiz Zambrano*²⁰³.

En la primera de ellas, el TJUE se pronunció en el caso de una menor implicada. En este caso el Tribunal reconoció que una menor, de nacionalidad irlandesa cuya madre tenía nacionalidad china, que se trasladan de Irlanda al Reino Unido, podía invocar el derecho de libre circulación y el de residencia, siempre que dispusiera de recursos suficientes y un seguro de enfermedad. Estas circunstancias se daban porque se los proporcionaba su madre. Sin embargo, la madre solicitó beneficiarse del derecho de residencia y la respuesta del tribunal nacional fue negativa, porque la menor no había ejercido ningún derecho derivado del TCE, según las autoridades británicas e irlandesas.

El TJUE determinó que procedía desestimar la tesis defendida por los Gobiernos irlandés y del Reino Unido de que una persona en la situación de la menor no puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación y de residencia de las personas, por el mero hecho de no haberse desplazado nunca de un Estado miembro a otro.

El Tribunal estableció que la situación de un nacional de un Estado miembro que ha nacido en el Estado miembro de acogida y que no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede considerarse, solo por esta razón, una situación puramente interna que impide al citado nacional alegar en el Estado miembro de acogida las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación y de residencia de las personas.

El caso *Ruiz Zambrano* se diferencia especialmente de las sentencias anteriores. El TJUE reconoció el derecho de residencia de un ascendiente nacional de un tercer Estado, pero padre de dos menores ciudadanos europeos, que asumía la manutención de

²⁰¹ María del Rosario CARMONA LUQUE, “El disfrute de la esencia...”, *cit.*, p. 198. Como en otros ámbitos objeto de estudio en el presente trabajo, también esta jurisprudencia es resultado, en buena medida, del diálogo judicial establecido entre jueces nacionales y TJUE a través de la herramienta de la cuestión prejudicial, “máximo exponente de la cooperación entre las jurisdicciones de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Juana MORCILLO MORENO, “El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?”, *cit.*, p. 229.

²⁰² Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, as. C-200/02, ap. 19.

²⁰³ Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, as. C-34/09.

estos menores. La cuestión que se planteó era si se estaba o no antes una situación de derecho interno. El posicionamiento del Tribunal fue que solo se aplica la Directiva respecto de ciudadanos que se trasladen a, o residan en, un Estado de la Unión distinto del que se tenga la nacionalidad, así como de los miembros de su familia. La Directiva no era de aplicación a una situación como la controvertida en este litigio (apartado 39). Sin embargo, el TJUE también determinó que el Derecho de la Unión se opone a medidas nacionales que tienen por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión (apartado 42). La denegación de un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el cual residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a conceder un permiso de trabajo a esta persona, tienen tal efecto que se consideraron contrarios al Derecho de la Unión (apartado 43). El Tribunal concluyó que la denegación del permiso de residencia del demandante tendría como consecuencia que los menores, ciudadanos de la Unión, se vieran obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verían, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión (apartado 44).

Finalmente, la sentencia remarcó que el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, por lo que este *status* se adquiere independientemente de que haya habido o no un desplazamiento de un Estado miembro a otro (apartado 40). Lo que inicialmente parecía una cuestión interna deja de serlo al tener un vínculo con el Derecho de la Unión. El TJUE concluyó que era necesaria la autorización de residencia de los padres (ciudadanos extranjeros) para que los hijos (ciudadanos de un Estado miembro) pudieran disfrutar efectivamente de la esencia de los derechos derivados del estatuto de ciudadano de la Unión. Por lo tanto, se flexibilizó el criterio de la obligación de desplazamiento para poder aplicar la Directiva 2004/38.

La diferencia de la sentencia *Mcarthy* con la sentencia *Ruiz Zambrano* es muy significativa y así lo estableció el TJUE. Ya que en la sentencia *Ruiz Zambrano* los menores se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión, mientras que no ocurría lo mismo con la señora *Mcarthy*, pues ella podía seguir residiendo en el Reino Unido.

Años más tarde, el TJUE, en la sentencia *Lounes*²⁰⁴, se pronunció sobre el derecho de residencia derivado que puede invocar, sobre la base del artículo 21 TFUE, un nacional de un país tercero, como miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, en el

²⁰⁴ Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, as. C-165/16, aps. 37, 38 y 48.

Estado miembro en el que dicho ciudadano residió antes de adquirir esa nacionalidad además de su nacionalidad de origen. Esta sentencia, como en la sentencia *McCarthy*, trató de determinar si la Directiva 2004/38 se aplicaba al marido de una ciudadana de la Unión que no había ejercido su derecho de libre circulación, que no se había movido del Estado miembro del que era nacional.

El demandante, de nacionalidad argelina, había entrado en el Reino Unido con un visado de residencia temporal de seis meses de vigencia y, transcurrido ese período, permaneció de forma ilegal en el territorio británico. Allí contrajo matrimonio con una nacional española que además había adquirido la nacionalidad británica por naturalización. Tras su matrimonio, el demandante había solicitado un permiso de residencia en el Reino Unido, como miembro de la familia de un nacional del EEE. Las autoridades británicas habían denegado dicha solicitud, basándose en que, según la ley británica de transposición de la Directiva 2004/38, ya no se consideraba a su esposa “nacional del EEE”, dado que había adquirido la nacionalidad británica, y que, por consiguiente, el demandante no podía obtener un permiso de residencia como miembro de la familia de un nacional del EEE. El tribunal británico que conocía del recurso interpuesto por el demandante contra dicha decisión denegatoria preguntó al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de esa decisión y de la legislación británica con el Derecho de la Unión.

El TJUE, a la luz de la Directiva 2004/38, subrayó que dicha Directiva no pretende regular la residencia de los ciudadanos de la Unión en el Estado miembro del que son nacionales, puesto que estos disfrutaban en dicho Estado de un derecho de residencia incondicionado en virtud de un principio de Derecho internacional. Por lo tanto, para el TJUE, desde que la esposa del demandante adquirió la nacionalidad británica, la Directiva 2004/38 no regulaba ya su residencia en el Reino Unido. En consecuencia, su marido, el demandante, no podía disfrutar de un derecho de residencia derivado en el Reino Unido sobre la base de dicha Directiva (apartado 37).

En segundo lugar, el TJUE examinó si se podía reconocer al demandante un derecho de residencia derivado en dicho Estado miembro sobre la base del artículo 21.1 TFUE, en el que se establece que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. A este respecto, manifestó que el efecto útil de los derechos que se confieren en dicha disposición a los ciudadanos de la Unión exige que un ciudadano que se encuentre en una situación como la de la esposa del demandante pueda seguir disfrutando de ese derecho en el Estado miembro de acogida, tras haber adquirido la nacionalidad de este Estado además de su nacionalidad de origen, y pueda desarrollar una vida familiar con su cónyuge nacional de un tercer Estado. Así pues, el TJUE declaró que un nacional de un tercer Estado, en la situación

del demandante, puede disfrutar de un derecho de residencia derivado en el Estado miembro de acogida, en virtud del artículo 21.1 TFUE (apartado 48).

Para JIMÉNEZ BLANCO, esta sentencia introdujo como matiz novedoso la determinación del derecho de residencia de los familiares del ciudadano de la Unión que se desplaza a otro Estado miembro y que ha adquirido la nacionalidad del Estado de acogida a la vez que mantiene la nacionalidad de su Estado de origen²⁰⁵.

La principal diferencia con la sentencia *McCarthy* es que sí se consideró aplicable el artículo 21 TFUE porque la mujer del demandante, aunque tenía nacionalidad británica, originariamente procedía de España. El Tribunal determinó que, cuando la esposa del demandante, de nacionalidad española, dejó España para dirigirse al Reino Unido, ejerció su libertad de circulación al trasladarse a un Estado miembro distinto de aquel del que era nacional y residir en él.

Igualmente, el TJUE señaló, en la sentencia *Ymeraga y Ymeraga-Tafarshiku*²⁰⁶, que los demandantes no podían acogerse a las disposiciones de las Directivas 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar, ni a la Directiva 2004/38, ya que el ciudadano europeo que pretendía reagrupar a parte de su familia nunca había ejercido su derecho

²⁰⁵ Pilar JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión”, *La Ley Unión Europea*, n.º 56, febrero 2018, p. 1.

²⁰⁶ Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y Ymeraga-Tafarshiku*, as. C-87/12, aps. 24, 26, 27, 33 y 45. El Sr. Kreshnik Ymeraga, originario de Kosovo, llegó a Luxemburgo con 15 años para vivir en casa de su tío, de nacionalidad luxemburguesa, que se convirtió en su tutor legal. Si bien la solicitud de asilo presentada fue denegada, su situación fue regularizada en 2001, cursando estudios posteriormente y encontrando un empleo legal. Posteriormente, llegaron sucesivamente a Luxemburgo el Sr. y la Sra. Ymeraga y los dos hermanos del Sr. Kreshnik Ymeraga. Todos ellos eran mayores de edad en el momento de su llegada, salvo el Sr. Labinot Ymeraga, al que quedaban tres semanas para alcanzar la mayoría de edad. El mismo día de su llegada, presentaron una solicitud de protección internacional, pero sus solicitudes fueron denegadas. A raíz de esta denegación, presentaron una solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar. Esta solicitud también fue denegada. Con posterioridad el Sr. Kreshnik Ymeraga adquirió la nacionalidad luxemburguesa y el Sr. y la Sra. Ymeraga presentaron una solicitud para la obtención de una tarjeta de residencia en su condición de miembros de la familia de un ciudadano de la Unión. A continuación, el Sr. y la Sra. Ymeraga renovaron su solicitud y solicitaron igualmente un permiso de residencia, o, subsidiariamente, una autorización de residencia, para los dos hermanos del Sr. Kreshnik Ymeraga. Estas solicitudes fueron denegadas sobre la base de que si bien el Sr. Kreshnik Ymeraga contribuía económicamente a los gastos de la familia que había permanecido en Kosovo, no podía considerarse que sus padres estuvieran a su “cargo”. En cuanto a sus dos hermanos, habida cuenta de que el Sr. Kreshnik Ymeraga había abandonado Kosovo en 1999, tampoco podía considerarse que formasen “parte del hogar”, en el sentido de la normativa nacional, a pesar del apoyo económico prestado. Se les ordenó abandonar el territorio de Luxemburgo, habiéndose emitido órdenes de expulsión del país. Los demandantes en el litigio principal recurrieron en apelación la sentencia.

de circulación en otro Estado miembro. En consecuencia, no estaba incluido en el concepto de “beneficiario” ni le era aplicable la Directiva 2004/38.

La sentencia, a su vez, estableció que no era aplicable la normativa europea a los nacionales de terceros países que solicitan un derecho de residencia para reunirse con un ciudadano de la Unión miembro de su familia que nunca ha ejercido su derecho de libre circulación en su condición de ciudadano de la Unión y siempre ha residido como tal en el Estado miembro cuya nacionalidad posee.

Finalmente, la sentencia falló que el artículo 20 TFUE debía interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer país la residencia en su territorio, siendo así que ese nacional pretende residir con un miembro de su familia que es ciudadano de la Unión residente en ese Estado miembro del que es nacional y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación en su condición de ciudadano de la Unión. Ahora bien, ello únicamente en el caso de que esa denegación no implique privar al ciudadano de la Unión interesado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión.

¿Pero cuál es la diferencia para que en situaciones similares el TJUE haya tomado decisiones diferentes? La Directiva 2004/38 extiende los derechos de circulación y residencia a los ascendientes que estén a cargo de quien sea ciudadano de la Unión, y no a la inversa²⁰⁷ y cuando sean los ciudadanos de la Unión quienes se encargan de un familiar suyo, menor de edad, nacional de un tercer Estado²⁰⁸. Sin embargo, negar que el progenitor que cuida de esa persona menor pueda residir con ella supondría privar de todo efecto útil al derecho de residencia de aquella. Consecuentemente, cuando se reconoce un derecho de residencia por tiempo indefinido en un Estado miembro a una persona menor de edad se ha de permitir que el progenitor a cuyo cargo está resida con ella en dicho Estado, aunque no exista ninguna norma europea que contemple tal posibilidad²⁰⁹.

²⁰⁷ María Nieves ARRESE IRIONDO, “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión...”, *cit.*, p. 185.

²⁰⁸ Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012, *Iida*, as. C-40/11, aps. 50 y 54.

²⁰⁹ Jaume FERRER LLORET, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (*Chen contra Secretary of State for the Home Department*, asunto C-200/02)”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 6, 2005, p. 19; Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 26, 2008, pp. 224-225.

5. Requisitos de entrada para los familiares de ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

A) Lugar y tiempo de entrada

Tal y como hemos visto anteriormente, la entrada al territorio de la Unión por una frontera exterior de la zona Schengen debe realizarse a través de los puestos transfronterizos habilitados y durante las horas de apertura establecidas.

Esta norma es común tanto para todos los ciudadanos, estén bajo el régimen europeo o bajo el régimen extranjero.

B) Documentación necesaria para la entrada

Los familiares de ciudadano español o de otro Estado miembro de la Unión, o de otro Estado EEE o de Suiza, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando se reúnan con él o le acompañen, y vayan a residir en España por un período superior a tres meses, deberán solicitar y obtener una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

La documentación que, con carácter general, se deberá aportar son copias de los siguientes documentos, debiendo exhibirse los originales en el momento de presentar la solicitud.

Primero, deberán aportar el impreso de solicitud en modelo oficial²¹⁰ y por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el familiar del ciudadano de la Unión. Además, deberán aportar el pasaporte completo válido y en vigor del familiar. Junto a ello, deberán aportar la documentación acreditativa de la existencia de vínculo familiar con el ciudadano de la Unión o del EEE. En caso de pareja no registrada, tendrá que aportar la documentación acreditativa de que constituyen una pareja estable que atestigua la existencia de un vínculo duradero, así como justificación del tiempo de convivencia marital o, en su caso, certificado de nacimiento de la descendencia en común. En el caso de ser hijo del ciudadano de la Unión o del EEE o de su cónyuge o pareja de hecho registrada mayor de 21 años, será necesario presentar la documentación acreditativa de su condición de familiar a cargo o dependiente. Si es hijo menor de edad y no reside en España con los dos progenitores, será necesario presentar la documentación acreditativa de su condición de familiar a cargo o dependiente del ciudadano de la Unión o de su cónyuge o pareja registrada. Si es ascendiente del ciudadano de la Unión o de su cónyuge o pareja registrada, será necesario presentar la

²¹⁰ Modelo EX -19.

documentación acreditativa de su condición de familiar a cargo. Igualmente, habrá que presentar el documento nacional de identidad del ciudadano español o certificado de registro del ciudadano de la Unión al que acompañan o con el que van a reunirse. Y finalmente, deberán aportar tres fotografías.

Si se trata de “otro miembro de la familia”, será necesario presentar la documentación acreditativa del parentesco y de la dependencia; por ejemplo, demostrando que en el país de procedencia convivían con el ciudadano de la Unión, así como de los motivos graves de salud o discapacidad.

En el caso de los familiares nacionales de terceros Estados, la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener un visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación de sello de entrada o de salida en el pasaporte (artículo 4.2.II RD 240/2007).

A su vez, se prevé que las autoridades responsables del control fronterizo deben dar a las personas que no dispongan de los documentos de viaje necesarios para entrar en España las máximas facilidades para conseguirlos o para confirmar por otros medios que son beneficiarios del RD 240/2007²¹¹, siempre que la ausencia del documento de viaje sea el único motivo que impida la entrada en territorio español. En este sentido, lo cierto es que el régimen de entrada de los miembros de la familia de un ciudadano español no presenta diferencias con el régimen de entrada de los ciudadanos de la Unión, con independencia de que el ciudadano español haya ejercido o no el derecho de libre circulación.

El TJUE en el asunto *MRAX*²¹² interpretó que los Estados miembros tienen la obligación de facilitar opciones para obtener la documentación o visados para la entrada al

²¹¹ El artículo 4.4 RD 240/2007 reproduce literalmente el artículo 5.4 de la Directiva 2004/38.

²¹² Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, as. C-459/99, ap. 62. El *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie* ASBL(*MRAX*) solicitó al *Conseil d'État* belga la anulación de la circular de los Ministros de Interior y de Justicia, de 28 de agosto de 1997, sobre el procedimiento de publicación de los edictos matrimoniales y sobre los documentos que debían aportarse para obtener un visado con objeto de contraer matrimonio en el Reino de Bélgica o para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero. En apoyo de su recurso, el *MRAX* alegó que dicha circular, en particular su punto 4 (Presentación de la solicitud de permiso de residencia después de la celebración del matrimonio), era incompatible con las directivas en materia de desplazamiento y residencia dentro de la Unión Europea. El Estado belga alegó que autorizar a los Estados miembros a exigir un visado a los nacionales de países terceros, miembros de la familia de un nacional de un Estado miembro, debía interpretarse en el sentido de que, de no presentarse el visado, los

territorio, y este mismo derecho se les reconoce tanto a los nacionales de los Estados miembros como a sus familiares. El TJUE declaró que se debía interpretar la normativa europea en el sentido de que un Estado miembro no puede denegar en la frontera la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

Atendiendo a esta línea jurisprudencial, el asunto *Akrich*²¹³ causó un notable desconcierto²¹⁴ en relación con la jurisprudencia anterior del TJUE. Según CRAIG, introdujo cierta confusión en el sentido de que un extracomunitario que no residía legalmente en un Estado miembro no podría acogerse a los derechos de circulación y residencia en virtud de la legislación de la Unión. Según este autor, la sentencia era difícil de conciliar con lo recogido en las sentencias *MARX*.

Igualmente, la Abogada General SHARPSTON, en las conclusiones de la sentencia *Ruiz Zambrano* (30 de septiembre de 2010), concluyó que, para poder disfrutar de los derechos relativos a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, 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. Del mismo modo, señaló que, el TJUE había declarado que la jurisprudencia *Akrich* tenía que reconsiderarse. Y así fue: el beneficio de los mismos derechos discutido en el asunto *Akrich* ya no podían depender de la residencia previa legal del cónyuge nacional de un Estado tercero en otro Estado miembro. No obstante, el Tribunal de Justicia siguió trazando una distinción entre ciudadanos de la Unión que ya habían ejercido su derecho a la libre circulación y quienes no lo habían hecho.

En la sentencia *Akrich*, el Tribunal discutió la aplicación del derecho de libre circulación y residencia al cónyuge de una ciudadana británica, nacional de un tercer Estado, Marruecos, que había sido expulsado como inmigrante ilegal del Reino Unido en varias ocasiones. Por tal motivo, ambos cónyuges se trasladaron a Irlanda para crear deliberadamente un derecho de residencia a favor del Sr. Akrich a su regreso al Reino Unido.

Estados miembros estuvieran facultados para denegar, en sus fronteras, la entrada a dichas personas. Una interpretación en sentido contrario privaría a estas disposiciones de efecto útil.

²¹³ Sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, as. C -109/01, aps. 61 y 65.

²¹⁴ Paul CRAIG y Gráinne DE BÚRCA, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 742.

El TJUE consideró que la normativa de inmigración británica restringía en este caso el derecho de libre circulación de un nacional de la Unión. En este sentido, el TJUE no lo consideró un asunto puramente interno porque la nacional europea había ejercido su derecho de libre circulación, ya que se había desplazado a otro Estado miembro para trabajar. Posteriormente, la nacional británica deseó volver a establecerse en su país de origen con su marido de nacionalidad marroquí. Se planteó que, si no se permitía la entrada en el Reino Unido de su cónyuge nacional de un tercer Estado, se restringía también su entrada, y se la disuadía de ejercitar los derechos de circulación.

Finalmente, el Tribunal concluyó que el Reino Unido debía admitir al cónyuge y autorizar la entrada y residencia en su territorio de acuerdo con la normativa de la Unión, y excluyó la utilización de las normas internas de inmigración, que impedían la residencia en dicho país del cónyuge nacional de tercer Estado²¹⁵.

Una vez más, el TJUE afirmó que para que el derecho a circular y residir de un ciudadano europeo no se vea limitado es necesario que pueda ir acompañado por sus familiares. Es importante destacar que, en este supuesto de hecho, el Reino Unido podía expulsar de su territorio al Sr. Akrich porque su cónyuge era nacional británica, por lo que únicamente se aplicaban las normas nacionales sobre inmigración. Si, por el contrario, la Sra. Akrich hubiera sido nacional de cualquier otro Estado miembro de la Unión, Reino Unido no podría haber expulsado al Sr. Akrich. Eso fue, justamente, lo que motivó a la Sra. Akrich a mudarse a otro Estado miembro (Irlanda) y regresar luego, de nuevo, al Reino Unido. La demandante quiso forzar la aplicación de la normativa europea sobre migración, la cual le resultaba mucho más ventajosa que la normativa británica.

Lo que esta sentencia vino a plantear, de manera indirecta, fue el problema de las llamadas “discriminaciones inversas”. Esto es, situaciones en las que el ordenamiento jurídico de la Unión protege más a los ciudadanos de un Estado miembro que se quieren trasladar a otro Estado miembro, que a los nacionales de este último.

Posteriormente, el TJUE se pronunció sobre esta misma cuestión en la sentencia *Metock*²¹⁶. El TJUE estableció que la normativa de un Estado miembro no puede exigir

²¹⁵ Mercedes SOTO MOYA, “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LX, 2008, p. 168.

²¹⁶ Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2008, *Metock*, as. C-127/08, ap. 70. El litigio se presentó en el marco de cuatro recursos contenciosos administrativos ante la *High Court of Justice* de Irlanda, con el fin de obtener, en cada uno de ellos en particular, un auto de *certiorari* por el que se anulara la resolución en virtud de la cual el *Minister for Justice, Equality and Law Reform* (Ministerio de Justicia, Igualdad y Reforma legislativa) denegó la concesión de una autorización de residencia a varios nacionales de un

al nacional de un tercer Estado, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en ese Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, una residencia legal previa en otro Estado miembro antes de su entrada en el Estado miembro de acogida. La normativa europea reconoció el derecho a entrar y residir, independientemente de que sea nacional de un Estado tercero y de que haya residido legalmente o no en otro Estado miembro.

Sobre la posibilidad de condicionar el derecho de entrada a un Estado miembro de un nacional de un tercer Estado a la obtención previa de un visado cuando esa persona sea titular de una “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión”, el TJUE se manifestó en la sentencia *McCarthy y otros*²¹⁷.

La Sra. McCarthy Rodríguez, de nacionalidad colombiana, residía en España con su marido, el Sr. McCarthy, que poseía la doble nacionalidad británica e irlandesa. Para poder entrar en el Reino Unido, la Sra. McCarthy Rodríguez estaba obligada a solicitar previamente la expedición de un permiso familiar de entrada con arreglo a la normativa nacional aplicable, requisito cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión cuestionó el órgano jurisdiccional remitente.

En su sentencia, el TJUE, tras confirmar que el matrimonio era “beneficiario” de la Directiva 2004/38, recordó, en primer lugar, que un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que se encuentre en una situación como la de la Sra. McCarthy Rodríguez no está sometido a la obligación de obtener un visado o a una obligación equivalente para poder entrar en el territorio del Estado miembro del que ese ciudadano de la Unión era originario (apartados 38, 44 y 53).

Además, el TJUE analizó si la Directiva 2004/38 permitía que un Estado miembro exigiera la expedición previa de un permiso de entrada con el fin de hacer frente a un riesgo generalizado de abuso de derecho o de fraude sistémico. El TJUE declaró que ni la Directiva 2004/38, ni el artículo 1 del Protocolo n.º 20 anejo al TUE permiten que un Estado miembro, persiguiendo un objetivo de prevención genérica, someta a los nacionales de terceros Estados, titulares de una “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión” expedida por las autoridades de otro Estado miembro, a la obligación de estar en posesión de un permiso de entrada para poder entrar en su territorio (apartados 62 y 65).

tercer país cada uno casado con una ciudadana de la Unión establecidas en Irlanda, por entender que no se cumplía con el requisito de residencia legal previa.

²¹⁷ Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, as. C-202/13.

6. Límites a la entrada y a la permanencia por periodos inferiores a tres meses

Tal y como hemos señalado anteriormente, existen unas limitaciones al derecho a entrar, circular y residir libremente en el territorio de la Unión.

Recordemos que estas limitaciones pueden ser por cuestiones de orden público, seguridad pública o salud pública, y se pueden aplicar tanto a los ciudadanos de la Unión como a sus familiares. Y que estas medidas deberán haber sido tomadas conforme a la normativa europea y española. En el caso de España, conforme a la legislación reguladora de orden público y seguridad pública. Además, estas medidas limitativas no podrán adoptarse con fines económicos, deberán ser conformes al principio de proporcionalidad y deberán estar basadas únicamente en la conducta personal de quien sea objeto de tal limitación. La conducta personal del interesado tendrá que suponer una amenaza real, actual y suficientemente grave para que afecte a un interés de la sociedad. Finalmente, hay que señalar que la existencia de antecedentes penales previos no puede ser considerada una razón para adoptar las medidas limitativas.

Para todo ello nos remitimos a los capítulos 6, 7 y 8.

V. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA PARA LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

1. Requisitos de entrada para los ciudadanos extranjeros

Las condiciones para la entrada de los extranjeros en España están reguladas en el artículo 25 LOEX, en el Título I RLOEX (artículos 1-27) y en el CFS 2016.

En el caso de que el extranjero no cumpla con los requisitos que se exigen, se le podrá denegar la entrada al territorio español. Esta decisión puede ser objeto de recurso. La misma normativa establece que es posible dispensar de tales requisitos de manera excepcional, por cuestiones de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos internacionales.

Los ciudadanos extranjeros que sean ciudadanos de terceros países tienen que cumplir con los siguientes requisitos generales para entrar en territorio español.

A) Lugar y tiempo de entrada

Los ciudadanos extranjeros, al igual que los nacionales de la Unión y asimilados, tienen que entrar por puesto habilitado, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales suscritos por España. De manera excepcional, las autoridades o los funcionarios responsables del control fronterizo podrán autorizar el cruce de frontera fuera de los puestos habilitados a las personas a las que les haya sido expedida una autorización extraordinaria para cruzar la frontera y a los beneficiarios de acuerdos internacionales en tal sentido con países limítrofes (artículo 1.2 RLOEX).

Como señalamos anteriormente, estos puestos fronterizos pueden ser cerrados de manera temporal o definitiva como consecuencia de la declaración del estado de alarma, excepción o sitio; por la aplicación de las leyes especiales en materia de defensa nacional, seguridad del Estado, protección de la salud y por causas de seguridad de los ciudadanos; así como por la elevada presión migratoria regular. Todas estas cuestiones serán tratadas con detalle en el capítulo 5.

B) Documentación necesaria para la entrada

En relación con la documentación necesaria para entrar en el territorio de la Unión, se exige al sujeto que quiere entrar ser titular de un pasaporte en vigor o documentos de viaje, así como un visado vigente, en el caso de que este sea necesario²¹⁸. Tanto los pasaportes como los documentos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deberán tener una validez mínima de tres meses posteriores a la fecha prevista de salida de territorio Schengen y deberán haber sido expedidos dentro de los diez años anteriores a la fecha de entrada²¹⁹.

El visado no será exigible en el caso de que el extranjero esté provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso (artículo 25 LOEX).

Sobre la imposibilidad de comprobar la documentación, sobre la falta de documentación que acredite cómo y cuándo un ciudadano extranjero ha entrado en España, o sobre la falta de sello en el pasaporte se ha manifestado la jurisprudencia española.

El Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Asturias en la sentencia de 20 de abril de 2022, rec. 53/2022 (ponente: RUBIERA ÁLVAREZ)²²⁰, concluyó que el mero dato

²¹⁸ Regulado por los artículos 21 y 22 CFS 2016.

²¹⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 6.1 CFS 2016.

²²⁰ ECLI:ES:TSJAS:2022:1233.

formal del desconocimiento del lugar y tiempo de entrada en territorio Schengen no constituye un hecho negativo autónomo en sí mismo, salvo que quede clara su específica relevancia para los fines de orden público o control de circunstancias del titular del pasaporte. Además, añadió que, en este caso, no se trataba de que la actora estuviese indocumentada, sino que estando documentada se desconocía un requisito formal para la entrada en nuestro país, como era el sello de entrada en el mismo. Del mismo modo, el tribunal determinó que este hecho negativo se encontraba neutralizado desde el mismo momento en que la demandante se empadronó en un municipio de nuestro país, pues desde entonces las autoridades tuvieron plena constancia de la estancia de la actora en España y una fecha cierta, por lo que imponer sin más una sanción de expulsión en tales circunstancias carecería de justificación y sería arbitrario²²¹.

También el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en la sentencia de 17 de marzo de 2021, rec. 2870/2020 (ponente: OLEA GODOY)²²² se pronunció sobre la ausencia de sello de entrada en el pasaporte. El TS señaló, en este sentido, que desde el año 2007 venía siendo aplicada la doctrina sobre los criterios de proporcionalidad que debían utilizarse para imponer una sanción a los extranjeros que estuviesen ilegalmente en España. Según esta jurisprudencia, conforme a la LOEX, la sanción ordinaria por esta infracción consistía en una multa; por lo cual, para imponerse una expulsión, sanción alternativa y más grave, era necesario que concurriese alguna circunstancia agravante.

Ese mismo año, el TSJ de Asturias en sentencia de 20 de mayo de 2021, rec. 302/2020 (ponente: ORDOÑEZ SOLÍS)²²³, sostuvo que era legal la expulsión de un ciudadano cubano, ya que no solo carecía de sello de entrada en el pasaporte, sino que tampoco disponía de visado Schengen. Esta sentencia se remitió a la del TS de 17 de marzo de 2021, anteriormente señalada, donde se reconoció como agravante la ausencia de sello de entrada en el pasaporte. Se afirmó que resultaba inverosímil que si se proponía viajar a España lo hiciese a través de Rusia, salvo que ese periplo fuese hecho precisamente en la búsqueda de una entrada alternativa para eludir los exhaustivos controles aéreos europeos.

²²¹ Según se indica en la sentencia, únicamente constaba un sello de salida de la República Dominicana de 30 de julio de 2019, si bien desconociéndose cuándo y cómo entró en el espacio comunitario, y ello aun dando por cierta la tarjeta de embarque del vuelo de Atenas a Madrid de 22 de julio de 2020. Se demostró que existía un pasaporte incompleto en este particular. No constaba en su pasaporte sello alguno de entrada en el espacio Schengen, ni tampoco figuraba el preceptivo visado exigido a los nacionales de la República Dominicana, por lo que se ignoraba cuándo y por donde entró en territorio nacional.

²²² ECLI:ES:TS:2021:1181.

²²³ ECLI:ES:TSJAS:2021:1473.

En relación con la manifestación del apelante de haber sido víctima de una red de trata, se señaló que no constaba denuncia alguna en este sentido. El TSJ consideró que sí se habían acreditado agravantes que justificaban la imposición de la sanción de expulsión y no se daba ninguna de las excepciones previstas en la Directiva 2008/115, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes de los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva Retorno).

El TSJ de Asturias, en sentencia de 22 de noviembre de 2021, rec. 287/21 (ponente: CHÁVEZ GARCÍA)²²⁴, determinó que era un hecho negativo “la imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español” el extranjero. En el presente caso ni se aportó el pasaporte completo y explícito de la entrada y salida, ni se ofreció explicación convincente de la forma, lugar y fecha de entrada en España. Además, se constató que era patente que, si alguien entra en España fuera de los pasos fronterizos oficiales, no podrá justificar sello alguno en el pasaporte, pero tiene la carga de exponer y justificar con la prueba disponible sus circunstancias de entrada, pudiendo justificar su lugar y tiempo de llegada y recepción. El Tribunal concluyó que, en definitiva, el hecho negativo no era no haber entrado por paso fronterizo, sino que la Administración no pudiera conocer con verosimilitud cuándo, por dónde y cómo entró en España, pese a que evidentemente quien lo sabe y puede indicarlo con precisión es el extranjero. En este caso, además, tampoco se facilitó esta información, con lo que concurría otro hecho negativo suficiente para disponer la expulsión.

El TSJ de Cataluña, en sentencia de 28 de marzo de 2022, rec.222/2021 (ponente: SOSPEDRA NAVAS)²²⁵, trató la denegación de entrada del hijo de la actora en territorio nacional y se acordó su retorno al lugar de procedencia. En la sentencia se recogió que el motivo de denegación fue que el hijo de la demandante, que viajaba con sus padres y hermanos, carecía de visado siendo este exigible. Además, la tarjeta de residencia aportada por la madre estaba caducada desde varios años atrás. El Tribunal concluyó que la denegación de entrada quedaba justificada.

C) Justificación del objeto de la entrada

Los ciudadanos extranjeros tienen que justificar el objeto de la entrada en España, es decir, especificar el motivo de la solicitud de entrada. La normativa europea establece que, con carácter general, deberá someterse a los nacionales de terceros países a una “inspección minuciosa” que incluirá la comprobación de las condiciones de entrada, el objeto de la estancia prevista conforme a una lista no exhaustiva de documentos

²²⁴ ECLI:ES:TSJAS:2021:37859.

²²⁵ ECLI:ES:TSJCAT:2022:2951.

justificativos, dependiendo de que la entrada sea por viajes de negocios, estudios, turismo, acontecimientos políticos, científicos, deportivos, religiosos u otros²²⁶. Por ejemplo, para el caso de entrada por motivo de viajes profesionales, se exigirá una invitación de la empresa; en el caso de viajes de estudios, se exigirá la matrícula o admisión del centro; etc.

En este sentido, el TSJ de Madrid, en sentencia de 3 de marzo de 2004, res. 381/2004 (ponente: SANCHO CUESTA)²²⁷, desestimó el recurso contra la denegación de la entrada en España y acordó el retorno al lugar de procedencia a un ciudadano colombiano por no poder justificar el objeto y las condiciones de la estancia, no poder acreditar medios económicos, tener escasas o nulas noticias de España e inseguridad en cuanto al alojamiento.

No obstante, la sentencia del TS de 1 de abril de 2005, rec.1706/2002 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE)²²⁸, determinó que la obligación de justificar documentalmente el motivo de entrada en España es solo exigible en caso de duda, con el fin de justificar o establecer su verosimilitud. Esta jurisprudencia se reiteró en las sentencias del TS de 27 de abril de 2007, rec. 10194/2003, y rec. 8866/2003 (ponente: YAGÜE GIL)²²⁹.

También el TS en su sentencia de 28 de abril de 2006, rec. 3091/2003 (ponente: YAGÜE GIL)²³⁰, y en la sentencia de 16 de marzo de 2006, rec. 412/2003 (ponente: YAGÜE GIL)²³¹, denegó la entrada a varios ciudadanos extranjeros por no acreditar documentalmente su estancia y las condiciones de la misma. Igualmente, el TSJ de Madrid dictó varias sentencias el 16 de octubre de 2006, rec. 2640/2003, rec. 2599/2003 y rec. 2670/2003 (ponente: DELGADO VELASCO)²³², en las que denegó la entrada a varias ciudadanas de Perú y Ecuador para una estancia en España por la falta de acreditación documental del objeto y condiciones de la estancia, no siendo creíble el motivo turístico alegado, al no haber una reserva hotelera ni conocimiento de lugares de interés turístico, junto con una falta de recursos económicos para el periodo de la estancia.

El TS en sentencia de 18 de diciembre de 2015, rec. 4136/2014 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²³³, analizó la denegación a una ciudadana de nacionalidad cubana su

²²⁶ Según se dispone en el artículo 8.3 CFS 2016.

²²⁷ ECLI:ES:TSJM:2004:2712.

²²⁸ ECLI:ES:TS:2005:1965.

²²⁹ ECLI:ES:TS:2007:3062 y ECLI:ES:TS:2007:3150.

²³⁰ ECLI:ES:TS:2006:2665.

²³¹ ECLI:ES:TS:2006:1445.

²³² ECLI:ES:TSJM:2006:14669, ECLI:ES:TSJM:2006:14667 y ECLI:ES:TSJM:2006:14671.

²³³ ECLI:ES:TS:2015:5436.

solicitud de visado de estancia por treinta días para visitar a su madre, porque no se había podido establecer su intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de que expirara su visado. Según estableció el Tribunal la garantía de retorno o regreso al país de origen, una vez finalizada la estancia temporal en el de destino, es una exigencia derivada de la aplicación de las normas reguladoras de la concesión de visados, siendo siempre necesaria una apreciación *ad casum*, ponderando todos los factores objetivos que el conjunto de documentos aportados por cada solicitante ponga de relieve. En este caso, la lógica finalidad del viaje (visita a la madre en España), el conjunto de los elementos familiares de la interesada (que demostraban su arraigo en Cuba, donde residían sus tres hijos menores y su padre enfermo), su situación laboral estable y la garantía de medios para el regreso de la solicitante a su país de origen (incluido el billete de vuelta a Cuba) permitieron al Tribunal considerar que la denegación del visado por parte del Consulado de España en La Habana no era conforme a Derecho. En el mismo sentido se pronunció el TS en sentencia de 17 de enero de 2017, rec. 2695/2015 (ponente: YAGÜE GIL)²³⁴.

D) Acreditación de medios económicos

El ciudadano extranjero tendrá que acreditar medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el periodo que dure su estancia, o estar en condiciones de poder obtenerlos. El solicitante de acceso deberá acreditar que dispone de medios para él y para las personas que estén a su cargo. El RLOEX establece unas directrices genéricas para fijar los criterios de cálculo de los medios de subsistencia y los documentos que son necesarios para acreditar los mismos. Esta cuestión se tratará más adelante, en el capítulo 3.

La jurisprudencia española ha manifestado en varias ocasiones que es necesario poseer medios económicos suficientes de subsistencia para que sea otorgado el visado que permita entrar en España. En 2019 el TSJ de Madrid, en su sentencia de 14 de febrero, rec. 182/2018 (ponente: FERNÁNDEZ GARCÍA)²³⁵, confirmó la denegación del visado de estancia corta a una ciudadana marroquí por no haber aportado los medios económicos suficientes de subsistencia para la totalidad de la estancia prevista, en este caso, sesenta días. El TSJ insistió en que era necesario, conforme a la Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, que los extranjeros, para su sostenimiento durante la estancia en España, dispongan de una cantidad que represente en euros el 10% del salario mínimo interprofesional bruto o su equivalente legal en moneda extranjera multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España y por el número de personas que viajan a su cargo. Del mismo modo en 2018, el TSJ de Cantabria, en sentencia de 13 de

²³⁴ ECLI:ES:TS:2017:33.

²³⁵ ECLI:ES:TSJM:2019:1736.

septiembre, rec. 116/2018 (ponente: CASTENADO GARCÍA)²³⁶, confirmó la expulsión de un ciudadano extranjero por encontrarse en situación irregular en España y no cumplir con el requisito establecido de poseer suficientes recursos económicos.

El TSJ de Madrid, de 19 de abril de 2017, rec. 872/2016 (ponente: GARCÍA RUIZ)²³⁷, ratificó la denegación del visado tipo C, de estancia de corta duración en España, a un ciudadano de la República de Filipinas, por no haber aportado pruebas de que disponía de medios de subsistencia para la totalidad de la estancia prevista o para el regreso al país de origen o de residencia, o para el tránsito a un tercer país en el que tuviera garantías de ser admitido, ni estar, tampoco, en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Igualmente, el TSJ de Cataluña, en su sentencia de 12 de julio de 2013, rec. 17/2013 (ponente: BONET FRIGOLA)²³⁸, ratificó la denegación de entrada de un ciudadano argelino por no haber podido justificar que disponía de medios económicos suficientes para el periodo de diez días que tenía previsto estar en España de turismo y para participar en una feria en IFEMA. Quedó demostrado, según el Tribunal, que la carta de invitación que tenía era de fecha posterior a la fecha de la feria.

E) No estar sujeto a prohibición de entrada

A su vez, hay que comprobar que el ciudadano extranjero no está sujeto a la prohibición de entrada, conforme a lo establecido en el artículo 11 RLOEX. De este modo, aunque reúnan los requisitos exigidos, se prohibirá la entrada a los ciudadanos extranjeros cuando hayan sido previamente expulsados de España; cuando hayan sido objeto de una medida de devolución; cuando se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España; cuando hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada por el titular del Ministerio del Interior; y cuando tengan prohibida la entrada en virtud de convenios internacionales en los que España sea parte.

F) Cumplimiento de exigencias sanitarias

Junto a los puntos antes señalados, será necesario cumplir con una exigencia más para los ciudadanos sometidos al régimen extranjero. Cuando lo determine el Ministerio del Interior, será necesario aportar un certificado sanitario o someterse a su llegada a

²³⁶ ECLI:ES:TSJCANT:2018:419.

²³⁷ ECLI:ES:TSJM:2017:3421.

²³⁸ ECLI:ES:TSJCAT:2013:7730.

España a un reconocimiento médico para comprobar que no se padece ninguna de las enfermedades recogidas en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005²³⁹. La normativa europea define como amenaza para la salud pública no solo las enfermedades potencialmente epidémicas con arreglo a lo establecido por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) sino, en general, “otras enfermedades infecciosas o enfermedades parasitarias contagiosas cuando sean objeto de disposiciones de protección aplicables a los nacionales de un Estado miembro”²⁴⁰.

G) Tenencia de visado

Será requisito el estar en posesión del visado, en el caso de que se exija. En relación con este requisito, nos remitimos al último apartado de este capítulo.

Según el artículo 7.2 RLOEX, para estancias de hasta tres meses en un periodo de seis no se necesitará visado en los siguientes supuestos:

- Los nacionales de países exentos de dicho requisito en virtud de lo establecido en la normativa de la Unión;

- Los titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u otros pasaportes oficiales expedidos por países con los que se haya acordado su supresión, en la forma y condiciones establecidas en el acuerdo correspondiente;

- Los titulares de salvoconductos expedidos por determinadas organizaciones internacionales intergubernamentales a sus funcionarios, cuando España haya acordado la supresión de dicho requisito;

- Los extranjeros que tengan la condición de refugiados y estén documentados como tales;

- Los miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros, cuando se hallen documentados con un documento de identidad de la gente del mar en vigor y solo durante la escala del barco o cuando se encuentren en tránsito para embarcar hacia otro país;

- Los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros que estén documentados como tales mediante la tarjeta de miembro de la tripulación durante la escala de su aeronave o entre dos escalas de vuelos regulares consecutivos de la misma compañía aérea a que pertenezca la aeronave;

²³⁹ Adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud celebrada en Ginebra el 23 de mayo de 2005, es un instrumento jurídico internacional, vinculante para 194 países de todo el mundo, entre ellos, todos los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud. Su propósito es brindar ayuda a la comunidad internacional para que pueda prevenir y responder a los riesgos graves para la salud pública que pueden potencialmente traspasar las fronteras y amenazar a las personas en todo el mundo.

²⁴⁰ Así lo establece el artículo 2.21 CFS 2016.

- Los extranjeros titulares de una autorización de residencia, una autorización provisional de residencia, un visado de larga duración o una tarjeta de acreditación diplomática, expedidos por las autoridades de otro Estado con el que España haya suscrito un acuerdo internacional que contemple esta posibilidad. Estas autorizaciones habrán de tener una vigencia mínima igual al plazo de estancia, o de la duración del tránsito, previsto en el momento de solicitar la entrada.

En el caso de los estudiantes, todo extranjero, admitido en calidad de estudiante en otro Estado miembro de la Unión, que solicite cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar estos en España podrá solicitar una autorización de estancia por estudios y obtenerla, si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado (artículo 33.7 LOEX).

H) Últimas actuaciones una vez justificados todos los requisitos de entrada

Una vez que el extranjero ha acreditado, en el puesto habilitado correspondiente, que reúne todos los requisitos necesarios para la entrada, se procederá a la autorización de entrada con la estampación en el pasaporte o título de viaje del sello o marca correspondiente, salvo en los supuestos particulares en los que no es necesario.

Como ya indicamos más atrás, la normativa española reconoce que se podrá autorizar la entrada a pesar de no cumplir con los requisitos exigidos en el caso de que se aprecien razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por España. En estos casos, se facilitará una resolución específica que acredite la autorización de entrada al ciudadano extranjero (artículos 25.4 LOEX y 4.2 RLOEX).

Por otra parte, el ciudadano extranjero que proceda de un Estado con el que España ha suscrito un acuerdo de supresión de controles fronterizos tiene la obligación de declarar personalmente la entrada a España, en ese instante o en el plazo de tres días hábiles siguientes. Y en el caso de que no se aplique el régimen europeo, la entrada podrá ser registrada (artículos 25.5 LOEX y 14 RLOEX). La normativa europea hace referencia a que los Estados miembros podrán hacer verificaciones fronterizas para poder comprobar el cumplimiento de los requisitos exigibles para franquear el paso de nacionales de terceros países²⁴¹.

²⁴¹ CFS 2016 y Reglamento 2017/2226 del Parlamento y del Consejo, de 30 de noviembre de 2017, por el que se establece un Sistema de Entradas y Salidas para registrar los datos de entrada y salida y de denegación de entrada relativos a nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros, se determinan las condiciones de acceso al SES (Sistema de Entradas y Salidas) con fines policiales y se modifican el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y los Reglamentos 767/2008 y 1077/2011.

2. Límites a la entrada

Como hemos indicado, tanto el RLOEX, en su artículo 11, como la LOEX, en su artículo 26, establecen ciertas restricciones que impiden el acceso de ciudadanos de terceros Estados en nuestro país y la obtención del visado de entrada. De conformidad con ello, el CFS 2016 establece que el interesado en entrar en España no debe de estar inscrito como no admisible en el SIS. Asimismo, dispone que los Estados miembros introducirán una descripción para la denegación de entrada y estancia cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones.

Primera, que el Estado miembro haya determinado, sobre la base de una evaluación individual que incluya una valoración de las circunstancias personales del nacional concreto de un tercer país y de las consecuencias de denegarle la entrada y estancia, que la presencia de ese nacional de un tercer país en su territorio represente una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional en su territorio. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, el Estado miembro en cuestión debe haber adoptado una decisión judicial o administrativa de conformidad con el Derecho nacional para denegar la entrada y estancia.

Segunda, que el Estado miembro haya emitido una prohibición de entrada de conformidad con procedimientos que cumplen la Directiva Retorno con respecto a un nacional de un tercer país. En este sentido, serán consideradas situaciones para la denegación de la entrada las siguientes:

- Cuando el nacional de un tercer país haya sido condenado en un Estado miembro por un delito sancionado con una pena privativa de libertad de un año como mínimo;
- Cuando existan motivos fundados para creer que el nacional de un tercer país ha cometido un delito grave, en particular un delito de terrorismo, o indicios claros de su intención de cometer un delito de este tipo en el territorio de un Estado miembro;
- Cuando el nacional de un tercer país haya eludido o intentado eludir la normativa nacional o de la Unión en materia de entrada y estancia en el territorio de los Estados miembros²⁴².

²⁴² Así lo dispone el artículo 24.1 del Reglamento 2018/1861, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento 1987/2006.

3. Denegación de la entrada

En el caso de que el extranjero no cumpla con los requisitos exigidos, le será denegada la entrada mediante una resolución que tiene que ser motivada y notificada, donde será necesario indicar los posibles recursos y el derecho de asistencia letrada y de intérprete en el caso de ser necesario (artículos 26.2 LOEX y 15 RLOEX). El interesado permanecerá en unas dependencias que deben de existir a tal efecto en los puestos fronterizos, hasta que regrese al país de donde proceda o continúe viaje hasta otro país donde sea admitido.

La normativa europea, a través de la Directiva Retorno, determina que la medida deberá ejecutarse de la forma más breve posible y en el plazo de setenta y dos horas desde que se haya acordado, debiendo dirigirse la autorización correspondiente al juez de instrucción si no puede llevarse a cabo en ese periodo de tiempo. El juez deberá determinar el lugar en el que haya de ser internado el extranjero afectado, asumiendo los gastos que se generen la compañía o transportista que lo hubiera transportado; esta asumirá, también, los gastos que genere su retorno. La decisión de denegación de entrada no agota la vía administrativa y será posible recurrirla en vía administrativa y, en su caso, ante los tribunales. En el caso de que el extranjero no se hallase en España, se podrán presentar los recursos oportunos en las representaciones diplomáticas o consulares, que lo remitirán al organismo que corresponda (artículos 60 LOEX y 15 RLOEX).

En la sentencia *Affum*²⁴³, el TJUE partió de la base de que un nacional de un tercer país que ha entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro se encuentra en situación irregular en el sentido del artículo 3.2 de la Directiva Retorno.

²⁴³ Sentencia del TJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, as. C-47/15, aps. 48, 52, 54, 63 y 93. La Sra. Affum, de nacionalidad ghanesa, fue sometida a un control por parte de los agentes de la policía francesa en Coquelles (Francia), punto de entrada al túnel bajo el Canal de la Mancha, cuando se encontraba a bordo de un autobús procedente de Gante (Bélgica) y con destino a Londres (Reino Unido). Tras haber presentado un pasaporte belga con la fotografía y el nombre de una tercera persona, y al encontrarse desprovista de otros documentos de identidad o de viaje a su nombre, se efectuó su detención preventiva por entrada irregular en el territorio francés. El Prefecto de Pas-de-Calais ordenó el internamiento de la Sra. Affum en instalaciones no pertenecientes a la Administración penitenciaria durante un plazo de cinco días a contar desde la conclusión de su detención preventiva, a la espera de su expulsión. Las autoridades francesas solicitaron una prórroga de internamiento. Ante esta situación la demandante se opuso a dicha prórroga. La Sra. Affum alegó que la petición del Prefecto de Pas-de-Calais debía desestimarse puesto que la detención preventiva de que había sido objeto no se ajustaba a Derecho, y que tal irregularidad había viciado, según el Derecho nacional, la totalidad del procedimiento, y llevaba aparejada la denegación de la prórroga del internamiento y la puesta en libertad de la persona afectada. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia de Lille resolvió que la medida de detención preventiva adoptada contra la Sra. Affum era conforme a Derecho y que, por tanto, su internamiento administrativo traía causa de un

En segundo término, el TJUE declaró que la Directiva Retorno se oponía a una normativa de un Estado miembro que, por el mero hecho de la entrada ilegal por una frontera interior desencadenante de una situación irregular, permitiera el encarcelamiento de un nacional de un tercer país para el que aún no ha finalizado el procedimiento de retorno previsto en dicha Directiva. A este respecto, el TJUE subrayó, en particular, que tal medida puede frustrar la aplicación del citado procedimiento y demorar el retorno, privando a la Directiva de Retorno de su efecto útil. El TJUE añadió que esta interpretación es válida también cuando un Estado miembro distinto de aquel en el que fue detenido pueda hacerse cargo del nacional de un tercer país, con arreglo a un acuerdo o convenio en el sentido del artículo 6.3 de la misma Directiva.

VI. RÉGIMEN DE SALIDA

1. El régimen de salida para los ciudadanos de la Unión

La Directiva 2004/38 determina que todo ciudadano de la Unión, así como los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro, siempre que estén en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válido, tendrán derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro. No será posible establecer ningún visado de salida ni obligación equivalente (artículo 4 punto 1 y 2). Sin perjuicio de esto, los Estados miembros podrán limitar la circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (artículo 27 y siguientes), lo que permite que, cuando se reúnan ciertas circunstancias, los Estados miembros puedan limitar la salida de su territorio de los nacionales de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro.

procedimiento regular. Ante esta situación el Tribunal se hizo tres preguntas. Primera, ¿debe interpretarse el artículo 3.2 de la Directiva Retorno en el sentido de que un nacional de un tercer Estado se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y que por tal motivo está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva, cuando el extranjero en cuestión se encuentre en una situación de mero tránsito, como pasajero de un autobús que circule por el territorio de dicho Estado miembro, procedente de otro Estado miembro que forme parte del espacio de Schengen, y con destino a un Estado miembro diferente?. Segunda, ¿debe interpretarse el artículo 6.3 de la misma Directiva en el sentido de que esta no se opone a una norma nacional que castigue la entrada ilegal de un nacional de un tercer Estado con la pena de prisión cuando otro Estado miembro pueda hacerse cargo del extranjero en cuestión, en aplicación de un acuerdo o convenio concluido con este último Estado miembro antes de la entrada en vigor de la Directiva 2008/115? Tercera, dependiendo de la respuesta que se dé a la cuestión anterior, ¿debe interpretarse la referida Directiva en el sentido de que se opone a una normativa nacional que castigue la entrada ilegal de un nacional de un tercer Estado con la pena de prisión?

En los asuntos *Aladzhov*²⁴⁴, *Gaydarov*²⁴⁵ y *Byankov*²⁴⁶, el TJUE interpretó el artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38, sobre la posibilidad de limitar el derecho a circular y residir de un ciudadano europeo, en particular mediante una prohibición de salida del territorio de un Estado miembro. Estas sentencias se analizarán en profundidad en el capítulo 7.

2. El régimen de salida para los ciudadanos extranjeros

Como regla general, según el artículo 28.1 LOEX, el extranjero podrá abandonar el territorio de España libremente cuando lo considere oportuno en el ejercicio de su libertad de circulación. Esta libertad tiene la excepción de los casos establecidos en el Código Penal (en adelante, CP) y en la LOEX (artículo 28, sobre el que luego volveremos), cuando la salida esté prohibida, cuando sea obligatoria o cuando se requiere una autorización judicial (artículo 19.1 RLOEX).

La salida de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen aplicable a ciudadanos europeos y asimilados podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España. El CFS 2016 prevé la realización de inspecciones a la salida del territorio de la Unión, siempre que sea la salida de las fronteras exteriores de la Unión.

²⁴⁴ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Aladzhov*, as. C-434/10, ap. 35. La cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Aladzhov, nacional búlgaro, uno de los gerentes de una sociedad, y el Director adjunto de la Dirección de los asuntos de Sofía en el Ministerio del Interior, acerca de la decisión de este de prohibir al Sr. Aladzhov la salida del territorio nacional hasta el pago del crédito fiscal del Estado búlgaro frente a dicha sociedad o hasta la constitución de una garantía del pago íntegro de ese crédito. El recurrente alegó que esta medida le imposibilitaba su libertad de circulación y residencia en el territorio de la UE.

²⁴⁵ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, as. C-430/10, aps. 34 y 42. El litigio fue entre el Sr. Gaydarov, nacional búlgaro, y el Director General de la “Policía de la seguridad” del Ministerio búlgaro del Interior, en relación con una medida de prohibición de salida del territorio y de expedición de pasaporte u otro documento similar adoptada por el Director de la Policía contra el Sr. Gaydarov. La denegación se basaba en que el demandante había sido condenado en Serbia por tráfico de estupefacientes y se alegaba el control de fronteras.

²⁴⁶ Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, as. C-249/11. Mediante una resolución del Director Regional del Ministerio de Interior, fechada el 17 de abril de 2007 se dictó contra el Sr. Byankov, de nacionalidad búlgara, una medida administrativa por la que se le imponía la prohibición de abandonar el territorio y se prohibía que se le expidieran pasaportes o documentos de identidad sustitutivos. La resolución de 2007 fue adoptada a instancias de un agente judicial como consecuencia de una deuda contraída por el Sr. Byankov con una persona jurídica de Derecho privado búlgaro. Más de tres años después de la adopción de la resolución de 2007, el Sr. Byankov solicitó la revocación de la prohibición de abandonar el territorio objeto del litigio principal invocando su condición de ciudadano de la Unión y su derecho de circular y residir libremente en la Unión. Esta petición fue desestimada.

En línea con el CFS 2016, el artículo 20 RLOEX determina que todas las salidas voluntarias del territorio nacional deberán realizarse por los puestos habilitados y previa exhibición del pasaporte, título de viaje o documento válido para la entrada en el país. En el caso de no existir prohibición ni impedimento alguno a juicio de los servicios policiales de control, también podrán realizarse las salidas con documentación defectuosa o incluso sin ella.

En el caso de que los extranjeros se encuentren en situación de tránsito y que hayan entrado en España con pasaporte o con cualquier otro documento al que se atribuyan análogos efectos habrán de abandonar el territorio español con tal documentación. En estos casos, deberán hacerlo dentro del plazo para el que hubiese sido autorizado el tránsito, del plazo establecido por los acuerdos internacionales o del plazo de validez de la estancia fijada en el visado.

Como regla general se permitirá la salida cuando se compruebe que la documentación es correcta y no existe ninguna prohibición de salida, estampando el sello específico o cumplimentando un impreso al efecto (artículo 21 RLOEX).

Los extranjeros que se encuentren en situación de estancia o de prórroga de estancia habrán de salir del territorio español dentro del tiempo de vigencia de dicha situación. Aquellos que disfruten de una autorización de residencia pueden salir y volver a entrar en territorio español cuantas veces lo precisen, mientras la autorización y el pasaporte o documento análogo se encuentren en vigor.

Respecto a las salidas obligatorias, el artículo 28.3 LOEX establece los siguientes casos:

- Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal;
- Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la LOEX;
- Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España;
- Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

En sentido opuesto, es decir, respecto a la posibilidad de prohibición de salida, el artículo 28.2 LOEX establece que el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. Además, se

determinan los siguientes supuestos como casos donde se prohíben las salidas del extranjero del territorio español:

- Cuando el extranjero se encuentre inmerso en un procedimiento judicial por la comisión de delitos en España, salvo en los casos en que pueda autorizarse la salida o expulsión conforme al artículo 57.7 LOEX;

- Cuando se trate de un extranjero condenado por la comisión de delitos en España a penas privativas de libertad, salvo los casos del artículo 57.7 LOEX y los casos de aplicación de convenios sobre el cumplimiento de penas en el país de origen suscritos por España;

- Cuando se reclame la extradición de los extranjeros por sus respectivos países;

- Cuando el extranjero padezca una enfermedad contagiosa que imponga la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.

La instrucción y resolución de los expedientes de prohibición de salida tendrá siempre carácter individual, con notificación al interesado.

VII. EL VISADO

Tal y como acabamos de ver en los apartados anteriores, el visado es uno de los documentos esenciales para poder acceder al territorio español o al territorio de cualquier Estado miembro de la Unión.

El visado es un “instrumento para la gestión migratoria eficaz pues sirve para canalizar la migración por los cauces legales, con todos los derechos y garantías, y prevenir o limitar la inmigración irregular”²⁴⁷. Puede afirmarse que sus funciones son primordialmente tres. En primer lugar, sirve como documento para acreditar la concurrencia en su titular de una serie de requisitos establecidos por la normativa para poder entrar y permanecer en España y en el territorio de la Unión. En segundo lugar, ayuda a prevenir o limitar flujos migratorios regulares. Y, finalmente, el visado permite, en determinados casos, agilizar trámites con el fin de que el interesado pueda comenzar desde el primer día de entrada en España con la actividad que tenía prevista, sin perjuicio de tener que gestionar trámites posteriores.

Los esfuerzos de las instituciones europeas para desarrollar una política común de visados se han centrado en una lista de países a cuyos ciudadanos se les exige tener el visado para poder entrar en la Unión. De ahí que exista un listado de países a los que se les exige a sus nacionales tener visado y otro listado donde no. Los criterios para incluir a los terceros países en cada una de las listas obedecen, en principio, a una ponderación

²⁴⁷ Informe nacional *Política de Visados como canal de inmigración en España*, diciembre 2011, Red Europea de Inmigración, p. 16.

de diversas circunstancias, en las que las consideraciones de política exterior de la Unión y de sus Estados miembros tiene una relevancia especial²⁴⁸.

1. Definición legal

El visado es una diligencia o certificación expedida con carácter general por las misiones diplomáticas y oficinas consulares y que se inserta en el título de viaje del extranjero (artículo 27.1 LOEX). Esta autorización es otorgada por el Estado receptor del viajero extranjero, por la que este declara que aquel puede entrar al país²⁴⁹.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, el visado se define como una autorización expedida por un Estado miembro o una decisión adoptada por un Estado miembro, exigida con vistas a la entrada para una estancia prevista en ese Estado miembro o en varios Estados miembros, para un período de una duración total no superior a tres meses en un período de seis meses a partir de la primera fecha de entrada en el territorio de los Estados miembros; o con vistas a la entrada para efectuar un tránsito a través del territorio de ese Estado miembro o de varios Estados miembros²⁵⁰.

A pesar de esta definición de visado, hay otras normas en las que se contempla otro tipo de visado en el Derecho de la Unión. Un ejemplo de ello es la autorización para los estudiantes de terceros países. Según la Directiva 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, su artículo 3, define “autorización” como un permiso de residencia o, si así lo dispone el Derecho nacional, los visados para estancias de larga duración expedidos a efectos de la presente Directiva.

La concesión del visado habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada, y, una vez efectuada la entrada en España, le habilitará a

²⁴⁸ Andreu OLESTI RAYO, “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 10, julio/diciembre 2008, p. 22.

²⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de prensa de 18 de octubre de 2023. Política de Visados: La Comisión propone un mecanismo de suspensión más riguroso https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4961 [Última consulta: 16 de febrero 2024]

²⁵⁰ Según disponen el artículo 2 del Reglamento 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados, y el artículo 3 del Reglamento 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

permanecer en territorio español en la situación en la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero (artículo 27.2 LOEX). En definitiva, el visado acredita la presencia regular del extranjero en territorio español.

2. Tipos de visado

La LOEX establece, en su artículo 25 bis, varios tipos de visados, que no siempre encajan exactamente con la definición de visado consagrada en el Derecho de la Unión y que acabamos de transcribir:

- Visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español. No será exigible la obtención de dicho visado en casos de tránsito de un extranjero a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea solicitado por un Estado miembro de la Unión o por un tercer Estado que tenga suscrito con España un acuerdo internacional sobre esta materia.

- Visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada. El visado de estancia constituye un documento en el que consta la finalidad del viaje y los términos en los que se autoriza la entrada.

- Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.

- Visado de residencia y trabajo, que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado.

- Visado de residencia y trabajo de temporada, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un período de doce meses consecutivos.

- Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente.

- Visado de investigación, que habilita al extranjero a permanecer en España para realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.

El artículo 29 RLOEX determina que los visados de estancia de corta duración (es decir, los “visados de estancia” del artículo 25 bis LOEX) pueden ser:

- Visado uniforme: válido para el tránsito por el Espacio Schengen durante un periodo no superior al tiempo necesario para realizar dicho tránsito o para la estancia en

dicho Espacio Schengen hasta un máximo de noventa días por semestre. Podrá permitir uno, dos o múltiples tránsitos o estancias cuya duración total no podrá exceder de noventa días por semestre.

- Visado de validez territorial limitada: válido para el tránsito o la estancia en el territorio de uno o más de los Estados que integran el Espacio Schengen, pero no para todos ellos. La duración total del tránsito o de la estancia no podrá exceder de noventa días por semestre.

3. Solicitud del visado

Como norma general el visado es un requisito general de entrada al territorio español, por lo tanto, los extranjeros que quieran entrar en España deberán ir provistos del correspondiente visado expedido y en vigor.

Las solicitudes se presentarán, siguiendo el modelo oficial, por los solicitantes en el consulado o por intermediarios comerciales acreditados, no más de tres meses antes del comienzo del viaje previsto. Los titulares de un visado para entradas múltiples podrán presentar la solicitud antes de la expiración del visado que tenga una validez de seis meses como mínimo.

La misión diplomática o consular podrá requerir la presencia del interesado con el fin de mantener una entrevista personal, para poder comprobar la identidad del solicitante, la validez de su documentación, la veracidad de los motivos por los que solicita el correspondiente visado, el itinerario, duración del viaje y las garantías de que el solicitante tiene intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado solicitado. El solicitante tiene el plazo de quince días para poder comparecer personalmente; si transcurrido este plazo no comparece, se entenderá desestimada su solicitud (artículo 30 RLOEX).

4. Órganos competentes, tramitación y expedición del visado

El Código de Visados, determina en su artículo 4 que el Estado miembro competente para examinar y decidir sobre una solicitud de visado uniforme será el Estado miembro cuyo territorio sea el único destino de la visita o visitas. Si la visita incluye más de un destino, el Estado miembro competente será aquel cuyo territorio sea, por la duración o la finalidad de la estancia, el destino principal de la visita o visitas. Finalmente, si no puede determinarse un destino principal, el Estado miembro competente será aquel cuya frontera exterior se proponga cruzar el solicitante para entrar en el territorio de los Estados miembros.

La normativa española, artículo 27 LOEX, determina, como norma general, que el visado de entrada en España se solicitará y se expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas consulares españolas, a las que corresponderá examinar las solicitudes y decidir al respecto. Esta norma general puede tener excepciones, en los supuestos que se contemplen reglamentariamente o en los supuestos en los que el Estado español, de acuerdo con la normativa de la Unión sobre la materia, haya acordado su representación con otro Estado miembro de la Unión en materia de visados de tránsito o estancia. Esto también supone una excepción a lo establecido en el artículo 4 del Código de Visados, cuando señala que la autoridad competente para la concesión de los visados son los Consulados.

Para la resolución sobre la solicitud del visado el plazo máximo, y no prorrogable, será de un mes, contado a partir del día siguiente a la fecha en que la solicitud haya sido presentada en forma en la oficina consular competente. Para los visados de tránsito o de estancia el plazo es de quince días. Si el interesado no recoge el visado en el plazo que se le indica, se entenderá que ha renunciado al mismo, con archivo del procedimiento (Disposición adicional 12.2 y 4 RLOEX).

Conforme a la Disposición adicional 13ª RLOEX la solicitud de visado se ha de entender desestimada por silencio negativo cuando no se resuelva en el plazo que determina la ley para resolver. Y la tramitación del visado está sujeta a las tasas por autorización administrativa²⁵¹.

Cuando una solicitud sea admisible, el consulado competente sellará el documento de viaje del solicitante, conforme al modelo establecido. Están exentos de este sellado los pasaportes diplomáticos, oficiales o de servicio y los pasaportes especiales.

Las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, del Interior, y de Trabajo y Economía Social, los delegados del Gobierno y subdelegados del Gobierno, bajo la dependencia funcional de estos dos últimos Ministerios, sobre concesión o denegación de visados, pondrán fin a la vía administrativa, y contra estas podrán interponerse los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos (Disposición adicional 14ª RLOEX).

El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana (artículo 27.4 LOEX).

²⁵¹ De conformidad con el artículo 9 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

5. Vigencia y prórroga del visado

El período de validez de un visado y la duración de la estancia autorizada se decidirán sobre la base del examen realizado para verificar las condiciones de entrada, conforme al artículo 21 Código de Visados.

Un visado podrá expedirse para una, dos o múltiples entradas. El período de validez no será superior a cinco años. Si se trata de un visado de tránsito, la duración de la estancia autorizada corresponderá al tiempo necesario para efectuar el tránsito. La normativa señala la posibilidad de un “período de gracia” adicional de quince días. Los Estados miembros podrán decidir no conceder dicho período de gracia por razones de orden público o por motivos ligados a las relaciones internacionales de cualquiera de los Estados miembros (artículo 24 Código Visados).

Sobre la prórroga del visado existen dos situaciones. La primera situación dará lugar a que el visado se prorrogue de manera automática y la segunda permitirá que pueda prorrogarse o no, dejándose la decisión al Estado miembro.

En el primer supuesto, la normativa europea, en el artículo 33.1 Código de Visados, determina que el período de validez de un visado ya expedido o la duración de la estancia autorizada por este se prorrogará si la autoridad competente de un Estado miembro considera que el titular del visado ha demostrado la existencia de razones humanitarias o de fuerza mayor que le impiden abandonar el territorio de los Estados miembros antes de que caduque el visado o la duración de la estancia autorizada por este. En estas circunstancias el visado se prorroga automáticamente. Es decir, si el Estado aprecia que concurren las citadas circunstancias, deberá obligatoriamente conceder la prórroga. Las prórrogas que obedezcan a estos motivos se concederán gratuitamente.

En el segundo supuesto la posibilidad de prórroga es facultativa. Está recogido en el artículo 33.2 Código de Visados, en el que se señala que el período de validez de un visado expedido o la duración de la estancia autorizada por este podrá prorrogarse si el titular del visado demuestra la existencia de razones personales graves que justifican la prórroga de la validez del visado o de la duración de la estancia. Es decir, la acreditación de tales circunstancias no obliga necesariamente a conceder la prórroga, sino que solo habilita a hacerlo. A su vez, la normativa española, artículo 30.3 LOEX, determina que, en el caso de entrada con visado, cuando la duración de este sea inferior a los tres meses, se podrá prorrogar la estancia, pero en ningún caso la prórroga podrá ser superior a tres meses en un periodo de seis.

A menos que la autoridad que expida el visado decida otra cosa, la validez territorial del visado prorrogado será la misma que la del visado original. Será competente para prorrogar el visado la autoridad del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el nacional del tercer país en el momento de solicitar la prórroga. La prórroga del visado se plasmará en una etiqueta de visado.

6. Denegación del visado

Según el artículo 32 Código de Visados existen varias causas para denegar el visado:

- En el caso de que el solicitante presente un documento de viaje falso o falsificado;
- En el caso de que el solicitante no justifique la finalidad y las condiciones de la estancia prevista;
- En el caso de que el solicitante no aporte pruebas de que dispone de medios de subsistencia suficientes para la totalidad de la estancia prevista y para el regreso al país de origen o de residencia, o para el tránsito a un tercer país en el que tenga garantías de que será admitido, o bien no esté en condiciones de obtener legalmente dichos medios;
- En el caso de que el solicitante haya permanecido ya tres meses, durante el semestre en curso, en el territorio de los Estados miembros con un visado uniforme o un visado de validez territorial limitada;
- En el caso de que el solicitante sea una persona sobre la que se introdujo una descripción en el SIS a efectos de denegación de entrada;
- En el caso de que el solicitante sea considerado una amenaza para el orden público, la seguridad interior o la salud pública, tal como se define en el artículo 2, punto 19, del CFS 2016, o para las relaciones internacionales de alguno de los Estados miembros;
- En el caso de que el solicitante no haya aportado pruebas de tener un seguro médico de viaje adecuado y válido.

Además, se podrá denegar el visado si existen dudas razonables acerca de la autenticidad de los documentos justificativos presentados por el solicitante o de la veracidad de su contenido, de la fiabilidad de las declaraciones efectuadas por el solicitante o de su intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado solicitado. Sobre esta cuestión se pronunció el TS en sentencia de 24 de febrero de 2012, rec. 6090/2010 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²⁵², determinando que las solicitudes de visado de estancia deberán acompañarse de los documentos necesarios para justificar la veracidad de lo solicitado.

²⁵² ECLI:ES:TS:2012:1088.

Como norma general, no podrán obtener visado los extranjeros que hayan sido expulsados de España, mientras dure la prohibición de entrada, así como tampoco aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en que España sea parte.

Una denegación de visado anterior no supondrá la denegación automática de una nueva solicitud. La nueva solicitud se evaluará sobre la base de toda la información de que se disponga (artículo 21 Código de Visados). En el caso de denegación, se notificará al solicitante, utilizando el impreso normalizado, la decisión de denegación y las razones en las que se basa.

La denegación del visado deberá ser motivada en el caso de que se trate de un visado de residencia por reagrupación familiar (artículo 27 LOEX), para el trabajo por cuenta ajena, para el visado de estancias o para el visado de tránsito. Dicha resolución denegatoria indicará las razones en que se base, bien por no acreditar debidamente los requisitos exigidos a tal efecto por RLOEX en su artículo 15, bien por motivos de orden público, seguridad o salud públicas conforme establece el artículo 27 de la Directiva 2004/38. Se informará al interesado de los hechos y las circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria (Disposición Adicional 10ª RLOEX). Las razones serán puestas en conocimiento del interesado salvo que ello sea contrario a la seguridad del Estado (artículo 4.3 LOEX).

En el caso de que la denegación sea porque el solicitante está incluido en la lista de personas no admisibles, previstas en el Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará la denegación conforme a las normas previstas en dicho Convenio (artículo 27.6 LOEX).

Los solicitantes a quienes se haya denegado un visado tendrán derecho a recurrir. Los recursos se interpondrán contra el Estado miembro que haya adoptado la decisión final sobre la solicitud y de conformidad con el Derecho nacional de dicho Estado miembro. Los Estados miembros facilitarán a los solicitantes información sobre el procedimiento que deba seguirse para interponer un recurso. Por lo tanto, todas las resoluciones se deben notificar de forma que se garantice la información del contenido de la resolución, las normas de Derecho en las que se fundamenta, el recurso que contra ella proceda, el órgano ante el que se puede presentar tal recurso, así como el plazo para interponerlo (artículo 32 Código de Visados).

En nuestro ordenamiento jurídico, la denegación de visado pone fin a la vía administrativa, y contra esta podrán interponerse los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos, tal y como ya señalamos *supra*.

En relación con esta cuestión, diferentes sentencias españolas han señalado que no se puede denegar un visado para visitar a una madre, residente en España, teniendo empleo y sin cargo a la hija solicitante, tal y como recogió la sentencia del TS de 18 de diciembre de 2015, rec. 4136/2014 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²⁵³. La sentencia determinó la concesión del visado de estancia porque quedaba acreditado el arraigo laboral y familiar del solicitante en su país de origen. La sentencia estableció que una vez que el extranjero ha determinado sus objetivos para venir a nuestro país y el Estado ha prestado su conformidad en tales condiciones, el acto no admite modificación de ningún tipo, agota su vigencia con la realización del propósito y con el transcurso del tiempo. Tampoco se puede denegar un visado alegando que no se cumplen las exigencias mínimas de motivación y seguridad jurídica cuando la única base para ello sea un informe del Ministerio de Asuntos Exteriores que no se aporta, tal y como se recoge en la sentencia del TS de 29 de septiembre de 2011, rec. 94/2009 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²⁵⁴. Tampoco cabe denegar el visado, según la sentencia del TS de 28 de octubre de 2011, rec. 730/2010 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²⁵⁵ cuando se acredite trabajo estable y cualificado en su país de origen, queriendo entrar en España para visitar a su hermana y sobrino; o cuando se acredite el retorno al país de origen, tal y como señala la sentencia del TS de 9 de junio de 2011, rec. 5112/2007 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²⁵⁶. Sin embargo, sí se consideran causas para denegar el visado las dudas sobre la veracidad de las condiciones y certeza del trabajo, según la sentencia TS de 15 de noviembre de 2011, rec. 3025/2009 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²⁵⁷, o la no acreditación de los medios de vida, según la sentencia del TS de 10 de noviembre de 2011, rec. 365/2009 (ponente: PERELLÓ DOMENECH)²⁵⁸.

Sobre los visados y los estudiantes de terceros Estados, el TS ha indicado que la denegación del visado a un estudiante en el caso de que cumpla con los requisitos establecidos tiene que estar motivada y que el hecho de que la concesión de un visado para estudios sea discrecional no permite la arbitrariedad de la Administración al valorar

²⁵³ ECLI:ES:TS:2015:5436.

²⁵⁴ ECLI:ES:TS:2011:6184.

²⁵⁵ ECLI:ES:TS:2011:7462.

²⁵⁶ ECLI:ES:TS:2011:3835.

²⁵⁷ ECLI:ES:TS:2011:7616.

²⁵⁸ ECLI:ES:TS:2011:7428.

el cumplimiento de los requisitos exigidos reglamentariamente, porque la discrecionalidad no puede servir para encubrir una resolución arbitraria²⁵⁹.

7. Anulación y retirada

Conforme al artículo 34 del Código de Visados, el visado se anulará si se pone de manifiesto que, en el momento en que se expidió, no se cumplían las condiciones necesarias para su expedición, especialmente si existen motivos fundados para creer que el visado se obtuvo de forma fraudulenta.

La anulación del visado la acordarán, en principio, las autoridades competentes del Estado miembro que lo hayan expedido. También el visado podrá ser anulado por las autoridades competentes de otro Estado miembro, siendo necesario informar de dicha anulación a las autoridades competentes del Estado miembro que haya expedido el visado.

Asimismo, el visado también podrá ser revocado si se pone de manifiesto que han dejado de cumplirse las condiciones necesarias para su expedición. La retirada se hará, en principio, por las autoridades competentes del Estado miembro que lo haya expedido. También el visado podrá ser retirado por las autoridades competentes de otro Estado miembro, siendo necesario informar de dicha anulación a las autoridades competentes del Estado miembro que haya expedido el visado.

Este artículo hace referencia a “anulación” y a “retirada” del visado, dos conceptos que tienen sus equivalentes en el Derecho español. El visado es un acto administrativo favorable y solo puede ser eliminado por motivos de legalidad, si se descubre que hay un vicio (artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, Ley de Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas). La anulación del visado supone la existencia de un vicio de legalidad originario.

Sin embargo, la retirada o la revocación es una declaración de ilegalidad sobrevenida. En estos supuestos el visado había sido concedido conforme a la normativa, sin embargo, se han producido una serie de cambios o circunstancias que han originado su ilegalidad, lo que determina su retirada o revocación.

²⁵⁹ Sentencia del TS de 13 de junio de 2011, rec. 5427/2007 (ponente: PERELLÓ DOMENECH), ECLI:ES:TS:2011:4078. Y sentencia del TS de 29 de octubre de 2008, rec. 3144/2005 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE), ECLI:ES:TS:2008:6201.

CAPÍTULO 3. LAS ESTANCIAS DE DURACIÓN DETERMINADA

I. RÉGIMEN DE ESTANCIAS INFERIORES A TRES MESES

La normativa europea reglamenta dos derechos diferentes, el de circulación y el de residencia, que en la mayoría de los casos se ejercen conjuntamente. Dentro del derecho de residencia existen dos tipos, la temporal y la permanente. Y dentro del ámbito de la residencia temporal existen dos subtipos, aquella que es inferior a tres meses y aquella que es superior a este periodo de tiempo. En este capítulo analizaremos con detalle estas dos últimas categorías en este mismo orden.

La estancia de corta duración o, simplemente, “estancia” es la situación en la que se encuentra el extranjero que no es titular de una autorización de residencia, pero está autorizado para permanecer en España por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días por semestre, contado desde la primera fecha de entrada. Por lo tanto, la mera estancia es una situación temporal y breve de permanencia en un territorio, distinto al que se reside, que el extranjero debe abandonar²⁶⁰. También se considera que se encuentran en situación de estancia aquellas personas que entren en España con fines de tránsito, siendo el tiempo de estancia el tiempo necesario para el tránsito (artículo 28 RLOEX).

Por definición, el extranjero que sea titular del derecho de estancia no es titular del derecho de residencia. Esto supone que este periodo de estancia no computa como residencia a la hora de adquirir la nacionalidad española.

La situación de estancia exige que se cumpla con todos los requisitos necesarios para la entrada en el territorio de la Unión, con los que coincide exacta y perfectamente. En consecuencia, nos remitimos a lo señalado en el capítulo anterior para su análisis.

1. La estancia inferior a tres meses para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

El RD 240/2007 regula en España el régimen de los extranjeros de la Unión y asimilados y reconoce, en su artículo 3, que los nacionales de la Unión y del EEE, así como sus familiares, tienen una serie de derechos²⁶¹. Se les reconoce el derecho a entrar,

²⁶⁰ Ana Paloma ABARCA JUNCO, Belén ALONSO-OLEA GARCÍA, Juan Manuel LACRUZ LÓPEZ, et alt. , *Inmigración y Extranjería: Régimen Jurídico Básico*, Madrid, Colex, 2011, pp. 77 y ss.

²⁶¹ La Disposición adicional tercera del RD 240/2007 señala que a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia les es de aplicación lo previsto en el presente Real Decreto en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999.

salir, circular y residir libremente en el territorio español, conforme a las formalidades previstas en dicha norma, y sin perjuicio de los límites que se señalan por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

Tal y como indicamos en el capítulo anterior, como norma general, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión, del EEE y Suiza solo les será requerido el documento nacional de identidad o pasaporte en vigor en el que conste la nacionalidad del titular. Una vez que se ha acreditado esta condición, no existe ningún otro requisito exigible para permanecer en España durante un periodo de hasta tres meses. El documento debe ser válido hasta tres meses después de la fecha prevista de salida del territorio de los Estados miembros y deberá haber sido expedido dentro de los diez años anteriores (artículo 6 CFS 2016).

En estos casos, es irrelevante la finalidad que tenga la estancia, ya sea por turismo, estudios, empleo, búsqueda de un trabajo u otras circunstancias. Esta permanencia no computa ni a los efectos derivados de la situación de residencia ni, como ya indicamos, a los de adquisición de la nacionalidad por residencia.

Además, las normas para el control de la estancia que establezcan los Estados miembros no pueden establecer discriminaciones entre los nacionales de dicho Estado miembro y el resto de ciudadanos incluidos en el régimen europeo. En este sentido, el TJUE condenó a Alemania en el asunto *Comisión/Alemania*²⁶² porque este Estado establecía consecuencias diferentes para los alemanes y para el resto de los ciudadanos europeos en relación con la obligación de estar en posesión de una tarjeta de identidad válida. La normativa alemana establecía que incurría en una infracción administrativa todo aquel que, en su calidad de persona que tenía derecho a la libre circulación, se encontrara en el territorio alemán sin estar en posesión del pasaporte necesario, de un documento que hiciera las veces de pasaporte, de una autorización de estancia o sin que su estancia hubiera sido tolerada. Dicha infracción administrativa podía sancionarse con una multa. Ahora bien, la cuantía económica de dicha sanción era, para los ciudadanos alemanes, de entre 5 y 1.000 marcos, mientras que para los no nacionales era de hasta un máximo de 5.000 marcos.

La sentencia del TJUE determinó que el Derecho de la Unión no se oponía a que un Estado miembro llevase a cabo controles del cumplimiento de la obligación de hallarse en todo momento en condiciones de presentar un documento de estancia, siempre que se impusiera una obligación idéntica a los propios nacionales en lo relativo a su tarjeta de identidad. Pero el TJUE declaró que la República Federal de Alemania sí había incumplido sus obligaciones de Derecho de la Unión al dispensar a los nacionales de los

²⁶² Sentencia del TJUE de 30 de abril de 1998, *Comisión/Alemania*, as. C-24/97, ap. 13.

demás Estados miembros que se encontraran en territorio alemán un trato completamente distinto del que aplicaba a sus propios nacionales cuando incumplían de una forma equiparable su obligación de estar en posesión de una tarjeta de identidad válida.

Junto al derecho a circular y residir libremente en cualquier Estado miembro, a los ciudadanos de la Unión y asimilados se les reconoce otro derecho: el derecho de acceder a cualquier actividad económica, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a la prestación de servicios o al acceso a los estudios, en las mismas condiciones que los nacionales de otros Estados miembros, posibilidades todas ellas que no deben excluirse por el mero hecho de que nos encontremos antes una mera estancia, pues el plazo de tres meses sería más que suficiente para que se pudiera desarrollar cualquiera de estas actividades.

2. La estancia inferior a tres meses para los ciudadanos extranjeros

A) Requisitos, duración máxima y posibles excepciones

Recordemos que el artículo 6 CFS 2016 recogía los requisitos de entrada en cualquier Estado miembro para los ciudadanos extranjeros. Para que esta tuviera lugar había que estar en posesión de un documento de identidad válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera y, en su caso, también de un visado válido. Además, había que estar en posesión de documentos que justificasen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes. Igualmente, no podía producirse la entrada en caso de estar inscrito como no admisible en el SIS; suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros; o estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

El régimen de entrada para estancias breves en España está regulado en el artículo 30.1 LOEX y en los artículos 28 a 36 RLOEX. Esta norma general presenta ciertas salvedades para los estudiantes, intercambios de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (artículos 37 a 44 RLOEX).

En relación con el grupo de ciudadanos extranjeros, hay una importante diferencia con los ciudadanos de la Unión. Los ciudadanos bajo el régimen de extranjería no pueden buscar empleo ni solicitar la autorización de residencia y trabajo, con la única excepción de la gestión colectiva de trabajadores en origen (artículos 39 LOEX y 175.1 RLOEX).

Los extranjeros mayores de dieciséis años que quieran ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de la correspondiente autorización administrativa para residir y trabajar (artículo 36 LOEX).

A los ciudadanos de terceros países que no sean titulares de una autorización de residencia se les permite permanecer en España por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la primera entrada. Los requisitos que se deben cumplir son los generales de entrada, que ya analizamos en el capítulo anterior. Sin embargo, incluso en caso de entrada irregular o de contar con una documentación defectuosa, de manera excepcional, el Ministerio de Interior o el de Trabajo pueden autorizar la estancia por motivos humanitarios, de interés público o derivados de obligaciones internacionales (artículo 36 RLOEX).

Los extranjeros que hayan accedido al territorio español a través de una estancia de corta duración y agoten el plazo de permanencia deberán abandonar el país y solicitar desde su país de origen un visado de residencia o un visado de residencia y trabajo y, una vez concedido, regresar a España. Es decir, este periodo de estancia de corta duración no podrá superar los noventa días, en un periodo de seis meses, y superado este tiempo tendrá que solicitarse una prórroga de estancia o un permiso de residencia, salvo que se haya entrado sin visado por causas excepcionales. De todo esto nos ocuparemos con detalle más adelante.

Mientras no se supere el plazo máximo de estancia no tiene por qué abandonarse el territorio de la Unión. En este sentido, el TSJ de Extremadura en sentencia de 23 de junio de 2005, res. 0565/2005 (ponente: OLEA GODOY)²⁶³, reconoció la improcedencia de la expulsión del territorio español por no existir una estancia irregular, ya que la ciudadana extranjera llevaba solo dos meses en España y, por lo tanto, no había superado el periodo máximo de tres meses sin solicitud de autorización de residencia o prórroga²⁶⁴.

²⁶³ ECLI:ES:TSJEXT:2005:96.

²⁶⁴ La demandante, de nacionalidad brasileña, recurrió la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Badajoz por la que se le imponía la sanción de expulsión del territorio nacional y demás países del Convenio Schengen. El motivo alegado fue una infracción grave en materia de extranjería. Según constaba, a tenor del sello estampado en su pasaporte la demandante entró en España por el aeropuerto de Madrid-Barajas en fecha 10 de abril de 2003. Fue sorprendida el día 15 de mayo de ese mismo año en el Club Cacique 99, careciendo de los permisos para permanecer en nuestro país. Constatados los hechos, se procedió a la apertura del procedimiento sancionador que concluyó con la resolución señalada, en que se consideraba a la recurrente autora de una infracción grave de las previstas en el artículo 53.a) LOEX, imponiéndosele la sanción de expulsión. La recurrente alegó que no procedía la imposición de la sanción porque la estancia en España obedecía a la intención de solicitar los permisos de residencia por encontrarse conviviendo con ciudadano español, encontrándose empadronados en el Municipio de Lobón

Como norma general, se exceptúa de este periodo de tiempo de tres meses la situación de estudio, intercambio de alumnos, practicas no laborales o servicios de voluntariado. En estos casos, se puede superar este periodo de tiempo sin que sea necesario solicitar un permiso de residencia. De hecho, la estancia de los estudiantes en nuestro país no se considera “residencia legal” a efectos de una posible adquisición de la nacionalidad por esta vía²⁶⁵.

B) La prórroga de la estancia

Como hemos adelantado, la estancia puede ser prorrogada en determinados supuestos, sujeta al cumplimiento de los requisitos que establece la ley. El procedimiento varía según sea una prórroga de estancia sin visado o una prórroga del visado de corta duración²⁶⁶. En el primer caso, el extranjero, que no necesita visado, puede solicitar una prórroga hasta el límite de los noventa días. En el caso de ser denegada, dicha denegación debe ser motivada y notificarse formalmente al interesado. En cualquier caso, el extranjero debe acreditar que dispone de medios económicos para el periodo de prórroga, que posee un seguro médico y ofrecer garantías de retorno a su país de procedencia o de admisión en un tercer Estado de destino. Los subdelegados y delegados del Gobierno y el Comisario General de Extranjería y Fronteras pueden prorrogar la situación de estancia de estos ciudadanos extranjeros²⁶⁷. En los casos en que sea necesario visado, la prórroga no puede ser superior a los noventa días en un periodo de seis meses. Por lo tanto, solo es posible solicitar la prórroga si la duración del visado inicial tenía una duración inferior a tres meses.

(Badajoz). Según constaba en autos, cuando fue sorprendida la recurrente en España hacía menos de tres meses que se encontraba en nuestro país, por lo que no cabía entender ni que su estancia fuera irregular, ni que la conducta fuese sancionable. En la sentencia se reconoció que, conforme al régimen legal, al momento de ser sorprendida la recurrente, no solo cabía entender que se encontraba en situación de estancia en España, sino que además podría haber solicitado, en su momento, una prórroga de la misma o, en su caso, y como se afirmó en la demanda, solicitar el permiso de residencia a la vista de la convivencia con ciudadano español. La misma sentencia determinó que esas peticiones se frustraron por la actuación sancionadora anticipada y que debían entenderse contrarias al derecho fundamental a la presunción de inocencia regulado en el artículo 24 de la Constitución. Por todo ello, se procedió a anular la resolución impugnada.

²⁶⁵ José María ESPINAR VICENTE y Montserrat GUZMÁN PECES, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 169.

²⁶⁶ De conformidad con los artículos 30.3 y 30.4 LOEX y 32, 33, 34 RLOEX.

²⁶⁷ Esta norma tiene la excepción de los pasaportes diplomáticos, oficiales o de servicio por razones de cortesía internacional, cuyas prórrogas son concedidas por la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios, según recoge el artículo 34.4 RLOEX.

La prórroga se extinguirá por el transcurso del plazo para el que fue concedida o por hallarse el extranjero en alguna de las causas de prohibición de entrada en España²⁶⁸.

Existen dos situaciones de infracción vinculadas a la permanencia irregular en España. La primera es la situación de retraso en la renovación de la autorización de estancia. Esta infracción es leve, ya que se establece que los extranjeros tienen un plazo de tres meses para proceder a la renovación de sus autorizaciones, sin incurrir, dentro de estos tres meses, en una permanencia irregular. En estos casos, la sanción sería una multa de hasta 500 euros. El segundo caso se produce cuando se ha superado el periodo de los tres meses y no se ha obtenido una prórroga de estancia, se carece de una autorización de residencia o se tiene caducada más de tres meses la autorización, y siempre que no se hubiera solicitado la renovación de la autorización en plazo, lo que da lugar a una permanencia irregular, suponiendo una infracción grave y pudiendo suponer una sanción de multa de 501 hasta 10.000 euros o la expulsión del territorio español [artículo 53.1.a) LOEX].

II. RÉGIMEN DE ESTANCIAS SUPERIORES A TRES MESES

1. Introducción

El derecho de residencia supone el derecho a residir en otro Estado miembro distinto del que se es nacional por un periodo superior a tres meses. Son residentes los extranjeros que se encuentran en España por un periodo superior a tres meses y sean titulares de una autorización para residir. Esta situación de residencia podrá ser temporal o de larga duración. El extranjero se encuentra en situación de residencia temporal cuando está autorizado a permanecer en España por un periodo superior a tres meses e inferior a cinco años.

La residencia temporal presenta diferencias según se aplique al no nacional el régimen europeo o el régimen de extranjería. Una vez más, el régimen europeo se asigna a los nacionales de los Estados miembros de la Unión y a sus familiares, así como a los ciudadanos del EEE y Suiza y a sus familiares, mientras que el régimen general o de extranjería se aplica al resto de los extranjeros²⁶⁹.

2. La residencia temporal para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

El derecho de residencia por un periodo superior a tres meses o residencia temporal es un derecho reconocido a los ciudadanos de la Unión, a los ciudadanos del EEE y Suiza,

²⁶⁸ Así lo establecen los artículos 4 y 11 RLOEX.

²⁶⁹ Todo ello de conformidad, nuevamente, con lo establecido en el RD 240/2007.

y a los miembros de su familia. Tanto la normativa europea, a través de la Directiva 2004/38, como la legislación española²⁷⁰ reconocen este derecho.

El beneficiario del derecho de residencia, conforme a la Directiva 2004/38, es todo ciudadano de la Unión que se traslade a o resida en un Estado miembro distinto del Estado del que es nacional, siempre y cuando cumpla una serie de requisitos.

La Directiva 2004/38 especifica qué categorías de ciudadanos de la Unión tienen derecho de residencia y distingue entre beneficiarios directos, es decir, ciudadanos de la Unión y asimilados que se trasladan a otro Estado miembro, y beneficiarios indirectos, es decir, los miembros de sus familias que les acompañen o se reúnan con ellos en el Estado miembro de acogida.

El derecho de residencia ya no es exclusivo de los trabajadores, como lo fue originariamente, sino que poco a poco se ha ido ampliando a otros grupos de personas. En la actualidad el derecho a circular y residir libremente se reconoce a los ciudadanos de la Unión al margen de su actividad, es decir, sean ciudadanos económicamente activos o inactivos. De este modo, cabe afirmar que el derecho de residencia reconoce a tres grupos de ciudadanos.

Primero, el derecho de residencia se reconoce a los trabajadores por cuenta propia o ajena, ciudadanos de la Unión, de un Estado parte del EEE y Suiza [artículo 7.1.a) Directiva 2004/38 y 7.1.a) RD 240/2007]. Este grupo se identifica con la llamada residencia lucrativa. Los ciudadanos de la Unión, del EEE y Suiza pueden residir en España trabajando por cuenta propia o ajena o realizando actividades económicas en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, sin que sea necesaria autorización alguna. Además, no se pueden adoptar medidas de expulsión por falta de recursos suficientes o por ser una carga para el sistema de asistencia social del país de acogida (artículo 9 bis 3 RD 240/2007).

En el segundo grupo, el derecho de residencia se reconoce a todo ciudadano de la Unión, del EEE y Suiza si dispone para sí y para los miembros de su familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España, así como de un seguro de enfermedad [artículo 7.1.b) Directiva 2004/38 y artículo 7.1.b) RD 240/2007]. La residencia no lucrativa, que es como se denomina a esta segunda modalidad de residencia temporal, abarca a personas que no se incluyen en la situación del grupo anterior, como pueden ser jubilados o personas con recursos económicos

²⁷⁰ De conformidad con el artículo 7 de la Directiva 2004/38, artículo 7 RD 240/2007 y artículo 30 bis LOEX. Tanto la Directiva como el Real Decreto se expresan en términos idénticos. La LOEX hace referencia a la autorización de residencia temporal, a los tipos de autorización y a su renovación.

suficientes que no necesitan desarrollar una actividad profesional o laboral, es decir, ciudadanos económicamente inactivos. En esta situación el derecho de residencia está supeditado a la tenencia de recursos suficientes, de modo que el ciudadano no suponga una carga para la Hacienda del Estado en el que reside y no tenga que acceder a la asistencia social de dicho Estado.

En tercer lugar, y con el objeto de que la libertad de circulación no se vea reducida, se ha reconocido también el derecho de residencia a los familiares, cualquiera que sea su nacionalidad, que acompañen o se reúnan con los ciudadanos de la Unión, del EEE y Suiza que hayan ejercido su derecho de libre circulación y residencia. Recordemos, en este sentido, que la Directiva 2004/38 determina los miembros de la familia que pueden beneficiarse de las libertades de entrada, circulación y residencia. Y que, a la vez, hace una distinción entre un primer grupo, formado por aquellos familiares que, a su vez, también son ciudadanos de la Unión, del EEE o de Suiza, y un segundo grupo, formado por aquellos familiares que no tienen la nacionalidad de uno de estos Estados. Igualmente, la Directiva hace una diferenciación entre los miembros de la familia nuclear y otros familiares. En el primer grupo se encuentra el cónyuge, la pareja, descendientes directos menores de veintiún años o a cargo, así como los ascendientes directos a cargo. Y en el segundo grupo se encuentra “cualquier otro miembro de la familia”, con independencia de su nacionalidad. En relación con estas categorías y los distintos regímenes jurídicos que se les aplican nos remitimos a lo señalado en el capítulo anterior.

3. La residencia temporal para los ciudadanos extranjeros

Conforme al artículo 45 RLOEX, se halla en la situación de residencia temporal el extranjero (nacional de un tercer Estado) que se encuentra autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, sin perjuicio de lo establecido en materia de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

Los extranjeros nacionales de un tercer Estado en situación de residencia temporal serán titulares de uno de los siguientes tipos de autorización:

- Autorización de residencia temporal no lucrativa.
- Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.
- Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
- Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.
- Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE.

- Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.
- Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.
- Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.
- Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo.

En relación con la residencia temporal de ciudadanos extranjeros y, más en concreto, sus familiares, debe tenerse en cuenta la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, que regula el derecho de reagrupación familiar. Esta Directiva regula la agrupación familiar, aunque no se aplica a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión, ni a todos los Estados miembros. Irlanda y Dinamarca no participaron en la adopción de esta regulación europea²⁷¹. Asimismo, en la transposición de esta norma a los ordenamientos nacionales no se ha impedido fijar condiciones más beneficiosas, pero sí más gravosas.

La Directiva 2003/86 se aplica al reagrupante que sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico (artículo 3.1).

Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia de los siguientes miembros de la familia:

- El cónyuge;
- Los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos;
- Los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento;
- Los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando este tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros

²⁷¹ Tal y como se indica en el Considerando 17, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Irlanda, anejo al TUE y al TCE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva ni están obligados ni sujetos por su aplicación. Por su parte, el Considerando 18 señala que, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TCE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva ni está obligada ni sujeta por su aplicación.

podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

En todos estos casos, los hijos menores citados deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados (artículo 4.1).

Además, los Estados miembros podrán autorizar la entrada y la residencia de los siguientes miembros de la familia (artículo 4.2):

- Los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen.
- Los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Finalmente, los Estados miembros podrán autorizar la entrada y la residencia de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud (artículo 4.3).

4. Clases de autorizaciones de residencia temporal y requisitos de acceso

En relación con los ciudadanos europeos, el artículo 20 TFUE reconoce el derecho a circular y residir en un Estado miembro al margen de la actividad que se vaya a desarrollar.

A pesar de ello, y como hemos adelantado, el régimen europeo distingue entre la situación del ciudadano económicamente activo y la del ciudadano económicamente inactivo, lo que supone una distinción entre residencia lucrativa y no lucrativa. La diferencia entre que la residencia sea lucrativa o no lo sea radica en el modo y finalidad de la permanencia de un no nacional en el Estado de acogida²⁷².

Esta distinción, que también se aplica a los nacionales de terceros Estados sometidos al régimen general de extranjería, da lugar a que los requisitos que se exigen varíen según

²⁷² Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros...*, cit., p. 257.

el beneficiario del derecho de residencia sea o no ciudadano de la Unión o nacional de un Estado parte del EEE o asimilado, o sea un miembro de su familia, y según el tipo de residencia, tal y como se recoge tanto en la normativa europea como en la española. Se analizan a continuación todas estas posibilidades.

A) *La residencia temporal lucrativa*

a) La residencia temporal lucrativa para los ciudadanos europeos y asimilados

La residencia temporal lucrativa se basa en el artículo 45 TFUE, donde se reconoce el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión como un derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión. MONEREO PÉREZ y ORTEGA LOZANO reconocen que dentro del mercado interior europeo este “derecho a trabajar no sería real en la práctica si al mismo tiempo no se garantiza la libertad económica - profesional básica de libertad de circulación y residencia”²⁷³.

La libertad de circulación supone la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. La libre circulación de los trabajadores implica también los siguientes derechos: responder a ofertas efectivas de trabajo; desplazarse libremente para este fin por el territorio de los Estados miembros; residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; y permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (artículo 45 TFUE y Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión)²⁷⁴.

En el caso de nuestro país, como adelantamos más atrás, el derecho a la libre circulación de los trabajadores ciudadanos de la Unión, del espacio EEE o asimilados, supone que pueden residir en España para trabajar, por cuenta propia o ajena o realizando actividades económicas en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, es decir, sin que sea necesaria una autorización para trabajar. Además, no se puede adoptar medida alguna de expulsión del ciudadano europeo o del EEE o miembros de su familia por falta de recursos suficientes o por ser una carga para el sistema de asistencia social del país de residencia²⁷⁵. Tampoco se podrá adoptar medida de expulsión en el caso de

²⁷³ José Luis MONEREO PÉREZ y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, “La libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, *La ley Unión Europea*, n.º 51, septiembre 2017, p. 3.

²⁷⁴ DOUE L 141/1 de 27 de mayo de 2011.

²⁷⁵ De conformidad con el artículo 7.1.a) y artículo 9.bis.3.a) RD 240/2007.

que se haya entrado en España con la intención de buscar un empleo, mientras se demuestre que se sigue buscando un empleo y que hay posibilidades reales de encontrarlo (son los conocidos como *jobseekers*)²⁷⁶. Y es que debemos entender que como un elemento fundamental de la libre circulación no solo la movilidad para trabajar en otro Estado Miembro, sino también para buscar empleo en el mismo²⁷⁷.

En este sentido destaca la sentencia *Ioannidis*²⁷⁸, en la que el TJUE determinó con claridad que, si bien los *jobseekers* no son trabajadores en el sentido del 45 TFUE, sí entran parcialmente dentro de su ámbito de protección, en todo lo que son ayudas de acceso al mercado laboral. Para CABEZA PEREIRO, puede afirmarse que la Unión concede un derecho limitado de residencia a los desempleados al objeto de buscar empleo en otro Estado miembro, pero sin que ese derecho implique el acceso a los beneficios sociales del artículo 7 de la Directiva 2004/38²⁷⁹.

El TJUE tiene establecido, por ejemplo en la sentencia *Bosman*²⁸⁰, que las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión tienen por

²⁷⁶ Según establece el artículo 9.bis.3.b) RD 240/2007.

²⁷⁷ Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, “Jobseekers’ residence rights and access to social benefits: EU Law and its implementation in the Member States”, *Online Journal on Free Movement of workers within the European Union*, n.º 7, 2014, p. 8.

²⁷⁸ Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2005, *Ioannidis*, as. C-258/04, ap. 38. El Sr. Ioannidis, de nacionalidad griega, llegó a Bélgica en 1994, una vez finalizados sus estudios de enseñanza secundaria en Grecia. Estos estudios fueron reconocidos y homologados en Bélgica. Años más tarde, el demandante obtuvo el diploma de graduado en kinesiterapia, y seguidamente se inscribió como demandante de empleo a tiempo completo en el *office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi* (ONEM). El Sr. Ioannidis presentó ante la ONEM una solicitud de subsidio de espera. El ONEM denegó la solicitud, dado que el Sr. Ioannidis no había finalizado sus estudios de enseñanza secundaria en un centro docente organizado, subvencionado o reconocido por una de las tres Comunidades de Bélgica, tal y como exigía la normativa belga. El demandante había solicitado una ayuda para jóvenes que buscan su primer empleo, y la normativa belga exigía como requisito que hubiera obtenido el diploma de educación secundaria en Bélgica -o, alternativamente, que fueras hijo de migrantes en Bélgica en ese momento-. Ioannidis no cumplía nada de eso. El TJUE señaló que tal medida era una discriminación indirecta, o sea, no discriminaba directamente por motivos de nacionalidad pero sí indirectamente, pues los requisitos impuestos eran mucho más fáciles para los belgas que para los nacionales de otro Estado miembro.

²⁷⁹ Jaime CABEZA PEREIRA, “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social Derecho social Internacional y Comunitario*, n.º 122, p. 26.

²⁸⁰ Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, as. C-415/93, aps. 94, 95 y 96. El Sr. Bosman, jugador profesional de fútbol de nacionalidad belga, estuvo empleado por el RCL, club belga de fútbol, en virtud de un contrato. Posteriormente, se celebró un contrato entre el RCL y el club de Dunquerque (francés). El Sr. Bosman interpuso una demanda contra el RCL porque, tras negarse a firmar un nuevo acuerdo económico con el club, fue inscrito en la lista de transferencias. Posteriormente, fueron suspendidos los dos contratos, impidiéndole jugar en toda la temporada. Paralelamente a la demanda principal presentó una demanda sobre medidas provisionales que tenía por objeto, en primer lugar,

objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en todo el territorio de la Unión, oponiéndose a que los Estados miembros adopten medidas nacionales que den lugar a situaciones desfavorables para los no nacionales.

Tal y como se puso de manifiesto en la sentencia *Terhoeve*²⁸¹, el TJUE determinó que las disposiciones que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados.

a') La condición de trabajador

Pero, ¿quién debe entenderse que es un trabajador? Un trabajador debe definirse como cualquier persona que, a favor de otra o bajo su dirección, ejerce actividades reales y efectivas, no marginales, tal y como las entiendan los Derechos nacionales, a cambio de una remuneración²⁸². A partir de esta noción básica, lo cierto es que la definición de trabajador es una cuestión complicada y ha dado lugar a numerosas situaciones problemáticas. El mismo TJUE ha delimitado la condición de trabajador a través de su jurisprudencia.

solicitar que se le abonara una cantidad de dinero hasta que encontrase un nuevo empresario; en segundo lugar, que se prohibiera a las demandadas obstaculizar su libertad de contratación, y, en tercer lugar, que se planteara al TJUE una cuestión prejudicial.

²⁸¹ Sentencia del TJUE de 26 de enero de 1999, *Terhoeve*, as. C-18/95, ap. 39. El Sr. Terhoeve, nacional neerlandés, residió y trabajó en el Reino Unido, cotizando según normativa nacional. Más adelante, el interesado trasladó su residencia a los Países Bajos y tuvo la condición de contribuyente residente en dicho Estado a efectos de la percepción del impuesto sobre la renta. El Sr. Terhoeve fue objeto de varias liquidaciones combinadas, presentando contra estas en primer lugar una reclamación y posteriormente un recurso. El Sr. Terhoeve alegó que se producía una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, en el sentido de que los emigrantes y los inmigrantes que habían de pagar cotizaciones más elevadas eran principalmente nacionales de los demás Estados miembros. Sin entrar en la cuestión del carácter discriminatorio, el TJUE afirmó que la normativa nacional suponía una vulneración a la libertad de circulación de trabajadores en la medida en que “podría disuadirse al nacional de un país comunitario de abandonar el Estado miembro en el que reside para ejercer una actividad por cuenta ajena, en el sentido del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro si se le impusiera el pago de cotizaciones sociales superiores que en el caso de que mantuviese su residencia en el mismo Estado miembro durante todo el año, sin disfrutar, no obstante, de prestaciones sociales adicionales que compensasen dicho incremento”(apartado 40).

²⁸² Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros...*, cit., p. 329.

Sobre las actividades por cuenta ajena realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio, el TJUE, en sus sentencias *Lawrie-Blum*²⁸³ y *Collins*²⁸⁴, determinó que lo característico de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución²⁸⁵.

Además, en la sentencia *Lawrie-Blum*, el TJUE determinó que un profesor en período de prácticas que realice, bajo la dirección y la supervisión de las autoridades escolares públicas, un servicio de formación preparatorio para la profesión docente durante el cual desarrolle actividades impartiendo clases y reciba una remuneración, debía considerarse trabajador en el sentido del artículo 48.1 TCEE (actual artículo 45 TFUE), cualquiera que fuera la naturaleza jurídica de la relación de empleo. El hecho de que el profesor en prácticas tuviera una remuneración menor que la de un profesor ordinario fue considerado irrelevante por el TJUE. El TJUE se decantó por una interpretación amplia del concepto trabajador en defensa del efecto útil del principio de libre circulación²⁸⁶.

²⁸³ Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, as. C-66/85, ap. 17, 21, 22, 27 y 29. La Sra. Lawrie-Blum, de nacionalidad británica, interpuso un recurso para que se revocara la denegación de su condición de profesora en periodo de prácticas por no tener la nacionalidad alemana. La demandante alegó que era contraria a las normas comunitarias que prohíben todo tipo de discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso al empleo. A juicio de la Administración alemana, al profesor en prácticas nombrado funcionario a título revocable no podía considerarse trabajador en el sentido del artículo 48 TCEE (actual artículo 45 TFUE).

²⁸⁴ Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, as. C-138/02, ap. 26. El Sr. Collins nació en los Estados Unidos y tenía la nacionalidad americana e irlandesa. El demandante tuvo una estancia en el Reino Unido durante la cual trabajó a tiempo parcial y de manera ocasional en bares y en el sector de la venta, tras lo cual regresó a los Estados Unidos. Pasados unos años el Sr. Collins volvió al Reino Unido con el fin de encontrar un empleo en el sector de los servicios sociales y solicitó el subsidio para demandantes de empleo, pero este le fue denegado. El Sr. Collins recurrió, pero se confirmó la resolución denegatoria por la entidad responsable afirmando que no podía considerarse residente habitual en el Reino Unido porque, por una parte, esta residencia no se había prolongado durante un tiempo considerable y, por otra, no era un trabajador a efectos del Reglamento 1612/68 (actual Reglamento 492/2011), ni tampoco tenía derecho a residir en dicho Estado miembro en el sentido de la Directiva 68/360 (actual Directiva 2004/38), porque no podía establecerse relación alguna entre las actividades laborales y la búsqueda de otro empleo realizada más de diecisiete años después de poner fin a aquellas. El TJUE alegó que, al no existir un vínculo suficientemente estrecho con el mercado laboral del Reino Unido, la situación del Sr. Collins en 1998 podía compararse a la de cualquier nacional de un Estado miembro que busca un primer empleo en otro Estado miembro.

²⁸⁵ En el mismo sentido se manifestó el TJUE en la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, *Comisión/Países Bajos*, as. C-542/09, ap. 68; y en la Sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2003, *Petersen*, as. C-544/11, ap. 30.

²⁸⁶ Camelia TOADER y Andrei FLOREA, “Free movement of workers and the European citizenship”, *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, n.º 3, 2011, p. 24.

En sentido contrario, en la sentencia *Trojani*²⁸⁷ el TJUE puso de manifiesto que una persona que trabaja en un centro de acogida con una retribución mayoritariamente en especie no puede considerarse trabajadora a estos efectos.

Ahora bien, en relación con los trabajos precarios el TJUE ha señalado en varias sentencias, como *Levin*²⁸⁸ o *Nolte*²⁸⁹, que el hecho de que la remuneración obtenida por trabajos precarios sea inferior al mínimo exigido para la subsistencia no priva de la condición de trabajador, incluso cuando el trabajador recurra a las ayudas sociales del Estado en el que esté residiendo.

Además, con motivo de la sentencia *Kempf*²⁹⁰, el TJUE consideró que no puede excluirse de los beneficios de la libre circulación a una persona que ejerza una actividad

²⁸⁷ Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, as. C-456/02, ap. 29. El litigio surgió entre el Sr. Trojani y el *Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, debido a la negativa de este último a conceder al primero la renta mínima de subsistencia. El Sr. Trojani, nacional francés, había realizado una estancia en Bélgica. Durante ese periodo de tiempo fue acogido en un hogar del Ejército de Salvación y, a cambio de alojamiento y algo de dinero para sus gastos personales, efectuó diversos trabajos durante cerca de treinta horas semanales en el marco de un proyecto individual de reinserción socioprofesional. En esta situación solicitó la prestación correspondiente, siéndole denegada alegando que no tenía la nacionalidad belga ni la calidad de trabajador según la normativa nacional. El TJUE determinó que el demandante no estaba incluido dentro del ámbito de aplicación de los artículos 43 TCE (actual artículo 49 TFUE) y 49 TCE (actual artículo 56 TFUE) y, por otro lado, que únicamente podía reivindicar un derecho de residencia en calidad de trabajador, en el sentido del artículo 39 TCE (actual artículo 45 TFUE), si la actividad por cuenta ajena que ejerciera presentara un carácter real y efectivo.

²⁸⁸ Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 1982, *Levin*, as. C-53/81, ap. 18. La Sra. Levin, de nacionalidad británica y esposa de un nacional de un país tercero, solicitó un permiso de residencia en los Países Bajos. Dicho permiso le fue denegado, de acuerdo con la legislación neerlandesa, basándose en que, entre otros motivos, la Sra. Levin no ejercía ninguna actividad profesional en los Países Bajos y, por lo tanto, no podía considerársela un “ciudadano privilegiado de la CEE” a efectos de dicha legislación. La demandante recurrió alegando que había empezado a ejercer una actividad por cuenta ajena en los Países Bajos y que, en todo caso, ella y su cónyuge disponían de bienes e ingresos más que suficientes para atender a su mantenimiento, aun sin trabajar.

²⁸⁹ Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 1995, *Nolte*, as. C-317/93, ap. 19. El litigio surgió entre la Sra. Nolte y la *Landesversicherungsanstalt Hannover* debido a la anulación de la decisión mediante la que dicha institución denegó la solicitud de jubilación y concesión de una pensión de invalidez, presentada por la demandante. La Sra. Nolte trabajó cotizando al seguro obligatorio. Por dedicarse a cuidar de sus hijos y ocupar después empleos menores, ya no pagó cotizaciones obligatorias. Con posterioridad, la Sra. Nolte ocupó otro empleo menor. La demandante sufrió una grave enfermedad, de modo que ya no pudo ejercer una actividad regular retribuida. La autoridad competente denegó dicha solicitud porque durante los sesenta últimos meses anteriores a su invalidez, la Sra. Nolte no acreditaba treinta y seis meses de cotización por un empleo sujeto al seguro obligatorio.

²⁹⁰ Sentencia del TJUE de 3 de junio de 1986, *Kempf*, as. C-139/85, aps. 9, 13 y 14. El Sr. Kempf, de nacionalidad alemana, trabajaba en los Países Bajos como profesor de música a tiempo parcial. A su vez, solicitó y obtuvo durante el mismo período una prestación complementaria. Debido a una incapacidad laboral por causa de enfermedad, el Sr. Kempf obtuvo posteriormente unas prestaciones de la seguridad

por cuenta ajena real y efectiva a tiempo parcial por el simple hecho de que trate de complementar la remuneración percibida por dicha actividad, inferior al mínimo necesario de subsistencia, con otros medios lícitos de vida. El hecho de que la persona trabajadora deba complementar sus ingresos por debajo del umbral de subsistencia con subsidios públicos no impide que sea considerado trabajador. El TJUE insistió en la interpretación amplia que debe darse a los términos “trabajador” y “actividad por cuenta ajena” a los efectos de la libre circulación de trabajadores, en tanto que uno de los fundamentos de la Unión.

Asimismo, el TJUE determinó, en las sentencias *Bernini*²⁹¹ y *Ninni-Orasche*²⁹², que el hecho de que se trate de un trabajo de corta duración no excluye por sí mismo la consideración como trabajador.

Igualmente, el TJUE se pronunció en la sentencia *N.*²⁹³. El TJUE recordó su jurisprudencia anterior conforme a la cual el concepto de trabajador del artículo 45

social. Con posterioridad, solicitó un permiso de residencia en los Países Bajos para poder ejercer allí una actividad por cuenta ajena. Dicho permiso se le denegó. El interesado interpuso un recurso que fue igualmente rechazado, por no gozar de la condición de nacional comunitario privilegiado en el sentido de la normativa neerlandesa en materia de extranjería, puesto que había recurrido a fondos públicos neerlandeses y no estaba, por ello, de forma manifiesta, en situación de cubrir sus necesidades con los ingresos obtenidos de su actividad por cuenta ajena.

²⁹¹ Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1996, *Bernini*, as. C-3/90, ap. 29. El litigio se entabló entre la Sra. M.J.E. Bernini, y el Ministro neerlandés de Educación y Ciencia sobre una petición de ayuda económica. La Sra. Bernini, de nacionalidad italiana, residía en los Países Bajos desde los dos años de edad. La demandante siguió una formación profesional en los Países Bajos, donde trabajó. Años más tarde, emprendió estudios de arquitectura en la Universidad de Nápoles (Italia) y presentó una solicitud de financiación de sus estudios a la Administración neerlandesa. Esta solicitud fue denegada, así como la reclamación dirigida contra esta denegación, alegándose fundamentalmente que la Sra. Bernini no podía ser asimilada a un nacional neerlandés a los efectos del régimen de financiación porque no residía en los Países Bajos, sino en Italia. Sin embargo, un nacional neerlandés que estudiara arquitectura en la misma Universidad italiana que la Sra. Bernini habría tenido derecho a obtener la financiación de sus estudios con arreglo a la normativa controvertida.

²⁹² Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, *Ninni-Orasche*, as. C-413/01, ap. 32. La Sra. Ninni-Orasche, de nacionalidad italiana y casada con un austriaco, era residente en Austria y titular de un permiso de residencia que le permitía acceder a empleos por cuenta propia o ajena y ejercerlos en el territorio austriaco en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. La Sra. Ninni-Orasche ejerció en Austria una actividad por cuenta ajena de corta duración. Posteriormente, concluyó sus estudios de enseñanza secundaria en Italia. Años después, inició sus estudios en Austria solicitando una beca de estudios. Varias denegaciones dieron lugar a recurrir la decisión. El último órgano jurisdiccional consideró que, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, era preciso determinar si la Sra. Ninni-Orasche había adquirido la condición de trabajadora. A este respecto, se preguntó si el empleo de corta duración desempeñado por esta podía considerarse una actividad real y efectiva que le confiriera la condición de trabajadora de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en la materia.

TFUE, tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión y no debe interpretarse en sentido restrictivo (apartado 33). En este caso se denegó una ayuda de manutención consistente en una beca de estudios a un ciudadano de la Unión por considerarlo exclusivamente estudiante, ya que entró en el territorio del Estado miembro de acogida con la intención principal de cursar estudios, a pesar de que ejercía también allí una actividad por cuenta propia.

b') La pérdida de la condición de trabajador

En el apartado anterior se ha explicado cuál es la condición de ciudadano trabajador, pero, ¿qué ocurre en los casos en los que el ciudadano pierda la condición de trabajador?

²⁹³ Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, *N.*, as. C-46/12. En este caso un ciudadano de la Unión entró en Dinamarca y días después empezó a trabajar como trabajador por cuenta ajena. Con fecha anterior a su entrada al país, solicitó que se le admitiera en la *Copenhagen Business School* solicitando posteriormente una ayuda a la formación. Esta ayuda a la formación le fue denegada. El demandante interpuso un recurso contra dicha decisión, alegando su condición de “trabajador” en el sentido del artículo 45 TFUE y su derecho a una ayuda a la formación. El órgano jurisdiccional remitente estimó que los artículos 7.1.c) y 24.2 de la Directiva 2004/38 debían interpretarse en el sentido de que la persona a la que se considera estudiante no tiene derecho a beca alguna ni siquiera si igualmente se la puede calificar de “trabajador”. Dio importancia al hecho de que el artículo 7.1.c) de dicha Directiva definía un estudiante como aquella persona que esté matriculada en un centro público o privado, “con la finalidad principal de cursar estudios”. El demandante había entrado en Dinamarca con la intención de estudiar, ya que había solicitado su admisión en el centro de formación antes de su entrada. En estas circunstancias, el *Ankenævnet for Statens Uddannelsesstøtte* decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debió interpretarse el artículo 7.1.c) de la Directiva 2004/38 [...], en relación con el artículo 24.2 de la Directiva, en el sentido de que, cuando un Estado miembro aprecia si una persona debe considerarse trabajador con derecho a una ayuda de manutención por estudios, ese Estado (el Estado miembro de acogida) puede tener en cuenta la circunstancia de que esa persona entró en su territorio principalmente para seguir en él una formación con el efecto de que el Estado miembro de acogida no esté obligado a pagarle la ayuda sobre la base del artículo 24.2?”. El TJUE hizo las mismas consideraciones sobre la obligación de interpretar el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 en sentido restrictivo y de conformidad con las disposiciones de los Tratados, incluidas las relativas a la ciudadanía de la Unión. A su vez, el TJUE recordó que el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 dispone que ningún Estado miembro está obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención por estudios, incluidos los de formación profesional, consistentes en becas o préstamos de estudios, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, las personas que mantengan dicho estatuto o los miembros de sus familias. En la sentencia el TJUE determinó que tal excepción no era oponible a las personas que habían adquirido un derecho de residencia permanente ni a los “trabajadores por cuenta ajena, [a los] trabajadores por cuenta propia, [a las] personas que mantengan este estatuto o [a los] miembros de sus familias.

Como regla general, la Directiva 2004/38²⁹⁴ y la normativa española²⁹⁵ establecen que la condición de trabajador debe mantenerse durante el periodo que dura la residencia, pudiendo los órganos competentes comprobar esta circunstancia de manera específica, pero no sistemática. Sin embargo, esta norma general tiene dos excepciones, el caso del demandante de empleo y el caso del trabajador incapacitado (artículo 7.3 RD 240/2007). De esta forma, la condición de trabajador se mantendrá en los siguientes cuatro casos.

Primero, si el trabajador sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente. Junto a la situación de enfermedad o accidente debe incluirse otra situación como es el caso del embarazo, según estableció el TJUE en la sentencia *Saint Prix*²⁹⁶. El TJUE se pronunció sobre la interpretación del concepto de trabajador, en el caso de una mujer embarazada, a efectos del artículo 45 TFUE y del artículo 7 de la Directiva 2004/38.

El TJUE señaló que el concepto de “trabajador” a efectos del artículo 45 TFUE debe interpretarse en sentido amplio y que la Directiva 2004/38 no puede limitar el alcance de dicho concepto. Al interpretar la Directiva, el TJUE consideró que la situación de la demandante no podía asimilarse a la de una persona que sufra una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad, conforme a lo previsto en su artículo 7.3.a), en la medida en que el embarazo no está relacionado con una enfermedad. En este sentido, el TJUE consideró que una mujer que deja de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto mantiene la condición de “trabajadora”, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo.

²⁹⁴ Conforme establece el artículo 7.3 Directiva.

²⁹⁵ De conformidad con el artículo 9 bis.1 RD 240/2007.

²⁹⁶ Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2014, *Saint Prix*, as. C-507/12, ap. 47. El litigio se produjo entre la Sra. Saint Prix y el Secretario de Estado de Trabajo y Pensiones del Reino Unido, en relación con la denegación a la primera por parte del segundo de un complemento de ingresos. La Sra. Saint Prix, de nacionalidad francesa, llegó al Reino Unido donde estuvo trabajando, principalmente como profesora de apoyo. Posteriormente se matriculó en una institución educativa para obtener un título en educación. Entretanto se quedó embarazada, y se inscribió en una empresa de trabajo temporal con la esperanza de encontrar trabajo en centros de enseñanza secundaria. Al no haber ningún puesto disponible en la enseñanza secundaria, estuvo trabajando temporalmente en escuelas infantiles. La demandante tuvo un parto prematuro y tres meses después del nacimiento de su hijo, la Sra. Saint Prix se reincorporó al trabajo. El órgano jurisdiccional remitente se plantea si una mujer que temporalmente deja de trabajar debido a su embarazo debe considerarse “trabajadora” a los efectos de la libre circulación de trabajadores consagrada en el artículo 45 TFUE y del derecho de residencia reconocido en el artículo 7 de la Directiva 2004/38.

Segundo, si habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo.

En el caso del ciudadano demandante de empleo, no se puede adoptar contra él ninguna medida de expulsión, salvo por razones de orden público o seguridad pública. Tanto la Directiva europea 2004/38 como la normativa española, RD 240/2007, exponen que no podrá ser expulsado del territorio español el ciudadano extranjero que pueda demostrar que está buscando un empleo y que tiene posibilidades de encontrarlo. Aunque los Estados miembros sí pueden establecer un periodo máximo de búsqueda de empleo, por ejemplo, de seis meses, tal y como se manifestó en la sentencia *Antonissen*²⁹⁷.

En esta sentencia, el TJUE amparó la condición de trabajador de un ciudadano belga que se encontraba en situación de demandante de empleo en el Reino Unido mientras acreditara que estaba buscando un empleo y tenía posibilidades de encontrarlo. El litigio se entabló entre el Sr. Antonissen, de nacionalidad belga, y el *Secretary of State for Home Affairs*, que había decidido expulsarle del territorio del Reino Unido. El demandante fue condenado a penas de prisión por posesión ilegal de cocaína y por posesión de dicha droga con ánimo de revenderla. El demandante no había encontrado empleo todavía cuando se le concedió la libertad condicional, de modo que se ordenó su expulsión con base en la normativa británica que autorizaba al *Secretary of State* a expulsar a nacionales extranjeros cuando su expulsión fuera “conforme al interés público”. El Sr. Antonissen interpuso un recurso contra la mencionada resolución y alegó que, al ser nacional comunitario, debía beneficiarse de la protección que establecía la Directiva 64/221 (actual Directiva 2004/38). Ante la desestimación de su recurso, el Sr. Antonissen apeló, lo que permitió al tribunal británico competente plantear una cuestión prejudicial, en la que se preguntó al TJUE si la legislación de un Estado miembro podía disponer que ordenara que un nacional de otro Estado miembro abandonase el territorio del primero si no había conseguido un empleo transcurridos seis meses desde que fue admitido en el mencionado territorio.

La jurisprudencia del TJUE ha reconocido que aquellas personas que hayan perdido su condición de trabajador, por haber perdido su empleo, se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE. Según esta jurisprudencia, tal como el TJUE recuerda en los asuntos *Vatsouras*²⁹⁸ y *Prete*²⁹⁹, les resultan de aplicación las

²⁹⁷ Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1991, *Antonissen*, as. C-292/89, ap. 22.

²⁹⁸ Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y otros*, as. ac. C-22/08 y C-23/08, ap. 36.

²⁹⁹ Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2012, *Prete*, as. C -367/11, aps. 22 y 23. La Sra. Prete, de nacionalidad francesa, cursó sus estudios secundarios en Francia, donde obtuvo el bachillerato profesional. Posteriormente, se casó con un nacional belga y se instaló con él en Bélgica. El año siguiente,

disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores, siempre que busquen realmente empleo.

El TJUE determinó que el Derecho de la Unión confiere a los nacionales de los Estados miembros, en particular, el derecho a circular libremente por el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo. De este modo, los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro están comprendidos en el ámbito de aplicación de este derecho y, por consiguiente, tienen derecho a la igualdad de trato.

Igualmente, el TJUE volvió a concluir que, en el marco del artículo 45 TFUE, debe considerarse “trabajador” a la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador. El TJUE reiteró que cuando alguien pierde la condición de trabajador sigue estando bajo el amparo del artículo 45 TFUE.

Tercero, si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses.

Cuarto, si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

la Sra. Prete se inscribió en el ONEM como demandante de empleo y presentó ante esta institución una solicitud de subsidio de espera. El ONEM rechazó la solicitud debido a que la Sra. Prete no había cursado al menos seis años de estudios en un centro docente sito en Bélgica antes de la obtención de su diploma de estudios secundarios. El recurso interpuesto por la Sra. Prete contra dicha resolución fue estimado por el *tribunal du travail de Tournai*, el cual, mediante sentencia, reconoció a favor de la interesada el derecho al subsidio de espera. El ONEM recurrió en apelación dicha sentencia, la cual fue modificada. Dicho órgano jurisdiccional declaró que la Sra. Prete no tenía derecho al subsidio de espera. La Sra. Prete interpuso recurso de casación ante la *Cour de cassation*, alegando, entre otros extremos, que la sentencia dictada en apelación vulneraba los derechos que consagran a favor de los ciudadanos de la Unión.

c') Régimen jurídico aplicable a los trabajadores europeos y asimilados

Según establece el RD 240/2007, una vez acreditada la condición de trabajador, el no nacional, en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, estará obligado a solicitar personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretenda permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros (artículo 7.5 RD 240/2007).

Además, este Real Decreto establece, en su artículo 7.6, la documentación exigida para la solicitud de residencia por parte de los ciudadanos de un Estado miembro o de un Estado del EEE. Esta documentación consiste, en primer lugar, en la solicitud de inscripción, que deberá presentarse junto con el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante o, si está caducado, copia de este y de la solicitud de renovación. En segundo lugar, debe presentarse también la siguiente documentación, original y copia, en función de los supuestos en los que se encuentre el solicitante:

- En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, deberán aportar una declaración de contratación del empleador o un certificado de empleo. En todo caso, se admitirá la presentación del contrato de trabajo registrado en el correspondiente Servicio Público de Empleo o documento de alta, o situación asimilada al alta, en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, si bien no será necesaria esta documentación si el interesado consiente la comprobación de dichos datos en los Ficheros de la Tesorería General de la Seguridad Social [artículo 3.2.a) Orden PRE 1490/2012].

- En el caso de los trabajadores por cuenta propia, aportarán una prueba de que trabajan por cuenta propia. En todo caso, se admitirá la inscripción en el Censo de Actividades Económicas o la justificación de su establecimiento mediante la inscripción en el Registro Mercantil o el documento de alta o situación asimilada al alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, si bien no será necesaria la aportación de esta documentación si el interesado consiente la comprobación de dichos datos en los Ficheros de la Tesorería General de la Seguridad Social o de la Agencia Tributaria [artículo 3.2.b) Orden PRE 1490/2012].

b) La residencia temporal lucrativa para los miembros de la familia de los ciudadanos europeos y asimilados

Como hemos visto anteriormente, los ciudadanos de la Unión y sus familiares tienen derecho a residir temporalmente en otro Estado miembro como trabajadores por un periodo superior a tres meses. Para ello tienen la obligación de presentar una serie de documentación.

En el caso de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que sean ciudadanos de cualquier Estado miembro, además de presentar el documento de identidad o pasaportes válidos, deberán presentar todos aquellos documentos que acrediten la existencia de parentesco y que se exigen para entrar al Estado miembro de acogida.

La acreditación de la existencia de parentesco se hará mediante documento que acredite el vínculo matrimonial, de pareja registrada o de unión de hecho registrada; certificado de registro del ciudadano de la Unión al que acompañan o con el que van a reunirse posteriormente; prueba de descendencia o ascendencia directa y de dependencia respecto al ciudadano de la Unión³⁰⁰.

Sin embargo, para los miembros de la familia que no sean ciudadanos de la Unión, la normativa europea exige la obligatoriedad de solicitar y obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

El TJUE, en la sentencia *Carpenter*³⁰¹, hizo referencia a la libre circulación de los trabajadores y al respeto a la vida familiar. El TJUE declaró que el artículo 49 TCE (actual artículo 56 TFUE), a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar, debía interpretarse en el sentido de que se opone a que el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese mismo Estado, que presta

³⁰⁰ Así lo establece el artículo 8.5 de la Directiva 2004/38.

³⁰¹ Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, as. C-60/00, ap. 46. La Sra. Carpenter, de nacionalidad filipina, obtuvo un permiso de entrada como visitante en el Reino Unido por un período de seis meses. Permaneció en el Reino Unido finalizado dicho período y no solicitó una prórroga de su permiso de estancia. Posteriormente, se casó con el Sr. Peter Carpenter, nacional británico. La Sra. Carpenter solicitó un permiso de residencia en calidad de cónyuge de un nacional de dicho Estado, siendo denegada su solicitud y adoptándose, además, una decisión de expulsión. La Sra. Carpenter interpuso una reclamación contra la decisión de expulsión ante el *Immigration Adjudicator*, alegando que no podía ser expulsada porque disfrutaba de un derecho de residencia en el Reino Unido derivado del Derecho de la Unión. Sostuvo que su esposo debía desplazarse a otros Estados miembros, por motivos de trabajo, para prestar y recibir servicios, y podía hacerlo más fácilmente desde que ella se ocupaba de los hijos de aquel nacidos de una unión anterior, de modo que su expulsión restringiría el derecho de su esposo a efectuar y recibir las prestaciones de servicios.

servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembros, deniegue la residencia en su territorio al cónyuge, nacional de un país tercero, de dicho prestador.

El TJUE consideró que era desproporcionada la orden de expulsión y la denegación de residencia al cónyuge extracomunitario por la caducidad del visado. La expulsión del cónyuge del Estado miembro daría lugar a que la actividad profesional del ciudadano de la Unión quedase afectada y se restringiría la libertad para poder ejercer el derecho a la libre prestación de servicios en otro Estado miembro. En este caso, la expulsión del cónyuge de nacionalidad filipina obligaría al ciudadano europeo a separarse o a irse a vivir a Filipinas.

En el mismo sentido, en la sentencia *S y G*³⁰², se planteó también si las disposiciones de la Directiva 2004/38 y los artículos 20 TFUE, 21.1 TFUE y 45 TFUE debían interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro deniegue el derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva 2004/38, cuando este es nacional de dicho Estado miembro y reside en este mismo Estado, pero se traslada regularmente a otro Estado miembro en el marco de sus actividades profesionales.

El TJUE diferenció entre lo que se establece en la Directiva y lo que se deriva directamente del artículo 45 TFUE.

El TJUE declaró que las disposiciones de la Directiva 2004/38 no se oponen a que un Estado miembro deniegue el derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, cuando este es nacional de dicho Estado miembro y reside en este mismo Estado, pero se traslada regularmente a otro Estado miembro en el marco de sus actividades profesionales. En efecto, las disposiciones de esta Directiva solo confieren un derecho de residencia propio en favor

³⁰² Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2014, *S y G*, as. 457/12, aps. 34, 39, 46. La petición de cuestión prejudicial se presentó en el marco de dos litigios entre el *Ministervoor Immigratie, Integratie en Asiel* (Ministro de Inmigración, Integración y Asilo) y las Sras. S. y G., nacionales de terceros Estados y miembros de la familia de un ciudadano de la Unión de nacionalidad neerlandesa, relativos a la denegación por parte del *Minister* de un certificado de residencia legal en los Países Bajos en calidad de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión. La Sra. S., de nacionalidad ucraniana, consideró que tenía derecho a residir en los Países Bajos con su yerno por encargarse del cuidado de su nieto, ya que su padre viajaba a Bélgica, al menos una vez a la semana. Sin embargo, la solicitud de la demandante fue denegada alegando que su petición era infundada. A su vez, la Sra. G, de nacionalidad peruana, contrajo matrimonio con un ciudadano neerlandés, que viajaba con frecuencia a Bélgica. El matrimonio tenía un hijo en común y la demandante era madre de un niño que había sido acogido en la familia compuesta por ella y por el nacional neerlandés. El marido viajaba diariamente entre los Países Bajos y Bélgica.

del ciudadano de la Unión y un derecho de residencia derivado en favor de los miembros de su familia cuando dicho ciudadano ejerce su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad.

El TJUE estableció que el artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que confiere a un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, nacional de un tercer Estado un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que es nacional dicho ciudadano, cuando este reside en ese último Estado, pero se traslada regularmente a otro Estado miembro como trabajador en el sentido de dicha disposición, si su denegación tiene un efecto disuasorio del ejercicio efectivo de los derechos que el artículo 45 TFUE confiere al trabajador.

La jurisprudencia española ha tratado en numerosas ocasiones la cuestión de la denegación de la tarjeta de residencia de ciudadanos extranjeros. En este sentido destacó la decisión del TS, en su sentencia de 18 de julio de 2017, res. 1298/2017 (ponente: HUERTA GARICANO), donde confirmó que no cabía la concesión de la tarjeta de residencia a una ciudadana cubana al no cumplir las condiciones que se exigían para ello³⁰³.

c) La residencia temporal lucrativa para los ciudadanos extranjeros

Tal y como se desprende del artículo 36 LOEX, todo extranjero mayor de dieciséis años precisa de una autorización administrativa previa de trabajo para poder desarrollar cualquier actividad lucrativa. Esta autorización se concede automáticamente con la autorización de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condena o en otros supuestos excepcionales. La concesión de la autorización exige cumplir con la titulación exigida y, en su caso, la homologación de dicho título, así como la colegiación si fuese obligatoria. Además, debe acompañarse con un contrato de trabajo que garantice la actividad durante el periodo de vigencia que

³⁰³ ECLI:ES:TS:2017:2966. La demandante, de nacionalidad cubana, había visto denegada su solicitud de tarjeta de residencia temporal como familiar de ciudadano de la Unión por varias razones. Primero, la pareja registrada de la solicitante, también de nacionalidad cubana, no acreditó su condición de trabajador. Segundo, no se encontraba en ninguno de los supuestos previstos para mantener la condición de trabajador. Tercero, carecía de recursos suficientes para que no se convirtiera en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia. Y, finalmente, la solicitante no acreditó disponer de seguro de enfermedad público o privado que le proporcionase una cobertura en España, durante el período de residencia, equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud. El objeto del pleito consistió en comprobar la correcta aplicación de la causa de denegación de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión conforme al artículo 7 RD 240/2007. Se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria, por ser conforme a Derecho, en la medida en que no se cumplían ninguno de los requisitos que exige el artículo 7 del RD 240/07 para la obtención de dicha tarjeta.

de la actividad. Con carácter general, la eficacia de la autorización de residencia y de trabajo está supeditada a la afiliación y al alta del trabajador en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. Sin embargo, la autorización de residencia y de trabajo se denegará a aquellos extranjeros que se hubiesen comprometido a no retornar a España en un determinado plazo en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen.

La regla general antes descrita tiene excepciones, estando reguladas en los artículos 41 LOEX y 117 a 119 RLOEX.

En efecto, tanto el artículo 41 LOEX como el 117 RLOEX determinan que no será necesaria la obtención de un permiso de residencia para el ejercicio de las siguientes actividades:

- Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores.

- Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.

- El personal directivo y el profesorado extranjero de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.

- Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengán a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.

- Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados, para el ejercicio de la actividad informativa.

- Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.

- Los artistas que vengán a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.

- Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.

- Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y Administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales.

- Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad y mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

El artículo 118 RLOEX establece el procedimiento de solicitud y concesión del visado según el extranjero resida o no en España.

En el caso de que el extranjero no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a noventa días, deberá solicitar el correspondiente visado de residencia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia, acompañando a la solicitud la documentación que proceda para cada uno de los supuestos de excepción a la autorización de trabajo previstos en el artículo 117 RLOEX. La oficina consular verificará la excepción y tramitará el visado de residencia en el plazo de siete días. La ausencia de respuesta deberá considerarse como resolución favorable.

En el caso de que sea residente en España, el extranjero deberá solicitar el reconocimiento de la excepción y alegar que reúne las condiciones ante la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia donde se inicie la actividad, aportando la documentación que lo justifique. Esta solicitud se entenderá denegada si en el plazo de tres meses la Subdelegación o Delegación del Gobierno no se pronuncia sobre la misma. La Oficina de Extranjería podrá solicitar la presentación de la documentación adicional que se estime pertinente para acreditar que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 117 RLOEX, así como los informes que sean precisos a otros órganos administrativos.

La vigencia del reconocimiento de la excepción se adaptará a la duración de la actividad o programa que se desarrolle, con el límite máximo de un año en el reconocimiento inicial, de dos en la primera prórroga y de otros dos años en la siguiente prórroga, si subsisten las circunstancias que motivaron la excepción.

El hecho de haber sido titular de una excepción de autorización de trabajo no generará derechos para la obtención de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena.

El artículo 119 RLOEX hace referencia a los efectos del visado. Una vez recogido el visado, el trabajador extranjero tendrá el plazo de tres meses para entrar en España.

Un caso especial, que cuenta con una regulación propia basada en acuerdos de Derecho internacional, es el de los trabajadores turcos y sus familiares. Por su especial interés, merece destacar la actuación del TJUE en la sentencia *Yön*³⁰⁴, en la que tuvo que

³⁰⁴ Sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, *Yön*, as. C-123/17, aps. 68, 76, 77 y 79.

interpretar la cláusula de *standstill* establecida en el artículo 7 de la Decisión n.º 2/76 del Consejo de Asociación y en el artículo 13 de la Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación adoptadas ambas por el Consejo de Asociación instituido mediante el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, por la que se prohíbe a los Estados miembros y a la República de Turquía introducir nuevas restricciones a los requisitos de acceso al empleo aplicables a los trabajadores y a los miembros de su familia que residan y trabajen legalmente en su territorio.

En el presente caso, una nacional turca, esposa de un trabajador turco que residía legalmente en Alemania, había solicitado a las autoridades alemanas la expedición de un permiso de residencia temporal a efectos de reagrupación familiar. La solicitud había sido denegada debido a que, por un lado, la interesada no había demostrado los conocimientos lingüísticos requeridos por la legislación alemana y a que, por otro lado, había entrado en el territorio federal sin el visado exigido en una disposición nacional.

El TJUE precisó que una medida nacional que endurece los requisitos para la reagrupación familiar y afecta el ejercicio, por parte de los trabajadores turcos que residen legalmente en el Estado miembro de que se trate, de una actividad económica en el territorio de dicho Estado, constituye una nueva restricción, en el sentido del artículo 7 de la Decisión n.º 2/76, al ejercicio por parte de un nacional turco de la libre circulación de trabajadores en ese Estado miembro. Por consiguiente, está comprendida en el ámbito de aplicación material de dicha disposición.

El TJUE determinó que supeditar la expedición de un permiso de residencia a efectos de reagrupación familiar en favor de nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un trabajador turco que reside legalmente en el Estado miembro de que se trate, a la obtención por dichos nacionales, antes de entrar en el territorio nacional, de un visado a efectos de dicho reagrupamiento constituía una “nueva restricción”. Y si bien tal medida puede justificarse por razones imperiosas de interés general relativas al control eficaz de la inmigración y de la gestión de los flujos migratorios, únicamente podía admitirse si sus modalidades de aplicación no iban más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, es decir, controlar la legalidad de la residencia de los nacionales en Alemania mediante la posesión de un permiso de residencia para entrar y residir en Alemania a efectos de reagrupación familiar.

Sobre la exigencia de otros requisitos también se manifestó el TJUE en la sentencia *Dogan*³⁰⁵.

³⁰⁵ Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014, *Dogan*, as. C-138/13, ap. 39.

La demandante era una nacional turca y residente en Alemania que solicitó un visado para la reagrupación familiar con su marido, también nacional turco y que vivía en Alemania. El Sr. Dogan disponía de un permiso de residencia de duración determinada que posteriormente se transformó en un permiso de residencia de duración indefinida y dirigía una sociedad de responsabilidad limitada. La Sra. Dogan solicitó ante la Embajada de Alemania en Ankara (Turquía) la expedición de un visado a efectos de la reagrupación familiar de los cónyuges y de los hijos. A ese efecto presentó, en particular, un certificado del Instituto Goethe relativo a una prueba de idioma del nivel A1. Según la Embajada de Alemania, la demandante era, sin embargo, analfabeta y desestimó su solicitud por no haber acreditado el conocimiento de la lengua alemana. La demandante no impugnó esta decisión, pero el 26 de julio de 2011 presentó ante la misma Embajada una nueva solicitud de expedición de visado a efectos de reagrupación familiar, únicamente para ella misma, que fue denegada de nuevo. La Sra. Dogan estimó que poseía los conocimientos lingüísticos necesarios y, además, que la prueba del conocimiento de la lengua alemana vulneraba la interdicción de *reformatio in peius* derivada del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, e interpuso un recurso contra la decisión de la Embajada.

El TJUE determinó que el artículo 41.1 del Acuerdo de Asociación se oponía a una medida de Derecho nacional alemán introducida después de la entrada en vigor del Protocolo Adicional³⁰⁶. Esta norma imponía a los cónyuges de nacionales turcos residentes en Alemania que desearan entrar en su territorio a efectos de reagrupación familiar tener que probar previamente la adquisición de conocimientos lingüísticos elementales de la lengua oficial de ese Estado miembro, es decir, del idioma alemán. El TJUE consideró que dicha medida era contraria al Derecho de la Unión.

B) La residencia temporal no lucrativa

Los requisitos que se exigen para que se conceda la residencia temporal no lucrativa en el régimen aplicable a los ciudadanos europeos y asimilados están regulados en los artículos 7, 12 y 13 de la Directiva 2004/38 y en los artículos 7 y 9 bis del RD 240/2007.

³⁰⁶ Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas y celebrado, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad Económica Europea por el Reglamento (CEE) n° 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por el que se celebra el Protocolo Adicional, así como el Protocolo Financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor.

Los requisitos exigidos en este caso son los más estrictos, ya que el derecho de residencia se supedita a la suficiencia de recursos económicos para que el ciudadano europeo pueda residir “legalmente” en otro Estado de la Unión³⁰⁷. No obstante, los Estados miembros pueden incluir criterios más flexibles para que puedan ejercer su derecho de residencia los ciudadanos europeos y asimilados.

a) La residencia temporal no lucrativa para los ciudadanos europeos y asimilados

En línea con lo que indicamos más atrás, la normativa actual ha eliminado la exigencia anterior de que los ciudadanos europeos o asimilados tuvieran que estar en posesión de un permiso de residencia para poder residir en cualquier Estado miembro. Este requisito se ha sustituido por la obligación de registro ante las autoridades competentes del Estado miembro de acogida. BLÁZQUEZ PEINADO ya manifestó que la eliminación de este permiso, y su sustitución por el registro, era más acorde con el derecho de libre circulación y residencia reconocido en el artículo 18 TCCE y además recogía la jurisprudencia del TJUE³⁰⁸.

En efecto, la actual normativa europea suprimió el permiso de residencia para los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, los artículos 8.1 y 8.2 de la Directiva 2004/38 señalan que el Estado miembro de acogida podrá imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes. El plazo fijado para el registro no podrá ser inferior a tres meses a partir de la fecha de llegada. Se expedirá inmediatamente un certificado de registro que precise el nombre y dirección de la persona registrada y la fecha de registro.

La normativa europea reconoce que el Estado de acogida no está obligado a exigir el registro, sino que es una facultad discrecional. Pero, si el Estado miembro lo exige y el interesado no cumple dicho trámite, se le podrán imponer sanciones proporcionadas y no discriminatorias (artículo 8.2 Directiva 2004/38). Los Estados miembros solo podrán exigir para la expedición del certificado de registro, además de la presentación del documento nacional de identidad o del pasaporte válido, una declaración de que dispone de recursos suficientes y una prueba de que realmente dispone de ellos, así como prueba de que disponen de seguro médico (artículo 8.2 Directiva 2004/38).

³⁰⁷ Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros...*, cit., p. 258.

³⁰⁸ María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: La Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 233, septiembre/octubre 2004, p. 24, así como también, Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, “La transposición en derecho español ...”, cit., p. 611.

De conformidad con esta posibilidad brindada por la normativa europea, la normativa española determina que aquellos que pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro. Los nacionales de un Estado miembro de la Unión o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndoles expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro. El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad³⁰⁹.

A pesar de que, como hemos indicado, la normativa europea permite que el registro puede ser obligatorio si así lo decide el Estado miembro, esta exigencia administrativa no constituye un requisito para acceder al derecho a residir en dicho Estado. En este sentido, el TJUE, en la sentencia *Royer*³¹⁰, reconoció que el derecho fundamental y personal de residencia en otro Estado miembro ha sido otorgado directamente a los ciudadanos de la Unión por el TCEE y no depende de la obtención de la tarjeta de residencia.

³⁰⁹ Conforme a lo señalado en los artículos 3.3, 7.5 y 17.8 RD 240/2007 y artículo 213 RLOEX. Según el artículo 37.10 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, el no poseer el documento de identidad o la omisión negligente de la denuncia de su sustracción o extravío se considera una infracción leve.

³¹⁰ Sentencia del TJUE de 8 de abril de 1976, *Royer*, as. 48/75, ap. 52. Las cuestiones se suscitaron en el marco de un proceso penal seguido contra un nacional francés acusado de entrada y residencia ilegales en territorio belga y de proxenetismo. El acusado se reunió con su esposa, de nacionalidad francesa, en territorio belga sin respetar las formalidades administrativas. Las autoridades belgas solicitaron su expulsión del territorio nacional. Posteriormente, tras una breve estancia en Alemania, regresó a Bélgica para reunirse de nuevo con su esposa sin cumplir, una vez más, con los requisitos formales en materia de control de extranjeros, exigidos por las autoridades belgas. Con posterioridad, fue descubierto y detenido por la policía y se le notificó su expulsión basándose en que la conducta personal del Sr. Royer hacía pensar que su presencia constituía una amenaza para el orden público y que el interesado no había respetado los requisitos para la residencia de extranjeros y carecía del permiso de establecimiento. Una de las cuestiones planteadas al TJUE era si tal derecho a entrar y residir libremente en territorio de la Unión lo conferían directamente los tratados u otras disposiciones de Derecho de la Unión o si solo se adquiría por la obtención de una autorización de residencia concedida por la autoridad competente de un Estado miembro, por la que se reconocía la situación individual de un nacional de otro Estado miembro con respecto a las disposiciones de Derecho comunitario.

Junto a la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante, así como acreditación del cumplimiento de los requisitos exigibles para la inscripción en el Registro Central de Extranjeros³¹¹. En concreto, deberá presentarse una prueba de que cumple con las condiciones de poseer recursos económicos suficientes para no ser una carga para el Estado de acogida y el seguro médico.

a) El requisito de poseer un seguro de enfermedad

Tanto la normativa europea como la española reconocen la necesidad de disponer de un seguro de enfermedad para poder residir en cualquier Estado de la Unión por un periodo superior a tres meses.

En efecto, según hemos adelantado, se reconoce el derecho que todo ciudadano de la Unión tiene a residir en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si cuenta con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia [artículo 7.1.c) de la Directiva 2004/38 y artículo 7.1.b) RD 240/2007)].

Las personas que no ejerzan una actividad laboral en España deberán aportar un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione cobertura en España durante el periodo de residencia y que dicha cobertura sea equivalente a la que proporciona el Sistema Nacional de Salud. En el caso de los pensionistas acreditarán, mediante certificado, que tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado por el que perciben su pensión [artículo 3.c.1) Orden PRE/1490/2012].

El TJUE, en el asunto *Baumbast*³¹², analizó el ejercicio del derecho de residencia de un ciudadano y su familia, que disponían de un seguro médico suscrito en otro Estado

³¹¹ De conformidad con el artículo 3 de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

³¹² Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, as. C-413/99, ap. 93. La Sra. Baumbast, de nacionalidad colombiana, se casó en el Reino Unido con el Sr. Baumbast, de nacionalidad alemana. Su familia estaba compuesta por dos hijas, la mayor de las cuales, la Srta. María Fernanda Sarmiento, hija natural de la Sra. Baumbast, era de nacionalidad colombiana y la menor, la Srta. Idanella Baumbast, tenía la doble nacionalidad alemana y colombiana. Durante el período considerado, el Sr. y la Sra. Baumbast

miembro que, sin embargo, no alcanzaba a cubrir los cuidados médicos de urgencia prestados en el país de acogida. Por este motivo el Estado de acogida denegó al ciudadano en cuestión el ejercicio del derecho de residencia, sin haber valorado, conforme al principio de proporcionalidad, las circunstancias concurrentes en este caso. Para el TJUE esta decisión constituyó una injerencia desproporcionada en el ejercicio de este derecho.

GUERRERO PADRÓN afirma que la exigencia del seguro médico “evidentemente constituye otra limitación del derecho de libre circulación en la Unión”. Para la autora, la finalidad de esta condición es igualmente evitar que el ciudadano migrante inactivo derive en una carga para el erario del país miembro de acogida, al menos desde el plano asistencial sanitario³¹³.

b) El requisito de poseer recursos económicos suficientes

Si el ciudadano de la Unión no reúne la condición de trabajador será considerado ciudadano económicamente no activo y su condición de residente estará condicionada también a la tenencia de recursos económicos suficientes para no ser una carga para la Hacienda del Estado donde reside.

Para determinar si el ciudadano posee o no suficientes recursos económicos se valorará la situación personal del interesado. En este sentido, las *Orientaciones de la Comisión para una mejor transposición y aplicación sobre la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*³¹⁴ se ocupan expresamente

poseían una vivienda en el Reino Unido y sus hijas acudían a la escuela. No percibían ninguna prestación social y, puesto que estaban cubiertos por un seguro de enfermedad completo en Alemania, se desplazaban a este país cuando necesitaban recibir cuidados médicos. En mayo de 1995, la Sra. Baumbast solicitó un permiso de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido para ella y los demás miembros de su familia. En enero de 1996, el *Secretary of State* denegó la renovación de la tarjeta de residencia. Según costaba, el ciudadano alemán disponía de recursos suficientes, había trabajado y residido legalmente en el Estado miembro de acogida durante varios años, inicialmente como trabajador por cuenta ajena y después como trabajador por cuenta propia. Durante ese tiempo su familia había residido igualmente en el país de acogida y había permanecido en él incluso después de la finalización de sus actividades por cuenta ajena y por cuenta propia en dicho Estado. Tanto el ciudadano como los miembros de su familia no habían constituido una carga para el erario del Estado miembro de acogida.

³¹³ Thais GUERRERO PADRÓN, “El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de seguridad social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 49, 2018, p. 269.

³¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho*

del concepto de “recursos suficientes”, señalando que debe interpretarse a la luz del objetivo de la Directiva, que es facilitar la libre circulación, siempre que los beneficiarios del derecho de residencia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. De conformidad con estas *Orientaciones*, el primer paso para evaluar la existencia de suficientes recursos debería ser si el ciudadano de la Unión, y los miembros de su familia que derivan de él su derecho de residencia, cumplen los criterios nacionales para que se les conceda una prestación social básica. Según esta Comunicación, los ciudadanos de la Unión tienen suficientes recursos cuando el nivel de estos es superior al umbral por debajo del cual se concede la prestación social básica en el Estado miembro de acogida. Cuando este criterio no sea aplicable, deberá tenerse en cuenta la pensión mínima de la seguridad social.

La Directiva 2004/38 prohíbe a los Estados miembros establecer un importe fijo correspondiente a lo que consideran “recursos suficientes”, directa o indirectamente, por debajo del cual el derecho de residencia puede denegarse automáticamente. Las autoridades de los Estados miembros deben tener en cuenta la situación personal de la persona en cuestión y deberán aceptarse los recursos de una tercera persona. En este sentido el TJUE declaró, en la sentencia *Comisión/Bélgica*³¹⁵, que basta con que los nacionales de los Estados miembros dispongan de los recursos necesarios, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia.

En España se entenderán acreditados recursos suficientes cuando sean superiores al importe que cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, tal y como se establece en la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio. La valoración deberá realizarse de manera individual y teniendo en cuenta la situación personal y familiar del interesado³¹⁶. La acreditación de estar en posesión de recursos suficientes, sea por ingresos periódicos o por la tenencia

de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Documento COM (2009) 313 final, Bruselas 2.7.2009.

³¹⁵ Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2006, *Comisión/Bélgica*, as. C-408/03, aps. 40 y 41. La Comisión recibió diversas denuncias referentes a la legislación y la práctica administrativa belgas en lo que atañía, por un lado, a los requisitos de concesión de las autorizaciones de residencia y, por otro lado, a las órdenes de abandonar el territorio nacional adoptadas en relación con ciudadanos de la Unión. Especial situación fue la de la Sra. De Figueiredo, ciudadana portuguesa que llegó a Bélgica con sus tres hijas para reunirse con quien, desde hacía mucho tiempo, era su pareja, un nacional belga. Posteriormente, se notificó a la Sra. De Figueiredo una orden de abandonar el territorio por haber permanecido en Bélgica después de la fecha de expiración indicada en la declaración de entrada. Las autoridades belgas consideraron que la interesada no reunía el requisito de disponer de recursos suficientes, precisando que el compromiso de asunción de personas a cargo suscrito por su pareja no constituía una prueba de que ella dispusiese de recursos suficientes.

³¹⁶ Según se recoge en el artículo 3.2.c.2ª) de la Orden PRE/1490/2012.

de patrimonio, se efectuará mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho [artículo 3.2.c.2ª) Orden PRE/1490/2012].

b) La residencia temporal no lucrativa para los familiares de los ciudadanos de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro

Los familiares de los ciudadanos de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro están sujetos a la obligación de solicitar y obtener una “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión”.

El artículo 10 de la Directiva 2004/38 determina que, para la expedición de la tarjeta de residencia, los Estados miembros exigirán la presentación de los siguientes documentos. En primer lugar, se exigirá un pasaporte válido. Junto a ello será necesario aportar un documento que acredite la existencia de parentesco, vínculo familiar o de unión registrada. Además, habrá que presentar el certificado de registro o, a falta de sistema de registro, cualquier otra prueba de residencia en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión al que acompañen o con el que vayan a reunirse posteriormente. En los casos de descendientes menores de veintiún años o a cargo y de los ascendientes directos a cargo, habrá que justificar con una prueba documental esta circunstancia. En los casos de cualquier otro familiar, será necesario aportar cualquier documento expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia que certifique que están a cargo del ciudadano de la Unión o que vivían con él en ese país o la prueba de la existencia de motivos graves de salud que requieran estrictamente que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Y finalmente, en los casos de pareja, habrá que presentar la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de la Unión. Del mismo modo, la normativa española añade incluir tres fotografías tamaño carné [artículo 8.e) RD 240/2007].

En relación con los trámites administrativos para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, la Directiva 2004/38 (artículo 9.2) establece que el plazo para presentar la solicitud de la tarjeta de residencia no podrá ser inferior a tres meses desde la llegada al Estado de acogida. En línea con esta previsión, el RD 240/2007 establece que la solicitud de la “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión” deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, ante la oficina de Extranjeros de la provincia donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia, o en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente. El solicitante recibirá automáticamente un resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud de la tarjeta. Este resguardo será suficiente para acreditar su situación legal hasta la entrega de la tarjeta. Si observamos, el plazo para la expedición de la “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión” ha sido reducido

por la normativa española, ya que la Directiva 2004/38 señala seis meses (artículo 10 Directiva) y la normativa española determina tres meses (artículo 8.4 RD 240/2007).

Esta reducción del plazo y, sobre todo, los efectos de superarlo sin haber resuelto, no son cuestión baladí. De hecho, el TJUE en la sentencia *Diallo*³¹⁷ tuvo que aportar precisiones en cuanto al plazo en el que debe adoptarse y notificarse, en virtud del artículo 10.1 de la Directiva 2004/38, una decisión relativa a la expedición de una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión y a las consecuencias del incumplimiento del plazo establecido, es decir, a la posible generación de silencio administrativo.

El Sr. Diallo, nacional guineano, presentó, en su condición de ascendiente de un menor de nacionalidad neerlandesa domiciliado en Bélgica, una solicitud para obtener una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión. El Estado belga desestimó su solicitud y ordenó, además, al Sr. Diallo que abandonara el territorio. Posteriormente, las autoridades belgas competentes volvieron a adoptar una nueva decisión denegatoria, acompañada de una nueva orden de abandonar el territorio. En dicha decisión se indicaba, esencialmente, que el Sr. Diallo no había demostrado dentro de plazo que pudiera disfrutar de un derecho de residencia superior a tres meses en cuanto “miembro de la familia de un ciudadano de la Unión”. Más concretamente, el Estado belga consideró, por una parte, que el Sr. Diallo no había presentado pruebas de tener recursos suficientes y, por otra, que no había demostrado válidamente que su hijo, de nacionalidad neerlandesa, estuviera a su cargo o que tuviera atribuida efectivamente la custodia. Las autoridades belgas habían denegado su solicitud, notificándole su decisión seis meses y nueve días después de la presentación de la solicitud. Tras la anulación judicial de dicha decisión por falta de motivación, las autoridades belgas habían adoptado una nueva decisión denegatoria, casi un año después de la presentación de la solicitud.

En apoyo de su recurso, el Sr. Diallo alegó, en esencia, que, con arreglo al artículo 10.1 Directiva 2004/38, la decisión relativa a la solicitud de reconocimiento del derecho de residencia debe notificarse al solicitante en un plazo de seis meses desde la fecha de presentación de la solicitud y que el Derecho interno debe interpretarse de conformidad con esta exigencia. Asimismo, consideró que la concesión de un nuevo plazo de seis meses a la autoridad competente nacional, como consecuencia de la declaración de nulidad de la primera resolución, privaba de efecto útil al artículo 10.1 de la Directiva 2004/38.

³¹⁷ Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2018, *Diallo*, as. C-246/17.

El TJUE reconoció que el artículo 10.1 de la Directiva 2004/38 debía interpretarse en el sentido de que la decisión relativa a la solicitud de permiso de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión debe adoptarse y notificarse dentro del plazo de seis meses establecido en la citada disposición (apartado 43). No obstante, rechazó que la superación de dicho plazo generara un silencio administrativo positivo.

El TJUE precisó que las autoridades nacionales competentes tienen un plazo imperativo de seis meses desde la fecha de presentación de la solicitud de una tarjeta de residencia para tramitar la solicitud, adoptar una decisión, notificar esta decisión, ya sea positiva o negativa, y, en su caso, expedir la referida tarjeta de residencia al solicitante (apartados 32, 34, 38 y 39). El mismo Tribunal determinó que no puede expedirse la tarjeta a un nacional de un tercer país que no reúna los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38 para su otorgamiento (apartado 42).

En estas circunstancias, aunque nada impide que una normativa nacional establezca que el silencio de la Administración competente durante un período de seis meses a contar desde la presentación de la solicitud equivalga a una decisión denegatoria, los propios términos de la Directiva 2004/38 se oponen, en cambio, a que dicho silencio equivalga a una decisión de aceptación (apartado 51). Por lo tanto, las autoridades nacionales competentes no pueden estar obligadas a expedir de oficio una tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, si se sobrepasa el plazo de seis meses, sin comprobar previamente si el interesado reúne efectivamente los requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión (apartado 56).

El TJUE declaró, en lo referente a los efectos de la anulación judicial de decisiones por las que se deniegue la expedición de una tarjeta de residencia, que las autoridades están obligadas a adoptar una nueva decisión dentro de un plazo razonable que, en cualquier caso, no puede exceder del plazo establecido en el artículo 10.1 de la Directiva 2004/38 (apartado 57). En efecto, el principio de efectividad, así como el objetivo de celeridad inherente a la Directiva 2004/38, se oponen a que las autoridades nacionales recuperen automáticamente un nuevo plazo de seis meses tras la anulación judicial de una primera decisión por la que se denegó la expedición de una tarjeta de residencia (apartado 59). El TJUE subrayó, a este respecto, que tal inicio automático de un nuevo plazo de seis meses haría excesivamente difícil el ejercicio del derecho del miembro de la familia de un ciudadano de la Unión a obtener una decisión sobre su solicitud de tarjeta de residencia (apartado 62).

La normativa española establece, por su parte, que la expedición de la tarjeta de residencia se realizará de conformidad con los modelos que determinen las autoridades

competentes y previo abono de la tasa correspondiente, de conformidad con la legislación vigente de tasas y precios públicos, cuya cuantía será la equivalente a la que se exija a los españoles para la obtención y renovación del documento nacional de identidad (artículo 14.1 RD240/2007).

La resolución favorable tendrá efectos retroactivos, entendiéndose vigente la situación desde la fecha acreditada de entrada en territorio español. Esta tarjeta tendrá una validez de cinco años, desde la fecha de expedición o por el periodo previsto de residencia si es inferior a los cinco años. Esta tarjeta podrá caducar por las ausencias superiores a seis meses en un año, pero su vigencia no se verá afectada por las ausencias de mayor duración del territorio español en el caso de que estén causadas por el cumplimiento de las obligaciones militares, por cuestiones de embarazo y parto, grave enfermedad, estudios, formación profesional o traslado por cuestiones profesionales, como el traslado a otro Estado miembro o a un tercer país (artículo 14.1 y 14.3 RD 240/2007).

Cabe mencionar, finalmente, que el TJUE interpretó, en la sentencia *MRAX*³¹⁸, que los Estados miembros tienen la obligación de proporcionar las opciones para obtener la documentación o visados para la entrada y residencia en el territorio y que este mismo derecho se les reconoce tanto a los nacionales de los Estados miembros como a sus familiares. A su vez, reconoció que un Estado miembro no puede denegar en la frontera la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

c) La residencia temporal no lucrativa para los ciudadanos extranjeros

En España, el régimen de extranjería para la residencia no lucrativa está regulado por los artículos 30.bis y 31.2 LOEX y por los artículos 46 al 51 RLOEX.

³¹⁸ Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, as. C-459/99, ap. 62. El *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie* ASBL (*MRAX*) solicitó al *Conseil d'État* belga la anulación de la circular de los Ministros de Interior y de Justicia, de 28 de agosto de 1997, sobre el procedimiento de publicación de los edictos matrimoniales y sobre los documentos que deben aportarse para obtener un visado con objeto de contraer matrimonio en el Reino de Bélgica o para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero. En apoyo de su recurso, el *MRAX* alegó que dicha circular era incompatible con las directivas europeas en materia de desplazamiento y residencia dentro de la Unión. Alegó que la circular belga determinaba que no cabía admitir una solicitud de permiso de residencia del cónyuge de un nacional de un Estado miembro cuando se presentaba una vez caducado el documento, y que esto infringía el Derecho de la Unión.

La autorización de residencia para el ciudadano extranjero supone que, ya sea por sí mismo, ya sea por sus vínculos familiares, cuenta con recursos económicos suficientes para poder permanecer en territorio español y tiene cubierta la asistencia sanitaria, sin suponer una carga para el Estado de acogida ni para su sistema social. El tipo de autorización variará en función de las circunstancias en las que se encuentra el ciudadano extranjero.

La LOEX, en su artículo 31, exige como norma general los siguientes requisitos para conceder la autorización de residencia temporal. Primero, el extranjero no debe encontrarse irregularmente en territorio español. Además, el extranjero debe carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido previamente, por delitos contemplados en el ordenamiento jurídico español. Junto a ello, el extranjero no debe figurar como rechazable en los países con los que España tenga suscrito un convenio en tal sentido. Del mismo modo, el extranjero no debe figurar en la lista de no admisibles de Schengen. El extranjero tampoco puede padecer ninguna de las “enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005” (artículo 10 ROEX). Y, finalmente, el extranjero debe abonar las tasas que corresponda.

A estos requisitos generales, en el caso de la residencia no lucrativa, hay que añadir dos específicos. Primero, contar con un seguro de enfermedad, público o privado, con alguna entidad que opere en España y, segundo, contar con medios económicos suficientes. El extranjero tiene que acreditar disponer de recursos suficientes para sí y para su familia, tal y como se pone de manifiesto en la jurisprudencia española³¹⁹.

En relación con este requisito, la normativa española, artículo 47 apartados a y b RLOEX, determina que será necesario una cantidad mensual equivalente al 400% del IPREM para sostenimiento del extranjero y del 100% del IPREM para cada miembro de su familia. La disponibilidad de medios económicos suficientes se acreditará mediante la presentación de la documentación que permita verificar la percepción de ingresos periódicos y suficientes o la tenencia de un patrimonio que garantice dicha percepción de ingresos (artículo 47.3 RLOEX).

³¹⁹ Sentencia del TSJ de Madrid, de 9 de febrero de 2017, res. 90/2017 (ponente: FERNÁNDEZ GARCÍA), ECLI:ES:TSJM:2017:1314. La sentencia determinó que era conforme a Derecho la autorización de residencia temporal no lucrativa, porque se acreditaban recursos económicos suficientes durante la vigencia de la autorización inicial solicitada. En relación con esta idea, la sentencia del TSJ de Madrid, de 3 de marzo de 2015, res. 233/2015 (ponente: GARRIDO GONZÁLEZ), ECLI:ES:TSJM:2015:4413, aceptó como medio de prueba válido el saldo bancario. Por su parte, la sentencia del TSJ de Madrid, de 13 de febrero de 2015, res. 131/2015 (ponente: CANABAL CONEJOS), ECLI:ES:TSJM:2015:263, estableció que no es necesario poseer una vivienda en España para acreditar que se dispone de bienes suficientes.

El procedimiento, conforme al artículo 48 RLOEX, determina que el extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales o profesionales deberá solicitar, personalmente, el correspondiente visado, según el modelo oficial, en la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar otra misión diplomática u oficina consular en la que corresponda presentar la solicitud.

Una vez que se ha obtenido la autorización para residir en España de manera temporal, los extranjeros tendrán la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio (artículo 214 RLOEX). La comunicación deberá realizarse en el plazo máximo de un mes desde que se produjese el cambio o modificación y deberá ir acompañada de los documentos que acrediten dichos cambios. La omisión de esta obligación o su retraso supondría una infracción leve [artículo 52.a) LOEX], salvo que se tratase de una ocultación dolosa o falsedad grave en los datos, en cuyo caso supondría una infracción grave [artículo 53.c) LOEX].

La autorización de residencia se renovará, cuando así se solicite, por un periodo de dos años. La solicitud de renovación deberá solicitarla el extranjero en la Oficina de Extranjería competente durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presente dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en que se hubiese incurrido.

El artículo 51 RLOEX determina que para la renovación de una autorización de residencia temporal no lucrativa el extranjero solicitante deberá cumplir los siguientes requisitos: ser titular de una autorización de residencia temporal no lucrativa en vigor o hallarse dentro del plazo de los noventa días naturales posteriores a la caducidad de esta; contar con medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que corresponda la renovación, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional; contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España; tener escolarizados a los menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria durante la permanencia de estos en España; y haber abonado la tasa por tramitación del

procedimiento. Junto con la solicitud debe acreditarse que se reúnen los requisitos antes señalados.

En este sentido la jurisprudencia española ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones que la falta de recursos económicos puede producir la denegación de la renovación de la tarjeta. Ejemplo de ello fue la sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2021, res. 349/2021 (ponente: RODRÍGUEZ DE NOZAL)³²⁰. Además, el TS, en sentencia de 1 de febrero de 2019, res. 110/2019 (ponente: HUERTA GARICANO)³²¹, determinó que, en el caso de menores de edad, la renovación de autorización de residencia temporal no lucrativa solo se aplica a la primera renovación de la autorización obtenida, sin embargo, cuando se alcanza la mayoría de edad, se aplica el régimen general. Y que “las prestaciones públicas no son computables a efectos de determinar el nivel mensual de ingresos económicos exigibles para obtener la renovación de la autorización temporal de residencia no lucrativa”³²².

La renovación es discrecional, no es automática por el mero hecho de solicitarla y de cumplir con los requisitos generales. La Administración podrá valorar otros aspectos. Por tal motivo, junto a los requisitos antes establecidos, para la renovación se valorarán, en su caso, previa solicitud de oficio de los correspondientes informes, los siguientes datos (artículo 51.5 RLOEX). Primero, se estimarán los antecedentes penales, considerando la situación de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad. Del mismo modo, se tendrá en cuenta el incumplimiento de las obligaciones tributarias y en materia de seguridad social³²³. Además, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero,

³²⁰ ECLI:ES:TSJPV:2021:2812.

³²¹ ECLI:ES:TS:2019:220.

³²² Esta sentencia surgió por un recurso presentado contra la denegación de renovación de autorización de residencia temporal no lucrativa. El demandante, nacido en Tilouggite (Marruecos) y empadronado en Baracaldo desde el 28 de febrero de 2013, obtuvo (febrero de 2013), al llegar a la mayoría de edad y al amparo del artículo 197 RLOEX, la primera renovación de una autorización de residencia temporal no lucrativa que, como menor extranjero no acompañado bajo la tutela de la Diputación Foral de Vizcaya, se le había otorgado. El 14 de diciembre de 2015 solicitó segunda renovación de esa autorización de residencia temporal no lucrativa, adjuntando, entre otra, la siguiente documentación: 1. Informe favorable de esfuerzo de integración emitido por el Departamento de Empleo y Políticas Sociales; 2. Informe del Jefe de la Sección de Prestaciones, Ayudas y Valoración de la Diputación de Vizcaya, en el que constaba que el solicitante se encontraba incluido en el Programa Hemen, gestionado por "CEAR Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi". Igualmente, era perceptor de una ayuda especial para la Inclusión Social; 3. Certificación de CEAR en la que constaba, que estaba a la espera de que le avisen de algún curso. Además, constaba que asistía a clases de castellano, realizando entrevistas de seguimiento regulares con su educador. Llevaba empadronado en Vizcaya desde mayo de 2012, siendo perceptor de una ayuda para la inclusión social.

³²³ Sentencia del TSJ de Comunidad Valenciana, de 1 de junio de 2020, res. 454/2020, (ponente: NARVÁEZ BERMEJO). ECLI:ES:TSJCV:2020:1477. La sentencia confirmó la revocación del permiso de

acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia (artículo 51.6 RLOEX)³²⁴.

La resolución se notificará al interesado. En el supuesto de que la Administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, se entenderá que la resolución es favorable. En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución por la que se renueva la autorización, su titular deberá solicitar la renovación de la Tarjeta de Identidad de Extranjero (artículo 51.9 RLOEX).

C) La residencia para estudios

a) El régimen europeo

Los ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias disfrutan de los derechos de libre circulación del régimen de ciudadanos de la Unión, incluidos aquellos que los disfrutan por acuerdos de la Unión con terceros Estados: Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein, conforme a la Directiva 2004/38. En estos casos, deberán atenerse a lo previsto en el RD 240/2007.

Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia por un periodo superior a tres meses en el territorio de otro Estado miembro si está matriculado en un centro público o

residencia no lucrativa, por no cumplir con las obligaciones de hallarse al corriente en el pago de las obligaciones tributarias de acuerdo con el artículo 41.2.b) RLOEX, tal y como acreditaba el certificado expedido por la Agencia Tributaria.

³²⁴ Según establece el artículo 51.6 RLOEX, dicho esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información que podrá valorarse en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados. Por su parte, la sentencia del TSJ del País Vasco, de 15 de julio de 2019, res. 322/2019 (ponente: GARRIDO BENGOCHEA), ECLI:ES:TSJPV:2019:2172, confirmó la denegación de solicitud de autorización de residencia no lucrativa, ya que no constaba en autos que existiera un certificado que permitiera valorar el esfuerzo de integración social del recurrente. Finalmente, la sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2019, res. 255/2019 (ponente: ALBERDI LARIZGOITIA), ECLI:ES:TSJPV:2019:1747, desestimó el recurso contra la denegación de un permiso de residencia no lucrativa a un ciudadano marroquí que alegaba que el informe sobre el esfuerzo de integración emitido por la Administración autonómica carecía del contenido mínimo exigido por el artículo 51.6 RLOEX, entendiéndose el tribunal que concurría además un informe policial de carácter negativo al haber sido objeto de dos detenciones por robo con violencia e intimidación.

privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional. Además, debe contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España y garantizar a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado durante su período de residencia (artículo 7 Directiva 2004/38 y artículo 7 RD 240/2007).

En el caso de los estudiantes se estimará que cumplen esta condición si el estudiante cuenta con una tarjeta sanitaria europea con un periodo de validez que cubra todo el periodo de la residencia [artículo 3.d.1) Orden PRE/1490/2012].

b) El régimen de extranjería

Para los nacionales de terceros Estados hay una norma europea que no solo regula los estudiantes sino también los voluntarios, los jóvenes en prácticas y los jóvenes *au pair*. Nos referiremos a ellos como asimilados a los estudiantes, a pesar de que existen algunas particularidades en el régimen jurídico de unos y otros.

La Directiva 2016/801, de 11 de mayo de 2016, regula los requisitos de entrada y residencia, para periodos superiores a noventa días, de los nacionales de países terceros y sus familiares con fines de estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*³²⁵.

Con el objetivo de incorporar plenamente al ordenamiento español la Directiva 2016/801, se publicó el Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El

³²⁵ Directiva 2016/801 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*. DOUE L-132/21 de 5 de mayo de 2016. Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2021/1883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por la que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo. El punto 2.g) queda redactado de la siguiente manera: “La presente Directiva no se aplica a los nacionales de países terceros: que soliciten residir en un Estado miembro con fines de empleo de alta cualificación en el sentido de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo”.

Título III incluyó la modificación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, así como la modificación del RLOEX.

a) Definición

La Directiva 2016/801, en su artículo 3, define y diferencia el estudiante del alumno.

Se define al estudiante como aquel nacional de un país tercero que haya sido aceptado por una institución de enseñanza superior y sea admitido en el territorio de un Estado miembro para seguir, como actividad principal, un programa de estudios a tiempo completo que conduzca a la obtención de un título de educación superior reconocido en dicho Estado miembro (entre otros, diploma, certificado o doctorado en una institución de enseñanza superior). Ello puede incluir, también, un curso preparatorio a dicha educación superior, con arreglo al Derecho nacional, o unas prácticas de formación obligatorias.

Según este mismo artículo, se define como alumno aquel nacional de un país tercero que sea admitido en el territorio de un Estado miembro para cursar un programa de educación secundaria estatal o regional, reconocido equivalente al nivel 2 o 3 de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación, en el marco de un programa de intercambio de alumnos o proyecto educativo gestionado por un centro de enseñanza de conformidad con el Derecho nacional o la práctica administrativa nacional.

b) Ámbito de aplicación

La Directiva 2016/801 se aplica a los nacionales de países terceros que soliciten ser admitidos o que hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro con fines de investigación, estudios, prácticas o voluntariado en el Servicio Voluntario Europeo, actual Cuerpo Europeo de Solidaridad. Los Estados miembros podrán decidir asimismo si aplican las disposiciones de esta Directiva a los nacionales de países terceros que soliciten la admisión con el fin de participar en un programa de intercambio de alumnos, en un proyecto educativo, en un voluntariado distinto del actual Cuerpo Europeo de Solidaridad o para alguna colocación *au pair* (artículo 2.1)³²⁶.

³²⁶ El Programa europeo “Cuerpo Europeo de Solidaridad”, regulado en el Reglamento (UE) 2021/888 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se establece el Programa del Cuerpo Europeo de Solidaridad y se derogan los Reglamentos (UE) 2018/1475 y (UE) 375/2014. El Programa se basa en los puntos fuertes y las sinergias de los programas anteriores y existentes, en particular, del Servicio Voluntario Europeo, establecido por el Reglamento (UE) 1288/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el programa “Erasmus+”, de educación, formación, juventud y deporte de la Unión y por el que se derogan las Decisiones 1719/2006/CE, 1720/2006/CE y 1298/2008/CE (DO L 347 de 20.12.2013, p. 50), y la

Toda persona extranjera que desee cursar o ampliar sus estudios en España deberá ser titular de la correspondiente autorización de estancia por estudios. La autorización por estudios engloba diferentes supuestos vinculados al tipo de estudios que vayan a desarrollarse en España.

Podrá ser autorizado, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal realizar una de las siguientes actividades de carácter no laboral (artículo 33.1 LOEX):

- Cursar o ampliar estudios.
- Realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores regulado en el artículo 38 bis LOEX.
- Participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos.
- Realizar prácticas no laborales.
- Realizar servicios de voluntariado.

Conforme al artículo 37 RLOEX, que desarrolla el citado artículo 33 LOEX, será titular de una autorización de estancia el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días con el fin único o principal de llevar a cabo alguna de las siguientes actividades de carácter no laboral:

- Realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios.
- Realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores.
- Participación en un programa de movilidad de alumnos, para seguir un programa de enseñanza secundaria y/o bachillerato en un centro docente o científico oficialmente reconocido.
- Realización de prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada.
- Prestación de un servicio de voluntariado dentro de un programa que persiga objetivos de interés general.

iniciativa Voluntarios de Ayuda de la Unión, establecida por el Reglamento (UE) 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria (iniciativa Voluntarios de Ayuda de la Unión) (DO L 122 de 24.4.2014, p. 1).

c ') Requisitos

La admisión de un nacional de un país tercero en virtud de la Directiva 2016/801 estará sujeta a que, una vez comprobadas las pruebas documentales, quede demostrado que cumple con unos requisitos generales y con unos requisitos específicos (artículo 5 Directiva 2016/801).

Los requisitos generales, conforme al artículo 7 Directiva 2016/801, son los siguientes:

El nacional extranjero deberá presentar un documento de viaje válido, según disponga el Derecho nacional, y, si así se exige, una solicitud de visado o un visado válido o, en su caso, un permiso de residencia válido o un visado para estancias de larga duración válido; los Estados miembros podrán exigir que el período de validez del documento de viaje cubra al menos la duración de la estancia prevista.

En caso de que el nacional de un país tercero sea menor de edad conforme al Derecho nacional del Estado miembro en cuestión, será necesario presentar una autorización paterna o un documento equivalente para la estancia prevista.

Además, deberá, presentar documentos que prueben que el nacional de un país tercero ha suscrito o, si así lo exige el Derecho nacional, ha solicitado suscribir un seguro de enfermedad para todos los riesgos cubiertos normalmente para los nacionales del Estado miembro en cuestión; el seguro deberá ser válido para la duración de la estancia prevista. En este sentido, la normativa española, artículo 72 Real Decreto-Ley 11/2018, determina que es necesario disponer de un seguro médico.

Del mismo modo, si el Estado miembro así lo exige, el nacional extranjero deberá presentar la prueba del pago de las tasas exigidas.

Y finalmente, deberá presentar las pruebas que solicite el Estado miembro en cuestión de que el nacional de un país tercero podrá disponer durante la estancia prevista de recursos suficientes para cubrir los gastos de manutención sin recurrir al sistema de ayudas sociales del Estado miembro, así como el coste del viaje de regreso. La evaluación de los recursos suficientes se basará en un estudio individual de cada caso y tendrá en cuenta los recursos procedentes, entre otras fuentes, de subvenciones, ayudas y becas, un contrato de trabajo válido o una oferta de empleo en firme o una declaración de toma a cargo por una organización de un programa de intercambio de alumnos, una entidad de acogida de personas en prácticas, una organización de un programa de voluntariado, una familia de acogida o una organización mediadora en la colocación *au pair*. Entre los medios de prueba que pueden ser aportados y sin carácter exhaustivo se

encuentran, entre otras fuentes: medios propios o provenientes de familiares, subvenciones, ayudas y becas³²⁷.

Los Estados miembros podrán exigir al solicitante que facilite la dirección del nacional de un país tercero de que se trate en su territorio (artículo 7.2 Directiva 2016/801).

Por su parte, los requisitos específicos son los siguientes, debiendo distinguirse entre estudiantes, alumnos, personal en prácticas, voluntariado y quienes realizan un *au pair*.

En primer lugar, para el caso de los estudiantes, conforme al artículo 11 de la Directiva 2016/801, se exige:

- Que el nacional de un país tercero haya sido admitido en una institución de enseñanza superior con objeto de cursar un programa de estudios.
- Que se hayan abonado los derechos de matrícula exigidos por la institución de enseñanza superior, si así lo exige el Estado miembro.
- Que se posea un conocimiento suficiente de la lengua del programa de enseñanza que se va a cursar, si así lo exige el Estado miembro.
- Que se disponga de recursos suficientes para cubrir los costes de los estudios, si así lo exige el Estado miembro.

En segundo lugar, para el caso de los alumnos, conforme al artículo 12 de la Directiva 2016/801, se exige:

- Que el nacional del país tercero ni esté por debajo de la edad y el grado mínimos ni supere la edad y el grado máximos establecidos por el Estado miembro de que se trate.
- Que haya sido aceptado en un centro de enseñanza.
- Que participe en un programa educativo estatal o regional reconocido en el contexto de un programa de intercambio de alumnos o proyecto educativo gestionado por un centro de enseñanza de conformidad con el Derecho o la práctica administrativa nacionales.
- Que el centro de enseñanza o, en la medida en que así lo disponga el Derecho nacional, un tercero, acepte hacerse responsable del nacional de un país tercero durante la estancia en el territorio del Estado miembro en cuestión, en particular en lo que respecta al coste de sus estudios. El artículo 38.2.c).3 RLOEX establece que la organización de movilidad de alumnos tiene que hacerse responsable del alumno durante su estancia, en particular en cuanto al coste de sus estudios, así como los gastos de estancia y regreso a su país.

³²⁷ Instrucciones DGM 2/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801: Estudiantes.

- Que el nacional del país tercero se aloje durante su estancia con una familia o en un alojamiento especial dependiente del centro de enseñanza o, en la medida en que así lo disponga el Derecho nacional, en cualquier otra instalación que cumpla las condiciones fijadas por el Estado miembro en cuestión y elegida de acuerdo con las normas del programa de intercambio de alumnos o proyecto educativo en el que participe el nacional del país tercero. El artículo 38.2.c).4 RLOEX establece que el alumno debe ser acogido por una familia o institución durante su estancia, en las condiciones normativamente establecidas, y que habrá sido seleccionada por la organización responsable del programa de movilidad de alumnos en que participa.

Según las Instrucciones *DGM 2/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/80: Estudiantes*, para el caso de los estudios de idiomas en España, cuando se trate de cursos de lenguas oficiales o cooficiales en España para extranjeros, debe tratarse de Academias acreditadas por el Instituto Cervantes o por el organismo público análogo de la correspondiente lengua cooficial.

En tercer lugar, para el caso de los que realizan prácticas, conforme al artículo 13 de la Directiva 2016/801, se exige:

- Presentar un convenio de prácticas con una entidad de acogida, que contemple una formación teórica y práctica.
- Aportar pruebas de que se ha obtenido un título de educación superior en los dos años anteriores a la fecha de solicitud o de que se están realizando estudios que conducen a la obtención de un título de educación superior.
- Aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro, de que el nacional del país tercero dispondrá durante su estancia de recursos suficientes para cubrir los costes de las prácticas. Para el caso de España, la Disposición Adicional Decimoctava, apartado 4, letra d) de la Ley 14/2013 (introducida por el Real Decreto-Ley 11/2018) establece que el solicitante deberá acreditar que el extranjero dispondrá durante su residencia de seguro de enfermedad y de recursos suficientes.
- Aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro, de que el nacional del país tercero ha recibido o recibirá formación lingüística para disponer de los conocimientos necesarios para realizar las prácticas. La normativa española de transposición, es decir, el Real Decreto-Ley 11/2018, no establece nada a este respecto.
- Aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro, de que la entidad de acogida se hace responsable del nacional de un país tercero durante toda su estancia en el territorio del Estado miembro correspondiente, en particular en lo que respecta a los costes de manutención y alojamiento. El artículo 38.2.c).4 LOEX señala este

requisito para el caso de movilidad de estudiantes, sin embargo, para las prácticas solo se exige haber sido admitido para la realización de prácticas no remuneradas, sobre la base de la firma de un convenio, en una empresa pública o privada o en un centro de formación profesional reconocido oficialmente.

- Aportar pruebas, si así lo exige el Estado miembro, de que, si el nacional del país tercero es alojado durante toda su estancia por la entidad de acogida, el alojamiento cumple las condiciones fijadas por el Estado miembro en cuestión. La normativa española no establece nada a este respecto para el caso de las prácticas.

Los Estados miembros podrán exigir que las prácticas se efectúen en el mismo campo académico y al mismo nivel de cualificación que el título de educación superior o el programa de estudios (artículo 13.2 Directiva 2016/801). Así lo establece también la Disposición Adicional Decimoctava, apartado 4, letra c de la Ley 14/2013.

Los Estados miembros podrán exigir a la entidad de acogida que acredite que la persona en prácticas no está ocupando ningún puesto de trabajo (artículo 13.3 Directiva 2016/801). En aquellos supuestos en los que el extranjero queda vinculado con la entidad de acogida mediante un contrato de trabajo en prácticas, no se aplicará la situación nacional de empleo. Sin perjuicio de someterse a la regulación propia del trabajo en prácticas, este contrato deberá contener, al menos, el contenido previsto en este artículo para el convenio (Disposición Adicional Decimoctava, apartado 5, Ley 14/2013).

Los Estados miembros podrán exigir a la entidad de acogida que se comprometa por escrito a asumir, en caso de que una persona en prácticas permanezca ilegalmente en el territorio del Estado miembro de que se trate, el reembolso de los gastos relacionados con la estancia y el retorno sufragados mediante fondos públicos. La responsabilidad financiera de la entidad de acogida finalizará a más tardar seis meses después de la finalización del convenio de prácticas (artículo 13.4 Directiva 2016/801). La normativa española de transposición no establece nada a este respecto para el caso de las prácticas. Aunque sí exige como requisito que el solicitante deberá acreditar, para solicitar la autorización de residencia para prácticas, que se encuentra regularmente en España [Disposición Adicional Decimoctava, apartado 4.f) Ley 14/2013].

En cuarto lugar, para aquellos que realizan un voluntariado, conforme al artículo 14.1 de la Directiva 2016/801, parcialmente transpuesto en el artículo 38.2.e) ROEX, se exige:

- Presentar un convenio con la entidad de acogida o, en la medida en que así lo disponga el Derecho nacional, otro organismo responsable en el Estado miembro

en cuestión del programa de voluntariado en el que el nacional de un país tercero participe.

- Aportar pruebas, si el Estado miembro así lo exige, de que si el nacional de un país tercero es alojado durante toda su estancia por la entidad de acogida, el alojamiento cumple las condiciones fijadas por el Estado miembro en cuestión;
- Aportar pruebas de que la entidad de acogida o, en la medida en que así lo disponga el Derecho nacional, otro organismo responsable del programa de voluntariado, ha suscrito un seguro de responsabilidad a terceros por sus actividades.
- Aportar pruebas, si el Estado miembro así lo exige, de que el nacional de un país tercero ha recibido o recibirá una introducción básica al idioma, la historia y las estructuras sociales y políticas de dicho Estado miembro.

Los Estados miembros podrán fijar una edad mínima y otra máxima para los nacionales de países terceros que soliciten su admisión en programas de voluntariado, sin perjuicio de las normas del actual Cuerpo Europeo de Solidaridad (artículo 14.2 Directiva 2016/801).

A los voluntarios que participen en el actual Cuerpo Europeo de Solidaridad no se les exigirá presentar pruebas de que la entidad de acogida ha suscrito un seguro de responsabilidad a terceros por sus actividades [artículo 38.2.e).2º ROEX, *in fine*]; ni aportar pruebas, si el Estado miembro así lo exige, de que el nacional de un país tercero ha recibido o recibirá una introducción básica al idioma, la historia y las estructuras sociales y políticas de dicho Estado miembro (artículo 14.3 Directiva 2016/801).

Finalmente, para los que realizan *au pairs*, conforme al artículo 161 de la Directiva 2016/801, se exige:

- Presentar un acuerdo entre el nacional del país tercero y la familia de acogida, en el que se determinen los derechos y obligaciones del nacional del país tercero, en su condición de *au pair*, incluidos los pormenores referentes al dinero de bolsillo y las disposiciones para la asistencia a cursos del *au pair*, y el máximo de horas de las tareas familiares.
- Ser mayor de dieciocho años y menor de treinta. En casos excepcionales, los Estados miembros podrán autorizar la admisión como *au pair* de un nacional de un país tercero que supere el límite de edad máximo.
- Aportar pruebas de que la familia de acogida o una organización mediadora en la colocación *au pair*, en la medida en que el Derecho nacional así lo disponga, acepte hacerse responsable del nacional de un país tercero durante toda su estancia en el territorio del Estado miembro en cuestión, en particular en lo que respecta a los costes de estancia, alojamiento y riesgo de accidentes.

Los Estados miembros podrán exigir que el nacional de un país tercero que solicite su admisión como *au pair* aporte pruebas de un conocimiento básico de la lengua del Estado miembro de que se trate, o que ha terminado sus estudios secundarios, que posee una cualificación profesional o, en su caso, que cumple las condiciones para ejercer una profesión regulada, según disponga el Derecho nacional (artículo 16.2 Directiva 2016/801).

Del mismo modo, los Estados miembros podrán decidir que la colocación *au pair* se lleve a cabo exclusivamente por organizaciones mediadoras en la colocación *au pair* en las condiciones fijadas en el Derecho nacional (artículo 16.3 Directiva 2016/801). Igualmente, los Estados miembros podrán exigir que los miembros de la familia de acogida tengan una nacionalidad diferente a la del nacional de un país tercero que solicite su admisión para colocarse como *au pair* y que no tengan ningún vínculo familiar con el nacional de un país tercero (artículo 16.4 Directiva 2016/801).

La dedicación a las tareas como *au pair* no superará el máximo de 25 horas semanales. El *au pair* tendrá al menos un día a la semana libre de tareas como *au pair* (artículo 16.5 Directiva 2016/801). Y los Estados miembros podrán fijar una cantidad de dinero mínima que deberá abonarse al *au pair* en concepto de dinero de bolsillo (artículo 16.6 Directiva 2016/801). Para el caso de España, cabe aclarar que, a pesar de lo que dice su Disposición Final Primera, no se ha previsto nada en relación con los *au pair* en la normativa española de transposición (Real Decreto-ley 11/2018).

d') Causas de denegación

Se denegará la admisión a los nacionales de países terceros a los que se considere que representan una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la salud pública (artículo 7.6 Directiva 2016/801).

Además, los Estados miembros podrán denegar la solicitud en los siguientes casos (artículo 20 Directiva 2016/801):

- Cuando no se cumplan los requisitos generales o lo específicos establecidos para cada supuesto y a los que hicimos referencia más atrás.
- Cuando los documentos presentados hayan sido adquiridos fraudulentamente, falsificados o manipulados.
- Cuando el Estado miembro de que se trate únicamente permita la admisión por medio de una entidad de acogida aprobada y esta no lo esté.
- Cuando la entidad de acogida, otro organismo o la familia de acogida o la organización mediadora en la colocación *au pair* hayan dejado de cumplir sus

obligaciones legales en materia de seguridad social, fiscalidad, derechos laborales o condiciones de trabajo.

- Si procede, cuando la entidad de acogida o la familia de acogida que vaya a emplear al nacional del país tercero no cumplan las condiciones de empleo establecidas en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales en el Estado miembro de que se trate.
- Cuando la entidad de acogida, otro organismo o la familia de acogida o la organización mediadora en la colocación *au pair* hayan sido objeto de una sanción de conformidad con el Derecho nacional por trabajo no declarado o ilegal.
- Cuando la entidad de acogida se haya establecido u opere con la finalidad principal de facilitar la entrada de nacionales de países terceros que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.
- En su caso, cuando la actividad de la entidad de acogida esté siendo o haya sido liquidada en virtud del Derecho nacional sobre insolvencia, o no se esté realizando actividad económica alguna.
- Cuando el Estado miembro tenga pruebas o motivos serios y objetivos para determinar que el nacional de un país tercero residiría con fines distintos de aquellos para los que solicita la admisión.

e') Retirada y denegación de la renovación

De manera análoga a cuanto acaba de indicarse respecto a la denegación de la autorización, la normativa europea también prevé que los Estados miembros retirarán o, en su caso, denegarán la renovación de una autorización concedida a estudiantes, alumnos, personas en prácticas o personas que realizan un *au pair* en los siguientes casos (artículo 21 Directiva 2016/801). Estas causas son sustancialmente las mismas que las indicadas para los casos de denegación de la autorización, a las que, por tanto, nos emitimos, pero se añaden los siguientes:

- En el caso de los estudiantes, cuando se incumplan los límites temporales en lo que respecta al acceso a las actividades económicas, o cuando un estudiante no haga progresos suficientes en sus estudios conforme a lo dispuesto en el Derecho o en la práctica administrativa nacionales.
- Por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Sobre los visados y los estudiantes de terceros Estados, el TS se ha pronunciado en su jurisprudencia y ha indicado que la denegación del visado a un estudiante en el caso de que cumpla con los requisitos establecidos tiene que estar motivada. Asimismo, ha señalado que el hecho de que la concesión de un visado para estudios sea discrecional no permite la arbitrariedad de la Administración al valorar el cumplimiento de los

requisitos exigidos reglamentariamente, porque la discrecionalidad no puede servir para encubrir una resolución arbitraria³²⁸.

D) Situaciones laborales o profesionales especiales

a) Investigadores

Inicialmente, la Directiva 2005/71, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, definió las condiciones de admisión en los Estados miembros de investigadores de terceros países, por un período superior a tres meses, con el objetivo de llevar a cabo proyectos de investigación en el marco de convenios de acogida con organismos de investigación.

Una década después, se adoptó la Directiva 2016/801 con el objetivo de responder a las necesidades que se habían identificado en los informes de aplicación de las Directivas 2004/114³²⁹ y 2005/71³³⁰, y, específicamente, con el fin de subsanar las deficiencias detectadas, garantizar una mayor transparencia y seguridad jurídica y ofrecer un marco jurídico coherente a las distintas categorías de nacionales de países terceros que entran en la Unión. Para ello, la Directiva partía de la idea de que se debían simplificar y racionalizar las disposiciones aplicables a las distintas categorías, reuniéndolas en un único instrumento. La nueva Directiva derogó a las dos anteriores.

En España, con el fin de transponer las previsiones de la Directiva relativas a los investigadores, se procedió a modificar la autorización de residencia regulada en el artículo 72 de la Ley 14/2013 y a derogar el régimen especial de los investigadores que hasta entonces se regulaba en el artículo 38 bis LOEX y se desarrollaba en el Capítulo IV del Título IV RLOEX³³¹.

³²⁸ Cfr. la sentencia del TS de 13 de junio de 2011, rec. 5427/2007 (ponente: PERELLÓ DOMENECH), ECLI:ES:TS:2011:4078, y la sentencia del TS de 29 de octubre de 2008, rec. 3144/2005 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE), ECLI:ES:TS:2008:6201.

³²⁹ Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. DOUE L 375/12 de 23 de diciembre de 2004.

³³⁰ Directiva 2005/71/CE del Consejo de 12 de octubre de 2005 relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. DOUE L 289/15 de 3 de noviembre de 2005.

³³¹ Artículo tercero del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

a') Definición y ámbito de aplicación

Conforme al artículo 3 de la Directiva 2016/801, se define investigador como “un nacional de un país tercero titular de un doctorado o de una cualificación de educación superior adecuada que le permita acceder a programas de doctorado, seleccionado por un organismo de investigación y admitido en el territorio de un Estado miembro para llevar a cabo un proyecto de investigación para el que normalmente se requiere dicha cualificación”³³².

El artículo 37 RLOEX determina que será titular de una autorización de estancia el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días con el fin único o principal de llevar a cabo la realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, y tal y como señalamos con anterioridad, la Directiva 2016/801 se aplica a los nacionales de terceros países que soliciten ser admitidos o que hayan sido admitidos como investigadores.

b') Requisitos

Los artículos 7 y 8 de la Directiva 2016/801, determinan los requisitos generales y los específicos que se exigen para los investigadores. Los requisitos generales a los que hace referencia el artículo 7 de la Directiva 2016/801 son los mismos que se exigen para los nacionales de países terceros que solicitan ser admitidos con fines de estudios, prácticas, voluntariado colocación *au pair*, por lo que nos remitimos a lo ya indicado en el apartado de estudiantes.

Además de los requisitos generales establecidos en el artículo 7, por lo que respecta a la admisión de un nacional de un país tercero con el fin de ejercer actividades de investigación, el artículo 8 de la Directiva 2016/801 exige otros requisitos específicos, entre los que se incluye que el solicitante presentará un convenio de acogida o, si así lo dispone el Derecho nacional, un contrato de conformidad con el artículo 10 de la Directiva.

De conformidad con la norma española de transposición, para poder obtener una autorización de residencia para investigación-UE es necesario el cumplimiento de los requisitos generales establecidos por la Ley 14/2013 y recogidos en sus artículos 62 y 72.

³³² El artículo 72.2.a) de la Ley 14/2013 se expresa en términos idénticos al definir la figura del investigador.

De acuerdo con el artículo 62.3 Ley 14/2003, en los supuestos de visados de estancia, deberán acreditar además los requisitos previstos en el Código de visados, y en los supuestos de visados de residencia previstos en el Reglamento (UE) 265/2010, el solicitante deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- No encontrarse irregularmente en territorio español.
- Ser mayor de 18 años.
- Carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento jurídico español.
- No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.
- Contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España.
- Abonar la tasa por tramitación de la autorización o visado.

Además, el convenio de acogida, contrato de trabajo o documento que vincule al investigador con la entidad de investigación debe reunir el contenido mínimo del artículo 72.2.a) de la Ley 14/2013³³³.

c') Causas de denegación, retirada y denegación de la renovación

Cualquier decisión denegatoria de una solicitud tendrá en cuenta las circunstancias específicas del caso y respetará el principio de proporcionalidad (artículo 20 Directiva 2016/801). Las causas de denegación son las mismas que las indicadas para los estudiantes.

³³³ Tal y como dispone el artículo 72.2.a) Real Decreto 11/2018: Además de los requisitos generales del artículo 62, el solicitante de una autorización de residencia para investigación Unión deberá presentar un convenio de acogida o contrato de trabajo, que, sin perjuicio de los requisitos propios de la modalidad contractual de que se trate, incluirá los siguientes elementos: 1.º El título o propósito de la actividad de investigación o el ámbito de investigación. 2.º El compromiso, por parte del extranjero, de tratar de completar la actividad de investigación. 3.º El compromiso, por parte de la entidad de investigación, de acoger al extranjero con el fin de completar la actividad de investigación. 4.º La fecha inicial y final de la actividad de investigación o su duración estimada. 5.º Información, en su caso, sobre la movilidad prevista en otros Estados miembros. A los efectos de solicitar esta autorización, las cartas de invitación expresamente aceptadas por el investigador podrán ser consideradas como convenios cuando cumplan dicho contenido mínimo.

Conforme al artículo 21 de la Directiva 2016/801 los Estados miembros retirarán o, en su caso, denegarán la renovación de una autorización. En este sentido nos remitimos a lo señalado en el apartado de los estudiantes.

b) Trabajadores altamente cualificados

La Directiva 2021/1883 nació con el objetivo de establecer las condiciones de entrada y residencia durante más de tres meses en el territorio de los Estados miembros, así como los derechos, de los nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación y de los miembros de su familia. Igualmente regula las condiciones de entrada y residencia, así como los derechos, de los nacionales de terceros países y de los miembros de su familia en los Estados miembros distintos del primer Estado miembro que haya concedido una tarjeta azul-UE (artículo 1)³³⁴.

Junto a la normativa europea, la regulación de este grupo de trabajadores se encuentra en los artículos 38 ter LOEX, los artículos 85 al 96 del RLOEX y en el artículo 71 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

a) Definición y ámbito de aplicación

La Directiva 2021/1883, en su artículo 2.2, establece que el empleo de alta cualificación es el empleo de una persona que está protegida, en el Estado miembro de que se trate, como empleado en virtud del Derecho laboral nacional o de acuerdo con los usos nacionales, independientemente de su relación jurídica, a efectos del desempeño de un trabajo real y efectivo para otra persona o bajo la dirección de otra persona. Segundo, recibe una remuneración por dicho trabajo, y tercero, tiene las cualificaciones profesionales superiores requeridas.

Según el artículo 71 de la Ley 14/2013 de apoyo a emprendedores y su internalización, serán profesionales altamente cualificados los profesionales extranjeros para el

³³⁴ Directiva de 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo. DOUE L 382/1 de 28 de octubre de 2021. La tarjeta azul es una acreditación para los trabajadores altamente cualificados, es una autorización de residencia y trabajo temporal que permitirá residir y trabajar en todos los países de la Unión Europea a los nacionales de terceros países. Esta directiva ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales.

desarrollo de una relación laboral o profesional incluida en alguno de los siguientes supuestos.

Primero, personal directivo o altamente cualificado, cuando la empresa o grupo de empresas reúna alguna de las siguientes características. En primer lugar, que tenga un promedio de plantilla durante los tres meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud superior a 250 trabajadores en España, en alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. En segundo lugar, que tenga un volumen de cifra neta anual de negocios superior, en España, a cincuenta millones de euros; o volumen de fondos propios o patrimonio neto superior, en España, a cuarenta y tres millones de euros. En tercer lugar, que exista una inversión bruta media anual, procedente del exterior, no inferior a un millón de euros en los tres años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. En cuarto lugar, que se trate de una empresa con un valor del stock inversor o posición según los últimos datos del Registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa superiores a tres millones de euros. O, en quinto lugar, que pertenezca, en el caso de pequeñas y medianas empresas establecidas en España, a un sector considerado estratégico acreditado mediante informe de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.

Segundo, personal directivo o altamente cualificado que forme parte de un proyecto empresarial que suponga, alternativamente y siempre que la condición alegada en base a este supuesto sea considerada y acreditada como de interés general por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.

Y tercero, graduados, posgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio.

A su vez, el artículo 38 LOEX define al “profesional altamente cualificado” como aquel que acredite cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tenga un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación, relacionada con la actividad para cuyo desempeño se conceda la autorización. Por cualificación de enseñanza superior se entenderá aquella derivada de una formación de enseñanza superior, de duración mínima de tres años y que proporcione un nivel de cualificación necesaria para ejercer una profesión que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada.

Una vez que el extranjero ha obtenido la autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, esta autorización habilita la relación laboral para la que ha sido autorizado.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, la Directiva 2021/1883 se aplicará a los nacionales de terceros países que soliciten ser admitidos, o que hayan sido admitidos, en el territorio de un Estado miembro con fines de empleo de alta cualificación.

b') Requisitos para la obtención de la tarjeta azul

El artículo 5 de la Directiva 2011/1883 y el artículo 87 RLOEX determinan que el nacional de un tercer país que solicite una tarjeta azul deberá cumplimentar los siguientes requisitos.

Primero, será necesario presentar un contrato de trabajo válido o, conforme establezca el Derecho nacional, una oferta firme de empleo de alta cualificación para un período de seis meses como mínimo en el Estado miembro de que se trate.

En el caso de las profesiones no reguladas, será necesario presentar documentos que acrediten las cualificaciones profesionales superiores pertinentes para el trabajo que vayan a llevar a cabo. Y en el caso de las profesiones reguladas, hay que presentar documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Derecho nacional para el ejercicio, por parte de los ciudadanos de la Unión, de la profesión regulada especificada en el contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo, de conformidad con el Derecho nacional.

Segundo, será necesario presentar un documento de viaje válido, conforme establezca el Derecho nacional y, si fuese necesario, una solicitud de visado, un visado válido o, cuando proceda, un permiso de residencia válido o un visado de larga duración válido.

Tercero, habrá que aportar la prueba de que poseen o, si así lo establece el Derecho nacional, de que han solicitado un seguro de enfermedad frente a todos los riesgos que generalmente tienen cubiertos los nacionales del Estado miembro de que se trate para los períodos durante los que no disfruten de tal cobertura ni del derecho a las prestaciones correspondientes en relación con sus contratos de trabajo o derivadas de estos.

Los Estados miembros exigirán que se cumplan las condiciones en el marco del Derecho aplicable, las definidas en convenios colectivos o establecidas por los usos de los sectores profesionales pertinentes en relación con el empleo de alta cualificación.

Además de los requisitos antes señalados, hay que tener en cuenta que el importe del salario bruto anual resultante del salario mensual o anual especificado en el contrato de

trabajo o la oferta firme de empleo no deberá ser inferior al umbral salarial definido y publicado a estos efectos por los Estados miembros correspondientes.

Conforme a lo establecido por el artículo 87 RLOEX para la concesión de la tarjeta azul-UE es necesario cumplir unos requisitos relativos a la residencia y unos requisitos relativos a la actividad que vaya a desarrollar el ciudadano extranjero.

Los requisitos relativos a la residencia están establecidos en el artículo 62 de la Ley 14/2013 de apoyo a emprendedores y su internacionalización. Primero, que el extranjero no se encuentre irregularmente en territorio español. El extranjero deberá ser mayor de edad. Además, tiene que carecer de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español. El extranjero tampoco debe figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Del mismo modo, el extranjero tiene que contar con un seguro médico y recursos suficientes. Y, finalmente, debe de haber abonado la tasa por tramitación de la autorización o visado.

c') Causas de denegación

El artículo 7 de la Directiva 2021/1883 y el artículo 90 RLOEX determinan las causas de denegación de la tarjeta azul-UE, que son las siguientes.

En primer lugar, todo Estado miembro denegará las solicitudes de tarjeta azul-UE cuando no se cumpla lo dispuesto en el artículo 5, es decir, los criterios de la admisión: cuando los documentos presentados hayan sido obtenidos de manera fraudulenta, falsificados o adulterados, cuando se considere que el nacional de un tercer país interesado representa una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, o cuando la empresa del empleador se haya establecido o ejerza su actividad con el objetivo principal de facilitar la entrada de nacionales de terceros países.

Del mismo modo, se reconoce que todo Estado miembro podrá denegar las solicitudes de tarjeta azul-UE cuando las autoridades nacionales competentes concluyan que el puesto de trabajo vacante de que se trate podría cubrirse con mano de obra nacional o de la Unión, con nacionales de terceros países que residan legalmente en ese Estado miembro y que ya formen parte de su mercado laboral en virtud del Derecho nacional o de la Unión, o con residentes de larga duración en la Unión que deseen trasladarse a ese Estado miembro con fines de empleo de alta cualificación³³⁵.

³³⁵ A título meramente ejemplificativo cabe señalar algunas otras causas de denegación tales como: cuando el empleador haya incumplido las obligaciones legales en materia de seguridad social, fiscalidad,

De conformidad con lo anterior, la normativa española de transposición ha dispuesto que se podrá denegar la tarjeta azul cuando el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos doce meses por infracciones calificadas como graves o muy graves en la LOEX salvo la prevista en su artículo 53.1.d)³³⁶, o cuando haya sido sancionado por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000. Asimismo, también será causa de denegación cuando el empresario solicitante haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra los extranjeros, así como contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Y cuando conste un informe policial desfavorable.

La decisión por la que se deniegue una solicitud tendrá en cuenta las circunstancias específicas del caso y respetará el principio de proporcionalidad³³⁷.

d') Retirada y denegación de renovación

Según establece el artículo 93 RLOEX, la renovación deberá solicitarse, conforme al modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización. La presentación en plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presente dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.

derechos laborales o condiciones de trabajo O cuando el empleador haya sido sancionado por el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular, o por trabajo no declarado o empleo ilegal

³³⁶ Tal y como recoge el artículo 53.1 LOEX: “1. Son infracciones graves: d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley”.

³³⁷ Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2015, res. 1161/2015 (ponente: FERNÁNDEZ GARCÍA), ECLI:ES:TSJM:2015:14259. El TSJ declaró nula la resolución denegatoria de la Embajada de España en Abu Dhabi de un visado de residencia para profesionales altamente cualificados. La denegación se basaba en que se habían presentado alegaciones inexactas y mediante mala fe. El Tribunal determinó que la misión diplomática no razonaba de forma adecuada el criterio que justificaba la denegación.

La autorización se renovará por periodos bianuales. Transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia temporal y trabajo, esta se entenderá estimada. El órgano competente para conceder la autorización vendrá obligado, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo.

Notificada la resolución favorable, el extranjero deberá solicitar en el plazo de un mes la Tarjeta de Identidad de Extranjero, en la que se hará constar la leyenda “tarjeta azul”.

El artículo 8 de la Directiva y el artículo 93.4 de RLOEX determinan cuales son las causas de retirada o no renovación de la tarjeta azul-UE.

Todo Estado miembro retirará la tarjeta azul-UE o denegará su renovación cuando haya sido obtenida utilizando datos de manera fraudulenta, falsificados o adulterados; cuando el nacional de un tercer país de que se trate ya no esté en posesión de un contrato de trabajo válido para un empleo de alta cualificación; cuando el nacional de un tercer país de que se trate ya no esté en posesión de las cualificaciones o cuando el salario del nacional de un tercer país de que se trate haya dejado de cumplir el umbral salarial establecido³³⁸.

c) Trabajadores transfronterizos

Otra situación laboral especial es el caso de los trabajadores transfronterizos. El artículo 1.f) del Reglamento 2004/883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, define al trabajador transfronterizo como toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y que resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana. Se diferencia con el emigrante porque este realiza frecuentes idas y venidas entre el lugar de residencia y su lugar de trabajo³³⁹.

Si analizamos esta definición, son dos los elementos necesarios para considerar que estamos ante un trabajador transfronterizo. En primer lugar, el elemento territorial: trabajador desempeñando una actividad profesional en otro Estado miembro distinto al

³³⁸ Entre otras, también son causa de retirada o denegación de la renovación, las siguientes: si el empleador no ha cumplido sus obligaciones legales en materia de seguridad social, fiscalidad, derechos laborales o condiciones de trabajo, cuando el titular de la tarjeta resida en dicho Estado miembro con fines distintos de aquellos por los que estaba autorizado a residir.

³³⁹ Rafael VIRUELA, “Trabajadores fronterizos en Europa: Causas y consecuencias de un fenómeno en expansión”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2019, Vol. 9 (2), p. 332.

de su residencia. Y, en segundo lugar, un elemento temporal: el trabajador regresa a su domicilio con carácter diario o semanal.

En relación con el elemento temporal hay que tener en cuenta que el trabajador tiene que regresar a su domicilio con carácter diario o semanal. Para aquellos trabajadores que cruzan la frontera diariamente, no existe vinculación para la residencia. Sin embargo, sí ocurre para el caso de los que crucen la frontera semanalmente. Esta cuestión se tratará en el capítulo siguiente.

En relación con el elemento territorial, la Directiva 2007/74, del Consejo, de 20 de diciembre de 2007, relativa a la franquicia del IVA y de los impuestos especiales de las mercancías importadas por viajeros procedentes de terceros Estados, en su artículo 3.5 considera “zona fronteriza” una zona que no podrá exceder de quince kilómetros en línea recta a partir de la frontera de un Estado miembro y que incluye las circunscripciones administrativas locales cuyo territorio forma parte de esa zona; si bien los Estados miembros podrán establecer excepciones a esta norma. Y el artículo 3.6 define como “trabajador fronterizo” a “toda persona que, en razón de su actividad habitual, se deba desplazar en sus días de trabajo al otro lado de la frontera”.

Sin embargo, el Reglamento 2006/1931 del Consejo, de 16 de noviembre de 2009 sobre tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras, de manera sorpresiva, amplía la “zona fronteriza” con respecto a la normativa anteriormente comentada. Así, en su artículo 3 la define como una zona que no dista más de treinta kilómetros de la frontera. Los Estados afectados deberán especificar en sus acuerdos bilaterales a los que se refiere el artículo 13 los municipios que deban considerarse zona fronteriza. Si una parte de un municipio de este tipo está situada a más de treinta kilómetros de la línea fronteriza, pero a menos de cincuenta, se considerará, no obstante, parte de la zona fronteriza. Para ACOSTA SÁNCHEZ, no hay coherencia en relación con la extensión de dicha zona fronteriza, variando de los quince a los treinta y alcanzando los cincuenta kilómetros en el Reglamento 2006/1931. Y señala que sin atender a la situación específica de cada caso esto se podría resolver con un acuerdo bilateral entre los Estados miembros, a efectos de limitar o ampliar dicha “zona fronteriza” según sus intereses. Del mismo modo, señala que debería haber una mayor concreción normativa en el Reglamento 2006/1931³⁴⁰.

³⁴⁰ Miguel ACOSTA SÁNCHEZ, “Gibraltar, Trabajadores Fronterizos y Controles de Fronteras”, *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, n.º 2, 2016-2017, p. 104.

Como norma general se establece que el artículo 45 TFUE se aplica a los trabajadores transfronterizos y el TJUE ha señalado que estos trabajadores deben considerarse como beneficiarios de la libre circulación.

Para la obtención de una autorización de trabajo para trabajadores extranjeros transfronterizos por cuenta ajena deberán cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 183.2.a) RLOEX

En el plazo de un mes desde la notificación de la autorización, el trabajador tiene que ser dado de alta o darse de alta en la Seguridad Social y solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, siendo esta imprescindible porque le habilita para entrar y salir diariamente de España (artículo 183.4 RLOEX).

La autorización inicial coincidirá con la duración del contrato de trabajo, con el límite mínimo de tres meses y máximo de un año. La validez de la autorización está limitada al ámbito territorial de la Comunidad o Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador. Esta autorización puede ser objeto de sucesivas prórrogas como máximo de un año, sin el límite general de solo dos prórrogas, mientras continúen la actividad y los requisitos originarios que dieron lugar a la concesión. La autorización será denegada o se extinguirá por las razones generales y porque el trabajador deje de residir en una zona limítrofe. El hecho de haber sido titular de una autorización de trabajo transfronteriza no genera el derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo (artículo 184 RLOEX), de lo que se deduce que la autorización de trabajo transfronteriza no es una autorización de residencia.

5. El mantenimiento del derecho de residencia

Hemos analizado los requisitos que se exigen para poder tener el derecho de residencia en un Estado miembro. Recordemos que era necesario, para obtener el derecho de residencia superior a tres meses, ser trabajador por cuenta propia o ajena o disponer, para sí y para los miembros de su familia, de recursos económicos suficientes, y tener un seguro de enfermedad; o ser estudiantes (o categoría asimilada) y disponer de un seguro de enfermedad.

Como norma general se exige que, para mantener este derecho, se sigan manteniendo los requisitos que permitieron su concesión, es decir, se sigan manteniendo las condiciones establecidas para su adquisición. La Directiva 2004/38 determina que los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia gozarán del derecho de residencia siempre que se cumpla con las condiciones previstas, es decir, siempre que mantengan el cumplimiento de los requisitos establecidos. La misma norma reconoce que los

Estados miembros, en casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al mantenimiento del cumplimiento de estas condiciones, podrán comprobar si se siguen cumpliendo, aunque esta comprobación no podrá llevarse a cabo de manera sistemática (artículo 14.2 Directiva 2004/38).

Como se ha señalado anteriormente, uno de los requisitos exigidos es tener suficientes recursos económicos para no suponer una carga para el Estado de acogida. No obstante, en el caso de que no se cuente con suficientes recursos de manera sobrevenida, esto no supondrá una expulsión inmediata, pudiendo mantenerse el derecho de residencia en tanto no se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. La valoración de si supone o no una carga excesiva para el Estado se realizará conforme al principio de proporcionalidad, considerando la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida³⁴¹.

Igualmente, la Directiva 2004/38 establece una serie de garantías a favor de los familiares del beneficiario principal del derecho de residencia antes de la adquisición de su derecho de residencia permanente. Estas garantías son las que se han recogido también en la normativa española en el RD 240/2007 y en el RLOEX. De esta forma, tanto la Directiva como las normas españolas reconocen que existen circunstancias que no afectan al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de uno de los Estados miembros.

Como norma general, el derecho de estos ciudadanos no se verá afectado por circunstancias como ausencias temporales no superiores a seis meses al año; ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares; ni por una ausencia no superior a doce meses consecutivos por motivos como embarazo y parto, enfermedad grave, estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o un tercer país. Todo ello, siempre que cumplan con los requisitos generales exigidos para ejercer el derecho de residencia por un periodo superior a tres meses (artículo 11.2 Directiva 2004/38, artículo 10 RD 240/2007 y artículo 152 RLOEX).

Pero, ¿qué ocurre en el caso de fallecimiento, salida de España, divorcio, anulación del matrimonio o cancelación de la inscripción como pareja registrada del ciudadano del Estado miembro? La respuesta varía según se trate de familiares ciudadanos de la Unión

³⁴¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones de la Comisión para la aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas 2.7.2009. Punto 2.3.1.

(o asimilados) o familiares ciudadanos de terceros países. En el caso de los familiares europeos, esta ruptura puede afectar a la duración de su tarjeta de residente; sin embargo, podrán ejercer por ellos mismo el derecho a la libertad de circulación si cumplen con los requisitos establecidos. Para los familiares que sean nacionales de terceros Estados, en cambio, la pérdida del vínculo familiar implica su sometimiento a la normativa de extranjería.

A) Familiares regidos por el régimen europeo

a) Fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea

El fallecimiento de un ciudadano de la Unión no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia que tengan la nacionalidad de un Estado miembro. En este caso, los propios interesados tendrán que cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 7.1 apartados a), b), c) o d) de la Directiva 2008/34. Es decir, en el caso de ser trabajadores por cuenta propia o ajena, deben de disponer para sí y para los miembros de su familia de recursos suficientes para no suponer una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. O, en el caso de ser estudiantes, estar matriculados en un centro público o privado y contar con un seguro de enfermedad.

Asimismo, el fallecimiento del ciudadano de la Unión no supondrá una pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza (artículo 12.3 Directiva 2004/38 y artículo 9.3 RD 240/2007).

b) Salida del ciudadano de la Unión Europea

En el caso de que el ciudadano de la Unión abandone el territorio del Estado miembro de acogida, la salida no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia que tengan la nacionalidad de un Estado miembro. En este caso, nuevamente, los propios interesados tendrán que cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 7.1, apartados a), b), c) o d) de la Directiva 2008/34. Es decir, en el caso de ser trabajadores por cuenta propia o ajena deben de disponer para sí y para los miembros de su familia de recursos suficientes para no suponer una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. O, en el caso de ser estudiantes, estar matriculados en un centro público o privado y contar con un seguro de enfermedad. Igualmente, resulta también de aplicación a este supuesto lo previsto en el artículo 12.3 Directiva 2004/38 y en el artículo 9 RD 240/2007 en relación con sus hijos y el progenitor que tenga su custodia efectiva.

c) Nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada

En el caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada, nada de ello afectará al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que tengan la nacionalidad de un Estado miembro. Los interesados deberán cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 7.1 apartados a), b), c) o d) de la Directiva 2004/38, ya señalados anteriormente para los casos de muerte del ciudadano de la Unión o abandono del territorio de la Unión

B) Familiares sometidos al régimen de extranjería

a) Fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea

El fallecimiento del ciudadano de la Unión o del nacional de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE no afecta al derecho de residencia de sus familiares no nacionales de un Estado miembro, siempre que estos hayan residido en un Estado miembro, en calidad de miembros de la familia, durante al menos un año antes del fallecimiento del titular del derecho. En este caso, los familiares tienen la obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes y, transcurridos seis meses desde el mismo, el familiar deberá solicitar, salvo que haya adquirido el derecho de residencia permanente, una autorización de residencia conforme a lo previsto en el artículo 96 RLOEX. Tampoco el fallecimiento del ciudadano de la Unión o de un Estado EEE supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia de los mismos, con independencia de su nacionalidad, siempre que estos hijos residan en el Estado miembro y se encuentren matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, hasta que los mismos finalicen.

La legislación española³⁴² prevé, para los familiares con nacionalidad de un tercer Estado, ciertas facilidades para acceder a la residencia permanente en el supuesto de fallecimiento del ciudadano de la Unión del que derivaban su derecho de estancia. Estas circunstancias se tratarán en el siguiente capítulo.

b) Salida del ciudadano de la Unión Europea

En el caso de la salida del Estado miembro del ciudadano de la Unión, aunque legalmente se mantenga el vínculo familiar, la salida determinará que los miembros de su familia dejen de beneficiarse del régimen europeo. Esta situación no supondrá la pérdida del derecho de estancia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia de

³⁴² De conformidad con los artículos 9 y 9 bis RD 240/2007.

los mismos, con independencia de su nacionalidad, siempre que estos hijos residan en el Estado miembro y se encuentren matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, hasta que los mismos finalicen. Se entiende que el resto de los familiares sí perderán estos beneficios.

Aunque el artículo 12 de la Directiva 2004/38 no recoge expresamente esta afirmación, sí debe interpretarse así si comparamos la literalidad del apartado 1 y del apartado 3 de este precepto³⁴³:

“1. La partida del territorio del Estado miembro de acogida no afectará al derecho de residencia *de los miembros de su familia* que tengan la nacionalidad de un Estado miembro”.

(...)

3. La partida del ciudadano de la Unión o su fallecimiento no supondrá la pérdida del derecho de residencia *de sus hijos ni del progenitor* que tenga la custodia efectiva de los hijos, con independencia de su nacionalidad, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, y ello hasta el final de dichos estudios”.

c) Nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada

En el caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unidad registrada, esto no afectará al derecho de estancia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro cuando el matrimonio o la unión registrada hayan durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio, anulación o finalización de la unión registrada, al menos tres años, de los cuales uno, al menos, hubieran vivido en el Estado miembro de acogida. Tampoco afectará cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge o a la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja o por decisión judicial. Ni afectará, cuando así lo exijan circunstancias especialmente difíciles, por ejemplo, por haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la unión registrada. Por último, no afectará cuando,

³⁴³ Según establece el apartado 1: “La partida del territorio del Estado miembro de acogida no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia que tengan la nacionalidad de un Estado miembro”. Apartado 3: “La partida del ciudadano de la Unión o su fallecimiento no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos, con independencia de su nacionalidad, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, y ello hasta el final de dichos estudios”.

por mutuo acuerdo entre las dos partes o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida o por el periodo de tiempo que sea necesario [artículo 9.4.d) RD 240/2007].

En el caso de nuestro país, en caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o cancelación de la inscripción como pareja registrada, el cónyuge que no sea nacional de un Estado miembro ni de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE tendrá que comunicar esta circunstancia a las autoridades competentes y, si quiere conservar su derecho de estancia, tendrá que acreditar la concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas más arriba. En estos supuestos, el excónyuge o expareja registrada tiene que solicitar una autorización de residencia a las autoridades competentes (artículo 9.4 RD 240/2007).

La normativa no aclara si el cónyuge nacional de la Unión debe residir en el Estado miembro de acogida en el momento en que se inicia el procedimiento de nulidad o divorcio, lo que ha tenido que ser resuelto por la jurisprudencia. Esta cuestión será tratada en el siguiente capítulo cuando hablemos de residencia permanente.

CAPÍTULO 4. LA RESIDENCIA PERMANENTE O RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN

I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESIDENCIA PERMANENTE

El derecho a la residencia permanente o residencia de larga duración es un derecho que se reconoce al ciudadano que ha decidido instalarse de forma duradera en otro Estado miembro de acogida.

Este régimen presenta diferencias según se aplique el régimen europeo o el régimen de extranjería al ciudadano no nacional. El régimen europeo se aplica a los nacionales de los Estados miembros de la Unión, del EEE y de Suiza. Mientras que al resto de los ciudadanos extranjeros se les aplica el régimen de extranjería. Tal y como se ha señalado anteriormente, cada régimen tiene una regulación, unos requisitos y unas características específicas.

1. La residencia permanente para ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

Tal y como indicamos con anterioridad, el régimen europeo se aplica a los ciudadanos de la Unión, a los del EEE y Suiza. En el régimen europeo, hasta la entrada en vigor de la Directiva 2004/38, relativa al derecho de circulación de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no se reconocía la residencia permanente. Hasta ese momento, la residencia era siempre temporal, de distinta duración y era necesario renovarla periódicamente³⁴⁴.

Actualmente, la Directiva 2004/38 regula la residencia permanente para los ciudadanos de la Unión, del EEE y Suiza. El Considerando 17 establece que “el disfrute de una residencia permanente para los ciudadanos de la Unión que hayan decidido instalarse de forma duradera en un Estado miembro de acogida refuerza el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía de la Unión y es un elemento clave para promover la cohesión social, que figura entre los objetivos fundamentales de la Unión. Conviene por lo tanto establecer un derecho de residencia permanente para todos los ciudadanos de la Unión que hayan residido, en el Estado miembro de acogida de conformidad con las condiciones establecidas en la presente Directiva, durante un período ininterrumpido de cinco años de duración y sin haber sido objeto de una medida de expulsión”. Además, la Directiva, en su Considerando 18, determina que para que el derecho de residencia permanente constituya un verdadero instrumento de integración en la sociedad del

³⁴⁴ María Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, “La transposición en Derecho español...”, *cit.*, p. 615.

Estado miembro de acogida en que reside el ciudadano de la Unión, una vez obtenido no debe estar sometido a condiciones.

Tanto la Directiva 2004/38 en su artículo 16, como el RD 240/2007, en su artículo 10, señalan que son titulares del derecho de residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión, de un Estado parte del EEE o Suiza, cuando hayan residido legalmente en cualquier Estado de la Unión durante un periodo continuado de cinco años. Esta exigencia, sin embargo, requiere algunas aclaraciones, que se analizarán en los siguientes epígrafes.

A) Los requisitos para la adquisición de la residencia permanente

Como norma general se exige que la residencia de larga duración cumpla dos requisitos. El primero de ellos es que la residencia sea legal y el segundo es que la residencia sea continuada. Analicemos cada uno de ellos.

a) La legalidad de la residencia

Es necesario que la residencia sea legal³⁴⁵. Para ello debemos remitirnos a lo establecido en la normativa, tanto europea como española, para la residencia inferior a cinco años³⁴⁶. Esta última será legal cuando los interesados puedan demostrar que son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que disponen para sí de recursos suficientes para no convertirse durante su período de residencia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida.

Que la residencia sea legal es el requisito indispensable para que el ciudadano de la Unión se beneficie del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad (recogido en el artículo 18 TUE) y, por lo tanto, para que pueda acceder a los derechos sociales y económicos del Estado miembro donde resida.

La jurisprudencia del TJUE se ha referido en varias ocasiones a la permanencia no legal de ciudadanos extranjeros en territorio de un Estado miembro. Las dos sentencias más significativas, según los autores RODRÍGUEZ MATEO, JIMÉNEZ BLANCO y ESPINIELLA

³⁴⁵ Conforme se establece en el artículo 16 Directiva 2004/38 y en el Considerando 6 y el artículo 4 de la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Así como en el artículo 10 RD 240/2007 y en el artículo 152 RLOEX.

³⁴⁶ Según recogen el artículo 7 de la Directiva 2004/38 y el artículo 7 RD 240/2007.

MENÉNDEZ, han sido la sentencia *Brey*³⁴⁷. Con ella, el TJUE ha determinado que la permanencia en el territorio de un Estado miembro sin recursos económicos, a menos que se demuestre que suponga una carga social insostenible para el Estado de acogida, también debe de computarse como residencia legal para aquellos casos en los que los residentes no hayan incurrido en causa de expulsión³⁴⁸.

En los hechos, el Sr. Brey y su esposa, ambos de nacionalidad alemana, abandonaron Alemania para instalarse en Austria. El Sr. Brey percibía una pensión de invalidez y una asignación de dependencia mensual. La pareja carecía de otro tipo de ingresos o patrimonio. La esposa del Sr. Brey percibía en Alemania una prestación básica que, debido a su instalación en Austria, dejó de abonársele. El demandante solicitó, debido a su baja pensión, la concesión de un suplemento compensatorio que fue desestimado. Aunque el Sr. Brey no disponía de recursos suficientes para justificar la residencia legal en Austria, se le expidió a su favor y al de su esposa un certificado de registro en calidad de ciudadanos de la Unión. El demandante interpuso un recurso ante la negativa de la Administración austriaca de concederle un suplemento compensatorio. El *Oberlandesgericht Graz* confirmó la sentencia dictada en primera instancia por el *Landesgericht für Zivilsachen Graz* y modificó dicha resolución, de modo que se impuso a la *Pensionsversicherungsanstalt* la obligación de conceder al Sr. Brey el suplemento compensatorio por un importe de 326,82 euros mensuales a partir del 1 de abril de 2011.

En la sentencia se indicó que pese a que se le había expedido un certificado de registro, el Sr. Brey no era considerado residente “de manera legal” en Austria, dado que para tener el derecho de residir por un período superior a tres meses este Estado miembro exigía que el interesado dispusiera para sí y para los miembros de su familia, en particular, de “suficientes recursos [...] de modo que no necesitaran solicitar prestaciones de asistencia social ni un suplemento compensatorio durante su período de residencia” (apartado 27). Sin embargo, como el TJUE señaló, el Derecho nacional austriaco establecía una relación directa entre los requisitos para disfrutar de dicha prestación y los requisitos para disfrutar del derecho de residencia legal por más de tres meses en Austria. En efecto, la concesión del suplemento compensatorio estaba supeditada a la condición de que el interesado cumpliera los requisitos para disfrutar de tal derecho de residencia (apartado 42). Pero, precisamente, como uno de los requisitos era contar con “suficientes recursos”, ello daba lugar a que el “complemento compensatorio” nunca se pudiera conceder a ciudadanos europeos con residencia legal en Austria dado que, por definición, no lo necesitarían.

³⁴⁷ Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, as. C-140/12.

³⁴⁸ Pilar RODRÍGUEZ MATEO, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros...*, cit., p. 402.

El TJUE recordó que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a residir en el territorio de otro Estado miembro sin ejercer en él una actividad laboral o profesional no es incondicional. Con arreglo al artículo 21.1 TFUE se reconoce a todo ciudadano de la Unión el derecho a residir en el territorio de los Estados miembros, pero con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (apartado 46)³⁴⁹. La sentencia volvió a indicar que, conforme a la Directiva 2004/38, los ciudadanos de la Unión que no tengan o hayan dejado de tener la condición de trabajador deben disponer de recursos suficientes (apartado 47). Sin embargo, el TJUE llegó a la conclusión, frente a lo sostenido por las autoridades austríacas, de que la residencia del Sr. Brey era legal a pesar de no tener recursos suficientes, pues “el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de asistencia social no basta para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida” (apartado 75).

b) La continuidad de la residencia

El segundo requisito para adquirir la residencia permanente es que la residencia sea continuada o ininterrumpida³⁵⁰, si bien esta continuidad no se verá afectada en determinados casos: ausencias temporales no superiores a seis meses en el periodo de un año; ausencias de duración superior a seis meses en el caso de que sea para el cumplimiento de obligaciones militares; ausencias no superiores a doce meses por motivos como embarazo y parto o por motivos de una enfermedad grave; y ausencias no superiores a doce meses para realizar estudios, formación profesional o traslado por razones de trabajo en otro Estado miembro o en un tercer país.

La continuidad de la residencia podrá ser probada por cualquier medio de prueba vigente en el Estado miembro de acogida, viéndose interrumpida por cualquier decisión de expulsión que sea ejecutada válidamente contra el titular de este derecho (artículo 21 Directiva 2004/38).

A pesar de estas reglas, el TJUE ha tenido que pronunciarse sobre la forma de cómputo del período de cinco años de residencia legal previa previsto por el artículo 16 de la Directiva 2004/38 como requisito esencial para poder acceder al derecho de residencia permanente que esa Directiva reconoce a los ciudadanos de la Unión y sus familiares.

³⁴⁹ El TJUE hizo referencia a las siguientes sentencias: Sentencias de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, as. C-456/02, aps. 31 y 32; Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, ap. 26; Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Eind*, C-291/05, ap. 28.

³⁵⁰ Según se recoge en el artículo 16 Directiva 2004/38, en el Considerando 6 y en el artículo 14 Directiva 2003/109. Y tal y como señala también el artículo 32.2 LOEX y el artículo 148.2 RLOEX.

En el caso *Lassal*³⁵¹, el TJUE reconoció que el legislador de la Unión ha subordinado la obtención de un derecho de residencia permanente a la integración en el Estado miembro de acogida (apartado 37). Y en la misma sentencia, reconoció que una vez adquirido el derecho, solo se perderá por la ausencia del Estado de acogida durante más de 2 años consecutivos, entendiendo que, tras una ausencia de esa duración, el vínculo con el Estado de acogida se ve debilitado (apartado 55).

Desde un primer momento, el TJUE dejó claro que los períodos de residencia continuados anteriores a la fecha de transposición de la Directiva 2004/38 debían ser tenidos en cuenta a fin de reconocer el derecho a obtener un permiso de residencia permanente, siempre que los mismos se hubieran efectuado en virtud de la normativa comunitaria entonces aplicable (apartado 38).

La cuestión prejudicial se refería a si, a efectos de adquirir el derecho de residencia permanente previsto en el artículo 16 de la Directiva 2004/38, debía tomarse en consideración un período de residencia continuada de cinco años, cubierto antes de la fecha límite de adaptación del Derecho interno a la citada Directiva, a saber, el 30 de abril de 2006, conforme a instrumentos del Derecho de la Unión anteriores a esa fecha. Y se planteó también si las ausencias temporales anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Directiva podían afectar a la obtención del derecho de residencia permanente.

El TJUE expuso que las ausencias del Estado miembro de acogida inferiores a dos años consecutivos anteriores al 30 de abril de 2006 (fecha límite para la trasposición de la Directiva) y posteriores a una residencia legal continuada de cinco años, cubierta antes de esa fecha, no podían afectar a la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del citado artículo 16.1 de la Directiva 2004/38 (apartado 56).

³⁵¹ Sentencia del TJUE de 7 de octubre de 2010, *Lassal*, as. C-162/09. La Sra. Lassal, nacional francesa, entró en el Reino Unido el mes de enero de 1999 para buscar empleo. Desde septiembre de 1999 hasta febrero de 2005, mientras residía en ese Estado miembro, la Sra. Lassal trabajó o bien buscó empleo en el Reino Unido. Según el tribunal remitente, la Sra. Lassal tenía la condición de “trabajadora” a los efectos del Derecho de la Unión. En febrero de 2005 la Sra. Lassal abandonó el Reino Unido para visitar a su madre en Francia y permaneció en este país diez meses. Posteriormente, volvió al Reino Unido, donde buscó empleo y percibió el subsidio para demandantes de empleo. Con posterioridad, solicitó el complemento de ingresos, alegando su embarazo. Esta solicitud fue denegada porque no era titular del derecho de residencia permanente en el Reino Unido. La Sra. Lassal interpuso un recurso contra la denegación de su solicitud. Se estimó el recurso debido a que la interesada era titular de un derecho de residencia permanente en el Reino Unido. Contra esta decisión se interpuso recurso por parte de las autoridades del Reino Unido, lo que dio lugar a que se presentara la cuestión prejudicial ante el TJUE resuelta por esta sentencia.

Un año más tarde, en la sentencia *Dias*³⁵², el TJUE se pronunció nuevamente sobre el cómputo del período de cinco años de residencia legal previsto en el artículo 16 de la Directiva 2004/38, a fin de determinar si procedía computar los períodos de residencia anteriores a la fecha de transposición de la Directiva 2004/38. En la sentencia se constató que la Sra. Dias había cubierto un período de residencia continuada de cinco años en el Reino Unido antes de la fecha de transposición en ese Estado miembro de la Directiva 2004/38, es decir, el 30 de abril de 2006, conforme a los instrumentos del Derecho de la Unión vigentes antes de dicha fecha. Sin embargo, no reunía los requisitos para disfrutar de derecho de residencia alguno de acuerdo con lo que establecería posteriormente la Directiva.

El TJUE determinó que, según su jurisprudencia constante³⁵³, la expedición de una autorización de residencia a un nacional de un Estado miembro no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento por parte de un Estado miembro de la situación individual de un nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho de la Unión (apartado 48).

En consecuencia, el TJUE sentenció que los períodos de estancia cubiertos antes del 30 de abril de 2006, con fundamento exclusivo en una tarjeta de residencia válidamente expedida en virtud del Derecho de la Unión y sin reunir los requisitos para disfrutar de derecho alguno de residencia, no podían considerarse cubiertos legalmente a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud el artículo 16.1 de la Directiva 2004/38 (apartado 67).

Ese mismo año, el TJUE en la sentencia *Ziolkowski y Szeja*³⁵⁴ se manifestó sobre la posibilidad de que se computara el período de residencia legal en un Estado miembro a efectos de la adquisición del derecho a residir de forma permanente en ese Estado *ex*

³⁵² Sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, *Dias*, as. C-325/09. El litigio tuvo lugar entre el *Secretary of State for Work and Pensions* (Ministro de Trabajo y Pensiones) y la Sra. Dias acerca de su derecho a la concesión del complemento de ingresos (*income support*). La Sra. Dias era una nacional portuguesa que entró en el Reino Unido en enero de 1998. Según el tribunal nacional remitente, la estancia de la interesada comprendió cinco períodos en situaciones diferentes (empleada, permiso de maternidad, desempleada, empleada y desempleada). La Sra. Dias solicitó la concesión del complemento de ingresos; se le reconoció, pero fue recurrido por la Administración correspondiente, alegando que los períodos de estancia que hubieran finalizado antes del 30 de abril de 2006, fecha de transposición de la Directiva 2004/08 en el Reino Unido, no podían computarse a efectos del derecho de residencia permanente previsto en el artículo 16 de la Directiva 2004/38.

³⁵³ El TJUE hizo referencia a las siguientes sentencias: Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2006, *Comisión/Bélgica*, as. C-408/03, aps. 62 y 63; Sentencia del TJUE de 8 de abril de 1976, *Royer*, as. 48/75, aps. 31 y 33; y Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, as. C-459/99, ap. 74.

³⁵⁴ Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, *Ziolkowski y Szeja*, as. C-424/10 y C-425/10, aps. 51 y 63.

artículo 16 de la Directiva 2004/38, incluso cuando ese período de residencia se hubiera producido antes de la adhesión del Estado de la nacionalidad del afectado a la Unión.

El Sr. Ziolkowski y la Sra. Szeja, nacionales polacos, llegaron a Alemania antes de la adhesión de Polonia a la Unión, en 1988 y 1989, respectivamente, y obtuvieron sendos permisos de residencia por razones humanitarias, sucesivamente prorrogados conforme al Derecho alemán. En 2005, después de la entrada en la Unión de Polonia, solicitaron un derecho de residencia permanente en Alemania en virtud de la Directiva sobre la libre circulación de personas, que les fue denegado ya que no trabajaban ni podían demostrar que disponían de recursos suficientes. Los interesados fueron informados de que podrían adoptarse contra ellos medidas de expulsión a su Estado de origen en caso de que no abandonaran el territorio alemán en un determinado plazo a partir de la fecha en la que hubieran adquirido firmeza esas resoluciones denegatorias. El Sr. Ziolkowski y la Sra. Szeja impugnaron esa denegación de las autoridades alemanas ante los tribunales nacionales competentes.

Según la entidad administrativa alemana, no era posible prorrogar los permisos de residencia de los demandantes porque no estaban en condiciones de subvenir a sus necesidades. Tampoco era posible el reconocimiento de un derecho de residencia permanente en virtud del ordenamiento jurídico de la Unión, porque los interesados no ejercían una actividad profesional ni estaban en condiciones de demostrar su capacidad para subvenir a sus necesidades. Sin embargo, el *Verwaltungsgericht* (tribunal de lo contencioso-administrativo) estimó los recursos interpuestos por los demandantes considerando que el derecho de residencia permanente en virtud del ordenamiento jurídico de la Unión debía reconocerse a todo ciudadano de la Unión que haya residido legalmente durante cinco años en el Estado miembro de acogida, sin que haya lugar a verificar la suficiencia de sus recursos. El *Land Berlin* interpuso recurso de apelación contra las sentencias del *Verwaltungsgericht* ante el *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* (tribunal superior de lo contencioso-administrativo de los *Länder* de Berlín y de Brandemburgo), que modificó aquellas resoluciones judiciales mediante diferentes sentencias. Según el *Land Berlin*, solo podían computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del ordenamiento jurídico de la Unión los períodos cubiertos por el ciudadano interesado a partir de la fecha en la que su Estado de origen pasó a ser miembro de la Unión. Además, a los efectos de dicha adquisición, únicamente podía considerarse legal la residencia transcurrida con fundamento en el artículo 7 de la Directiva 2004/38. Dado que, en la fecha de la adhesión de su Estado de origen a la Unión los demandantes no eran trabajadores ni disponían de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades y no constituir una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida, se estimó que no reunían las condiciones enunciadas ni habían adquirido, por consiguiente, un derecho

de residencia permanente conforme a la ley alemana. Los demandantes interpusieron recurso contra las sentencias del *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* ante el *Bundesverwaltungsgericht*, que es quien eleva la cuestión prejudicial.

El tribunal remitente alemán hizo suyas las apreciaciones del tribunal de apelación alemán, según las cuales los demandantes no habían residido en Alemania conforme a las condiciones previstas por el Derecho de la Unión, sino con fundamento exclusivo en el Derecho nacional. No obstante, consideró que, aun cuando dicha residencia no podía sustentar la adquisición del derecho de residencia permanente previsto en el artículo 16.1 de la Directiva 2004/38, le incumbía, sin embargo, plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia antes de pronunciarse. En primer lugar, ¿debía interpretarse el artículo 16.1 de la Directiva 2004/38 en el sentido de que confiere a un ciudadano de la Unión, que reside legalmente, únicamente con fundamento en el Derecho nacional, desde hace más de cinco años en el territorio de un Estado miembro, pero que durante ese tiempo no ha cumplido los requisitos del artículo 7.1 de la Directiva 2004/38, un derecho de residencia permanente en dicho Estado miembro? Segunda, para determinar la duración de la residencia legal en el sentido del artículo 16.1 de la Directiva 2004/38, ¿debían computarse también los períodos de residencia del ciudadano de la Unión en el territorio del Estado miembro de acogida anteriores a la adhesión de su Estado de origen a la Unión?

En relación con la primera cuestión, el TJUE determinó que el artículo 16.1 de la Directiva 2004/38 debía de interpretarse en el sentido de que debe considerarse que un ciudadano de la Unión que haya residido más de cinco años en el territorio del Estado miembro de acogida con fundamento exclusivo en el Derecho nacional de ese Estado no adquiere un derecho de residencia permanente en virtud de dicha disposición, cuando durante ese período de residencia no reunía las condiciones enunciadas en el artículo 7.1 de la misma Directiva.

Sin embargo, en relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE afirmó que, en defecto de disposiciones específicas en el Acta de adhesión, los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en el artículo 7.1 de la Directiva 2004/38, deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16.1 de la Directiva 2004/38.

B) Excepciones a los requisitos generales

Existen tres supuestos en los que se permite adquirir la residencia permanente antes de que hayan transcurrido los cinco años exigidos en la norma general (artículo 17 Directiva 2004/38 y artículo 10.5 RD 240/2007).

El primer supuesto es la situación de jubilación. Se reconoce la posibilidad de adquirir la residencia con carácter permanente al trabajador por cuenta propia o ajena que, en el momento en que cese su actividad, haya alcanzado el derecho a la jubilación con derecho a una pensión. Además, en el caso de nuestro país, se le reconoce al trabajador por cuenta ajena, en el caso de jubilación anticipada, cuando haya ejercido su actividad en España durante, al menos, los últimos doce meses y haya residido en España de forma continuada durante más de tres años. La condición de duración de residencia no se exigirá si el cónyuge o pareja registrada del trabajador es ciudadano español o ha perdido su nacionalidad española tras su matrimonio o inscripción como pareja registrada con el trabajador.

El segundo supuesto es el caso de incapacidad permanente del trabajador por cuenta propia o ajena que haya residido en España durante más de dos años ininterrumpidos. Tampoco será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad ha resultado como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional que haya dado derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español. También en este caso la condición de duración de residencia de dos años ininterrumpidos no se exigirá si el cónyuge o pareja registrada del trabajador es ciudadano español o ha perdido su nacionalidad española tras su matrimonio o inscripción como pareja registrada con el trabajador.

El tercer supuesto es el caso de trabajadores transfronterizos, que analizamos en el capítulo anterior. Tal y como vimos, la situación del trabajador extranjero transfronterizo implica la autorización para que un trabajador, residente en la zona fronteriza de un Estado limítrofe, desarrolle su actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta propia o ajena en España y regrese a su lugar de residencia diaria o semanalmente. El titular de la autorización deberá reunir los requisitos generales necesarios para obtener una autorización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena.

Pues bien, en los casos del trabajador transfronterizo, para adquirir la residencia permanente basta con haber estado al menos tres años consecutivos realizando la actividad laboral, por cuenta propia o ajena, en otro Estado miembro diferente al de su residencia y regresando al territorio español diariamente o al menos una vez por semana

[artículo 17.1.c) Directiva 2004/38]. Es decir, en estos casos se reduce la duración de los cinco años a tres³⁵⁵. No obstante, esta dispensa no se aplica a los familiares de los trabajadores transfronterizos, se aplica solo a los ciudadanos de la Unión.

2. La residencia permanente para familiares de los ciudadanos europeos

A) La residencia permanente de familiares nacionales de un Estado miembro o asimilados

La normativa europea reconoce el derecho a la residencia permanente de los familiares de los ciudadanos de la Unión. Es necesario que antes de adquirir esta residencia permanente el ciudadano de la Unión de quien son familia cumpla con los requisitos exigibles, conforme al artículo 7 Directiva 2004/38, como poder demostrar que son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse durante su período de residencia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida³⁵⁶.

Los familiares de los ciudadanos de la Unión, del EEE y Suiza se benefician del estatuto de residencia permanente por accesoriedad. No obstante, este derecho lo tendrán por derecho propio en el caso de que cumplan con los requisitos para su adquisición.

Como regla general, los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, del EEE y Suiza podrán adquirir el estatuto de residente permanente cuando la haya adquirido el ciudadano de la Unión, del EEE o de Suiza del que sean familiar. Sin embargo, los familiares no se beneficiarán de las reglas especiales que permiten adquirir la residencia permanente antes de haber transcurrido los cinco años. Es decir, en los casos de jubilación, de incapacidad permanente y de los trabajadores transfronterizos. Este derecho solo se le reconoce al ciudadano de la Unión, del EEE y Suiza (artículo 17 Directiva 2004/38).

³⁵⁵ Requisito que, según ACOSTA SÁNCHEZ, es excesivo e injustificado en todo caso. Cfr. Miguel ACOSTA SÁNCHEZ, “Gibraltar, Trabajadores Fronterizos...”, *cit.*, p. 104.

³⁵⁶ Así lo ha señalado, también, la jurisprudencia española, por ejemplo en la sentencia del TSJ de Galicia, de 28 de octubre de 2015, res. 582/2015 (ponente: GALINDO GIL), ECLI:ES:TSJGAL:2015:7898, por la que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución que denegó a la actora, de nacionalidad brasileña, la concesión de la tarjeta definitiva de residencia de familiar comunitario, en atención a que su cónyuge carecía de recursos económicos para sostener la unidad familiar. Y alegó que para la obtención de la tarjeta permanente no basta con que el interesado resida un periodo continuado de 5 años en un país de la Unión, sino que su residencia, para que sea legal, habrá de cumplimentar el requisito de disponer para sí y los miembros de su familia de recursos económicos suficientes.

Tanto el Derecho de la Unión como la normativa española reconocen a dos grupos de familiares como beneficiarios del derecho de residencia. Los familiares directos y los indirectos u “otros familiares”. Recordemos, tal y como señalamos en el capítulo 2, que los familiares beneficiarios directos son:

- Primero, el cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio.

- Segundo, la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión análoga a la conyugal inscrita, una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida (Considerando 5 Directiva 2004/38).

- Tercero, los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o declaración de nulidad de vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, que también sean menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo o incapaces.

- Por último, los ascendientes directos a su cargo y los del cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

A su vez, y como ya vimos, la normativa europea y la española consideran la posibilidad de extender las libertades de entrada y residencia a “otros familiares” (artículo 4.2 Directiva 2004/38 y artículo 2 bis RD 240/2007). Y los diferencia de los “miembros de la familia” recogidos en el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38, es decir, de los miembros de la familia nuclear.

En este grupo se encuentran dos categorías de sujetos. Primero, “cualquier otro miembro de la familia”, con independencia de su nacionalidad, cuando en el país de origen esté a cargo o viva con quien tenga la ciudadanía de la Unión, o en caso de que sea estrictamente necesario que este se haga cargo de su cuidado personal por motivos graves de salud. Segundo, de manera similar, también deberá facilitarse la entrada y residencia de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada (artículo 3.2 Directiva 2004/38).

Tal y como ha señalado RODRÍGUEZ CRESPO, el derecho de residencia permanente de los miembros de la familia del trabajador es una consecuencia directa de la atribución por el Estado miembro de acogida de ese mismo derecho al trabajador por cuenta propia o ajena. Y este derecho se otorga independientemente de la nacionalidad del familiar, es decir, da igual que sea ciudadano de la Unión o de un tercer Estado³⁵⁷.

B) La residencia permanente de familiares nacionales de terceros Estados

Conforme al artículo 16 de la Directiva 2004/38 el derecho a adquirir la residencia permanente también se reconoce a los familiares del ciudadano europeo, trabajador por cuenta propia o ajena que residan con él en el territorio del Estado miembro de acogida, que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida.

En el caso de que se produzca el fallecimiento del titular del derecho durante el curso de su vida activa antes de haber adquirido el derecho de residencia permanente, tanto la normativa europea, en el artículo 17.4 de la Directiva 2004/38, como la española, en el artículo 10.5 del RD 240/2007, reconocen un régimen especial para los miembros de su familia que hayan residido con él en España, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que el titular del derecho a residir en territorio español lo hubiera hecho de forma continuada durante al menos dos años en la fecha del fallecimiento, que el fallecimiento se haya debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional o que el cónyuge fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia del matrimonio con el fallecido.

La jurisprudencia del TJUE ha tratado en numerosas ocasiones la residencia permanente de los familiares de los ciudadanos de la Unión.

El TJUE, en la sentencia *Singh*³⁵⁸, alegó que la normativa comunitaria debía interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a autorizar la entrada y la

³⁵⁷ María José RODRÍGUEZ CRESPO, “El derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Comentarios de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 16, 2008, p. 23.

³⁵⁸ Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1992, *Singh*, as. C-370/90, ap. 25. El Sr. Surinder Singh, de nacionalidad india, contrajo matrimonio con una ciudadana de nacionalidad británica. Durante dos años, los dos miembros del matrimonio Singh trabajaron en Alemania como trabajadores por cuenta ajena, regresando al Reino Unido para ejercer allí una actividad comercial. El Sr. Singh fue autorizado, en calidad de marido de una ciudadana británica, a residir con carácter temporal en el Reino Unido. Tras la demanda de divorcio, las autoridades británicas redujeron la duración de su autorización de residencia y le denegaron la expedición de un permiso de residencia por tiempo indefinido en calidad de cónyuge de

residencia en su territorio del cónyuge, sea cual sea su nacionalidad, del nacional de dicho Estado que se desplaza, con dicho cónyuge, al territorio de otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena.

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

El TJUE se ha manifestado en varias sentencias en relación con los casos de separación y divorcio. En este sentido destacó, en los años 80, la sentencia *Aissatou*³⁵⁹. En los hechos, la Sra Diatta, de nacionalidad senegalesa, estaba casada con un ciudadano francés, que residía y vivía en Berlín. Después de haber convivido con su marido durante cierto tiempo, el 29 de agosto de 1978, la Sra. Diatta se separó de él con la intención de divorciarse y, a partir de ese momento, pasó a vivir en una vivienda distinta. Cuando expiró su autorización de residencia, la Sra. Diatta solicitó la prórroga de la misma, pero se denegó dicha solicitud, basándose en que la Sra. Diatta había dejado de ser miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro de la CEE y en que no tenía domicilio común junto a su marido. Sin embargo, el TJUE determinó que no era necesario que los miembros de la familia de un trabajador migrante vivieran con él permanentemente para que pudieran ser titulares de un derecho de residencia.

Del mismo modo, el TJUE, en la sentencia *Baumbast y R*³⁶⁰, determinó que, en caso de divorcio, los hijos de un ciudadano de la Unión que se han instalado en un Estado

una ciudadana británica. Por habersele denegado el permiso de residencia se emitió una orden de expulsión.

³⁵⁹ Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1985, *Aissatou*, as. 267/83, ap. 22.

³⁶⁰ Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, as. C-413/99, aps. 63, 64 y 73.

En el asunto R la cuestión prejudicial fue la siguiente. La demandante, R, de nacionalidad americana, tenía dos hijas de su primer matrimonio con un nacional francés, las cuales tenían la doble nacionalidad francesa y americana. En 1990, se estableció en el Reino Unido como esposa de un nacional comunitario y fue autorizada a residir en el Reino Unido. R y su primer marido se divorciaron en septiembre de 1992, pero en ese momento el *Secretary of State* no adoptó ninguna medida con respecto a la condición de migrante de R, por lo que esta continuó residiendo en el Reino Unido. Según las condiciones aplicables al divorcio, las hijas debían permanecer con su madre en Inglaterra y en el País de Gales durante cinco años

miembro, mientras su progenitor ejercía su derecho a residir como trabajador migrante en dicho Estado miembro, tienen derecho a residir en ese territorio para seguir en él cursos de enseñanza general. A este respecto, no tiene ninguna relevancia que los padres se hayan divorciado entre tanto, que solo uno de sus progenitores sea ciudadano de la Unión y que dicho progenitor ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida o que los hijos no sean ellos mismos ciudadanos de la Unión.

A su vez, el TJUE reconoció que el progenitor que tenga efectivamente la custodia de los hijos, con independencia de su nacionalidad, puede residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho, aunque, entre tanto, los padres se hayan divorciado o el progenitor que tenga la condición de ciudadano de la Unión ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida.

El TJUE señaló que reconocer un derecho 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.

Del mismo modo, en la sentencia *NA*³⁶¹, el TJUE trató de la situación de dos menores, hijas de una ciudadana extranjera y de un ciudadano de la Unión, tras el divorcio de los

como mínimo a partir de la fecha del divorcio o durante cualquier otro período de tiempo decidido de común acuerdo entre las partes. Tras el divorcio, las hijas mantuvieron contactos regulares con su padre, que continuaba residiendo y trabajando en el Reino Unido y que compartía con la madre la responsabilidad de su educación tanto en el aspecto afectivo como económico. Durante su estancia en el Reino Unido, R adquirió una vivienda y creó una agencia de decoración interior, en la que invirtió importantes sumas de dinero. En 1997, contrajo matrimonio en segundas nupcias con un nacional británico. En octubre de 1995, R y sus dos hijos solicitaron un permiso de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido con arreglo al Derecho nacional. En 1996, se concedió el derecho de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido a las hijas, como miembros de la familia de un trabajador. Sin embargo, se rechazó la solicitud de R, pues el *Secretary of State* no estaba convencido de que la situación familiar fuese tan excepcional como para justificar el ejercicio de sus facultades discrecionales. En su opinión, las hijas eran suficientemente jóvenes para adaptarse a la vida en Estados Unidos si tuviesen que acompañar a su madre a dicho país.

³⁶¹ Sentencia del TJUE de 30 de junio 2016, *NA*, as. C-115/15, aps. 58, 63 y 77. La cuestión prejudicial se presentó en el contexto de un litigio entre el *Secretary of State for the Home Department* (Ministerio del Interior, Reino Unido) y NA, nacional pakistaní, relativo al derecho de residencia de esta en el Reino Unido. NA era una nacional pakistaní que, en 2003, contrajo matrimonio con KA, un nacional alemán, trasladándose la pareja al Reino Unido en 2004. Posteriormente, la relación conyugal se deterioró. NA sufrió diversos episodios de violencia doméstica. El matrimonio tuvo dos hijas, MA e IA que nacieron en

progenitores. En esta sentencia, el TJUE consideró que las hijas, ambas con ciudadanía de la Unión, gozaban del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en una situación, como la del procedimiento principal, en que el otro progenitor es ciudadano de la Unión y ha trabajado en dicho Estado miembro, pero ha dejado de residir en él antes de que los hijos iniciasen allí su escolaridad (apartado 63). El TJUE recordó que, según el artículo 21 TFUE, los ciudadanos de la Unión menores de edad gozan del derecho de residencia siempre que dichos ciudadanos de la Unión cumplan las condiciones contempladas en el artículo 7.1 de la Directiva 2004/38, en particular, la de disponer de recursos suficientes, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia, que pueden provenir también del progenitor nacional de un tercer país (apartados 77 y 79).

El TJUE, en la sentencia *Singh y otros*³⁶², resolvió que un nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en un Estado miembro distinto del suyo, no podrá seguir disfrutando del derecho de residencia en ese Estado cuando el ciudadano de la Unión abandone dicho Estado antes de iniciarse el procedimiento judicial de divorcio.

Este litigio agrupó el caso de tres nacionales de terceros países (un indio, un camerunés y un egipcio) que contrajeron matrimonio con ciudadanas de la Unión (una letona, una alemana y una lituana) y residieron con ellas en Irlanda durante más de cuatro años. En los tres casos, las esposas dejaron a sus maridos y abandonaron Irlanda, pidiendo posteriormente el divorcio en sus respectivos países (excepto la ciudadana alemana, que solicitó el divorcio en el Reino Unido). Las autoridades irlandesas consideraron que, como las tres ciudadanas de la Unión ya no residían en Irlanda cuando solicitaron el divorcio, los tres maridos extranjeros ya no tenían derecho a residir en Irlanda. Las autoridades irlandesas sostuvieron que los tres maridos ya no tenían derecho de residencia porque sus respectivas esposas dejaron de ejercer su derecho de residencia en Irlanda, y ello con independencia de que el matrimonio hubiera durado por lo menos tres años (uno de ellos en Irlanda). Los tres maridos impugnaron las decisiones por las que se les denegaba el mantenimiento de su derecho a residir en Irlanda. En esta sentencia, el TJUE recordó que, con arreglo al artículo 7.2 de la Directiva 2004/38, para poder disfrutar de un derecho de residencia en el Estado miembro en el que un ciudadano de la Unión ejerce su derecho a la libre circulación (Estado miembro de

el Reino Unido y poseían la nacionalidad alemana. Años más tarde, KA abandonó el domicilio conyugal y dejó el Reino Unido, habiendo tenido la condición de trabajador por cuenta ajena y la de trabajador por cuenta propia. KA afirmó haberse divorciado de NA por medio de un *talaq* emitido en Karachi (Pakistán) y, posteriormente, NA inició los trámites de divorcio en el Reino Unido. El divorcio pasó a ser definitivo el 4 de agosto de 2009. NA obtuvo la custodia exclusiva de las dos hijas. Tras examinar su petición, el Ministerio del Interior decidió que NA no tenía derecho de residencia en el Reino Unido.

³⁶² Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, *Singh y otros*, as. C-218/14.

acogida), los nacionales de terceros países, miembros de la familia de ese ciudadano, deben acompañar a este o reunirse con él en dicho Estado miembro (apartados 54 y 56). En consecuencia, cuando un ciudadano de la Unión abandona el Estado miembro de acogida y se establece en otro Estado miembro o en un tercer país, el cónyuge extranjero deja de cumplir los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida con arreglo a dicha disposición (apartado 58).

La sentencia determinó, en virtud del artículo 13.2 de la Directiva 2004/38, que cuando se inicie un procedimiento de divorcio y el matrimonio haya durado por lo menos tres años hasta que se inicie el procedimiento judicial de divorcio, de los cuales al menos uno haya transcurrido en el Estado miembro de acogida, el cónyuge extranjero podrá mantener su derecho de residencia en dicho Estado, con arreglo a ciertos requisitos, tanto durante el procedimiento de divorcio como tras la declaración del divorcio, siempre que cuando se hubiera iniciado dicho procedimiento estuviera residiendo en ese Estado como cónyuge de un ciudadano de la Unión, al que acompañara o con el que se hubiera reunido (apartado 63). De lo anterior se deduce que, conforme al artículo 7.1 de la Directiva, el ciudadano de la Unión debe residir en el Estado miembro de acogida hasta la fecha en que se inicie el procedimiento de divorcio (apartado 66). Por tanto, si el ciudadano de la Unión abandona el Estado miembro de acogida en el que reside su cónyuge extranjero antes de que se inicie dicho procedimiento, no podrá mantenerse el derecho de residencia de este último en dicho Estado con arreglo al artículo 13.2 de la Directiva (apartado 70). El TJUE recordó que, en ese caso, el Derecho nacional podrá proporcionar una protección más amplia a los nacionales de terceros países, de modo que estos puedan seguir residiendo a pesar de todo en el Estado miembro de que se trate (apartado 68). Esto fue lo que ocurrió con los tres maridos demandantes, dado que las autoridades irlandesas les concedieron una autorización temporal para que pudieran residir y trabajar en Irlanda.

Más recientemente, el TJUE se ha manifestado sobre esta misma cuestión, pero añadiendo la existencia de elementos de violencia doméstica, en la sentencia *Estado belga (Droit de séjour en cas de violence domestique)*³⁶³. La importancia de esta

³⁶³ Sentencia del TJUE de 2 de septiembre de 2021, *Estado belga (Droit de séjour en cas de violence domestique)*, as. C-930/19. El demandante en el litigio principal, X, nacional argelino, contrajo matrimonio con una nacional francesa en Argel (Argelia) antes de trasladarse a Bélgica. Dos años después, el demandante, provisto de un visado de estancia de corta duración para reunirse con su esposa, se trasladó a Bélgica para residir con ella. Del matrimonio nació una hija con nacionalidad francesa. Al año siguiente, el demandante presentó una solicitud de tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, en su condición de cónyuge de una nacional francesa. Tras casi cinco años de matrimonio, incluidos dos años de vida en común en Bélgica, el demandante se vio obligado a abandonar el domicilio conyugal debido a la violencia doméstica de la que era víctima por parte de su esposa. El Sr

sentencia radica en que existe una gran diferencia con las sentencias anteriores. En este caso el TJUE ha concluido que, en el caso de que haya habido violencia doméstica, da igual cuándo se haya iniciado el proceso de divorcio. El TJUE ha determinado que el régimen establecido en el artículo 13.2 de la Directiva 2004/38 prevé que el divorcio no supone la pérdida del derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, en particular, cuando así lo exijan circunstancias especialmente difíciles como, por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio. En ese caso los miembros de la familia conservan su derecho de residencia exclusivamente a título personal (apartado 60).

El TJUE, recordó que el artículo 15.3 de la Directiva 2003/86 señala que, en caso de divorcio, se podrá expedir un permiso de residencia autónomo a las personas que hayan entrado con fines de reagrupación familiar, previa solicitud y si fuera necesario, y que los Estados miembros deben establecer disposiciones que garanticen la concesión de un permiso de residencia autónomo si concurren “circunstancias especialmente difíciles” (apartado 64).

El TJUE sentenció que, por lo que se refiere al mantenimiento de su derecho de residencia en el territorio del Estado miembro de que se trate, los nacionales de terceros

X presentó una denuncia por violencia doméstica. En 2015, a raíz de un informe de convivencia en el que se declaraba la inexistencia de convivencia del Sr. X y de su esposa, la cual residía en Francia con su hija, el Estado belga puso fin al derecho de residencia del demandante y le ordenó abandonar el territorio belga. Sin embargo, esta resolución fue anulada. Con posterioridad, el Estado belga solicitó al demandante información complementaria, en particular, la prueba de sus medios de subsistencia y de la posesión de un seguro de enfermedad. El demandante informó al Estado belga de que era víctima de violencia doméstica cometida por su esposa y solicitó que se mantuviera su derecho de residencia en el territorio de dicho Estado miembro. El Estado belga puso fin al derecho de residencia del Sr. X debido a que, aun cuando se encontraba en circunstancias difíciles, no había aportado la prueba de que disponía de recursos suficientes para su propia manutención. Sin embargo, esta resolución no le ordenó abandonar el territorio belga. Ante esta situación, el demandante interpuso un recurso contra dicha resolución. El órgano jurisdiccional remitente señaló que tanto la normativa europea como la belga supeditan, en caso de divorcio o de cese de la convivencia de los cónyuges, el mantenimiento del derecho de residencia de un nacional de un tercer país que haya sido víctima de violencia doméstica cometida por su cónyuge, cuando este sea ciudadano de la Unión, a determinados requisitos. Entre estos requisitos se encuentran, en particular, los de disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, mientras que solo supedita la concesión de una tarjeta de residencia autónoma a un nacional de un tercer país que haya sido beneficiario del derecho de reagrupación familiar con un nacional de un tercer país que reside legalmente en Bélgica a la prueba de la existencia de violencia doméstica. El órgano jurisdiccional remitente estimó que los nacionales de terceros países que han sido víctimas de violencia doméstica por parte de sus cónyuges reciben un trato diferenciado según hayan obtenido la reagrupación familiar con un ciudadano de la Unión o con un nacional de un tercer país y que el origen de esta diferencia de trato se halla en las disposiciones de las Directivas 2004/38 y 2003/86.

países, cónyuges de un ciudadano de la Unión, que han sido víctimas de violencia doméstica cometida por este último y que están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38, por una parte, y los nacionales de terceros países, cónyuges de otro nacional de un tercer país, que han sido víctimas de violencia doméstica cometida por este último y que están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/86 no se encuentran en una situación comparable a efectos de la posible aplicación del principio de igualdad de trato cuyo respeto garantiza el Derecho de la Unión, en particular, el artículo 20 CFDUE. En consecuencia, no consideró que hubiese ningún aspecto que pudiese afectar a la validez del artículo 13.2 Directiva 2004/38 (apartado 90).

3. La residencia permanente para ciudadanos extranjeros

A) El régimen general

El estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración está regulado en la Directiva 2003/109, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración³⁶⁴ y, en lo que se refiere al ordenamiento interno español, en el RLOEX (artículos 147-166). Esta norma europea es el resultado de la comunitarización del ámbito de la inmigración³⁶⁵.

La noción de residente de larga duración se estructura como un nuevo estatuto jurídico de los nacionales de terceros Estados residentes en un Estado miembro diferente al estatuto de residente en un Estado miembro³⁶⁶, un estatuto jurídico basado en proporcionar un conjunto de derechos y responsabilidades sobre una base de igualdad,

³⁶⁴ DOUE L 16/44 de 23 de enero de 2004. España no transpuso la Directiva en la fecha establecida, 23 de enero de 2006, y por ello la Comisión interpuso ante el TJUE un recurso contra España, que acabó con la condena a nuestro país mediante la sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2007, *Comisión/España*, as. C-59/07.

<https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/news/council-third-country-nationals-eu-updates-rules-long-term-resident-status/> [Última consulta: 9 de diciembre de 2023].

COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (refundición)*. COM (2022) 650 final, Bruselas, 27.4.2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0650>

³⁶⁵ Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, “De la autorización de estancia y residencia. Artículo 32. Residencia de larga duración”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, p. 535.

³⁶⁶ Andreu OLESTI RAYO, “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/19 del Consejo de 25 de noviembre de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 4, 2003, p. 2.

pero diferenciado según el tiempo de estancia³⁶⁷. Antes de esta Directiva, el estatuto de los nacionales de terceros países era cuestión de cada Estado miembro y dependía de sus políticas de extranjería³⁶⁸.

Según BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, esta Directiva supuso un paso más hacia la política europea de inmigración, un salto cualitativo. Esta nueva normativa trató de fijar una normativa común en torno a la definición de un estatuto jurídico común para los ciudadanos de terceros países³⁶⁹.

Si bien es cierto que la Directiva 2003/109 hace partícipe a los nacionales de terceros países de la movilidad en el territorio de la Unión, también lo es que esa movilidad está muy limitada, es imprecisa y nada comparable con la movilidad que disfrutaban los ciudadanos europeos³⁷⁰. Según BOELAERT-SUOMINEN “la Directiva 2003/109 supuso avanzar cinco pasos y... retroceder tres”³⁷¹. Y para HANDOLL el texto está plagado de normas imprecisas, que son rígidas y que a la vez son en exceso permisivas con los Estados miembros al permitirles imponer condiciones y requerimientos adicionales³⁷².

Esta norma de la Unión, según su artículo 1, tiene un doble fin. Por un lado, quiere establecer las condiciones de concesión, retirada y contenido del estatuto de residente de

³⁶⁷ Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Documentos CIBOD*, n.º 8, marzo, 2006, p. 54.

³⁶⁸ Elena PÉREZ MARTÍN, “El estatuto de residente de larga duración y la reagrupación familiar en la Unión Europea”, en Enrique ÁLVAREZ CONDE y Elena PÉREZ MARTÍN (dirs.): *Estudios sobre derecho de extranjería*, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, p. 376.

³⁶⁹ Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Aportaciones del estatuto de residente de larga duración hacia una igualdad de tratamiento el derecho de circulación y residencia en otro Estado miembro”, en Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, María Luisa RODRÍGUEZ COPÉ y Rafael JIMÉNEZ ALCAIDE (Coords.), *Seminario sobre Movimientos Migratorios Transnacionales y Mercado de trabajo*, Córdoba, Conserjería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2006, pp. 33-34.

³⁷⁰ Marise CREMONA, “Citizens of third countries: movement and employment of migrant worker within the European Union”, *Legal Issues of Economic Integration*, 1995, Vol. 22, n.º 2.

³⁷¹ Sonja BOELAERT-SUOMINEN, “Non EU Nationals and Council Directive 2003/109/CE on the Status of Third-Country Nationals who are Long-term Residents: five forward and possibly three paces back”, *Common Market Law Review*, Vol. 42, pp. 1011-1052. *Apud.* Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Aportaciones del estatuto de residente de larga duración hacia una igualdad de tratamiento el derecho de circulación y residencia en otro Estado miembro”, en Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, María Luisa RODRÍGUEZ COPÉ y Rafael JIMÉNEZ ALCAIDE (Coords.), *Seminario sobre Movimientos Migratorios Transnacionales y Mercado de trabajo*, Córdoba, Conserjería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2006, pp. 33-34.

³⁷² John HANDOLL, “The long-term residence Directive”, en Jean-Yves CARLIER y Philippe DE BRUYCKER (Coords), *Immigration and asylum law in the EU: current debates*, *Actualité du droit européen de l’immigration et de l’asile*, Bruylant, 2005.

larga duración, otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio. Y, por otro lado, busca establecer las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que les haya concedido el estatuto de larga duración.

La Directiva 2003/109 se aplica a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de uno de los Estados miembros. Para ÁLVAREZ RODRÍGUEZ permite un extenso ámbito de aplicación personal y se pueden incluir todos los ciudadanos no pertenecientes a los Estados miembros de la Unión que sean admitidos para ejercer actividades, tanto laborales como no lucrativas, los inactivos, los nacidos en un Estado de la Unión pero que no poseen su nacionalidad, los refugiados reconocidos, entre otros³⁷³.

El ámbito de aplicación personal tiene una serie de excepciones, en concreto seis. Según IGLESIAS SÁNCHEZ, estas excepciones se basan fundamentalmente en la temporalidad de las residencias y como norma general no están cubiertas por esta Directiva³⁷⁴.

En concreto, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/109, según el artículo 3.2, los siguientes sujetos:

- Las personas que residan por motivos de estudios o de formación profesional;
- Aquellos que hayan sido autorizados a residir en virtud de una protección temporal o que la hayan solicitado y estén a la espera de una resolución;
- Aquellos que gozan de formas subsidiarias de protección internacional o la hayan solicitado y estén a la espera de resolución;
- Los refugiados o los que hayan solicitado el reconocimiento de esta condición hasta que haya resolución definitiva;
- Los que residan por motivos de carácter temporal como pueden ser *au-pairs*, temporeros o trabajadores transfronterizos;
- Y, finalmente, las personas amparadas por acuerdos internacionales sobre personal diplomático, consular o de las organizaciones internacionales.

En cuanto al ámbito de aplicación espacial, quedan excluidos de la Directiva Irlanda y Dinamarca³⁷⁵.

³⁷³ Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La transposición de directivas...”, *cit.*, 2006, p. 54.

³⁷⁴ Sara IGLESIAS SÁNCHEZ, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, REUS, Madrid, 2010, p. 112.

³⁷⁵ Según se establece en el Considerando 25: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, anejo al Tratado de la Unión y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva ni están obligados ni sujetos por su aplicación”. Y

De conformidad con el artículo 32 LOEX y 147 y siguientes RLOEX, se halla en situación de residencia permanente el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles.

El extranjero residente legalmente en España podrá solicitar la reagrupación familiar conforme a lo establecido en los artículos 18.1 LOEX y 56 RLOEX. No obstante, el derecho a la reagrupación familiar no se reconoce de forma generalizada a todos los extranjeros que se encuentren en nuestro país. Este derecho se concede únicamente a aquellos extranjeros que residan legalmente en España y que hayan obtenido la renovación de su residencia inicial, esto es, que tengan la autorización para residir en España durante un año, como mínimo, y solicitado la autorización para residir, al menos, otro año.

B) Los requisitos para la adquisición de la residencia permanente

a) Los requisitos generales

El requisito principal para el reconocimiento del estatuto de residente de larga duración es la duración de la residencia en el territorio de un Estado miembro. Es decir, que la residencia sea legal e ininterrumpida durante un periodo de cinco años inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud. Por lo tanto, se permite que los Estados miembros puedan excluir de esta Directiva a aquellos nacionales de terceros países que carezcan de un permiso de residencia legal y con una duración ininterrumpida (artículo 4.1 Directiva 2003/109). En el mismo precepto se establecen las normas para su cómputo.

Existen varios supuestos que no se tendrán en cuenta a efectos de calcular el periodo de estancia, según el artículo 4.2 Directiva 2003/109, que, en buena medida, se basa en las exclusiones del artículo 3.2 de la Directiva y que acabamos de señalar. Estos casos son los siguientes.

Primero, no se computarán los periodos de tiempo de aquellos ciudadanos extranjeros que residan en el Estado miembro de acogida exclusivamente por motivos de carácter temporal, por ejemplo, prestar servicios como *au pair* o trabajar como temporeros, o bien por ser trabajadores por cuenta ajena desplazados por un prestador de servicios a efectos de prestar servicios transfronterizos, o bien por ser prestadores de servicios

conforme al Considerando 26: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva ni está obligada ni sujeta por su aplicación”.

transfronterizos, o bien en los casos en que el permiso de residencia está limitado formalmente. Recordemos que la Directiva 2003/109 no se aplica a estos sujetos.

Segundo, tampoco se computará el periodo de tiempo de aquellos ciudadanos extranjeros que tengan un estatuto jurídico sujeto a la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, la Convención de 1969 sobre las misiones especiales o la Convención de Viena de 1975 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal.

A su vez, y en sentido contrario, se reconocen ciertas circunstancias en las que el extranjero puede ausentarse del Estado de acogida sin que se considere interrumpida la estancia. Entre estas circunstancias se incluye el caso de que la ausencia sea inferior a seis meses consecutivos y no excedan de diez meses en total a lo largo del período de los cinco años. También se amplía el plazo de los seis meses cuando concurren razones específicas o excepcionales de carácter temporal y, de conformidad con su Derecho nacional, los Estados podrán aceptar un período de ausencia más prolongado (artículo 4.3.2 Directiva 2003/109).

La continuidad de la residencia, y tal y como reconoce el artículo 32.2 LOEX, no se quiebra cuando el extranjero esté ausente por vacaciones u otras circunstancias. Por otra parte, los elementos que identifican la permanencia de la residencia están más relacionados con la efectividad de la continuidad que con la posesión de las autorizaciones temporales de residencia anteriores al momento en el que se afianza la residencia de larga duración. Y la determinación de los cinco años vendrá dada por la suma total de los periodos de residencia temporal, independientemente de los motivos que hayan dado lugar a que el extranjero los haya obtenidos (trabajo, reagrupación, etc.)³⁷⁶.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ determinó que la Directiva 2003/109 no define lo que se entiende por residencia legal, y esta definición vendrá determinada por la regulación en materia de extranjería de los diferentes Estados miembros³⁷⁷. En este mismo sentido se manifestó PÉREZ MARTÍN³⁷⁸. De esta forma, la determinación de si un extranjero se encuentra “legalmente” en un Estado es una cuestión que está regida por el derecho interno. Ello es así porque el Estado de acogida puede establecer unas restricciones a la

³⁷⁶ Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, “De la autorización...”, *cit.*, pp. 539 y 542.

³⁷⁷ Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Aportaciones del estatuto...” *cit.*, p. 34.

³⁷⁸ Elena PÉREZ MARTÍN, “El estatuto de residente...” *cit.*, p. 376.

entrada, pero siempre adecuadas a las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado³⁷⁹.

La legalidad de la residencia vendrá dada por que el ciudadano extranjero pruebe que dispone, para sí mismo y para los miembros de su familia que estuvieren a su cargo, de recursos fijos y regulares suficientes para su manutención, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate, lo que puede incluir la exigencia de un alojamiento adecuado. Además de probar que dispone, para él y para su familia, de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos [Considerando 7, artículo 5, artículo 15 y artículo 16.c) de la Directiva 2003/109].

Sobre la legalidad de la residencia de larga duración se ha manifestado el TJUE en la sentencia *Y.Z y otros*. En esta sentencia se trató el litigio que tuvo lugar entre, por un lado, el *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Secretario de Estado para la Seguridad y la Justicia, Países Bajos) y, por otro lado, Y.Z., Z.Z. e Y.Y. (padre, hijo y madre), en relación con las resoluciones del Secretario de Estado por las que se retiraron los permisos de residencia concedidos a Y.Z., Z.Z. e Y.Y., se les conminó a abandonar inmediatamente el territorio de los Países Bajos y se les prohibió el retorno³⁸⁰.

³⁷⁹ José Luis MORENEO PÉREZ y Carmen BURGOS GOYE, “Derecho a la libertad de circulación”, en José Luis MONEREO PÉREZ, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, 2013, p. 138.

³⁸⁰ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, *Y.Z y otros*, as. C-557/17, aps. 57 y 74. El padre, de nacionalidad china, obtuvo, en 2001, un permiso de residencia ordinario por tiempo determinado en los Países Bajos, en el marco de supuestas actividades como gerente de una sociedad. En 2006, adquirió un permiso de residencia ordinario de duración indefinida. Del mismo modo, la esposa del padre y el hijo menor de la pareja, ambos de nacionalidad china, obtuvieron sendos permisos de residencia ordinarios por tiempo determinado en los Países Bajos. Los permisos se concedieron en el marco de una reagrupación familiar con el padre, conforme a la Directiva 2003/86. En 2014, el Secretario de Estado retiró, con efecto retroactivo, los distintos permisos de residencia ordinarios concedidos al padre, por ser ficticio el empleo que supuestamente ejercía, ya que la sociedad para la que trabajaba no ejercía actividad alguna, por lo que tales permisos habían sido obtenidos de forma fraudulenta. Por otro lado, el Secretario de Estado también retiró, con efecto retroactivo, los permisos de residencia por tiempo determinado concedidos a la madre y al hijo en el marco de la reagrupación familiar y los permisos de residencia de residente de larga duración concedidos a estos. El Secretario de Estado consideró que fueron adquiridos de manera fraudulenta, toda vez que se expidieron sobre la base de certificados laborales fraudulentos del padre. En efecto, por un lado, estos permisos se obtuvieron partiendo de la suposición errónea de que la madre y el hijo gozaban, previamente a la concesión de los citados permisos, de una residencia legal en los Países Bajos. Por otro lado, los certificados laborales fraudulentos del padre también se presentaron a efectos de dicha concesión para hacer creer que la madre y el hijo disponían de recursos fijos y regulares suficientes, dado que en ningún momento estos dispusieron, de modo autónomo, de tales recursos. El Tribunal neerlandés señaló que no se discutía que el padre hubiera obtenido sus permisos de residencia por tiempo determinado y de duración indefinida de manera fraudulenta toda vez que su trabajo era ficticio. De ese modo, el litigio versó únicamente sobre las consecuencias del fraude cometido sobre el derecho de residencia de la madre y del hijo.

El TJUE declaró que el artículo 16.2.b) de la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de que se hayan presentado documentos falsificados a efectos de la expedición de permisos de residencia a los miembros de la familia de un nacional de un tercer país, la circunstancia de que estos no tuvieran conocimiento del carácter fraudulento de los documentos no impide que el Estado miembro retire esos permisos, en aplicación de dicha disposición. No obstante, de conformidad con el artículo 17 de la misma Directiva, incumbe a las autoridades nacionales competentes efectuar, con carácter previo, un examen individualizado de la situación de los miembros de la familia, llevando a cabo una apreciación equilibrada y razonable de la totalidad de los intereses en juego (apartado 57). Por cuanto ahora interesa, lo importante es destacar que el TJUE, del mismo modo, sentenció que el artículo 9.1.a) de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de que el estatuto de residente de larga duración haya sido concedido a nacionales de terceros países sobre la base de documentos falsificados, la circunstancia de que no tuvieran conocimiento del carácter fraudulento de los documentos no impide que el Estado miembro de que se trate retire ese estatuto (apartado 74).

Por otra parte, y en relación con el seguro de enfermedad, el TJUE señaló en la sentencia *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Assurance maladie complète)*³⁸¹ que ni un menor extranjero con residencia permanente reconocida ni su

³⁸¹ Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2022, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Assurance maladie complète)*, as. C-247/20, ap. 60. VI era una nacional de Pakistán que residía en Irlanda del Norte (Reino Unido) con su marido, nacional de ese mismo país, y sus cuatro hijos. En 2004 nació allí su hijo, que tenía la nacionalidad irlandesa. VI y su marido disponían de recursos suficientes para su propia manutención y la de su familia. Las partes de los litigios principales no negaron que, al menos durante el período comprendido entre el 17 de agosto de 2006 y el 16 de agosto de 2014, VI y su familia disponían de un seguro de enfermedad que cubría todos los riesgos y que VI disfrutaba de un derecho de residencia derivado como persona que tenía con carácter principal la custodia de un menor nacional del EEE “autosuficiente”. Además, se confirmó que, debido a su residencia legal en el Reino Unido durante un período continuado de cinco años, el hijo de VI adquirió un derecho de residencia permanente en el Reino Unido. En cambio, las partes en los litigios principales discreparon en cuanto al derecho de VI a disfrutar, en lo que respecta a los períodos comprendidos entre el 1 de mayo de 2006 y el 20 de agosto de 2006 y entre el 18 de agosto de 2014 y el 25 de septiembre de 2016, de la bonificación fiscal por hijo a cargo y del pago de prestaciones por hijos. Según la HMRC, tal derecho no existía, puesto que VI no disponía de un seguro de enfermedad que cubriera todos los riesgos durante los referidos períodos. Por consiguiente, no podía disfrutar respecto de tales períodos de la bonificación fiscal por hijo a cargo ni de las prestaciones por hijo. En estas circunstancias, el *Social Security Appeal Tribunal (Northern Ireland)* (Tribunal de Apelación en materia de Seguridad Social de Irlanda del Norte, Reino Unido) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes: ¿Se requiere que un menor que es residente permanente en el EEE mantenga un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos para mantener el derecho a residir?

progenitor están obligados a disponer de seguro para conservar el derecho de residencia en el Estado de acogida.

Además, el nacional de un tercer país no debe constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública. Sin embargo, la denegación de la residencia por estas dos razones no podrá justificarse por razones económicas.

En definitiva, y como ha señalado CRESPO NAVARRO, con la exigencia de estos requisitos se trata de asegurar que existe un vínculo fuerte y estable con el Estado en el que se pretende obtener el estatuto de residente permanente³⁸².

b) Los requisitos adicionales

La Directiva 2003/109 incluye requisitos adicionales para la obtención del estatuto de ciudadano de carácter permanente para los ciudadanos de terceros Estados. Así, los Estados miembros podrán requerir a los nacionales de terceros países que cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional (artículo 5.2 Directiva 2003/109)³⁸³. Los requisitos de integración pueden incluir el conocimiento de la lengua del Estado miembro, la familiarización con la cultura y la sociedad del Estado miembro, y la participación en cursos de formación cívica. Estos requisitos pueden variar de un Estado miembro a otro y están sujetos a las leyes nacionales de cada país. Solo siete países de la Unión imponen un requisito relacionado con el conocimiento de la lengua local³⁸⁴. España no ha exigido requisitos adicionales.

³⁸² Elena CRESPO NAVARRO, “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, n.º 18, mayo/agosto, p. 540.

³⁸³ PÉREZ MARTÍN ha criticado la inclusión adicional de este requisito, que no estaba incluido en la propuesta de Directiva de la Comisión. Esta autora alega, por un lado, que no parecen que existan límites sobre las medidas de integración que puedan imponer los Estados de acogida. Por otro lado, que tampoco se incluye una cláusula de conservación, que limite un eventual endurecimiento de las medidas. Y, finalmente, que los Estados podrían establecer unos requisitos inalcanzables. Cfr. Elena PÉREZ MARTÍN, “El estatuto de residente...”, *cit.*, p. 378.

³⁸⁴ Alemania exigen la prueba de conocimientos cívicos como condición para el permiso nacional de residencia permanente, así como conocimientos básicos del ordenamiento jurídico y ordenamiento jurídico y social de Alemania. PARLAMENTO EUROPEO E INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION “Laws for Legal Immigration in the 27 EU Members States”, *International Organization for Migration*, n.º 16, 2009, p. 53.

C) Los tipos de residencia de larga duración en el sistema del régimen de extranjeros en España

El régimen de extranjería reconoce dos formas de residencia de larga duración: la residencia de larga duración y la residencia de larga duración-UE. Las diferencias fundamentales se hallan en la forma de adquisición y en el contenido del estatuto de la movilidad dentro de los Estados miembros de la Unión.

El motivo de que existan estos dos tipos se debe a la transposición que el Reino de España hizo de la Directiva 2003/109³⁸⁵. El legislador español decidió mantener el régimen existente e incluir el nuevo exigido por la normativa europea, que fue incorporado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEX. Los dos regímenes, por lo tanto, coexisten y, por ello, es importante que los extranjeros que soliciten el régimen de residencia de larga duración identifiquen y expresen claramente a qué régimen quieren someterse³⁸⁶.

Según recoge ECHEZARRETA FERRER, estos dos tipos de residencias se diferencian de otros tipos de autorizaciones como es la residencia temporal. Para esta autora, otorgar estas residencias de larga duración no es una potestad discrecional de la Administración, sino que supone un derecho subjetivo de aquellas personas a las que le sean aplicables³⁸⁷. El estatuto se adquiere sin que la documentación que da la Administración tenga un carácter habilitante o constitutivo, sino que tiene un carácter declarativo³⁸⁸.

Estos dos tipos de residencia tienen diferencias a la hora de su adquisición y del contenido de derechos que conlleva la concesión de cada una de ellas.

³⁸⁵ Katia FACH GÓMEZ, “Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, marzo, 2004, p. 64.

³⁸⁶ Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros...*, cit., p. 405.

³⁸⁷ Mayte ECHEZARRETA FERRER, “De la nacionalidad a la residencia e inversa. Búsqueda del mejor estatuto jurídico para el ejercicio de los derechos de sufragio en los extranjeros”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2016, p. 67.

³⁸⁸ Cristóbal MOLINA NAVARRETE, Elena ARCE JIMÉNEZ y Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, p. 107. *Apud.* Mayte ECHEZARRETA FERRER, “De la nacionalidad a la residencia e inversa. Búsqueda del mejor estatuto jurídico para el ejercicio de los derechos de sufragio en los extranjeros”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº. 27 primer semestre 2016, p. 67.

a) La residencia de larga duración

La residencia de larga duración está regulada en el artículo 32 LOEX y en los artículos 147 a 150 RLOEX. Conforme a estos artículos, se halla en situación de residencia de larga duración el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles, aunque no supone poder ejercitar el derecho de movilidad a otro Estado miembro. Solo tiene efectos para España y en España. En este sentido, ESTEBAN DE LA ROSA define este tipo de residencia como “residencia de larga duración de validez territorial”, e insiste en que no supone la misma situación que la residencia de larga duración-UE³⁸⁹.

La autorización de residencia de larga duración la tendrán los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años (artículo 32 LOEX). Igualmente, tendrán derecho a obtener dicha autorización los extranjeros que acrediten haber residido durante ese periodo de forma continuada en la Unión, en calidad de titulares de una tarjeta azul-UE, siempre que en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud dicha residencia se haya producido en territorio español (artículo 148 RLOEX). A los efectos de obtener la residencia permanente computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, cuando se sea titular de la tarjeta azul-UE (artículo 32.2 LOEX).

La continuidad no quedará afectada en los siguientes casos:

Primero, si se ha producido una ausencia del territorio español de hasta seis meses continuados. En este caso el extranjero podrá estar fuera del territorio nacional siempre que la suma de sus ausencias no supere el total de diez meses dentro de los cinco años referidos anteriormente, salvo que las salidas se hubieran efectuado de manera irregular (artículo 148.2 RLOEX).

En relación con este requisito se pronunció el TSJ de Murcia, 18 de febrero de 2013, res. 119/13 (ponente: MARTÍN SÁNCHEZ)³⁹⁰. El TSJ confirmó la denegación de una autorización de larga residencia solicitada por un ciudadano marroquí, basándose en que no se pudo acreditar que el demandante llevase cinco años residiendo de forma legal y continuada en España. Para ello se tuvieron en cuenta los periodos de ausencia reflejados en su pasaporte. El demandante alegó que sus ausencias de territorio español se debieron a problemas de salud, pues debía seguir un tratamiento en su país, siendo imposible regresar a territorio español. El TSJ determinó que la normativa que se aplicaba en este caso era el artículo 32.2 LOEX, que exige una residencia continuada de

³⁸⁹ Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, “De la autorización...”, *cit.*, pp. 535 y 537.

³⁹⁰ ECLI:ES:TSJMU:2013:419.

cinco años y que los periodos de ausencia no podían superar en total diez meses dentro de los cinco años anteriores, sin que esta norma estableciera excepción alguna.

Segundo, en el caso de ausencias por motivos laborales. En este supuesto el periodo de continuidad no se verá afectado por ausencias de hasta seis meses, siempre que la suma de estas no superior el total de un año dentro del periodo de cinco años requeridos (artículo 148.2 RLOEX).

Junto a la regla general, también se concederá la residencia permanente a los extranjeros que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones, por estar en algún supuesto de “especial vinculación” con el territorio español³⁹¹. En estos supuestos no es necesario contar con cinco años de residencia. Los supuestos especiales son los siguientes (artículo 148.3 RLOEX):

Primero, en el caso de que el residente sea beneficiario de una pensión de jubilación contributiva dentro del sistema español de la seguridad social.

Segundo, en el supuesto de residentes extranjeros que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, contributiva, dentro del sistema español de la seguridad social, que consista en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.

Tercero, para los residentes que hayan nacido en España y, al alcanzar la mayoría de edad, hayan residido de forma legal y continuada en territorio nacional durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud. Este supuesto hace referencia a los hijos de los inmigrantes que hayan nacido en España. El tiempo de residencia como menor no computa automáticamente para la adquisición de la residencia de larga duración, sino que es necesario solicitarlo una vez cumplida la mayoría de edad.

Cuarto, también podrán acceder a la residencia permanente los extranjeros que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española. No se exige la residencia previa en España, ni tener que encontrarse en España.

Quinto, los residentes que, al llegar a la mayoría de edad, hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatos anteriores de forma consecutiva. El periodo de los cinco años no se refiere a la residencia legal sino al sometimiento a la tutela de una entidad pública.

³⁹¹ Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros...*, cit., p. 406.

Sexto, se podrán beneficiar los apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya concedido el respectivo estatuto en España. Es necesario que el extranjero se encuentre en España y que tenga reconocida la protección internacional tanto en España como en cualquier otro Estado de la Unión.

Finalmente, a los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España o de España en el exterior. En estos supuestos corresponde al Ministerio de Trabajo y Economía Social su concesión previo informe del Ministerio del Interior.

b) La residencia de larga duración-UE en España

Conforme al artículo 32.5 LOEX y al artículo 151 RLOEX, se halla en situación de residencia de larga duración-UE el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles y se beneficia de lo establecido en la Directiva 2003/109. Estos ciudadanos pueden ejercer el derecho de movilidad a otro Estado miembro. Esta residencia está pensada, tal y como reconoce ECHEZARRETA FERRER, para la movilidad de nacionales de terceros Estados dentro de la Unión³⁹². Según ESTEBAN DE LA ROSA la diferencia con la residencia de larga duración se encuentra en el hecho de que este tipo de residencia consiste en el mantenimiento del estatuto de residente de larga duración obtenido en otro Estado miembro, ya que la persona se ha trasladado a otro Estado distinto del país donde ha obtenido la residencia permanente³⁹³.

Como ya hemos indicado al analizar la Directiva 2003/109, el requisito fundamental es la residencia de cinco años, es decir, el haber residido legalmente y de forma continuada en territorio español durante un periodo de cinco años. En el caso de que se goce de la tarjeta azul-UE, los cinco años de residencia habrán podido transcurrir en cualquier Estado miembro, pero siempre que los dos últimos inmediatamente anteriores a la solicitud hayan sido en España [152.a) RLOEX]. La legalidad de la residencia deberá estar acreditada por los correspondientes permisos temporales y por las correspondientes inscripciones en el Registro Central de Extranjeros.

De conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2003/109, para calcular los cinco años de residencia legal e ininterrumpida solo está permitido contabilizar la mitad de los períodos de residencia efectuados con fines de estudios en los Estados miembros para el cálculo de la residencia ininterrumpida. Y que la residencia sea ininterrumpida es, tal y

³⁹² Mayte ECHEZARRETA FERRER, “De la nacionalidad a la residencia...”, *cit.*, p. 66.

³⁹³ Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, “De la autorización...”, *cit.*, pp. 535 y 537.

como señala PÉREZ MARTÍN, lo que se determina como la garantía de estabilidad de la residencia del ciudadano extranjero³⁹⁴.

El artículo 152.a) RLOEX señala que la continuidad no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de estas no supere el total de diez meses dentro del periodo de permanencia de cinco años exigible, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular. En estas ausencias la salida siempre tiene que ser regular. En caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de estas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos. Se computarán los periodos de permanencia en situación de estancia por estudios, movilidad de alumnos o prácticas no laborales, en el 50 % de la duración total de los mismos, siempre que en el momento de la solicitud de la autorización de residencia de larga duración-UE, el extranjero se encuentre en situación de residencia en España.

El cómputo de los cinco años admite excepciones en determinados supuestos [artículo 152.a) RLOEX]. En el caso de extranjeros que acrediten haber residido de forma continuada en la Unión, en calidad de titulares de una Tarjeta azul-UE, la continuidad de la residencia no quedará afectada por ausencia de la Unión de hasta doce meses continuados, siempre que la suma de estas no supere el total de dieciocho meses dentro de los cinco años de residencia requeridos.

Los miembros de la familia de un residente de larga duración-UE no quedan exentos del cumplimiento del requisito de residencia basándose en vínculos familiares. Los familiares tienen que cumplir la condición de residencia de los cinco años por sí mismos.

En este sentido se manifestó el TJUE en el caso *Tahir*³⁹⁵. La demandante, la Sra. Tahir, nacional paquistaní, presentó una solicitud para que se le expidiera un permiso de residencia de larga duración-UE, en su condición de cónyuge del Sr. Tahir, también nacional paquistaní, el cual era titular de un permiso de residencia. Dicha solicitud fue denegada por no cumplir con el requisito consistente en haber sido titular durante al menos cinco años de un permiso de residencia vigente. La Sra. Tahir interpuso un recurso para obtener la anulación de esa resolución denegatoria. La normativa italiana permitía expedir el permiso de residencia de larga duración-UE a los miembros de la familia del nacional de un tercer país que hubiera obtenido ya ese permiso, siempre que se cumplieran determinados requisitos relativos a una renta suficiente y una vivienda

³⁹⁴ Elena PÉREZ MARTÍN, “El estatuto de residente...”, *cit.*, p. 376.

³⁹⁵ Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, *Tahir*, as. C-469/13.

adecuada. A tal efecto, el requisito de la residencia de una duración de cinco años afectaba únicamente a ese nacional y no a los miembros de su familia. En este sentido el órgano jurisdiccional remitente se preguntó si esa disposición era contraria a la Directiva 2003/109, en la medida en que de la citada Directiva se desprende que, para la expedición de dicho permiso, el solicitante debe estar instalado permanentemente en el Estado miembro de que se trata.

Nada a tenor de la Directiva permite suponer que un miembro de la familia de un residente de larga duración pueda quedar exento del requisito de la residencia legal e ininterrumpida (apartado 29). En la sentencia el TJUE reconoció que los artículos 4.1 y 7.1, de la Directiva 2003/109 deben interpretarse en el sentido de que el miembro de la familia de la persona que haya adquirido ya el estatuto de residente de larga duración no puede ser eximido del requisito de haber residido legal e ininterrumpidamente en el Estado miembro de que se trata durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente (apartado 37).

El TJUE determinó que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro conceder, en condiciones más favorables que las establecidas en dicha Directiva, a un miembro de la familia en el sentido del artículo 2.e) de esa Directiva, un permiso de residencia de residente de larga duración-UE. Asimismo, el TJUE señaló a Italia la imposibilidad de conceder una autorización de residencia de larga duración-UE fuera de los casos permitidos por el artículo 13 de la Directiva 2003/109. La exigencia del requisito previo de residencia legal e ininterrumpida en el Estado miembro durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud es, por tanto, aplicable en todos los Estados miembros (apartados 43 y 44).

II. LOS TRÁMITES ADMINISTRATIVOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA RESIDENCIA PERMANENTE

Para que un Estado miembro pueda otorgar el estatuto de residente de larga duración es necesario que se haya cumplidos unos requisitos administrativos cuya interpretación, tal y como señala MOYA ESCUDERO, queda “ampliamente a la discrecionalidad” de los Estados³⁹⁶.

³⁹⁶ Mercedes MOYA ESCUDERO, “Un código de derechos para los nacionales de terceros estados residentes legales en la UE. Un avance en derecho antidiscriminatorio”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 34, 2017, p. 13.

1. El régimen europeo

En cuanto a los trámites administrativos en relación con el derecho de residencia permanente, como es habitual se distingue entre los ciudadanos de la Unión, nacionales de Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE y Suiza, y miembros de sus familias nacionales de estos Estados, por un lado, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de esos Estados, por otro lado.

El ciudadano de un Estado miembro de la Unión, del EEE o Suiza solicitará a la Oficina de Extranjeros de la provincia donde reside o, en su defecto, en la Comisaría de Policía correspondiente, conforme al modelo oficial establecido, un certificado donde se acredite su derecho a residir permanentemente.

El artículo 7.5 RD 240/2007 afirma que, una vez presentada la documentación pertinente, le será expedido de forma inmediata el correspondiente certificado de registro al interesado. Y el artículo 10 RD 240/2007, asimismo de modo imperativo, prevé que a petición del interesado se expedirá, con la mayor brevedad posible y tras la verificación de la duración de la residencia, un certificado del derecho a residir con carácter permanente.

Tratándose de los miembros de la familia de un ciudadano europeo que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro o de un Estado parte en el EEE o de Suiza, los trámites son más rígidos. En este caso, debe expedirse una tarjeta de residencia permanente que se renueva automáticamente cada diez años. Dicha tarjeta debe solicitarse por el interesado antes de que caduque su tarjeta de residencia temporal y será expedida por las autoridades competentes en un plazo de tres meses desde la solicitud (artículo 11.2 RD 240/2007)³⁹⁷.

De manera excepcional las autoridades competentes podrán recabar información sobre los posibles antecedentes penales del interesado a las autoridades del Estado de origen o a las de otros Estados. También podrán solicitar la certificación médica que acredite el estado de salud, cuando así lo aconsejen razones de salud pública (artículo 12 apartados 2 y 3 del RD 240/2007). No obstante, la mera existencia de antecedente penales no implica la denegación de la autorización de residencia de larga duración, cuestión de la que nos ocuparemos con detalle en un capítulo posterior.

³⁹⁷ El artículo reconoce que, junto con la solicitud de la citada tarjeta de residencia permanente, deberá presentarse la documentación siguiente: a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que dicho documento esté caducado, deberá aportarse copia de este y de la solicitud de renovación. b) Documentación acreditativa del supuesto que da derecho a la tarjeta. c) Tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.

La expedición del certificado se hará conforme a los modelos que establezcan las autoridades competentes y previo abono de la tasa correspondiente. Esta tasa será equivalente a la que se exige a los españoles para la obtención y renovación del documento nacional de identidad (artículo 14.1 RD 240/2007).

Los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre EEE, así como sus familiares, tienen la obligación de solicitar y obtener el certificado de registro o la tarjeta de residencia y sus correspondientes renovaciones. Estos podrán acreditar ser beneficiarios del régimen europeo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (artículo 14.4 RD 240/2007).

Sin embargo, es importante señalar que la expedición de una autorización de residencia a un ciudadano de la Unión no puede calificarse como un acto constitutivo de derechos, tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, en la sentencia *Comisión/Bélgica*³⁹⁸ determinó que no estamos ante un acto constitutivo de derechos, sino ante un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de una nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho de la Unión.

Antes de esta sentencia, la Comisión había recibido diversas denuncias referentes a la legislación y la práctica administrativa belgas en lo relativo, por un lado, a los requisitos de concesión de las autorizaciones de residencia al amparo de la Directiva 90/364³⁹⁹ (antecedente inmediato de la Directiva 38/2004) y, por otro lado, a las órdenes de abandonar el territorio nacional adoptadas en relación con ciudadanos de la Unión. En este mismo sentido ya se había pronunciado el TJUE en la sentencia *Royer*⁴⁰⁰, en la sentencia *Roux*⁴⁰¹ y en la sentencia *MRAX*⁴⁰².

³⁹⁸ Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2006, *Comisión/Bélgica*, as. C-408/03, aps. 62 y 63. La Comisión prestó una atención particular a la situación de la Sra. De Figueiredo, ciudadana portuguesa que llegó a Bélgica con sus tres hijas en agosto de 1999, para reunirse con quien, desde hacía mucho tiempo, era su pareja, un nacional belga. La declaración de entrada, efectuada el 30 de agosto de 1999, indicaba que se autorizaba la estancia hasta el 29 de octubre de 1999. La referida pareja de la Sra. De Figueiredo presentó simultáneamente un documento de asunción de personas a cargo. El 16 de diciembre de 1999, se notificó a la Sra. De Figueiredo una orden de abandonar el territorio por haber permanecido en Bélgica después de la fecha de expiración indicada en la declaración de entrada. Tras varios requerimientos a las autoridades belgas por parte de la Comisión y no quedar esta satisfecha de la respuesta dada por el Reino de Bélgica, se interpuso el recurso de incumplimiento.

³⁹⁹ Directiva 90/364 del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia. DOUE L 180/26 de 13 de julio de 1990.

⁴⁰⁰ Sentencia del TJUE de 8 de abril de 1976, *Royer*, as. 48/75 aps. 31 y 33. Las cuestiones se suscitaron en el marco de un proceso penal seguido contra un nacional francés acusado de entrada y residencia ilegales en territorio belga. El acusado se reunió con su esposa, varias veces, sin cumplir las formalidades administrativas de inscripción en la oficina de empadronamiento. Tras descubrir esta situación, las

En 2022, el TS, en sentencia de 19 de enero de 2022, res. 32/2022 (ponente: HERRERO PINA) declaró el derecho a la concesión, por silencio positivo, de la autorización de residencia permanente solicitada al amparo del RD 240/2007, al recurrente. Basó su fallo en la interpretación y alcance que realizó de la Disposición Adicional 1ª de la LOEX, en cuyo apartado primero se regula el régimen general de autorizaciones. Este artículo establece el silencio negativo para las solicitudes iniciales, y, el silencio

autoridades competentes ordenaron su expulsión del territorio y promovieron contra el mismo un proceso penal por residencia ilegal que terminó en una primera condena judicial. Las autoridades belgas alegaron, entre otras razones que el interesado “no había respetado los requisitos para la residencia de extranjeros y carecía del permiso de establecimiento en el Reino”. El TJUE determinó que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro y a permanecer en él, con los fines previstos en el Tratado, especialmente, para buscar o ejercer una actividad profesional, por cuenta propia o por cuenta ajena, o para reunirse con su cónyuge o su familia, constituye un derecho directamente conferido por el Tratado o, según el caso, por las disposiciones adoptadas en ejecución de este, y que este derecho se adquiere con independencia de la expedición de un permiso de residencia por parte de la autoridad competente de un Estado miembro.

⁴⁰¹ Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1991, *Roux*, C-363/89, aps. 9 y 12. El litigio surgió entre la demandante, la Sra. Danielle Roux, de nacionalidad francesa, y el Estado belga, que le denegó el permiso de residencia. La demandante llegó a Bélgica a finales del año 1988 y, el 10 de enero de 1989, solicitó un permiso de residencia ante la Administración municipal de la ciudad de Lieja declarando que ejercía la actividad de camarera por cuenta propia. El *Office des étrangers* (Policía de Extranjeros) desestimó esta solicitud alegando que la interesada no ejercía la actividad de camarera por cuenta propia, sino que, por el contrario, trabajaba por cuenta de un patrono con el que mantenía una relación de dependencia. Esta actividad por cuenta ajena no era ejercida de conformidad con la legislación social vigente en Bélgica. Por consiguiente, las autoridades belgas ordenaron a la demandante que abandonara el territorio. La demandante recurrió esta decisión. El TJUE señaló que, tal y como ya había declarado en diversas ocasiones, el derecho de residencia constituye un derecho directamente atribuido por el Tratado y está sujeto al único requisito de que se ejerza una actividad económica en el sentido de los artículos 48, 52 ó 59 del Tratado, y que la expedición de un permiso de residencia debe considerarse no como un acto constitutivo de derechos, sino como un acto de reconocimiento por parte de un Estado miembro de la situación individual de un nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho comunitario.

⁴⁰² Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, *Mrax*, as. C-459/99, aps. 31 y 74. Las cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL* y el Estado belga relativo a un recurso de anulación de la circular de los Ministros de Interior y de Justicia, de 28 de agosto de 1997, sobre el procedimiento de publicación de los edictos matrimoniales y sobre los documentos que deben aportarse para obtener un visado con objeto de contraer matrimonio en el Reino de Bélgica o para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero. El TJUE alegó que la expedición de un permiso de residencia a un nacional de un Estado miembro no debía considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento por parte de un Estado miembro de la situación individual de un nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho comunitario. La misma observación se imponía por lo que respecta a los nacionales de países terceros, cónyuges de nacionales de Estados miembros, cuyo derecho de residencia está directamente reconocido en los artículos 4 de la Directiva 68/360 y 4 de la Directiva 73/148, con independencia del hecho de que la autoridad competente de un Estado miembro expida un permiso de residencia.

positivo para las solicitudes de prórroga y autorizaciones de residencia de larga duración. Este régimen del silencio administrativo es aplicable a las solicitudes formuladas en virtud del RD 240/2007, por lo que habrá de tenerse en cuenta en el caso de los ciudadanos de la Unión y sus familiares, la distinta previsión según se trate de acceso inicial a la autorización o de las renovaciones o autorizaciones. La Sala concluyó que, a falta de resolución expresa de las solicitudes de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión o de otro Estado EEE, opera el silencio positivo y, en consecuencia, han de entenderse concedidas, por lo tanto el régimen aplicable al silencio administrativo de las solicitudes de tarjeta permanente realizadas al amparo del RD 240/2007 es el régimen positivo⁴⁰³.

Del mismo modo, el TS, en su sentencia de 13 de julio de 2022, res. 973/2022 (ponente: HUERTA GARICANO)⁴⁰⁴, ha reiterado que la falta de respuesta en el plazo de tres meses de una solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario determina su concesión por silencio positivo. La Sala estimó el recurso interpuesto por un ciudadano de Gambia, y anuló las resoluciones impugnadas que denegaron al recurrente la tarjeta de residencia permanente de familiar de la Unión por contar con antecedentes penales. El TS declaró que, conforme a la legislación en materia de extranjería, las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por los interesados se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. En el mismo sentido se había pronunciado el TS en sentencia de 19 de enero de 2022, rec. 3501/2020 (ponente: HERRERO PINA)⁴⁰⁵.

2. El régimen extranjero

En el régimen de extranjería existen dos regímenes diferentes, uno para la residencia de larga duración (artículos 147 a 150 RLOEX) y otro para la residencia de larga duración-UE (artículos 151 a 157 RLOEX).

⁴⁰³ ECLI:ES:TS:2022:64. La Subdelegación del Gobierno en Barcelona denegó la solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar ciudadano comunitario, en aplicación del artículo 15 RD 240/2007. Se interpuso un recurso contencioso-administrativo, y se dictó sentencia estimatoria entendiéndose obtenida la autorización por silencio positivo, razonando que el artículo 11 RD 240/2007 establece el plazo de tres meses para resolver el procedimiento, que la única previsión sobre el silencio administrativo negativo se encuentra en la Disposición Adicional Primera de la LOEX,

⁴⁰⁴ ECLI:ES:TS:2022:2884.

⁴⁰⁵ ECLI:ES:TS:2022:64.

A) La residencia de larga duración

Como ya sabemos, se halla en situación de residencia de larga duración el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles (artículo 147 RLOEX).

El ordenamiento jurídico español establece que los extranjeros que se hallen en territorio español deberán solicitar la autorización, según modelo oficial, ante la Oficina de Extranjería del lugar donde residan en España. En el caso de no encontrarse en territorio español, deberán presentar personalmente la solicitud ante la oficina diplomático consular en cuya demarcación residan y esta oficina dará traslado a la Oficina de Extranjería competente para su resolución. Esta norma tiene la excepción de los casos de los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España o su proyección en el exterior. En este caso la petición no la hará el interesado sino la propia Administración de oficio, a instancia de la Dirección General de Inmigración (artículo 149.1 RLOEX). Además, habrá que adjuntar la documentación necesaria⁴⁰⁶.

Una vez recibida la solicitud, la Oficina de Extranjería comprobará los tiempos de residencia previos en territorio español y recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales en España, así como aquellos informes que estime pertinentes para la tramitación y resolución del procedimiento (artículo 149.3 RLOEX).

El plazo máximo de respuesta por parte del órgano competente es de tres meses desde la recepción de la solicitud.

En el caso de que sea concedida la autorización de residencia de larga duración, el extranjero deberá solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero, en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución (artículo 149.5 RLOEX). Esta tarjeta debe de ser renovada cada cinco años. La no presentación de la solicitud no

⁴⁰⁶ El mismo artículo 149.2 RLOEX establece qué se debe de aportar: la copia del pasaporte completo en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, previa exhibición del documento original; el impreso acreditativo del abono de la tasa por tramitación del procedimiento; en caso de solicitudes fundamentadas en periodos de residencia previos, informe emitido por las autoridades competentes que acredite la escolarización de los menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria; en su caso, documentación acreditativa de los periodos de residencia previa, como titular de una Tarjeta azul-UE, en otros Estados miembros de la Unión; en su caso, documentación acreditativa de encontrarse en alguno de los supuestos previstos en el artículo 148.3, apartados de c) a f); en su caso, certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español.

supondrá en ningún caso la extinción de la autorización de residencia de larga duración, aunque la Administración sí podrá imponer alguna sanción (artículo 150 RLOEX).

Igualmente, la jurisprudencia española ha tratado la residencia permanente de los ciudadanos extranjeros. Recientemente, el TSJ de Asturias, en su sentencia de 24 de junio de 2022, res. 241/2022 (ponente: HIDALGO BERMEJO)⁴⁰⁷, confirmó la desestimación íntegra de la demanda formulada por la demandante, quien recurrió una de la resolución de la Delegación de Gobierno de Cantabria, por la que se le denegaba la autorización de residencia de larga duración. La sentencia confirmó que la demandante no cumplía los requisitos del artículo 148 RLOEX, en relación con la exigencia de una residencia de al menos cinco años, ininterrumpida e inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud, excediendo los periodos de interrupción de seis meses continuados que establece la norma. El Tribunal sentenció que, respecto de la residencia, debe tenerse en cuenta que, tal y como se establece en el artículo 26 de la Directiva 2003/109, el criterio principal para la adquisición del estatuto de residente de larga duración debe ser la duración de residencia en el territorio de un Estado miembro. Esta residencia tiene que ser legal, que es la realizada al amparo del permiso de permanencia o autorización de residencia, obtenida conforme a la normativa de extranjería vigente en cada momento, e ininterrumpida, testimoniando con ello el enraizamiento de la persona en el país⁴⁰⁸.

Anteriormente, el TSJ de Castilla La Mancha, en sentencia de 29 de julio 2016, res. 10262/2016 (ponente: LOZANO IBAÑEZ)⁴⁰⁹, confirmó la extinción de la autorización de residencia de larga duración de la interesada por permanecer fuera de España más de doce meses consecutivos. En la sentencia los motivos alegados por la demandante (sufrió una "crisis hipertensiva" que le impidió regresar a España desde República Dominicana), no fueron considerados como causa de fuerza mayor que verdaderamente impidiese el viaje y así justificase el incumplimiento de una exigencia taxativamente fijada para el mantenimiento del permiso de residencia de larga duración.

⁴⁰⁷ ECLI:ES:TSJCANT:2022:741.

⁴⁰⁸ La demandante alegó que debe apreciarse la justificación de la salida del territorio en relación con la voluntad de permanencia. Del mismo modo alegó que la interpretación de las normas del reglamento de extranjería debe realizarse por razones humanitarias. En el caso de la apelante la salida se justificó por la enfermedad de un hijo; el posterior fallecimiento del hijo y el cierre de fronteras. Y añadió que debía tenerse en consideración las costumbres de las sociedades musulmanas sobre enterramiento y luto; sobre la necesidad de tramitar testamento y la avanzada edad de la demandante, que le impedía viajar sola. En esta situación, la Abogacía del Estado, en su escrito de impugnación, negó que la recurrente acreditara los requisitos para acceder a la residencia de larga duración, porque permaneció fuera del territorio español durante 666 días consecutivos. Se opuso a las alegaciones que esgrimió porque desde el fallecimiento del hijo hasta que retornó a España trascurrió más de un año.

⁴⁰⁹ ES:TSJCLM:2016:2542.

La falta de motivación para rechazar un permiso de residencia permanente puede dar lugar a la anulación de la decisión administrativa. Esto ocurrió en la sentencia del TSJ de Andalucía de 19 de mayo de 2019, res. 1417/2014 (ponente: VIDERAS NOGUERAS)⁴¹⁰, en la que se estimó el recurso ante la decisión de la Administración por la falta completa de valoración en la resolución administrativa de los antecedentes del apelante, valoración que debía dar como resultado que los mismos no entorpecían la prosperidad de la solicitud.

El STJ de Madrid, en su sentencia de 4 de marzo de 2015, res. 163/2015 (ponente: ROSAS CARRIÓN)⁴¹¹, ha considerado el arraigo como un elemento para entender que no cabe denegar la residencia de larga duración a un ciudadano extranjero, en este caso de la República Dominicana con dos hijas de nacionalidad española, por haber cometido un delito de falta de respeto a los agentes de la autoridad y por otro delito de malos tratos en el ámbito familiar.

En este sentido, la sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 24 de julio de 2018, res. 383/2018 (ponente: DELFONT MAZA)⁴¹², reconoció que la ausencia de antecedentes penales expresa, y la situación de integración social pueden valorarse como elementos a tener en cuenta a la hora de autorizar la renovación. Sin embargo, en los supuestos de condenas penales tampoco queda excluida la concesión de la autorización, es decir, los antecedentes penales no determinan por sí solos la denegación de la autorización de residencia permanente, sino que para que esa denegación prospere es preciso que tales condenas reflejen precisamente datos que menoscaben los conceptos de orden público y seguridad pública.

El TS, en la sentencia de 5 de julio de 2018, res. 1150/2018 (ponente: TOLOSA TRIBIÑO)⁴¹³ se pronunció sobre la incidencia que sobre una solicitud de autorización de residencia de larga duración presentada por un ciudadano extranjero tiene el que este tenga antecedentes penales no cancelados⁴¹⁴. Según FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, el TS ha introducido una novedosa doctrina que viene a contradecir la mantenida hasta ahora por numerosos Tribunales Superiores de Justicia. De una manera rotunda, el TS, una vez analizada la normativa española y la de la Unión, ha concluido

⁴¹⁰ ECLI:ES:TSJAND:2014:4762.

⁴¹¹ ECLI:ES:TSJM:2015:2084.

⁴¹² ECLI:ES:TSJBAL:2018:682.

⁴¹³ ECLI:ES:TS:2018:2771.

⁴¹⁴ Un ciudadano extranjero solicitó en el año 2014 de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona la concesión de una autorización de residencia de larga duración. Esta petición que fue denegada, por la concurrencia de antecedentes penales en la persona del solicitante. El solicitante había sido condenado a la pena de seis meses de trabajos en beneficio de la comunidad, por la comisión de un delito de robo con fuerza, en grado de tentativa.

que la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración. Esta decisión ha puesto fin a aquella doctrina por la que la concurrencia de tales antecedentes penales era un elemento a valorar en atención a la gravedad del delito, el tiempo transcurrido, la situación familiar y el arraigo del ciudadano extranjero, y que no debía suponer sin más la denegación de la concesión de tal tipología de permiso de residencia⁴¹⁵.

Atendiendo a todo lo anterior ECHEZARRETA FERRER concluye que el estatuto de residencia permanente, aunque ofrece un elevado grado de estabilidad y de equivalencia de derechos con el de la nacionalidad, no está exento de controles, renovaciones y a veces de su extinción. Para esta autora, a veces es más fácil adquirir la nacionalidad española que el estatuto de residente permanente⁴¹⁶.

B) La residencia de larga duración-UE en España

En segundo lugar, y como también sabemos, se halla en situación de residencia de larga duración-UE el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles y que se beneficia de lo establecido sobre dicho estatuto en la Directiva 2003/109 del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (artículo 151 RLOEX).

La Directiva 2003/109 señala que los extranjeros demandantes del permiso de residencia adjuntarán a la solicitud los documentos justificativos estipulados en la legislación nacional que acrediten que el solicitante reúne los requisitos exigidos y, si fuere necesario, un documento de viaje válido o copia certificada del mismo. La misma Directiva establece que, entre los documentos justificativos podrá figurar, también, la prueba de que se dispone de un alojamiento adecuado (artículo 7.1 Directiva 2003/109).

La Directiva 2003/109 reconoce que los Estados miembros expedirán al residente de larga duración el permiso de residencia de larga duración-UE. El permiso tendrá una validez mínima de cinco años y la renovación será automática a su vencimiento, previa solicitud, en su caso (artículo 8).

⁴¹⁵ Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, “Permiso de residencia y antecedentes penales de extranjeros, Comentario a la STS de 5 de julio de 2018”, *Revista CEFLEGAL, CEF*, n.º 213, octubre 2018, p. 145.

⁴¹⁶ Mayte ECHEZARRETA FERRER, “De la nacionalidad a la residencia...”, *cit.*, p. 71.

En el caso de solicitar la residencia de larga duración-UE en España, el extranjero deberá solicitar la autorización según modelo oficial ante la Oficina de Extranjería del lugar donde reside en España. En el caso de no encontrarse en territorio español deberán presentar personalmente la solicitud ante la oficina diplomático o consular en cuya demarcación reside, esta oficina dará traslado a la Oficina de Extranjería competente para su resolución. Deberá adjuntar junto a la documentación general: pasaporte, acreditación del pago de las tasas, acreditación de los medios económicos, del seguro médico y en su caso, el certificado de antecedentes penales; en su caso, la documentación específica que acredite los periodos de residencia previa, como titular de una tarjeta azul-UE, en otros Estados de la Unión (artículo 153 apartados 1, 2 y 3 RLOEX).

El órgano competente resolverá en el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la solicitud. Una vez concedida la autorización, el extranjero deberá solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero, en el plazo de un mes desde la notificación de resolución (artículo 153.4 RLOEX). Cuando la Delegación o Subdelegación de Gobierno conceda una autorización de residencia de larga duración-UE a un extranjero al que se hubiera concedido en España la condición de beneficiario de protección internacional, se anotará en el epígrafe “observaciones” de la tarjeta la mención siguiente: “Residente de larga duración-UE, protección internacional concedida por España con fecha...” (artículo 153.6 RLOEX). La autorización de residencia debe de ser renovada cada cinco años. La no presentación de la solicitud no supondrá en ningún caso la extinción de la autorización de residencia de larga duración, aunque la Administración sí podrá imponer alguna sanción (artículo 154 RLOEX).

Cumplidos los requisitos para la obtención de la autorización de larga duración-UE, solo podrá denegarse esta autorización por motivos de orden público y de seguridad pública y por motivos de salud pública definidas por la OMS, tal y como se recoge en los artículos 6, 17 y 18 de la Directiva 2003/109. En efecto, los nacionales de terceros países que deseen adquirir y conservar el estatuto de residente de larga duración no deben constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública⁴¹⁷. Nunca esta denegación podrá ser por motivos de orden económico, tal y como se recoge en el artículo 6 y en el Considerando 9 de la Directiva 2003/109. Para impedir que los Estados miembros lleven a cabo una denegación automática, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de valorar la duración y la existencia de vínculos con el país de residencia.

⁴¹⁷ Considerando 8 de la Directiva 2003/109.

Sobre las tasas que se exigen para la tramitación de la autorización de residencia de carácter permanente se manifestó el TJUE en la sentencia *Comisión/Países Bajos*⁴¹⁸. En ella el TJUE resolvió el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos por no haber respetado las obligaciones establecidas por la Directiva 2003/109, al exigir el pago de tasas elevadas y no proporcionadas a los nacionales de terceros países y a los miembros de su familia que solicitaban el estatuto de residente de larga duración.

El TJUE analizó una cuestión puntual, no expresamente regulada en la Directiva: el carácter excesivo de las tasas que se exigían en los Países Bajos para la tramitación y expedición de determinadas autorizaciones de residencia de larga duración-UE (y que oscilaban entre los 188 y los 830 euros).

El TJUE recordó que ninguna disposición de la Directiva fijaba el importe de los derechos o tasas que los Estados miembros pueden exigir por la expedición de permisos y títulos de residencia (apartado 62). Sin embargo, aunque no se discutía que los Estados miembros disponían de una facultad de apreciación en ese contexto, esta no puede ser ilimitada (apartado 64). En consecuencia, el TJUE entendió que, aunque los Estados miembros estén facultados para someter la expedición de los permisos de residencia en virtud de la Directiva 2003/109 a la percepción de tasas, la cuantía de estas no debía tener por objeto ni como efecto crear un obstáculo a la obtención de los derechos atribuidos por esa Directiva, pues en tal caso se vulnerarían tanto el objetivo de integración perseguido por la Directiva como su espíritu (apartados 69 y 74).

En este contexto, el TJUE observó que los importes de las tasas exigidas por los Países Bajos variaban dentro de una escala cuyo valor mínimo era unas siete veces superior al importe que se había de pagar para obtener un documento nacional de identidad. De esta forma, y aún admitiendo que los ciudadanos neerlandeses y los nacionales de terceros países y los miembros de su familia no están en una situación idéntica, la diferencia señalada demostraba el carácter desproporcionado de las tasas exigidas (apartado 77).

En atención a todo ello, el TJUE juzgó que esas tasas eran excesivas y desproporcionadas y podían crear un obstáculo al ejercicio de los derechos atribuidos por la Directiva. Por tanto, declaró que los Países Bajos habían incumplido sus obligaciones en virtud de la Directiva al aplicar tales tasas a los nacionales de terceros países que solicitaban ejercer el derecho a residir en dicho país, así como a los miembros de su familia (apartado 79).

⁴¹⁸ Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, *Comisión/Países Bajos*, as. C- 508/10, aps. 64, 78 y 79.

El TJUE también se ha manifestado sobre la denegación de un permiso de residencia de larga duración-UE en la sentencia *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Nature du droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE)*⁴¹⁹. Lo que se planteaba en este asunto es si el derecho de residencia de un nacional de un tercer Estado derivado de los derechos de un ciudadano de la Unión en virtud del artículo 20 TFUE, en tanto que accesorio aquel siempre de este último, debía entenderse incluido dentro del artículo 3.2.e) de la Directiva 2003/109. Este precepto establece que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva quienes tengan un derecho de residencia “exclusivamente por motivos de carácter temporal”. El TJUE sentenció que el artículo 3.2.e) de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de residencia “exclusivamente por motivos de carácter temporal” es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de todos los Estados miembros (apartado 18).

El TJUE determinó que la residencia del nacional de un tercer país en el territorio de un Estado miembro en virtud del artículo 20 TFUE cumple el requisito previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 2003/109, que establece que dicha Directiva será aplicable a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro (apartado 25). E indicó que la residencia del nacional de un tercer Estado en el territorio de la Unión no presenta el carácter objetivo de estar estrictamente limitada en el tiempo y pretenda ser de corta duración (apartados 34 y 35).

⁴¹⁹ Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Nature du droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE)*, as. c-624/20. La parte demandante en el litigio principal, E. K., era de nacionalidad ghanesa. Su hijo tenía la nacionalidad neerlandesa. El 9 de septiembre de 2013 E. K. obtuvo, en virtud del artículo 20 TFUE, un permiso de residencia en territorio neerlandés con la mención “miembro de la familia de un ciudadano de la Unión”. El 18 de febrero de 2019 E. K. presentó una solicitud para obtener un permiso de residencia de residente de larga duración-UE. Esta solicitud fue denegada por el Secretario de Estado de Justicia y Seguridad, quien consideró, que el derecho de residencia en virtud del artículo 20 TFUE era temporal y que, por ello, no se le podía conceder el permiso de residencia solicitado. E. K. interpuso recurso contra la resolución denegatoria ante el *rechtbank Den Haag, zittingsplaats Amsterdam* (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Ámsterdam, Países Bajos). Dicho tribunal se preguntó, en primer lugar, sobre el carácter temporal del derecho de residencia obtenido en virtud del artículo 20 TFUE. En particular, se planteó la cuestión de si, por una parte, solo cabe calificar un derecho de residencia “temporal” si se acredita que dicho derecho concluirá en una fecha concreta, conocida de antemano, y, por otra parte, si el carácter temporal o no del derecho de residencia en virtud del artículo 20 TFUE puede vincularse a la intención de su titular, nacional de un tercer país, de establecerse permanentemente en el territorio del Reino de los Países Bajos. En segundo lugar, el citado tribunal señaló que E. K. y el Secretario de Estado de Justicia y Seguridad discrepaban acerca de si la determinación del carácter temporal o no del derecho de residencia en virtud del artículo 20 TFUE es competencia de los Estados miembros o si, en cambio, el concepto de “derecho de residencia temporal” debe ser interpretado de manera uniforme en la Unión. Por último, el mismo tribunal se preguntó si el ordenamiento jurídico neerlandés transpuso correctamente el artículo 3.2.e) de la Directiva 2003/109.

Asimismo, el TJUE precisó que el derecho de residencia del nacional de un tercer país en virtud del artículo 20 TFUE, en su condición de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, está justificado debido a que tal residencia es necesaria para que el citado ciudadano de la Unión pueda disfrutar, de manera efectiva, de la esencia de los derechos conferidos por ese estatuto mientras perdure la relación de dependencia con dicho nacional. Si bien es cierto que esa relación de dependencia desaparece, por regla general, con el paso del tiempo, en principio no pretende ser de corta duración. Por tanto, el motivo de la residencia en el territorio de un Estado miembro en virtud del artículo 20 TFUE no puede impedir la instalación duradera del nacional de un tercer país de que se trate en el territorio de ese Estado miembro. En efecto, la relación de dependencia que justifica tal residencia puede abarcar un período considerable y, más concretamente, tratándose del nacional de un tercer país progenitor de un menor, ciudadano de la Unión, en principio, hasta la mayoría de edad de este, o incluso más allá cuando se acrediten las circunstancias que lo justifiquen (apartado 41). Por lo tanto, no puede considerarse que la residencia del nacional de un tercer país en el territorio de un Estado miembro en virtud del artículo 20 TFUE sea una residencia “exclusivamente por motivos de carácter temporal”, en el sentido del artículo 3.2.e) de la Directiva 2003/109 (apartado 42). De tal modo que la duración de la residencia del nacional de un tercer país en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 20 TFUE puede abarcar un período considerable y ser, de este modo, muy superior a la duración fijada por el artículo 4.1 de la Directiva 2003/109 de cinco años (apartado 46).

El TJUE matizó que esta interpretación no pone en entredicho que el nacional de un tercer país que goce de un derecho de residencia en virtud del artículo 20 TFUE debe cumplir los requisitos establecidos en los artículos 4 y 5 de la citada Directiva para adquirir el estatuto de residente de larga duración (apartado 49).

De este modo, el TJUE concluyó que el artículo 3.2.e) de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de residencia “exclusivamente por motivos de carácter temporal” no incluye la residencia del nacional de un tercer país en virtud del artículo 20 TFUE en el territorio del Estado miembro del que es nacional el ciudadano de la Unión de que se trate (apartado 46).

III. LA PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DEL DERECHO DE RESIDENCIA PERMANENTE

1. El régimen europeo

Como norma general, conforme al artículo 16.4 Directiva 2004/38 y al artículo 10.7 RD 240/2007, la pérdida de la residencia permanente, para los ciudadanos de la Unión, del

EEE y de Suiza, tendrá lugar por la ausencia del Estado miembro de acogida (y, en el caso de España, del territorio español) durante más de dos años consecutivos.

La vigencia del certificado de residencia permanente estará condicionada al hecho de que el titular continúe encontrándose en algunos de los supuestos que dieron lugar a su obtención. En el caso de eventuales cambios de circunstancias referidos a la nacionalidad, estado civil o domicilio, el interesado debe comunicarlos a la Oficina de Extranjeros de la provincia donde resida o, en su defecto, a la Comisaría de Policía correspondiente (artículo 14.2 RD 240/2007).

La vigencia de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión caducará por las ausencias superiores a seis meses en un año. Sin embargo, esta vigencia no se verá afectada por ausencias superiores a este periodo cuando se acrediten que son debidas al cumplimiento de obligaciones militares o que no se prolonguen más de doce meses y sean debidas a motivos de gestación, parto, posparto, enfermedad grave, estudios, formación profesional, o traslados por razones de carácter profesional a otro Estado miembro o a un tercer país (artículo 14.3 RD 240/2007).

La caducidad por ausencia no será de aplicación a los titulares de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión vinculados por una relación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, inscritas en el registro general correspondiente y reconocidas oficialmente como de utilidad pública como cooperantes, y que realicen, para aquellas, proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero. Tampoco se aplicará esta caducidad por ausencia en el caso de permanecer en el territorio de otro Estado miembro de la Unión por realizar programas temporales de estudios promovidos por la Unión (artículo 14.3 RD 240/2007).

Ni la Directiva 2004/38 ni el RD 240/2007 hacen referencia específica a la recuperación de la residencia permanente para los ciudadanos de la Unión.

2. El régimen extranjero

La extinción de la residencia de larga duración se contempla en el artículo 32.5 LOEX (solo se establece residencia larga duración), en el artículo 166 RLOEX (tanto para residencia larga duración como para residencia larga duración-UE), y en el artículo 9 de la Directiva 2003/109 (residencia larga duración-UE). Estos artículos determinan en qué casos se produce la pérdida del derecho de residencia permanente.

Para que se produzca la retirada o la pérdida del estatuto de residente de larga duración tiene que darse alguno de los casos que expresamente vienen recogidos en la normativa. La caducidad del permiso no implica la pérdida o retirada del estatuto.

Conforme el artículo 166 RLOEX, tanto en la residencia permanente como en el caso de la residencia larga duración-UE, la extinción se producirá en los siguientes casos.

Primero, cuando se compruebe la obtención fraudulenta del estatuto de residente de larga duración.

Segundo, cuando se apruebe una medida de expulsión conforme a las pautas del artículo 12 de la Directiva 2003/19.

Tercero, cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión durante doce meses consecutivos. Sin embargo, los Estados miembros podrán aceptar ausencias superiores o que obedezcan a razones específicas o excepciones, sin que suponga la retirada del estatuto (artículo 9.2 Directiva 2003/109). En el caso de España, esta circunstancia no será de aplicación a los titulares de una autorización de residencia temporal y trabajo vinculados mediante una relación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, inscritas en el registro general correspondiente y reconocidas oficialmente de utilidad pública como cooperantes, y que realicen, para aquellas, proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero.

Sobre la cuestión de la ausencia del Estado de acogida por periodos superiores a doce meses se manifestó el TJUE en la sentencia *Landeshauptmann von Wien (Perte du statut de résident de longue durée)*⁴²⁰.

⁴²⁰ Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2022, *Landeshauptmann von Wien (Perte du statut de résident de longue durée)*, as. C-432/20. El 6 de septiembre de 2018, ZK, nacional kazajo, presentó una solicitud de renovación de su permiso de residencia de residente de larga duración-UE ante el Presidente del Gobierno del Estado Federado de Viena, quien la denegó mediante resolución de 9 de julio de 2019. ZK interpuso recurso contra esta resolución ante el órgano jurisdiccional remitente. El órgano jurisdiccional remitente señaló que, aunque estaba acreditado que, en el período comprendido entre agosto de 2013 y agosto de 2018 y posteriormente, el demandante en el litigio principal nunca pasó fuera del territorio de la Unión doce meses consecutivos o más, constaba igualmente que en ese período tan solo estuvo presente en dicho territorio algunos días al año. El Presidente del Gobierno del Estado Federado de Viena estimó que esta circunstancia justificaba denegar la renovación del permiso de residencia de residente de larga duración-UE solicitada. El demandante presentó un análisis jurídico elaborado por un grupo de expertos de la Comisión Europea para la migración legal en el que se concluía que procede interpretar de manera estricta el requisito de la ausencia del territorio de la Unión contemplado en el artículo 9.1.c) de la Directiva 2003/109. Únicamente la ausencia física de dicho territorio durante un período de doce meses consecutivos implica la pérdida del estatuto de residente de larga duración. Y carece de importancia si,

El TJUE se refirió en particular al objetivo de la Directiva 2003/109, recordando que se trata de garantizar la integración de los nacionales de países terceros que se han instalado permanentemente y de modo legal en los Estados miembros (apartado 36). De ahí que una vez adquirido el estatuto de residente de larga duración tras cinco años de residencia legal, esos nacionales disfrutaban de los mismos derechos que los ciudadanos de la Unión en ámbitos como la educación y la formación profesional, la seguridad social, los beneficios fiscales y los procedimientos para acceder a la vivienda. Y del mismo modo, en principio tienen libertad para desplazarse y residir fuera del territorio de la Unión, sin que ello suponga la pérdida de su estatuto de residente de larga duración, siempre y cuando no exceda de los doce meses consecutivos (apartado 25).

El TJUE señaló que, como el artículo 9.1.c) de la Directiva 2003/109 no contiene remisión alguna al Derecho nacional de los Estados miembros, el concepto de “ausencia” que figura en ella debe entenderse como concepto autónomo del Derecho de la Unión. Y debe interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta, con independencia de las calificaciones utilizadas en los Estados miembros y teniendo en cuenta tanto los términos de dicha disposición como su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (apartado 28). Además, interpretó que el artículo 8 de la Directiva 2003/109 dispone que el estatuto de residente de larga duración es permanente (apartado 32). Y concluyó que el artículo 9.1.c) de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que cualquier presencia física de un residente de larga duración en el territorio de la Unión dentro de un período de doce meses consecutivos, aun cuando tal presencia en ese período no dure más que unos cuantos días en total, basta para impedir que pierda su derecho al estatuto de residente de larga duración (apartado 47).

Cuarto, cuando el extranjero hubiera adquirido la residencia de larga duración-UE en otro Estado miembro.

Quinto, los Estados miembros podrán retirar el estatuto de residente de larga duración en caso de revocación, finalización o denegación de la renovación de la protección internacional, siempre que el estatuto de residente de larga duración haya sido obtenido sobre la base de la protección internacional.

durante el período relevante, el residente de larga duración se encontraba además materialmente establecido en dicho territorio o había fijado en él su residencia habitual. El órgano jurisdiccional remitente consideró que tal análisis, que se inclinó por suscribir, respaldaba la argumentación del demandante en el litigio principal, por lo que, ante la duda, decidió plantear cuestión prejudicial.

Y finalmente, la extinción se producirá cuando el extranjero haya sido condenado mediante sentencia firme por la comisión de alguna de las conductas recogidas en los artículos 177 y 318 bis del Código Penal.

El residente de larga duración que haya residido en otro Estado miembro perderá su derecho a conservar el estatuto de residente de larga duración adquirido en el primer Estado miembro cuando dicho estatuto le haya sido concedido en otro Estado miembro. En el caso de las causas de extinción, para la residencia de larga duración-UE existe una causa más: cuando el extranjero permanezca fuera del territorio español más de seis años. En estos supuestos, la Dirección General de Inmigración, previo informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, podrá determinar la no extinción de una autorización por esta causa ante la concurrencia de motivos excepcionales que así lo aconsejen (artículo 166.2 RLOEX).

Cuando la retirada o pérdida del estatuto de residente de larga duración no dé lugar a devolver al nacional de un tercer país, el Estado miembro autorizará al interesado a permanecer en su territorio siempre que reúna los requisitos establecidos en su legislación nacional y no constituya una amenaza para el orden público o la seguridad pública (artículo 9.7 Directiva 2003/109).

La residencia de larga duración se puede recuperar en los siguientes casos.

Primero, cuando la autorización se hubiera extinguido porque se ha producido la ausencia del territorio de la Unión durante doce meses consecutivos y cuando se hubiera adquirido la residencia de larga duración-UE en otro Estado miembro.

Segundo, cuando el extranjero regrese a España finalizado el periodo de su compromiso de no retorno asumido⁴²¹, siempre que en el momento de su retorno voluntario al país de

⁴²¹ El programa de retorno voluntario de inmigrantes tiene como objetivo atender las necesidades de retorno a sus países de origen a las personas inmigrantes, solicitantes de asilo, o personas que gocen de alguna protección internacional, que se encuentren en situación de vulnerabilidad, carencia y precariedad social, sean víctimas de trata o tengan problemas de integración social, que deseen regresar de manera voluntaria a su país de origen y carezcan de recursos económicos para hacerlo. Pretende ser, para aquellas personas extranjeras que desean regresar por motivos personales o cualquier otra circunstancia, un recurso alternativo a su estancia en España y facilitar su integración en su país de origen. Por ello, su intención es lograr un doble objetivo: garantizar el retorno digno de las personas y favorecer su asentamiento en la sociedad de la que partieron. El programa de retorno voluntario permite a la persona inmigrante estar acompañada en todo el proceso y acceder a la información del mismo permitiendo una mejor reintegración en la sociedad de origen. Permite a la persona inmigrante ser el principal actor en su proyecto migratorio con menor coste emocional y económico. Este programa puede estar impulsado, financiado o reconocido por la Administración General del Estado, o puede hacerse al margen de programa alguno. Quien se acoja a este programa no podrá regresar a España hasta que no pase el período

origen tuviera la condición de residente de larga duración en España (artículo 158 RLOEX).

El procedimiento para la recuperación de la residencia de larga duración, tal y como se describe en el artículo 159 RLOEX, es el siguiente.

El extranjero solicitará, personalmente y en el modelo oficialmente establecido, la solicitud de recuperación de la titularidad de la autorización de residencia de larga duración, ante la Oficina de Extranjería de la provincia en la que desee fijar su residencia, ante la propia Oficina de Extranjería o ante la Misión diplomática u Oficina consular española en cuya demarcación resida. Esta solicitud deberá acompañarse con la documentación requerida⁴²².

Tras recibir la solicitud, el órgano competente la registrará. Una vez la solicitud sea admitida a trámite, se procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación y se recabará de oficio el informe del Registro Central de Penados, así como los de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil. El órgano competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud. Si la Administración no hubiera resuelto expresamente en este plazo, se entenderá que la resolución es favorable (artículo 159.6 RLOEX).

En el caso de que la resolución fuera favorable, el extranjero deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes, en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión o, en su caso, desde la fecha de su entrada legal en territorio español. La tarjeta tendrá una validez de cinco años.

Por su parte, el procedimiento para la recuperación de la residencia de larga duración-UE, conforme determina el artículo 9.5 de la Directiva 2003/109 y el artículo 161 RLOEX, es el siguiente.

de compromiso de no retorno de tres años, y siempre que previamente solicite de nuevo las autorizaciones de trabajo y de residencia en España. Cfr. <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/retorno-voluntario>

⁴²² De conformidad con el artículo 159.3 RLOEX, dicha documentación debe incluir: pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses; certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español; y certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.

La Directiva 2003/109 establece que los Estados miembros que hayan concedido el estatuto de larga duración-UE establecerán un procedimiento simplificado para la recuperación del estatuto de residente de larga duración.

El extranjero presentará la solicitud de recuperación de la titularidad de la autorización de residencia de larga duración-UE personalmente y en el modelo oficialmente establecido. La solicitud podrá ser presentada ante la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia en la que desee fijar su residencia o, dirigida a dicha Oficina de Extranjería, ante la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia. Junto a la solicitud se deberá presentar la documentación requerida⁴²³.

Tras ser recibida la solicitud, el órgano competente la registrará, dejando constancia inmediata de su presentación. Tras ser admitida a trámite la solicitud, se procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación y se recabará de oficio el informe del Registro Central de Penados. El plazo para resolver será de tres meses desde la presentación de la solicitud y la resolución que se dicte tiene que ser motivada. Si en este plazo no ha resuelto expresamente la Administración, se entenderá que la resolución es favorable. Si la resolución fuera favorable, el extranjero deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes, en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión. La tarjeta tendrá una validez de cinco años (artículo 161 RLOEX).

La jurisprudencia española se ha manifestado sobre estas cuestiones en numerosas ocasiones. En concreto el TSJ de Valencia en su sentencia de 19 de octubre de 2022, res. 7081/2022 (ponente: GALATTO LÓPEZ)⁴²⁴, confirmó la resolución por la que se acordó la extinción de la autorización de residencia de larga duración del recurrente constando su ausencia del territorio español durante dos años y no justificando dicha ausencia⁴²⁵. O la sentencia del mismo tribunal de 14 de septiembre de 2022, res.

⁴²³ El artículo 161.3 RLOEX establece que dicha documentación incluye: pasaporte completo en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España; certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, (en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español), documentación acreditativa de que el solicitante cuenta con recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y, en su caso, la de su familia; documentación acreditativa de que el solicitante cuenta con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España; y un impreso acreditativo del abono de la tasa por tramitación del procedimiento.

⁴²⁴ ECLI:ES:TSJCV:2022:5436.

⁴²⁵ La recurrente había alegado que tuvo que volver a su país de origen, como madre separada y con hijos menores en edad escolar, y que acudió a su país natal para poder atenderlos dado que el padre había hecho dejación de sus funciones.

677/2022 (ponente: GALATTO LÓPEZ)⁴²⁶, donde se revocó la sentencia estimatoria de la instancia confirmando la resolución de inadmisión de la solicitud de recuperación de residencia de larga duración de un ciudadano marroquí. La residencia se había perdido por ausencia del territorio europeo durante doce meses consecutivos. La Sala entendió que la posibilidad de recuperar la residencia de larga duración quedaba referida a una nueva entrada legal en España posterior a la extinción de su autorización. El TSJ entendió que la resolución de extinción de la autorización de residencia colocaba al interesado en una situación de estancia irregular que debía resolver abandonando el territorio español y, solo si reingresaba cumpliendo los requisitos de entrada, podía hacer uso de la posibilidad de recuperación de la autorización de residencia extinguida. El mismo tribunal concluyó que poco sentido tendría la extinción de la autorización si, a renglón seguido y desde la situación de estancia irregular, el interesado pudiera recuperar la autorización extinta.

Ese mismo mes, el TS, en sentencia de 13 de septiembre de 2022, res. 1124/2022 (ponente: HUERTA GARICANO)⁴²⁷ anuló la resolución denegatoria de la solicitud de recuperación de la autorización de larga duración de una ciudadana ecuatoriana. La autorización había quedado extinguida por la ausencia ininterrumpida del territorio nacional durante doce meses de la titular. Esta autorización se había obtenido a partir de una autorización temporal por reagrupación familiar, y la Administración consideró que para solicitar la recuperación tenía que ser el familiar que generó el derecho el que la presentase y, en este caso, lo había hecho la propia reagrupada⁴²⁸.

O el TSJ de Asturias, en sentencia de 13 de junio de 2022, res. 264/2022 (ponente: ZAPATA HIJAR)⁴²⁹, en la que se confirmó la denegación de residencia de larga duración en España por ausencia del territorio de la Unión de más de un año continuado a un

⁴²⁶ ECLI:ES:TSJCV:2022:4683.

⁴²⁷ ECLI:ES:TSJCV:2022:4683.

⁴²⁸ El TS examinó si las previsiones normativas relativas a la recuperación de la titularidad de una residencia de larga duración resultan exclusivamente aplicables al que fue titular de esa autorización independiente o si lo son también al que fue titular de una autorización de residencia de larga duración por reagrupación familiar. El TS señaló que cuando el reagrupante tenga la condición de residente de larga duración, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la Tarjeta de Identidad del Extranjero de que sea titular el reagrupante en el momento de entrada del familiar en España. Ahora bien, la posterior autorización de larga duración del reagrupado sigue un régimen distinto e independiente de la autorización del reagrupante, por lo que el interesado es que el que ha de instar la rehabilitación de la autorización.

⁴²⁹ ECLI:ES:TSJAR:2022:856.

ciudadano marroquí⁴³⁰. En este mismo sentido se ha manifestado el TSJ Murcia, en sentencia de 2 de febrero de 2022, res. 40/2022 (ponente: ALONSO DÍAZ-MARTA)⁴³¹.

Igualmente, el TS en sentencia de 11 de mayo de 2022, res. 558/2022 (ponente: ROMÁN GARCÍA) se pronunció sobre la incidencia de los antecedentes penales en la recuperación de la autorización de residencia de larga duración. En este sentido reconoció que contar con antecedentes en los cinco últimos años, en principio, impide la recuperación. Sin embargo, reconoció que ello no obstaba para que, atendiendo al principio de proporcionalidad, también deban tenerse en cuenta al resolver la solicitud el tipo de delito contra el orden o la seguridad públicos, su gravedad, el peligro que representa el interesado, la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia.

IV. CONTENIDO DEL ESTATUTO DE RESIDENCIA PERMANENTE

Recordemos que la Directiva 2004/38 reconoce a los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un periodo continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida el derecho a residir de manera permanente (artículo 16) y garantiza el acceso a las prestaciones de asistencia social en igualdad de condiciones que los nacionales (artículo 24). Y hemos visto que el derecho de residencia es entendido como un derecho subjetivo de la persona que elige libremente el lugar donde residir.

Una consecuencia de este derecho es poder acceder a una serie de derechos sociales. La residencia es el elemento que determina que se pueda acceder o no a unos derechos o prestaciones como, por ejemplo, la sanidad, la seguridad social, la asistencia social, acceso a la vivienda, etc.

Sobre los derechos sociales hay que hacer una diferenciación. Existen los derechos vinculados a la seguridad social, a las prestaciones contributivas, derechos de los trabajadores, derechos en los que no puede haber discriminación por razón de la nacionalidad. Y existen otros derechos vinculados a la asistencia social, prestaciones no contributivas, en los que sí puede haber discriminación.

Han sido numerosos los autores que han tratado la residencia permanente y el contenido de la misma.

⁴³⁰ El demandante alegó que no había podido viajar antes por causas de fuerza mayor, concretamente, una situación médica acreditada.

⁴³¹ ECLI:ES:TSJMU:2022:120.

Tal y como han señalado RODRÍGUEZ MATEO, JIMÉNEZ BLANCO y ESPINIELLA MENÉNDEZ, el estatuto de residente permanente permite a su titular una serie de ventajas, como son mantener el derecho de residencia en la Unión sin estar sujeto a condicionantes económicos, garantiza la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida y el privilegio de la protección reforzada ante la expulsión. Estos derechos vinculados a la residencia permanente son diferentes a los derechos vinculados a la residencia de corta duración⁴³².

Según DE LA CUADRA-SALCEDO, el derecho de residencia se constituye en un derecho a tener derechos. Y señala que, como consecuencia de la actividad llevada a cabo por el TJUE, el derecho de residencia va a constituir el derecho indispensable, en principio, para que los ciudadanos de la Unión puedan acceder a los derechos sociales que un Estado miembro reconoce a sus propios nacionales⁴³³.

Para LIROLA DELGADO, el desarrollo del derecho de circulación y residencia está ligado a las dinámicas y tensiones que experimente la Unión, y por lo tanto le afectan las crisis económicas, políticas o sociales que acontezcan. La autora opina que en épocas de crisis económicas se producen tendencias limitativas al ejercicio de la libre circulación y residencia en la Unión⁴³⁴. Para CRESPO NAVARRO, aunque la jurisprudencia del TJUE ha seguido manteniendo un planteamiento amplio en la interpretación de las condiciones, en particular, en el concepto de trabajador, los supuestos en que se mantiene dicha cualidad y el requisito de la posesión de recursos económicos suficientes, se ha alejado de la generosidad interpretativa que caracterizó a la etapa anterior a la crisis económica, en lo referido a la concesión de ayudas sociales⁴³⁵.

Para CAICEDO CAMACHO, la igualdad de condiciones en materia social se otorga a los contribuyentes al régimen de la Seguridad Social. En cambio, en el caso de los ciudadanos no activos económicamente, la ciudadanía europea de pleno derecho se reconocería únicamente cuando se alcanzase la residencia de larga duración, una vez transcurridos cinco años de residencia en el nuevo Estado de acogida. Para la autora, se

⁴³² Pilar RODRÍGUEZ MATEO, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros...*, cit., pp. 404 y 405.

⁴³³ Tomás DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, "El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 87, septiembre/diciembre, 2009, pp. 110 y 118.

⁴³⁴ Isabel LIROLA DELGADO, "Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, septiembre/diciembre, 2014, p. 734.

⁴³⁵ Elena CRESPO NAVARRO, "La libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 49, 2019, p. 129.

relativiza o como mínimo se pospone la efectividad del principio de igualdad en materia de beneficios sociales entre ciudadanos de la Unión⁴³⁶.

MARTÍN VIDA establece que la cuestión fundamental es diferenciar entre lo que es seguridad social y lo que es asistencia social a efectos del Derecho de la Unión. Esta cuestión ha sido objeto de numerosas disquisiciones doctrinales y de numerosos pronunciamientos del TJUE. Para la autora, lo relevante es que “la prestación cumpla los requisitos que determina fundamentalmente la jurisprudencia del TJCE para definir unas prestaciones y otras, teniendo en cuenta que los Reglamentos sobre coordinación de los sistemas de seguridad social no contienen ninguna definición de seguridad social o de asistencia social”. Y reconoce que todo ciudadano de la Unión tiene, aunque no ejerza una actividad económica, derecho a ser tratado igual que los nacionales de los Estados miembros de acogida en el acceso a las prestaciones de asistencia social, si su residencia es legal⁴³⁷.

La jurisprudencia del TJUE se ha basado en unas mismas pautas de razonamiento. El TJUE ha intentado aclarar las dificultades suscitadas respondiendo al difícil ejercicio de buscar el equilibrio entre el reconocimiento efectivo del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y el dotar a los Estados miembros de márgenes de maniobra que les permitan la protección de sus sistemas de asistencia social⁴³⁸.

La labor del TJUE ha sido de gran importancia para aclarar y esclarecer la diferenciación entre seguridad social y asistencia social. Y la cuestión es clave porque dependiendo de si una ayuda se enmarca dentro de una u otra categoría, se puede aplicar el principio de igualdad de trato o no con independencia de la nacionalidad. Sin embargo, para mí, y una vez analizadas varias cuestiones, sentencias y doctrina, es una cuestión compleja y difícil de discernir. Veamos estas cuestiones.

⁴³⁶ Natalia CAICEDO CAMACHO, “La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 19, abril 2014, p. 123.

⁴³⁷ María Ángeles MARTÍN VIDA, “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, julio/diciembre 2007, pp. 106, 107 y 125.

⁴³⁸ Tina ORSÒLIC DALESSIO, “The Social Dimension of EU Citizenship—A Castle in the Air or Construction Gone Wrong?”, *German Law Journal*, Vol. 14, 2013, n.º 7, p. 882

1. El régimen para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

La adquisición del estatuto de residente permanente conlleva una serie de derechos para su titular, en este caso ciudadano de la Unión, del espacio EEE o de Suiza. En este sentido, el artículo 24.1 de la Directiva 2004/38 determina que todos los ciudadanos beneficiarios del derecho de residencia permanente gozarán de igualdad de trato respecto a los nacionales del Estado de acogida. Este principio de igualdad de trato se extiende también a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Desde el momento en que el ciudadano de la Unión o asimilado decide fijar su residencia en nuestro país se encuentra amparado por el derecho a no ser discriminado por la nacionalidad (artículo 18 TFUE). Y, en principio, tendrá derecho a algunos derechos sociales que se reconozcan en el ordenamiento español y en las mismas condiciones que los españoles.

El derecho de residencia permanente lleva aparejada la plena aplicación del principio de igualdad de trato a todas las situaciones, puesto que tal derecho ya no queda sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III de la Directiva 2004/38. Para LIROLA DELGADO, la diferencia entre ciudadanos activos e inactivos económicamente se diluye⁴³⁹.

El TJUE ha señalado que los Estados miembros tienen que proporcionar el mismo trato jurídico a los extranjeros que han ejercido su derecho a circular y residir libremente en otro Estado miembro que a sus nacionales. Cualquier normativa nacional que perjudique a determinados ciudadanos por haber ejercido su derecho a circular y residir en otro Estado miembro, distinto al de su nacionalidad, debe considerarse incompatible con el Derecho de la Unión, incompatible con el artículo 18.1 TFUE. El trato desigual únicamente estaría justificado “si se basara en criterios objetivos, independientes de la nacionalidad y proporcionados al objetivo legítimamente perseguido”⁴⁴⁰.

El TJUE en relación con las prestaciones sociales ha matizado que sí es posible discriminar, según se recoge en las sentencias *Dano*⁴⁴¹ y *Alimanovic*⁴⁴².

⁴³⁹ Isabel LIROLA DELGADO, “Derecho de residencia...”, *cit.*, p. 739.

⁴⁴⁰ Elena CRESPO NAVARRO, “La jurisprudencia del TJUE...”, *cit.*, p. 905.

⁴⁴¹ Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, as. C-333/13. El asunto principal versó sobre una nacional rumana que no había entrado en Alemania para buscar trabajo, sino que había solicitado las prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo. La Sra. Dano y su hijo, ambos de nacionalidad rumana, se trasladaron a Alemania, donde se le expidió a la Sra. Dano un certificado de residencia permanente. Los demandantes estaban a cargo de la hermana de la Sra. Dano y recibían prestaciones por hijo a cargo. La demandante no tenía cualificación profesional y no había ejercido ninguna actividad profesional ni en Alemania ni en Rumanía. La Sra. Dano y su hijo presentaron dos

En la sentencia *Dano* se analizó si un Estado miembro puede negarse a conceder ciertas prestaciones a los ciudadanos europeos no nacionales que residen en su territorio. El TJUE trató el tema de si un Estado miembro puede excluir de la percepción de prestaciones sociales de subsistencia no contributivas a ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros, que no ejerzan una actividad económica, siendo así que se conceden a los propios nacionales que se encuentren en la misma situación.

El Abogado General WHATELET, justificó, de forma contundente, la existencia de la patente desigualdad⁴⁴³. En respuesta a la cuestión prejudicial, el TJUE señaló que las “prestaciones especiales en metálico no contributivas”, están comprendidas en el concepto de “prestaciones de asistencia social” en el sentido del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 (apartado 63). Declaró que las disposiciones de esta última, así como las del Reglamento 883/2004, no se oponen a una normativa nacional que excluye a nacionales de otros Estados miembros de la percepción de determinadas prestaciones sociales, siendo así que tales prestaciones se garantizan a los propios nacionales que se encuentran en la misma situación, en la medida en que los nacionales de otros Estados miembros no disfruten del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida (apartado 64).

Por lo que se refiere al acceso a las prestaciones sociales, un ciudadano de la Unión solo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de

solicitudes relativas a la concesión de prestaciones del seguro básico, pero ambas fueron desestimadas. Ante estas denegaciones se interpuso recurso. El tribunal alemán consideró que no tenían derecho a las prestaciones del seguro básico. No obstante, este tribunal albergó dudas sobre si las disposiciones del Derecho de la Unión, en particular el artículo 4 del Reglamento 883/2004, el principio general de no discriminación que resultaba del artículo 18 TFUE y el derecho general de residencia que resultaba del artículo 20 TFUE, se oponían a las citadas disposiciones del Derecho alemán. Según el tribunal alemán remitente, los demandantes no podían reclamar el derecho de residencia en el Estado de acogida en virtud de la Directiva 2004/38.

⁴⁴² Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2015, *Alimanovic*, as. C-67/14. La Sra. Alimanovic y sus tres hijos tenían nacionalidad sueca todos ellos, aunque los hijos nacieron en Alemania y ella en Bosnia. La familia Alimanovic marchó de Alemania a Suecia, volviendo a Alemania años más tarde. Ese mismo año se expidió a los miembros de la familia una certificación de residencia de duración ilimitada. La demandante y una de sus hijas ya tenían capacidad para trabajar según las normas alemanas. Dos años después se concedieron a la Sra. Alimanovic prestaciones familiares, por un lado, para su hija Sonita, prestaciones de seguro básico, a saber, prestaciones de subsistencia para desempleados de larga duración, denominadas “*Arbeitslosengeld II*”, y, por otro lado, prestaciones sociales para los beneficiarios no aptos para trabajar, cuyos beneficiarios eran los otros dos hijos, Valentina y Valentino. Sin embargo, el centro de empleo alemán consideró que no eran aplicables a la familia Alimanovic las ayudas, al ser nacionales suecos, por lo que la Sra. Alimanovic y su hija Sonita fueron excluidas de las prestaciones de subsistencia para desempleados de larga duración.

⁴⁴³ Conclusiones presentadas el 20 de mayo de 2020, aps. 93 y 96.

acogida si su estancia en el territorio de dicho Estado cumple los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38 (apartado 69).

A su vez, el TJUE señaló que un Estado miembro debe tener la posibilidad de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia (apartado 78).

Para ÁLVAREZ OSSORIO, en esta sentencia lo que ha hecho el TJUE ha sido aceptar como válidos los límites a una interdicción de la discriminación por razón de nacionalidad que, de haberse redactado de otra forma, pudieran no haberlo sido⁴⁴⁴.

Un año más tarde, el TJUE, en la sentencia *Alimanovic*, determinó que el artículo 24 de la Directiva 2004/38 y el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social deben interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que excluye la percepción de determinadas “prestaciones especiales en metálico no contributivas”, y que constituyen también una “prestación de asistencia social” (apartado 63). Esta conclusión se hizo sobre la base de los artículos 4 y 70 del Reglamento 883/2004, que prohíben toda discriminación de ciudadanos de la Unión en relación con los nacionales de los Estados miembros, en las prestaciones en metálico no contributivas.

Ambas sentencias se basaron en el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38, donde se determina que durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, un período más largo para los ciudadanos que entraron para buscar trabajo, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias.

Las prestaciones que se discutieron en ambos litigios fueron consideradas como “prestaciones especiales en metálico no contributivas” (sobre la base del artículo 70 del Reglamento 883/2004). Estas prestaciones tratan de garantizar la subsistencia a personas que no pueden subvenir a ella, y que se financian mediante impuestos, sin

⁴⁴⁴ Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, “Libre circulación de ciudadanos y prestaciones sociales en la Unión Europea: configuración legal y juicio de validez (El caso Dano analizado con moderado optimismo)”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 30, enero/junio 2016, n.º 31, julio/diciembre 2016, p. 360.

tener carácter contributivo (apartado 43). Y el TJUE determinó que estas prestaciones también están comprendidas en el concepto de “prestaciones de asistencia social” del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38. Este concepto se refiere a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado (apartado 44). Del mismo modo, el TJUE concluyó que las prestaciones no se podían calificar como prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro, sino que deberían de calificarse como “prestaciones de asistencia social” (apartado 46).

Del mismo modo, el TJUE recordó, por lo que se refiere al acceso a prestaciones de asistencia social, que un ciudadano de la Unión solo puede reclamar la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida si su estancia en el territorio de dicho Estado se ajusta a los requisitos de la Directiva 2004/38 (apartado 49). El TJUE reconoció que aceptar que personas que no disfruten de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a prestaciones de asistencia social en las mismas condiciones aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida (apartado 50).

El TJUE determinó que para establecer si las prestaciones de asistencia social pueden ser denegadas con fundamento en la excepción del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38, es preciso comprobar previamente la aplicabilidad del principio de igualdad de trato y, en consecuencia, la legalidad de la estancia del ciudadano de la Unión interesado en el territorio del Estado miembro de acogida (apartado 51).

El TJUE declaró que la propia Directiva 2004/38, al establecer un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador que pretende asegurar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales, toma en consideración diferentes factores que caracterizan la situación particular de cada solicitante de una prestación social y, en especial, la duración del ejercicio de una actividad económica (apartado 60). Es decir, tiene que haber un examen individual. En lo que atañe al examen individual dirigido a una apreciación global de la carga concreta que representaría la concesión de una prestación en el conjunto del sistema nacional de asistencia social objeto del asunto principal, hay que observar que la ayuda concedida a un solo solicitante difícilmente puede calificarse de “carga excesiva” para un Estado miembro. Esta carga podría pesar

sobre el Estado miembro interesado, no cuando se le hubiera presentado una solicitud individual, sino necesariamente una vez sumadas todas las solicitudes individuales que se le hubieran presentado (apartado 62).

En la sentencia *Bernini*⁴⁴⁵, el órgano jurisdiccional nacional deseaba saber si la concesión de una financiación de estudios puede estar supeditada, como ventaja social, a la condición de que el hijo de un trabajador comunitario resida en el territorio del Estado miembro de que se trate, cuando esta condición no se impone a los hijos de los trabajadores nacionales. El TJUE concluyó que una financiación de estudios concedida por un Estado miembro a los hijos de los trabajadores constituye una ventaja social para un trabajador migrante cuando el trabajador continúe sufragando los gastos de manutención del hijo. En tal caso, el hijo debe obtener la financiación de los estudios en las mismas condiciones que se aplican a los hijos de los trabajadores nacionales y, en particular, sin que pueda imponérsele una condición suplementaria de residencia.

El TJUE, en la sentencia *N.*⁴⁴⁶, afirmó que, según la información de que disponía el Tribunal de Justicia nacional, la ayuda solicitada por el demandante constituía una

⁴⁴⁵ Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1996, *Bernini*, as. C-3/90, ap. 29. El litigio se entabló entre la Sra. M.J.E. Bernini, y el Ministro neerlandés de Educación y Ciencia sobre una petición de ayuda económica. La Sra. Bernini, de nacionalidad italiana, residía en los Países Bajos desde los dos años de edad. La demandante siguió una formación profesional en los Países Bajos, donde trabajó. Años más tarde, emprendió estudios de arquitectura en la Universidad de Nápoles (Italia) y presentó una solicitud de financiación de sus estudios a la Administración neerlandesa. Esta solicitud fue denegada, así como la reclamación dirigida contra esta denegación, alegándose fundamentalmente que la Sra. Bernini no podía ser asimilada a un nacional neerlandés a los efectos del régimen de financiación porque no residía en los Países Bajos, sino en Italia. Sin embargo, un nacional neerlandés que estudiara arquitectura en la misma Universidad italiana que la Sra. Bernini habría tenido derecho a obtener la financiación de sus estudios con arreglo a la normativa controvertida.

⁴⁴⁶ Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, *N.*, as. C-46/12. En este caso un ciudadano de la Unión entró en Dinamarca y días después empezó a trabajar como trabajador por cuenta ajena. Con fecha anterior a su entrada al país, solicitó que se le admitiera en la *Copenhagen Business School* solicitando posteriormente una ayuda a la formación. Esta ayuda a la formación le fue denegada. El demandante interpuso un recurso contra dicha decisión, alegando su condición de “trabajador” en el sentido del artículo 45 TFUE y su derecho a una ayuda a la formación. El órgano jurisdiccional remitente estimó que los artículos 7.1.c) y 24.2 de la Directiva 2004/38 debían interpretarse en el sentido de que la persona a la que se considera estudiante no tiene derecho a beca alguna ni siquiera si igualmente se la puede calificar de “trabajador”. Dio importancia al hecho de que el artículo 7.1.c) de dicha Directiva definía un estudiante como aquella persona que esté matriculada en un centro público o privado, “con la finalidad principal de cursar estudios”. El demandante había entrado en Dinamarca con la intención de estudiar, ya que había solicitado su admisión en el centro de formación antes de su entrada. En estas circunstancias, el *Ankenævnet for Statens Uddannelsesstøtte* decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debía interpretarse el artículo 7.1.c) de la Directiva 2004/38 [...], en relación con el artículo 24.2 de la Directiva, en el sentido de que, cuando un Estado miembro aprecia si una persona debe considerarse trabajador con derecho a una ayuda de manutención por

ayuda de manutención, consistente en una beca. Por lo tanto, esta ayuda podía estar incluida en la excepción al principio de igualdad de trato establecida en el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 (apartado 34). No obstante, esta excepción no es oponible a las personas que hayan adquirido un derecho de residencia permanente (apartado 35).

La cuestión de si las ayudas al estudio podían ser solicitadas por los nacionales de un Estado residentes en otro Estado miembro distinto ha sido un tema que se ha planteado en varios litigios ante el TJUE. En este sentido, una de las sentencias más significativas fue la sentencia *Bidar*⁴⁴⁷, a la que se remiten numerosas sentencias posteriores del TJUE.

Esta sentencia se presentó en el marco de un litigio entre, por una parte, el Sr. Bidar y, por otra, el *London Borough of Ealing* y el *Secretary of State for Education and Skills* (Ministro de Educación y Formación Profesional) en relación con la denegación de su solicitud de préstamo subvencionado para estudiantes destinado a sufragar sus gastos de manutención.

El demandante era un ciudadano francés que acompañó a su madre al Reino Unido, donde terminó la educación secundaria. Tres años más tarde de iniciar su estancia solicitó una ayuda económica para comenzar sus estudios universitarios. Si bien se concedió al Sr. Bidar una ayuda para sufragar sus gastos de matrícula, se le denegó la solicitud de ayuda económica destinada a sufragar sus gastos de manutención, en forma de préstamo para estudiantes, por no estar establecido de manera permanente, por no tener la residencia permanente en el Reino Unido.

El TJUE consideró que la situación de un ciudadano de la Unión que residía legalmente en otro Estado miembro estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación del TCE por lo que se refiere a la obtención de una ayuda concedida a los estudiantes, sea en

estudios, ese Estado (el Estado miembro de acogida) puede tener en cuenta la circunstancia de que esa persona entró en su territorio principalmente para seguir en él una formación con el efecto de que el Estado miembro de acogida no esté obligado a pagarle la ayuda sobre la base del artículo 24.2?”. El TJUE hizo las mismas consideraciones sobre la obligación de interpretar el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 en sentido restrictivo y de conformidad con las disposiciones de los Tratados, incluidas las relativas a la ciudadanía de la Unión. A su vez, el TJUE recordó que el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 dispone que ningún Estado miembro está obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención por estudios, incluidos los de formación profesional, consistentes en becas o préstamos de estudios, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, las personas que mantengan dicho estatuto o los miembros de sus familias. En la sentencia, el TJUE determinó que tal excepción no era oponible a las personas que habían adquirido un derecho de residencia permanente ni a los “trabajadores por cuenta ajena, [a los] trabajadores por cuenta propia, [a las] personas que mantengan este estatuto o [a los] miembros de sus familias”.

⁴⁴⁷ Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, as. C-209/03, ap. 43.

forma de préstamo subvencionado o de beca, y destinada a sufragar sus gastos de manutención.

La sentencia determinó que un Estado miembro podrá, cuando se trate de personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias, limitar la concesión de las ayudas de manutención, consistentes en becas o préstamos de estudios, a los estudiantes que no hayan adquirido el derecho de residencia permanente.

En este mismo sentido el TJUE se pronunció posteriormente en el caso *Förster*⁴⁴⁸.

La Sra. Förster, de nacionalidad alemana, se estableció en los Países Bajos, donde se matriculó para cursar estudios en magisterio y en pedagogía. Durante sus estudios, la Sra. Förster ejerció diversas actividades asalariadas. *IB-Groep*, autoridad competente en la financiación de estudios superiores, le concedió una beca de subsistencia. Esta autoridad consideró que la Sra. Förster tenía la condición de “trabajadora” y, por tanto, debía equipararse, en materia de becas de subsistencia, a los estudiantes de nacionalidad neerlandesa. Sin embargo, en una inspección se constató que había habido un periodo de tiempo en el que la Sra. Förster no había realizado ningún trabajo retribuido. Al estimar que ya no podía ser considerada trabajadora, se anuló la decisión de concesión de una beca de subsistencia. En el marco de su recurso contra esta decisión, la Sra. Förster alegó, en particular, que en el período de que se trataba ya estaba lo suficientemente integrada en la sociedad neerlandesa como para, en virtud del Derecho de la Unión, tener derecho a una beca de subsistencia por su condición de estudiante.

La demandante invocó, a estos efectos, la sentencia del TJUE en el asunto *Bidar*⁴⁴⁹ que declaraba que la existencia de un cierto grado de integración podía considerarse acreditada mediante la constatación de que el estudiante residió en el Estado miembro de acogida durante un período determinado. A raíz de esta sentencia, *IB-Groep* adoptó unas Directrices según las cuales los estudiantes que tuvieran la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión debían haber residido legalmente en los Países Bajos durante un período ininterrumpido de cinco años antes de solicitar una beca de estudios. Se planteó al TJUE una cuestión prejudicial para que precisara en qué condiciones un estudiante de otro Estado miembro puede tener derecho a una beca de subsistencia.

El TJUE recordó con esta sentencia que un estudiante que reside legalmente en otro Estado miembro puede invocar, para obtener una beca de subsistencia, la prohibición de

⁴⁴⁸ Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2008, *Förster*, as. C-158/07, ap. 60.

⁴⁴⁹ Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, as. C-209/03, aps. 48 y 57.

toda discriminación por razón de nacionalidad. A su vez recordó que es legítimo que un Estado miembro solamente conceda una ayuda para sufragar los gastos de mantenimiento a los estudiantes que hayan demostrado cierto grado de integración en la sociedad del referido Estado y que la existencia de este grado de integración puede considerarse acreditada mediante la constatación de que el estudiante de que se trate residió en el Estado miembro de acogida durante un período determinado.

El TJUE consideró que el requisito de residencia ininterrumpida durante cinco años era adecuado para garantizar que el solicitante de la beca de subsistencia de que se trataba estaba integrado en el Estado miembro de acogida. Finalmente, el TJUE estableció que el Derecho de la Unión no se oponía a que se aplicara a los nacionales de otros Estados miembros un requisito de residencia previa de cinco años para poder acceder a las becas.

En este mismo sentido, el TJUE en la sentencia *Comisión/Austria*⁴⁵⁰, la Comisión Europea solicitó al Tribunal que declarara que la República de Austria había incumplido las obligaciones que le incumbían con arreglo al artículo 18 TFUE en relación con los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y al artículo 24 de la Directiva 2004/38 al permitir que, en principio, solo los estudiantes cuyos padres percibían prestaciones familiares austriacas pudieran beneficiarse de las tarifas de transporte reducidas.

La Comisión fue informada de que muchos estudiantes nacionales de Estados miembros diferentes de la República de Austria y que cursaban sus estudios en Austria se veían obligados, para utilizar los transportes públicos, a abonar cantidades mayores que las que pagaban los estudiantes austriacos. En efecto, en determinados *Länder*, solo los estudiantes pertenecientes a familias que percibían las prestaciones familiares austriacas podían disfrutar de una reducción en las tarifas de transporte.

La Comisión solicitó a la República de Austria que le describiera detalladamente el sistema de las tarifas reducidas de transporte aplicable en este Estado miembro. La República de Austria cuestionó la pertinencia del artículo 24 de la Directiva 2004/38. Según este Estado miembro, las tarifas reducidas de transporte para estudiantes constituían prestaciones familiares complementarias integradas en el sistema de prestaciones familiares reconocidas en Austria y, en consecuencia, debían de calificarse como prestaciones de seguridad social en el sentido de la normativa de la Unión aplicable en materia de coordinación de regímenes de seguridad social. Según Austria, los beneficiarios de tales tarifas no eran los propios estudiantes, sino los padres que corrían con los gastos relativos a las necesidades de sus hijos mientras estos mantenían su condición de estudiantes.

⁴⁵⁰ Sentencia del TJUE 4 de octubre de 2012, *Comisión/Austria*, as. C-75/11.

La Comisión remitió a la República de Austria un dictamen motivado en el que sostenía que el sistema austriaco de tarifas reducidas de transporte para los estudiantes infringía los artículos 18 TFUE y 24 de la Directiva 2004/38, sin que resultara de aplicación la excepción contemplada en el apartado 2 de este último artículo. La Comisión alegó, por una parte, que, en contra de lo sostenido por las autoridades austriacas, y para evitar que quedara privado de sentido el mencionado artículo 24.2, el mero hecho de que una medida aliviara las cargas de los padres relativas al cuidado de sus hijos no bastaba para que debiera dejar de calificarse como ayuda de manutención para los estudios.

Por otra parte, sostuvo que de la redacción de dicho artículo 24.2 debía deducirse que los Estados miembros de acogida solo pueden negar la concesión de ayudas de manutención a los nacionales de los demás Estados miembros que no tengan un título de residencia permanente en el territorio del Estado miembro de acogida en el caso de que tales ayudas adopten la forma de becas de estudios o de préstamos.

Finalmente, la República de Austria alegó que las tarifas reducidas de transporte guardaban relación con una prestación familiar reconocida en el marco de una gestión de Derecho privado. Según este Estado miembro, no se producía ninguna discriminación por razón de nacionalidad ya que estas tarifas eran reconocidas a favor de todos los padres afiliados con independencia de su nacionalidad.

El TJUE alegó que las reducciones de las tarifas de transporte concedidas a los estudiantes en cuestión constituían ayudas de manutención para estos, solo las ayudas de manutención relacionadas con los estudios “consistentes en becas o préstamos de estudios” quedaban cubiertas por la excepción al principio de igualdad de trato prevista en el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 (apartado 55).

Finalmente, el TJUE determinó que era preciso, tal como se desprendía del décimo considerando de la Directiva 2004/38, evitar que los beneficiarios del derecho de residencia, incluidos los estudiantes, se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer período de estancia. En consecuencia, el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por períodos superiores a tres meses está, de conformidad con el artículo 21 TFUE y lo dispuesto en la Directiva 2004/38, sometido a determinadas condiciones (apartado 60). El TJUE falló que la República de Austria incumplía sus obligaciones.

El TJUE matizó esta cuestión en la sentencia *Giersch y otros*⁴⁵¹, relativa a la igualdad de trato por lo que se refiere a las ventajas sociales en beneficio de los trabajadores fronterizos y de los miembros de sus familias. Esta sentencia hizo referencia a la imposición por el Estado de acogida de un requisito de residencia para la obtención de ayudas económicas para estudios superiores a hijos de trabajadores migrantes, más concretamente al caso de los hijos de trabajadores fronterizos.

El TJUE declaró que el artículo 7.2 del Reglamento 1612/68⁴⁵² debe interpretarse en el sentido de que se opone, en principio, a una legislación de un Estado miembro que supedita la concesión de una ayuda económica para estudios superiores a un requisito de residencia del estudiante en dicho Estado miembro. Una normativa que, de este modo, instaura una diferencia de trato, constitutiva de una discriminación indirecta, entre las personas que residen en el Estado miembro de que se trate y aquellas que, sin

⁴⁵¹ Sentencia del TJUE de 23 de junio de 2013, *Giersch y otros*, as. C -20/12. Esta sentencia surgió en el marco de litigios entre el *ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche luxemburgués* (Ministro) y algunos estudiantes que habían solicitado la ayuda económica del Estado para estudios superiores con el fin de cursar tales estudios en un Estado miembro que no era el Gran Ducado de Luxemburgo. Las Sras. Giersch y Hodin, así como los Sres. Taminiaux y Stemper, solicitaron, como estudiantes, la concesión, con respecto al curso universitario 2010/2011, de una ayuda económica para estudios superiores en relación con la obtención de una titulación. Las Sras. Giersch y Hodin y el Sr. Taminiaux residían en Bélgica e indicaron que querían cursar sus estudios en Luxemburgo durante el curso universitario 2010/2011. El Sr. Stemper residía en Alemania y declaró que quería cursar estudios en el Reino Unido. El Ministro denegó dichas solicitudes de ayuda económica basándose en un mismo motivo, a saber, el incumplimiento del requisito de residencia previsto en el artículo 2, letra b), de la Ley de 22 de junio de 2000 modificada. Ante esta negativa, se interpuso el correspondiente recurso. Los demandantes alegaron la existencia de una discriminación directa por cuanto, para poder gozar de la ayuda económica del Estado para estudios superiores, el nacional luxemburgués o el miembro de la familia de un nacional luxemburgués debe estar domiciliado en Luxemburgo. Señalaron que si, no obstante, se considerara que los nacionales luxemburgueses y los nacionales de otros Estados miembros están sujetos al mismo requisito de residencia en el territorio luxemburgués, este requisito de residencia constituiría una discriminación indirecta, ya que lo cumplirían más fácilmente los nacionales luxemburgueses que los de otros Estados miembros. El Gobierno luxemburgués alegó que el objetivo que persigue el régimen de ayuda luxemburgués justifica que se restrinja el círculo de sus beneficiarios únicamente a los residentes. Manifestó que el objetivo de la Ley por la que se instituye dicha ayuda económica es estimular el incremento de la proporción de poseedores de un título de enseñanza superior entre la población residente, a fin de que alcanzase el 40 % en el 2020, mientras que, en 2010, solo representaba el 28 %. Pues bien, señaló que este último porcentaje es claramente inferior al de los poseedores de tal título en Estados comparables al Gran Ducado de Luxemburgo. Además, el Gobierno luxemburgués, alegó que, si no existiera el requisito de residencia, todo estudiante, aun cuando no mantuviera vínculo alguno con la sociedad luxemburguesa, podría beneficiarse de la ayuda económica del Estado para cursar estudios superiores en cualquier país del mundo, lo cual propiciaría un “turismo de becas” que no puede soportar el presupuesto nacional.

⁴⁵² Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad en su versión modificada por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

residir en ese Estado miembro, son hijos de trabajadores fronterizos que desarrollan su actividad en tal Estado miembro.

El TJUE volvió a reiterar que los trabajadores fronterizos han creado, en principio, un vínculo de integración suficiente en la sociedad de ese Estado que les permite beneficiarse en él del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores nacionales y con los trabajadores residentes, respectivamente (apartado 63). No obstante, el TJUE también recordó que en ocasiones sí se habían admitido algunos motivos de justificación en lo relativo a normativas nacionales que establecen una distinción entre residentes y no residentes que ejercen una actividad profesional en el Estado de que se trate, según su grado de integración en la sociedad de ese Estado miembro o su vínculo de conexión con esta (apartado 64).

El TJUE determinó, en este sentido, que un trabajador fronterizo no siempre está integrado en el Estado de empleo de la misma manera que lo está un trabajador residente en tal Estado rompiendo, por tanto, la igualdad de tratamiento entre trabajadores y aproximando la situación de los trabajadores fronterizos a la de los inactivos económicamente (apartado 65)⁴⁵³.

Y finalmente concluyó que el artículo 7.2 del Reglamento 1612/68 debía interpretarse en el sentido de que se opone, en principio, a una normativa de un Estado miembro que supedita la concesión de una ayuda económica para estudios superiores a un requisito de residencia del estudiante en ese Estado miembro e instaura una diferencia de trato, constitutiva de una discriminación indirecta entre las personas que residen en el Estado miembro de que se trate y aquellas que, sin residir en tal Estado miembro, sean hijos de trabajadores fronterizos que desarrollen una actividad en dicho Estado miembro. Por otra parte, admitió que, ciertamente, el objetivo de incrementar la proporción de residentes poseedores de un título de enseñanza superior con el fin de promover el desarrollo de la economía del mismo Estado miembro constituye un objetivo legítimo que puede justificar tal diferencia de trato y la imposición de un requisito de residencia. Ahora bien, en el caso analizado el TJUE consideró que tal y como estaba configurado dicho requisito, este excedía de lo necesario para alcanzar el objetivo que perseguía, en la medida en que impedía tener en cuenta otros elementos potencialmente representativos del grado real de conexión entre el solicitante de esa ayuda económica y la sociedad o el mercado laboral del Estado miembro en cuestión. Por ejemplo, el hecho de que uno de los progenitores, que continuase sufragando la manutención del estudiante, fuera un trabajador fronterizo, que ocupara un puesto de trabajo duradero en

⁴⁵³ En el mismo sentido, Isabel LIROLA DELGADO, “Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempo de crisis: ¿Hacia un planteamiento casuístico y ambiguo de la solidaridad entre Estados Miembros?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, 2014, p. 747.

dicho Estado miembro y que ya hubiera trabajado en este durante mucho tiempo (apartado 83).

En este mismo sentido el TJUE se ha pronunciado en las sentencias *Bragança Linares Verruga y otros*⁴⁵⁴, y *Depesme y Kerrou*⁴⁵⁵ relativas a la normativa luxemburguesa sobre la ayuda económica del Estado para estudios superiores, y ha aportado precisiones en materia de libre circulación de los trabajadores y seguridad social.

⁴⁵⁴ Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2016, as. *Bragança Linares Verruga y otros*, C-238/15, ap. 69. El litigio tuvo lugar entre la Sra. Maria do Céu Bragança Linares Verruga y los Sres. Jacinto Manuel Sousa Verruga y André Angelo Linares Verruga, por una parte, y el *ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* (Ministro de Enseñanza Superior e Investigación, Luxemburgo), por la otra, en relación con la negativa de este último a conceder al Sr. Linares Verruga la ayuda económica del Estado para estudios superiores. El demandante solicitó, en su condición de estudiante, la concesión de una ayuda económica del Estado luxemburgués para estudios superiores en relación con la obtención de un título académico. Sin embargo, el Ministro de Enseñanza Superior e Investigación luxemburgués denegó esta solicitud. Posteriormente, el Sr. Linares Verruga y sus padres interpusieron un recurso administrativo de reposición contra esta resolución, quedando desestimado dicho recurso. Los demandantes alegaron, con carácter principal, que la ayuda económica del Estado para estudios superiores constituía una prestación familiar en el sentido del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, a la que tiene derecho todo trabajador. Con carácter subsidiario, adujeron que esta ayuda constituía una ventaja social en el sentido del artículo 7.2 del Reglamento 1612/68, estando su condición sujeta al principio de igualdad de trato. Sin embargo, el Gobierno luxemburgués alegó que la mencionada ayuda no constituía una prestación familiar y negó que le fuera aplicable el Reglamento 1612/68 al litigio principal. Igualmente, el Gobierno luxemburgués sostuvo que la condición de trabajador de uno de los progenitores del estudiante que no residía en Luxemburgo no bastaba por sí sola para conferir a este el derecho a la ayuda económica del Estado para estudios superiores. Según ese Gobierno, la sentencia de 20 de junio de 2013, *Giersch y otros* (C- 20/12), facultaba al legislador nacional para supeditar la concesión de tal ayuda al cumplimiento del requisito de que el trabajador transfronterizo haya trabajado en el correspondiente Estado miembro durante un período de tiempo significativo. El Gobierno alegó que en el asunto principal, los esposos Verruga no cumplían ese requisito.

⁴⁵⁵ Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2016, as. *Depesme y Kerrou*, C-401/15 y C-403/15, ap. 64. Los litigios principales versaban sobre las condiciones, establecidas en la normativa luxemburguesa, para la concesión por parte del Estado luxemburgués de ayudas económicas, para el año académico 2013/2014, a los estudiantes no residentes en Luxemburgo con el fin de cursar estudios superiores. La Sra. Depesme y el Sr. Kauffmann, nacionales franceses residentes en Francia, así como el Sr. Lefort, nacional belga residente en Bélgica, solicitaron a las autoridades luxemburguesas, para el año académico 2013/2014, sendas ayudas económicas del Estado para cursar estudios superiores en Francia, los dos primeros, y en Bélgica, el último. Sin embargo, estas peticiones fueron denegadas por no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa luxemburguesa, tal y como alegó el ministro. Se basó en que no podían ser calificados de “hijos” de un trabajador transfronterizo, de conformidad con norma nacional, puesto que sólo sus padrastros trabajaban en Luxemburgo. Los demandantes recurrieron las denegaciones.

Igualmente, el TJUE, con la sentencia *Martens*⁴⁵⁶, determinó que los artículos 20 TFUE y 21 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que supedita el mantenimiento de una financiación de los estudios superiores cursados fuera de ese Estado al requisito de que el estudiante que solicita tal financiación haya residido en el referido Estado durante un período de al menos tres de los seis años anteriores a su matriculación en los citados estudios (apartado 45). El TJUE consideró, remitiéndose a jurisprudencia previa, que al supeditar que se mantenga la financiación de los estudios en el extranjero al requisito de “tres años de seis”, la normativa podría penalizar a un solicitante por el mero hecho de haber ejercitado la libertad de circular y residir en otro Estado miembro, habida cuenta de los efectos que el ejercicio de esta libertad puede tener sobre la posibilidad de recibir una financiación de los estudios superiores (apartado 31). Por lo tanto, el TJUE declaró que el requisito de “tres años de seis”, establecido por la normativa neerlandesa, aunque se aplica indistintamente a los nacionales neerlandeses y a los demás ciudadanos de la Unión, constituye una restricción al derecho de libre circulación y residencia que asiste a todos los ciudadanos de la Unión en virtud del artículo 21 TFUE.

⁴⁵⁶ Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015, as. *Martens*, C-359/13. La demandante del litigio principal, nacional neerlandesa, se trasladó con sus padres a Bélgica. El padre trabajó por cuenta ajena, la demandante asistió a una escuela flamenca primaria y secundaria y la familia residía en Bélgica en el momento de presentar la demanda. Años más tarde, la demandante se matriculó en la Universidad de las Antillas Neerlandesas, en Willemstad (Curaçao), para iniciar una licenciatura a tiempo completo. En el período comprendido entre los meses de octubre de 2006 a octubre de 2008, el padre de la demandante del litigio principal ejerció una actividad profesional a tiempo parcial en los Países Bajos como trabajador transfronterizo y después reinició una actividad profesional, a tiempo completo, en Bélgica. Con posterioridad, la demandante presentó al Ministro una solicitud de financiación de estudios. En el formulario que debía rellenar a tal fin confirmó, en particular, que en los seis años anteriores al inicio de sus estudios en Curaçao, había residido legalmente en los Países Bajos durante al menos tres años. El Ministro concedió a la demandante una financiación de estudios, a partir del mes de septiembre de 2007, en forma de una beca básica y de una asignación para transporte público. Dicha asignación fue renovada periódicamente por el Ministro. Posteriormente, el 1 de febrero de 2009, la demandante del litigio principal solicitó un préstamo para estudiantes complementario que le fue concedido. Sin embargo, a raíz de un control de la financiación de los estudios, el Ministro comprobó que la demandante del litigio principal no había residido en los Países Bajos durante al menos tres años entre los meses de agosto de 2000 y julio de 2006 y que, por ello, no cumplía el requisito de “tres años de seis”. En consecuencia, el Ministro anuló la financiación de estudios anteriormente concedida a la demandante del litigio principal, denegó cualquier otra renovación de esta financiación y requirió el reembolso de la financiación ya abonada, por importe de 19.481,64 euros. El Ministro declaró infundadas las alegaciones formuladas en las que la Sra. Martens sostenía que la inexistencia de vínculo con los Países Bajos no podía justificar de manera suficiente en Derecho que no se le concediese la financiación de estudios por el incumplimiento del requisito de “tres años de seis”. A su juicio, estudiantes que cumplen este requisito y que, por ello, pueden tener derecho a una financiación neerlandesa, destinada a una formación impartida fuera de los Países Bajos, pueden tener una relación mucho más débil con ese Estado miembro que la que ella tenía y aún tiene con este.

Del mismo modo, el TJUE vuelve a declarar que la normativa neerlandesa, al imponer períodos concretos de residencia en el territorio del Estado miembro de que se trata, privilegiaba un elemento que no es necesariamente el único elemento representativo del grado real de conexión entre el interesado y dicho Estado miembro, y tenía, por ello, un carácter demasiado excluyente y aleatorio (apartado 40). Por tanto, la normativa nacional controvertida en el litigio principal no puede considerarse proporcionada a dicho objetivo de integración (apartado 43).

En el año 2020 en TJUE se pronunció en dos sentencias en relación con los subsidios familiares. En la sentencia *Caisse pour l'avenir des enfants (Hijo del cónyuge de un trabajador transfronterizo)*⁴⁵⁷, el TJUE determinó que un subsidio familiar vinculado al ejercicio, por un trabajador transfronterizo, de una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro constituye una ventaja social en el sentido de dichas disposiciones. Y concluyó que la norma europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones de un Estado miembro en virtud de las cuales los trabajadores transfronterizos únicamente pueden percibir un subsidio familiar vinculado al ejercicio, por dichos trabajadores, de una actividad por cuenta ajena en ese Estado miembro por sus propios hijos, y no por los hijos de su cónyuge que no estén unidos a ellos por un vínculo de filiación, pero respecto de los cuales proveen a la manutención, siendo así que todos los menores que residen en dicho Estado miembro tienen derecho a percibir ese subsidio⁴⁵⁸.

Igualmente, el TJUE, en la sentencia *Landkreis Südliche Weinstraße*⁴⁵⁹, determinó que una normativa nacional que supedita la asunción del transporte escolar por un *Land* al

⁴⁵⁷ Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, *Caisse pour l'avenir des enfants (Hijo del cónyuge de un trabajador transfronterizo)*, as. C-802/18, aps. 32 y 71. FV trabajaba en Luxemburgo y residía en Francia con su esposa, GW, y sus tres hijos, uno de los cuales, HY, era fruto de una relación anterior de GW. HY estaba bajo la patria potestad exclusiva de GW. Hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley de 23 de julio de 2016 en Luxemburgo, la familia percibía subsidios familiares por estos tres hijos, debido a la condición de trabajador transfronterizo de FV. A partir de la fecha de entrada en vigor de la familia dejó de percibir subsidios familiares por HY.

⁴⁵⁸ Cfr. el comentario a dicha sentencia de Carmen JOVER RAMÍREZ, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 relativa al concepto de “miembros de la familia” y su relación con la libre circulación de trabajadores (asunto C-802/18)”, *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)*, 2020, Vol V, n.º1, p. 321, quien afirma que “no se puede sino quedar sorprendido por el detallado entresijo de preceptos que es analizado por el Tribunal y que le conduce a inclinar la balanza de la justicia hacia la pretensión del litigante en origen”.

⁴⁵⁹ Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, *Landkreis Südliche Weinstraße*, as. C-830/18, ap. 37. PF, de nacionalidad alemana, residía en Francia con sus padres, de nacionalidad alemana. El demandante estaba escolarizado en un centro de enseñanza secundaria del *Landkreis de Südliche Weinstraße*, ubicado en el Land de Renania-Palatinado, Alemania. El lugar de trabajo de su madre estaba en Alemania. Hasta el curso académico 2014/2015, los gastos de transporte escolar de PF fueron asumidos por el *Landkreis* en el que estaba escolarizado. En relación con el curso 2015/2016, no obstante, el *Landkreis* notificó que

requisito de domicilio en el territorio de dicho *Land* sería indirectamente discriminatoria, puesto que, por su propia naturaleza, puede afectar más a los trabajadores fronterizos que a los trabajadores nacionales.

Junto con el derecho de igualdad de trato, los ciudadanos que se hayan beneficiado de la residencia permanente disfrutan de otro beneficio: ante una posible expulsión del Estado de acogida, esta expulsión solo podrá serlo por motivos graves de orden público o seguridad pública. Como analizaremos en un capítulo posterior, quienes ostentan la residencia permanente cuentan con una protección especialmente reforzada frente a su eventual expulsión del Estado de acogida.

2. El régimen para los ciudadanos de terceros países

El estatuto de residente permanente o de larga duración conlleva una serie de derechos a los ciudadanos de terceros Estados. La interpretación que se haga de la Directiva 2003/109 será lo que determine el alcance de los derechos que tengan estos ciudadanos⁴⁶⁰.

Según MOYA ESCUDERO, a los ciudadanos extranjeros a los que se otorga el estatuto de ciudadanos residentes permanentes se les concede “un conjunto de derechos, lo más cercano posible al ciudadano de la Unión”⁴⁶¹. Para ESTEBAN DE LA ROSA, se trata de un “estatuto intermedio” entre lo que le corresponde al nacional y lo que le corresponde al extranjero. Este *status* de derechos es muy parecido al que se otorga al ciudadano nacional, con algunas excepciones, y supone una mejora de la situación jurídica del extranjero, así como una mayor protección en el caso de expulsión⁴⁶².

Según CRESPO NAVARRO, la normativa europea pretende buscar una aproximación entre ambos estatutos, pero no supone “una equiparación entre nacionales y extranjeros”. Según esta autora, a los ciudadanos extranjeros se les atribuye una “especie de

dejaría de asumir los gastos de transporte escolar de PF, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en Renania-Palatinado. Según el *Landkreis*, dicha legislación preveía que estaba obligada a organizar el transporte escolar únicamente para los alumnos residentes en ese *Land*. PF presentó reclamación contra la resolución del *Landkreis*, que fue desestimada. Posteriormente, interpuso recurso contra esta resolución desestimatoria ante el *Verwaltungsgericht Neustadtander Weinstraße* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Neustadtander Weinstraße, Alemania). Este tribunal estimó el recurso al considerar que PF tenía derecho, en tanto que hijo de un trabajador fronterizo, a beneficiarse de la asunción de sus gastos de transporte escolar. El *Landkreis* interpuso recurso de apelación contra esta sentencia.

⁴⁶⁰ Steve PEERS, “Implementing Equality? The Directive on Long-term Resident Third-country Nationals”, *European law Review*, n.º 29, 2004, pp. 442-443.

⁴⁶¹ Mercedes MOYA ESCUDERO, “Un código de derechos...”, *cit.*, p. 6.

⁴⁶² Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, “De la autorización de estancia...”, *cit.*, p. 545.

ciudadanía social”, suponiendo un reconocimiento de derechos sociales y laborales, de la posibilidad de circular y residir libremente en el territorio de la Unión y de una especial protección frente a la expulsión. Esta autora señala que a estas atribuciones se les debería añadir la facilidad para adquirir la nacionalidad del Estado miembro de acogida, siempre que el ciudadano lleve un determinado tiempo de residencia y haya cumplido determinados requisitos que garanticen su integración de manera suficiente⁴⁶³.

Para PÉREZ MARTÍN, la atribución de los derechos y libertades a los extranjeros nacionales de terceros países residentes de larga duración supone un instrumento indispensable para alcanzar la integración social de las personas que quieran instalarse de forma definitiva en otros Estados de la Unión⁴⁶⁴.

Como norma general, recordemos que la adquisición del estatuto de residencia permanente supone el reconocimiento de derecho a la igualdad de trato y la protección frente a la expulsión. Sin embargo, en relación con el principio de igualdad de trato existe una diferencia significativa entre los nacionales de terceros países que se encuentren bajo la Directiva 2011/98⁴⁶⁵, que se aplica solo a los trabajadores por cuenta ajena, y los que estén bajo el régimen de la Directiva 2003/109. La Directiva 2011/98 es más restrictiva, ya que no recoge todos los derechos enunciados en el artículo 11 de la Directiva 2003/109.

En términos generales, el permiso de larga duración permite al extranjero residir en nuestro país o cualquier Estado miembro sin necesidad de la adquisición de un permiso temporal. Por su parte, el permiso de larga duración-UE le permite residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles (artículo 11 Directiva 2003/109, artículos 147 y 151 RLOEX).

La Directiva 2003/109⁴⁶⁶ reconoce, en su artículo 11.1, que los extranjeros de larga duración gozan del mismo trato que los españoles en lo que respecta al acceso al empleo

⁴⁶³ Elena CRESPO NAVARRO, “La Directiva 2003/109/CE...”, *cit.*, p. 899.

⁴⁶⁴ Elena PÉREZ MARTÍN, “El estatuto de residente...”, *cit.*, p. 375.

⁴⁶⁵ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. DOUE L 343/1 de 23 de diciembre de 2011.

⁴⁶⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 11 Directiva 2003/109: Los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a lo siguiente: a) el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre y cuando estos no supongan, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración; b) la educación y la formación profesional, incluidas las becas de estudios, de conformidad con la legislación nacional; c) el reconocimiento de los diplomas

por cuenta propia y por cuenta ajena, a la educación, a la formación profesional, a la seguridad social, a beneficios fiscales, al acceso a bienes y servicios, a acceso a la vivienda, libertad de asociación y afiliación, libertad de acceso al territorio.

Sin embargo, en el párrafo segundo del mismo artículo 11 se establece que los Estados miembros pueden restringir derechos esenciales, podrán restringir la aplicación de la igualdad de trato a los casos en que el lugar de residencia habitual o de inscripción del residente de larga duración, o de los miembros de su familia para los que se solicitaren las prestaciones o beneficios, se hallen en su territorio.

Y, además, conforme al párrafo tercero, los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato con sus nacionales en los casos siguientes:

- El Estado miembro podrá mantener restricciones al acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión o del EEE;
- Los Estados miembros podrán exigir que se acredite un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación, y el acceso a la universidad podrá supeditarse al cumplimiento de requisitos previos educativos específicos;
- Además, los Estado miembros podrán establecer restricciones en prestaciones básicas respecto a la asistencia social y a la protección social.

No es un listado exhaustivo porque el propio artículo permite que los Estados miembros amplíen los ámbitos en los que rige la igualdad de trato⁴⁶⁷.

Del mismo modo, la LOEX determina que los residentes de larga duración pueden ser beneficiarios en materia de ayudas a la vivienda. Conforme a su artículo 13, los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en

profesionales, certificados y otros títulos, de conformidad con los procedimientos nacionales pertinentes; d) las prestaciones de la Seguridad Social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional; e) los beneficios fiscales; f) el acceso a bienes y a servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como los procedimientos para acceder a la vivienda; g) la libertad de asociación y afiliación y la participación en organizaciones de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidos los beneficios que tal tipo de organización pueda procurar, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y de seguridad pública; h) el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro de que se trate, dentro de los límites impuestos por la legislación nacional por razones de seguridad.

⁴⁶⁷ Ha llamado la atención sobre el hecho de que se trata de una enumeración no exhaustiva Elena PÉREZ MARTÍN, “El estatuto de residente de larga duración y la reagrupación familiar en la Unión Europea”, En: Enrique ÁLVAREZ CONDE y Elena PÉREZ MARTÍN (dir.): *Estudios sobre derecho de extranjería*, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, p. 380.

materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

La igualdad de trato se les reconoce tanto en el Estado en el que han adquirido el estatuto de residente permanente como si se desplaza a otro Estado miembro.

En el asunto *Kamberaj*⁴⁶⁸ el TJUE se pronunció sobre el contenido del derecho a la igualdad de trato entre nacionales y residentes de larga duración-UE, que recoge el artículo 11 de la Directiva 2003/109.

El análisis del contenido de ese precepto se basó en la negativa de las autoridades de la región italiana de Bolzano a otorgar una ayuda de vivienda a un ciudadano de origen albanés que residía en su territorio desde 1994. La normativa en la materia sí que preveía la posibilidad de que los nacionales de terceros estados accedieran a esas ayudas, pero el presupuesto que se asignaba a las mismas era notablemente inferior al que el que se asignaba a las ayudas de la misma clase que se concedían a ciudadanos de la Unión.

En ese contexto, el TJUE analizó, en primer lugar, si las ayudas de vivienda entraban en el ámbito de aplicación del derecho a la igualdad de trato reconocido en el artículo 11 de la Directiva, en la medida en que ese precepto señalaba los ámbitos en los que no cabría realizar diferencias de trato entre nacionales y residentes de larga duración-UE, haciendo referencia a las prestaciones de seguridad social, de asistencia social y la protección social “tal y como se definen en la legislación nacional”.

El TJUE señaló que la referencia a la legislación de los Estados debía entenderse en el sentido de conceder cierto margen a las autoridades nacionales para determinar qué tipo de prestaciones entraban en el ámbito de aplicación del artículo 11 de la Directiva

⁴⁶⁸ Sentencia del TJUE de 24 de abril de 2012, *Servet Kamberaj*, as. C- 571/10. El Sr. Kamberaj era un nacional albanés que residía en la Provincia autónoma de Bolzano, en Italia, siendo titular de un permiso de residencia de duración indeterminada. El demandante fue beneficiario de una “ayuda a la vivienda” (una contribución de la Provincia destinada a subvencionar el pago del alquiler de los arrendatarios con menos recursos). Dicha ayuda se repartía entre, por una parte, los ciudadanos de la Unión, fueran o no italianos, y, por otra, los nacionales de países terceros y los apátridas que llevaran residiendo legal e ininterrumpidamente en el territorio provincial al menos cinco años y ejerciendo una actividad profesional durante al menos tres años. Posteriormente, el reparto de los fondos concedidos a dichas categorías fue calculado de una manera distinta para los ciudadanos de la Unión y para los nacionales de países terceros. En este contexto, se denegó la solicitud de ayuda del Sr. Kamberaj para el año 2009 por haberse agotado el presupuesto destinado a los nacionales de países terceros.

(apartado 81). Sin embargo, el TJUE entendió que ese margen de apreciación no era absoluto, ya que la legislación nacional debía respetar el contenido de la CDFUE, cuyo artículo 34 reconoce el derecho a una “ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes” (apartado 80).

El TJUE interpretó el contenido del artículo 11.4 de la Directiva 2003/109, admitiendo la posibilidad de que los Estados miembros limiten la aplicación del principio de igualdad de trato tan solo a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social (apartado 83).

El TJUE señaló que, puesto que las previsiones de ese artículo constituían una excepción al principio de igualdad de trato, los Estados miembros tenían que manifestar claramente su voluntad de hacer uso de esa excepción antes de proceder a su aplicación (apartado 87). Aunque Italia no había hecho manifestación alguna al respecto y, por tanto, la aplicación del artículo 11.4 de la Directiva parecía quedar excluida, el TJUE concluyó que la interpretación de ese precepto debía hacerse de forma restrictiva (apartado 88). El TJUE determinó que el sentido y el alcance del concepto de “prestaciones básicas” que figura en el artículo 11.4 de la Directiva 2003/109 deberán buscarse teniendo en cuenta la integración de los nacionales de países terceros que hayan residido de manera legal y permanente en los Estados miembros (apartado 90). Y señaló que, además, debían considerarse “prestaciones básicas”, respecto de las cuales no cabía establecer excepción alguna en relación con el juego del principio de igualdad de trato, aquellas que contribuyeran a que los particulares pudieran “hacer frente a necesidades elementales, como la alimentación, la vivienda y la salud” (apartado 91). A fin de determinar si una concreta prestación perseguía ese objetivo, los tribunales internos debían tener en cuenta la “finalidad de la ayuda, su importe, los requisitos para su concesión y el lugar que ocupa en el sistema (nacional) de asistencia social” (apartado 92).

El TJUE subrayó que la situación de los residentes de larga duración que no tuvieran recursos suficientes para acceder a una vivienda sería comparable con la de los nacionales que no dispusieran de esos mismos recursos, y que, por tanto, debía analizarse la razonabilidad de los criterios sobre la base de los cuales se realizaba el reparto de fondos para la ayuda de vivienda de unos y otros. Tras comprobar que la aplicación de esos criterios siempre resultaba desfavorable para los nacionales de terceros Estados, a los que siempre se asignaban menos recursos, el TJUE entendió que se producía una diferencia de trato contraria a la Directiva (apartado 93).

El TJUE impuso así una interpretación rigurosa de las excepciones al juego del principio de igualdad de trato en pro de la desaparición de las todavía numerosas diferencias de trato fundadas en la nacionalidad. El TJUE se opuso a que hubiera una normativa nacional o regional que previese, en relación con el reparto de los fondos destinados a una ayuda a la vivienda, un trato diferente para los nacionales de un país tercero que sean residentes de larga duración respecto del dispensado a los ciudadanos de la Unión.

Sobre el concepto de prestaciones básicas y la concesión de un subsidio a la vivienda a los nacionales de terceros países residente de larga duración se volvió a manifestar el TJUE en la sentencia *Land Oberösterreich (Aide au logement)*⁴⁶⁹. Entre otras cuestiones se trató si el subsidio a la vivienda ha de calificarse de “prestación básica” o no. El TJUE llegó a las siguientes conclusiones.

Primero, el artículo 11.1.d) de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que se opone, aun cuando se haya hecho uso de la facultad de aplicar la excepción prevista en el artículo 11.4, a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la concesión de un subsidio a la vivienda está supeditada, en lo que concierne a los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al requisito de que acrediten que poseen conocimientos básicos de la lengua de ese Estado miembro. Esto siempre y cuando dicho subsidio a la vivienda constituye una “prestación básica”, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente (apartado 34 y 49). Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar este extremo y llevar a cabo las comprobaciones necesarias, tomando en consideración la finalidad del subsidio a la vivienda, los requisitos para su concesión y el lugar que ocupa en el sistema de asistencia social nacional (apartado 43). Por el contrario, el TJUE entendió que, si se considera que el subsidio a la vivienda no constituye una “prestación básica”, entonces

⁴⁶⁹ Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021, *Land Oberösterreich (Aide au logement)*, as. C-94/20. KV, de nacionalidad turca, vivía desde 1997 con su esposa y sus tres hijos en Austria, donde era titular del estatuto de residente de larga duración. Hasta finales de 2017 percibió un subsidio a la vivienda en virtud de la Ley de Ayudas a la Construcción de Viviendas. Dado que la concesión de este subsidio a los nacionales de terceros países se supeditaba, desde el 1 de enero de 2018, al requisito de que el nacional del tercer país acreditase que poseía conocimientos básicos de la lengua alemana, desde esa fecha se denegó a KV el referido subsidio por no haber aportado las acreditaciones exigidas. KV presentó una demanda ante el *Bezirksgericht Linz* (Tribunal de Distrito de Linz, Austria) con el fin de que se condenara al estado federado de Alta Austria a abonarle una indemnización más una indemnización por daños morales. En apoyo de sus pretensiones alegó que la ley le situaba en desventaja por razón de su origen étnico sin una justificación objetiva para ello, y, por otro lado, que el subsidio a la vivienda era una “prestación básica” en el sentido del artículo 11.4 de la Directiva 2003/109. El *Bezirksgericht Linz* estimó las pretensiones de demandante, motivo por el que el estado federado de Alta Austria interpuso recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente, el *Landesgericht Linz* (Tribunal Regional de Linz, Austria).

los requisitos para su concesión formarán parte del ámbito de competencia que conservan los Estados miembros, sin que se rijan ni estén incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/109 (apartado 47). Así que, en este caso, los requisitos de concesión del subsidio a la vivienda de la norma austriaca no debían de apreciarse a la luz de la Directiva 2003/109 (apartado 48).

Asimismo, sentenció que cuando se ha hecho uso de la facultad de aplicar la excepción prevista en el artículo 11.4 de la Directiva 2003/109 (limitar la igualdad de trato), el artículo 21 CDFUE no resulta aplicable en presencia de una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la concesión de un subsidio a la vivienda está supeditada, en lo que concierne a los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al requisito de que acrediten que poseen conocimientos básicos de la lengua de ese Estado miembro. Si el subsidio a la vivienda sí constituye una “prestación básica” el artículo 21 CDFUE, que prohíbe toda discriminación por razón de los orígenes étnicos, no se opone a una normativa de tales características (apartado 64).

Sobre si una vez conseguida la residencia permanente se puede imponer ciertas obligaciones a los residentes, se pronunció el TJUE en la sentencia *P y S*⁴⁷⁰. La petición de decisión prejudicial se produjo en el marco de un litigio entre P y S, por una parte, y la *Commissie Sociale Zekerheid Breda* (Comisión de la Seguridad Social de Breda) y el *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelveen* (Ayuntamiento de Amstelveen), por otra parte, por la imposición por estos últimos de una obligación de integración cívica a ciudadanos extranjeros. Según la normativa neerlandesa, la integración cívica implica la adquisición de habilidades verbales y escritas en lengua neerlandesa y conocimientos de la sociedad holandesa. Tanto las habilidades lingüísticas como el conocimiento de la sociedad holandesa son objeto de evaluación en el curso de un examen.

El primer asunto se refería a la Sra. P., nacional estadounidense que residía en los Países Bajos desde el año 2002, y que seis años después adquirió el estatuto de nacional de un tercer país residente de larga duración. En el mismo año se le comunicó que, de conformidad con la normativa de los Países Bajos, estaba sujeta a la obligación de integración y tenía que aprobar el correspondiente examen en un plazo determinado. La Sra. P. empezó un curso de integración que tuvo que interrumpir por razones de salud y que no volvió a retomar.

El segundo asunto se refería a la Sra. S., nacional neozelandesa que residía en los Países Bajos desde el año 2000, y en 2007 alcanzó el estatuto de residente de larga duración.

⁴⁷⁰ Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2015, *P y S*, as. C-579/13, ap. 56.

En 2010, se le comunicó a la Sra. S. que estaba sujeta a la obligación de integración y que tenía que aprobar el correspondiente examen en un plazo determinado.

Ambas demandantes se encontraban en posesión de permisos de residencia válidos de residente de larga duración, por tiempo indefinido, con fundamento en la Directiva 2003/109. Las Sras. P. y S. impugnaron las correspondientes resoluciones de la Administración neerlandesa por considerar que, al ser residentes de larga duración, no estaban sujetas a la obligación de integración.

El Tribunal nacional neerlandés se preguntó si los Estados miembros, una vez que hayan concedido el estatuto de residente de larga duración, tienen la facultad de imponer medidas de integración en forma de examen de integración sociocultural cuyo incumplimiento se sanciona mediante un sistema de multas. El TJUE admitió la compatibilidad de la exigencia del examen de integración impuesto por la legislación neerlandesa para los residentes de larga duración con el Derecho de la Unión. El TJUE determinó que los Estados miembros pueden imponer a los residentes de larga duración una obligación de integración, siempre que esta no constituya un requisito para mantener su estatuto y solo se sancione con una multa. En este sentido, el TJUE determinó que este examen era una medida de integración de las previstas en el artículo 5.2 de la Directiva 2003/109 y consideró que la misma no afectaba a la igualdad de trato reconocida en el artículo 11 de la Directiva.

La Directiva 2011/98⁴⁷¹ proclama el derecho a la igualdad de trato respecto de los trabajadores nacionales de terceros Estados en situación legal en lo que se refiere a condiciones laborales, servicios de asesoría y oficinas de empleo, a la educación, a la Formación Profesional, a la seguridad social, al reconocimiento de certificados, a

⁴⁷¹ Tal y como se recoge en el artículo 12 de la Directiva 2011/98, proclama el derecho a la igualdad de trato respecto de los trabajadores nacionales de terceros Estados en situación legal en lo que se refiere a: condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo; libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por dichas organizaciones, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública; educación y formación profesional; reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables; ramas de la Seguridad Social según lo definido en el Reglamento 883/2004; beneficios fiscales, siempre que se considere que el trabajador tiene su residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate; acceso a los bienes y servicios y la obtención de bienes y servicios ofrecidos al público, incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional; servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo. No se reconoce el derecho de acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre y cuando éstos no supongan, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración.

beneficios fiscales, a acceso a bienes y servicios, a acceso a la vivienda, libertad de asociación y afiliación, libertad de acceso al territorio.

Sin embargo, la Directiva 2011/98 reconoce el derecho de los Estados miembros a recortar los derechos proclamados (artículo 12.2). En lo que respecta a la educación y a la formación profesional, se podrá limitar su aplicación a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados, excluyendo a los trabajadores de terceros países que han sido admitidos en su territorio de conformidad con la Directiva 2004/114⁴⁷², excluyendo los créditos y becas de estudio y de manutención u otros tipos de créditos y becas, estableciendo requisitos previos específicos, incluidos un conocimiento adecuado de la lengua y el pago de las tasas de matrícula de conformidad con el Derecho nacional, con respecto al acceso a la universidad y a la enseñanza postsecundaria así como a la formación profesional que no está directamente relacionada con la actividad laboral específica.

Según MOYA ESCUDERO en lo que se refiere a la seguridad social, la igualdad queda “más que en entredicho”⁴⁷³. Se pueden limitar los derechos conferidos en materia de seguridad social a los trabajadores de terceros países, pero sin restringir dichos derechos para los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido durante un período mínimo de seis meses y que estén registrados como desempleados [artículo 12.2.b) Directiva 2011/98]. En esta materia los Estados miembros podrán decidir en lo que se refiere a las prestaciones familiares que no se aplique a los nacionales de terceros países que hayan sido autorizados a trabajar en el territorio de un Estado miembro por un período no superior a seis meses, ni a los nacionales de terceros países que hayan sido admitidos para cursar estudios, ni a los nacionales de terceros países que hayan sido autorizados a trabajar en virtud de un visado.

En lo que respecta a los beneficios fiscales [artículo 12.2.c) Directiva 2011/98], los Estados miembros pueden limitar su aplicación a los casos en los que el lugar de residencia registrado o habitual de los miembros de la familia del trabajador de un tercer país para los que este solicita tales beneficios se encuentre en el territorio del Estado miembro de que se trate.

En lo que se refiere al acceso a bienes y servicios, los Estados miembros podrán permitir que se limite a los trabajadores que en ese momento tengan un empleo, y se faculta a

⁴⁷² Directiva del Consejo de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas remuneradas o servicios de voluntariado. DOUE L 375/12 de 23 de diciembre de 2004.

⁴⁷³ Mercedes MOYA ESCUDERO, “Un código de derechos...”, *cit.*, p. 12.

los Estados miembros a restringir el derecho a la vivienda [artículo 12.2.d) Directiva 2011/98].

TERCERA PARTE

**EL RESTABLECIMIENTO DE
FRONTERAS INTERNAS COMO
LÍMITE A LA LIBERTAD DE
CIRCULACIÓN**

CAPÍTULO 5. MODALIDADES Y PROCEDIMIENTOS PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LAS FRONTERAS INTERNAS.

I. ORIGEN DE LA CREACIÓN DE UN ESPACIO SIN FRONTERAS INTERIORES Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. EL ESPACIO SCHENGEN

En capítulos anteriores hemos analizado la evolución de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión desde su constitución. Debemos recordar, en este sentido, que “el ideal de la libre circulación de las personas físicas y de la supresión de controles en las fronteras entre los Estados miembros ha trascendido su configuración originaria de objetivo económico comunitario para convertirse en un elemento político capital del proyecto de la integración europea”⁴⁷⁴. La libertad de circulación se entiende como una pieza clave en el proceso de integración europea, y a medida que más avanza la integración europea más consagrada se encuentra la libertad de circulación⁴⁷⁵.

Ahora nos toca analizar uno de los acontecimientos más importantes en relación con la libertad de circulación de los ciudadanos europeos, por cuanto supuso una profundización en dicha libertad: la supresión de los controles fronterizos entre Estados miembros a través de los Acuerdos Schengen. Dicha supresión supuso, a su vez, una supresión gradual de las fronteras interiores comunes entre los países firmantes y un control más intenso del control de las fronteras externas de la Comunidad Europea.

1. La libertad de circulación y los controles fronterizos intracomunitarios antes de la constitución del espacio Schengen

A) La libertad de circulación en los Tratados constitutivos y las primeras propuestas para eliminar los controles fronterizos intracomunitarios

En el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) de 1951 y en los Tratados de Roma de 1957 se reconoció la libertad de circulación y residencia vinculada al ejercicio de una actividad económica. Para poder ejercer esta libertad era

⁴⁷⁴ Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n.º 2, n.º 3, 1998, p. 41.

⁴⁷⁵ Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, María Luisa RODRÍGUEZ COPÉ y Rafael JIMÉNEZ ALCAIDE (Coord.), *Transnacionales y Mercado de trabajo...*, *cit.*, pp. 35 y 36.

necesario, primero, ser ciudadano de un Estado miembro de la Comunidad Europea y, segundo, ejercer alguna de las actividades previstas en los Tratados⁴⁷⁶.

Sin embargo, el derecho originario no especificaba nada sobre las normas en relación con la entrada o salida de sus ciudadanos de un Estado miembro. Y, por lo tanto, no se especificaba nada de los controles fronterizos.

Como ya expusimos en el capítulo 1, en la década de los setenta se produjeron varios intentos de suavizar los controles fronterizos entre Estados miembros. Ejemplo de esto fueron, de un lado, la Cumbre de París de 1974, en la que se intentó crear una Unión de Pasaportes⁴⁷⁷, que preveía una armonización por etapas de la legislación sobre los extranjeros, así como la abolición del control de los pasaportes en el interior de la Comunidad. De otro lado, el Informe Tindemans⁴⁷⁸ sobre la Unión, en 1975 que proponía la supresión paulatina de los controles fronterizos entre Estados miembros.

En la década de los ochenta se reiteraron las iniciativas en este sentido. Así, el Consejo Europeo de Fontainebleau, de junio de 1984, reincidió en la necesidad de llegar rápidamente a la supresión de toda formalidad de policía y de aduana en las fronteras intracomunitarias, con el objetivo de profundizar en la libre circulación de personas.

⁴⁷⁶ El artículo 3.A.c del TCEE determinaba que la acción de la Comunidad llevaría consigo, en las condiciones y según el ritmo previsto en el mismo Tratado, la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales. El artículo 48 reconocía la libertad de circulación y residencia de los trabajadores de los Estados miembros. El artículo 49 establecía que el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptaría, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de los trabajadores conforme a lo establecido en este mismo artículo.

⁴⁷⁷ Punto 10 del Comunicado final de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 10 de diciembre de 1975, París.

⁴⁷⁸ Carta del señor Leo Tindemans a sus colegas del Consejo Europeo, el 29 de diciembre de 1975, presentada por el Primer Ministro belga a petición de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Comunidades Europeas el 7 de enero de 1976. En el Punto 2 de la carta se indicaba: “Lo que nuestros pueblos esperan de la Unión Europea es que ésta encuadre y favorezca la evolución presentida de nuestra sociedad, que compense con una autoridad nueva el dominio disminuido de las estructuras nacionales, que ponga en marcha las reformas y controles que, a menudo, es imposible ejercer al nivel de los Estados, que dé una forma orgánica a la solidaridad de hecho de nuestras economías, de nuestras finanzas y de nuestra vida social”. De conformidad con lo anterior, en el Punto b.1. se señalaba: “En materia de circulación de las personas están en curso de examen medidas que conduzcan a una uniformación, y más tarde a una unión de los pasaportes. Yo propongo que además la Unión Europea se fije como objetivo: la desaparición progresiva de las medidas de control de las personas en las fronteras en los países miembros, como complemento de una unión de los pasaportes”.

Cfr. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/28529rie003002289.pdf>

Un año más tarde en 1985, en el Consejo Europeo, el Comité Adonnino (creado por el Consejo el año anterior con el objetivo de fortalecer y profundizar la integración europea) presentó un primer informe titulado “la Europa de los ciudadanos”, que sugirió facilitar la libre circulación de personas y simplificar los controles fronterizos⁴⁷⁹. Poco después, dicho Comité presentó un segundo informe en el Consejo Europeo de Milán de junio de 1985.

B) La libertad de circulación en el Acta Única Europea

El punto de partida de los Acuerdos Schengen se encuentra en el Libro Blanco para la consecución del mercado interior⁴⁸⁰, que supuso una importante aportación al debate sobre la revisión de los Tratados constitutivos que concluyó con la adopción del AUE.

Según OLESTI RAYO, con el Libro Blanco se diseñó “una estrategia cuya finalidad consistía en la consecución del mercado interior, entendido como un espacio sin fronteras interiores, donde la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales se ejerciera de forma efectiva, sin obstáculos ni restricciones”⁴⁸¹. Por tal motivo, este Libro Blanco trató cuestiones como residencia, entrada y acceso al mercado de trabajo de los nacionales de terceros Estados, asilo o política de visados.

En el Libro Blanco sobre la consecución del mercado interior la Comisión puso de manifiesto que, en el marco de la libre circulación de personas, el objetivo perseguido no se limitaba a la simplificación de los procedimientos existentes, sino que consistía en la supresión de los controles intracomunitarios en los puestos fronterizos. La Comisión hablaba del desplazamiento de los controles hacia otros lugares y/o su sustitución por otro tipo de medidas, incluso más eficaces. Como correlato necesario de lo anterior, el punto 55 del Libro Blanco afirmaba que “En una primera etapa, la Comisión presentará una propuesta relativa a la coordinación de las normas aplicables a los nacionales de países no comunitarios en materia de residencia, entrada y acceso al empleo (...) Asimismo, se propondrán medidas en relación con el derecho de asilo y la situación de los refugiados. A más tardar, en 1990, deberán adoptarse medidas en esas materias (...) Hay que desarrollar una política comunitaria de visados. Habrá que establecer asimismo

⁴⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for a Council Directive on the easing of controls and formalities applicable to nationals of the Member States when crossing intra-Community borders*. COM (84) 749 final, 20.5.1985.

⁴⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco de la Comisión para el Consejo Europeo (Milán, 28-29 de junio de 1985) sobre la consecución del mercado interior*. COM (85) 310 final, 14.6.1985.

⁴⁸¹ Andreu OLESTI RAYO, “El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista d’Estudis Autònomic i Federals*, n.º 15, abril 2012, p. 45.

normas comunes en materia de extradición”. Sin embargo, el AUE no tenía ninguna referencia explícita a la cooperación policial y judicial⁴⁸².

El AUE tenía como objetivo crear un espacio sin fronteras interiores. Como resultado de la aprobación de diversas Directivas en los años siguientes, la libertad de circulación y residencia “se extendió a amplias capas de población que no encajaban en el hecho económico que permitía la libre circulación a trabajadores y profesionales”⁴⁸³, hasta el punto de que es posible afirmar que aquella libertad ya no se limitaba exclusivamente a los trabajadores⁴⁸⁴. Esta regulación supuso un avance ya que, tal y como reconoce GAROT, se dirigía no solo a los nacionales europeos sino también a los ciudadanos de terceros países que querían entrar en el territorio de la Comunidad europea y moverse por él⁴⁸⁵.

Del Consejo Europeo celebrado en Rodas los días 2 y 3 de diciembre de 1988 surgió la creación del *Grupo de Coordinadores para la libre circulación de personas* (formado por un representante de cada Estado miembro e informalmente llamado Grupo de Rodas), que tenía como misión intensificar los esfuerzos en ese campo.

En el Consejo Europeo celebrado en Madrid los días 26 y 27 de junio de 1989 se aprobó un informe sobre la libre circulación de personas y la realización del espacio sin fronteras interiores, conocido también como el “Documento de Palma de Mallorca”. En este documento se recomendaba enfáticamente un enfoque más coordinado en diversos aspectos de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior. Además, contenía un programa de acción que incluía un conjunto de sesenta y ocho medidas para la supresión de los controles fronterizos entre Estados miembros, que debían ser adoptadas tanto por las instituciones comunitarias como por los Estados miembros antes del año 1992. Sin embargo, la dificultad para alcanzar consensos entre los participantes motivó que este documento tuviera un desarrollo escaso y que las realizaciones conseguidas fueran mínimas.

⁴⁸² Lode VAN OTRIVE, “Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen”, *CIDOB Afers Internacionals*, n.º 53, 2001, p. 44.

⁴⁸³ Araceli MANGAS MARTÍN y Diego Javier LIÑÁN NOGUERAS. *Instituciones...*, cit., p. 156.

⁴⁸⁴ A tal efecto, el Consejo adoptó tres directivas: la Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, la Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al Derecho de residencia de los estudiantes y la Directiva 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia para los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como para los miembros de sus familias.

⁴⁸⁵ Marie José GAROT, “Desde Schengen hasta Ámsterdam, pasando por Maastricht: un espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Autonomies*, n.º 24, febrero 1999, Barcelona, p. 281.

La Comisión abogó por la eliminación de las denominadas barreras físicas, técnicas y fiscales que entorpecían la libre circulación, y para ello establecía un conjunto de medidas que debían ser adoptadas por las instituciones comunitarias de acuerdo con un calendario prefijado que finalizaba el 31 de diciembre de 1992. Sin embargo, según determina GAROT, aunque los Estados estaban conformes en llevar a cabo este espacio sin fronteras, nunca ejecutaron las directivas ni adoptaron medidas a nivel intergubernamental⁴⁸⁶.

2. La constitución del espacio Schengen

Entre 1985 (Acuerdo Schengen) y 1997 (Tratado de Ámsterdam) existió una estructura paralela a la Comunidad y la Unión que fue el “Espacio Schengen”. La primera línea era la de los tratados y la segunda la constitución del “Espacio Schengen”. Una evolución en paralelo, no contradictoria sino complementaria durante más de una década, entre algunos Estados hasta que la segunda de ellas se acaba por comunitarizar unos años después.

La falta de acciones concretas en el seno de la cooperación intergubernamental dio lugar a que varios Estados miembros firmaran un acuerdo internacional. El 14 de junio de 1985, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Francia y Alemania firmaron, en Schengen (Luxemburgo), un Convenio relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes⁴⁸⁷. La supresión progresiva de todos los controles fronterizos terrestres, aéreos y marítimos era su objetivo inmediato. Pero su fin último era materializar en la realidad el ideal de libre circulación de personas y la libre elección de residencia de los ciudadanos comunitarios⁴⁸⁸.

El Acuerdo Schengen de 1985 supuso un impulso a la libre circulación de personas y creó una zona común con unas características comunes. El Acuerdo estableció las normas comunes en materia de visados, derecho de asilo, controles en las fronteras exteriores y cooperación policial y aduanera, con el objeto de permitir la libre

⁴⁸⁶ Marie José GAROT, “Desde Schengen hasta Ámsterdam,...”, *cit.*, p. 279.

⁴⁸⁷ Este acuerdo se basó en dos antecedentes. Primero, la experiencia de la eliminación de la vigilancia fronteriza que, desde 1960, tenían los países que forman parte del Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) en virtud de la Convención de 11 de abril de 1960 sobre la transferencia de los controles de salida y entrada a las fronteras exteriores del territorio del Benelux. Segundo, el Acuerdo de Sarrebruck, celebrado entre Francia y la República Federal de Alemania el 13 de julio de 1984 sobre la abolición de controles entre sus fronteras internas, como consecuencia de los bloqueos de algunas fronteras por parte de conductores de camiones.

⁴⁸⁸ Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 13, 2006, p. 33.

circulación de las personas en todos los países signatarios, sin fronteras interiores, sin poner en peligro el orden público.

El Acuerdo, que comprendía treinta y tres artículos, tuvo por objeto inmediato aligerar los controles en las fronteras comunes (es decir, intracomunitarias) y previó la adopción de dos tipos de medidas. En concreto, establecía que los Estados firmantes “buscarán la supresión de los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras exteriores. A este fin, se esforzarán previamente en armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones que fundamentan los controles y adoptarán las medidas complementarias para la salvaguardia de la seguridad o para obstaculizar la inmigración ilegal de súbditos de Estados no miembros de las Comunidades Europeas”.

El primer bloque de medidas estaba contenido en el Título I del Acuerdo. Estas medidas se debían de aplicar a corto plazo e implicaban la relajación de las inspecciones en las fronteras interiores de los Estados participantes. Entre otras se incluían las siguientes: la armonización de los horarios y las fechas de apertura de las aduanas; la recomendación a las compañías de ferrocarril para que redujeran al máximo el tiempo de espera en las fronteras comunes; el compromiso de esforzarse para coordinar las políticas en materia de visados de las partes contratantes; el compromiso para combatir enérgicamente, en sus respectivos territorios, el tráfico ilícito de estupefacientes; o el “disco verde”, consistente en la colocación de un disco verde en el parabrisas del vehículo que sería entendido como una declaración del interesado de que contaba con la nacionalidad de un Estado parte y cumplía la legislación sobre circulación de personas y mercancías.

El segundo conjunto de acciones estaba incluido en el Título II del Acuerdo. Se trataba de normas que debían ser aplicadas a largo plazo, ya que debían ser adoptadas antes del 1 de enero de 1990, y tenían por finalidad la transferencia de los controles internos a las fronteras externas. Entre ellas se incluía un programa de armonización de las legislaciones en materia de estupefacientes, armas y explosivos, así como la coordinación de las condiciones de las políticas de visados y de las condiciones de acceso al territorio, trasladando los controles practicados sobre las mercancías en las fronteras comunes a las fronteras exteriores y al interior de los territorios nacionales respectivos.

Como no se logró alcanzar estos objetivos en el plazo señalado, el 19 de junio de 1990 tuvo lugar la firma del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (en adelante, CAAS).

El CAAS detalló las condiciones de la libertad de circulación y las garantías para su puesta en práctica en un total de ciento cuarenta y dos artículos.

Tal y como ha manifestado MURIEL PALOMINO, los aspectos más significativos del CAAS fueron los siguientes⁴⁸⁹.

Primero, la abolición de las fronteras interiores (Título II). Con carácter general, se estableció un régimen de libre circulación de las personas que estaba basado en que las fronteras interiores podían cruzarse sin controles. Para los casos de extranjeros a los que no se les obligara a estar en posesión de visado, tendrían la libertad de circular libremente por un periodo de tres meses. Sin embargo, para los casos de extranjeros a los que les fuera exigido el visado Schengen, sería necesario que dispusieran de este visado para poder circular por el plazo concedido en el visado. En cualquier caso, a los Estados miembros se les reconocía la posibilidad de restaurar los controles de las fronteras interiores por cuestiones de orden público o seguridad nacional (artículo 2.2). Sobre esta última cuestión volveremos en un epígrafe posterior.

Segundo, el cruce de fronteras exteriores (Título II). Para poder cruzar las fronteras exteriores y entrar en el territorio Schengen se estableció que sería necesario contar con un documento de viaje válido, poseer un visado, en su caso, presentar la documentación necesaria para justificar el objeto y las condiciones de su viaje, disponer de recursos adecuados para su estancia, no estar incluido en la lista de no admisibles y no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de los Estados Schengen (artículo 5.1).

Tercero, los mecanismos de cooperación policial (Título III). En este conjunto de preceptos se regulaba la asistencia mutua policial con la posibilidad de celebrar acuerdos de cooperación en las zonas fronterizas comunes, la vigilancia transfronteriza, la persecución transfronteriza, la posibilidad de intercambiarse información, así como la posibilidad de establecer funcionarios de enlace (artículos 44 al 47).

Cuarto, el sistema de información de Schengen (en adelante, SIS). Según el Título IV, el objetivo de este sistema era preservar el orden público y la seguridad pública, así como la aplicación de las disposiciones relativas a la circulación de las personas en el territorio Schengen, todo ello con la ayuda de este sistema informático (artículo 93). Este sistema se configuró como una base de datos donde se integraban datos nacionales relativos a personas buscadas, personas desaparecidas, personas extranjeras incluidas en

⁴⁸⁹ José María MURIEL PALOMINO, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados de Ámsterdam y Niza: La libre circulación de las personas y la integración de los acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de derecho europeo*, n.º 1, 2001, p. 200.

la lista de no admisibles para entrar en la Unión, personas protegidas y testigos (artículo 95 al 98). Además, se establecieron normas relativas a la protección de datos de carácter personal y seguridad de los datos del SIS (artículos 102 al 118).

Junto a estas cuestiones, se establecieron previsiones relativas a la Autoridad Común de Control (autoridad que apoya técnicamente al SIS y vela por la protección de los datos de las personas, artículos 115 y 118.2), a la adquisición, comercio y entrega de armas de fuego (Título III, Capítulo 7), así como a los mecanismos de cooperación judicial en materia penal, aplicación del principio *Non Bis in Idem*, extradición y transmisión de la ejecución de sentencias penales (Título III, Capítulos 2, 3, 4 y 5).

El Convenio de aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (Convenio de 1990) creó un Comité ejecutivo, un órgano deliberativo encargado de velar por el correcto cumplimiento de las normas en él recogidas⁴⁹⁰. Este Comité ejecutivo, en su reunión en Bonn el 22 de diciembre de 1994, decidió la “aplicación irreversible” del Convenio a partir del 26 de marzo de 1995 para los Estados firmantes⁴⁹¹.

De este modo surgió el llamado “acervo Schengen”, que incluye todo un conjunto de acuerdos, convenios, protocolos, actas y decisiones⁴⁹². En concreto, está formado por los Convenios de 1985 y 1990, ya detallados, así como por todos los actos y declaraciones adoptados por el Comité ejecutivo y por los órganos por este creados⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Álvaro KIRKPATRICK DE LA VEGA y Gil GONZÁLEZ GARCÍA, *Los visados en el Derecho Español y Comunitario*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2019, p. 24.

⁴⁹¹ Resolución de 21 de marzo de 1995 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la puesta en aplicación del Convenio de aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990. Acervo de Schengen - Decisión del Comité ejecutivo de 22 de diciembre de 1994 relativa a la puesta en aplicación del Convenio de aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 [SCH/Com-ex (94) 29, 2a rev.] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:41994D0029&from=EN>

⁴⁹² DOCE (2000) – Legislación, “El acervo de Schengen según el artículo 1, párrafo 2, de la decisión 1999/435/CE del Consejo del 20 mayo 1999”, L 239 del 22 septiembre 2000.

⁴⁹³ En concreto, el acervo Schengen está formado por: 1) Acuerdo firmado en Schengen el 14 de junio de 1985 entre los países del Benelux, Alemania y Francia, relativo a la eliminación gradual de los controles en las fronteras comunes; 2) Convenio de aplicación del Acuerdo de 14 de junio de 1985, celebrado el 19 de junio de 1990 entre Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y Países Bajos, así como el Acta final y declaraciones comunes anejas; 3) Protocolos y Acuerdos de Adhesión con Italia (firmados el 27 de noviembre de 1990), España y Portugal (firmados el 25 de junio de 1991), Grecia (firmado el 6 de noviembre de 1992), Austria (firmados el 28 de abril de 1995) y Dinamarca, Finlandia y Suecia (firmados el 19 de diciembre de 1996), así como los Actas finales y las declaraciones anejas; 4) Decisiones y declaraciones adoptadas por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio de aplicación de 1990, así como los actos adoptados con vistas a la puesta en práctica del convenio por parte de las instancias a las que el Comité Ejecutivo hubiera concedido capacidad de decisión.

La Comisión recientemente ha definido al “acervo Schengen” como un sólido marco jurídico de medidas de apoyo de la cooperación operativa y el intercambio de información entre las autoridades policiales y

Estos acuerdos fueron el primer paso dirigido a poner en común las cuestiones relativas al control de los flujos migratorios, lo que llevó a la gestación de una incipiente política migratoria comunitaria⁴⁹⁴.

Los Acuerdos Schengen tenían como objetivo básico instaurar una libertad de circulación de personas independientemente de su nacionalidad. Fijando en su articulado dos objetivos, eliminar el control sobre las personas en las fronteras interiores y armonizar los controles en las fronteras exteriores de la Unión⁴⁹⁵.

El objetivo final de los Acuerdos Schengen era la creación de un espacio común que, aunque más restringido que el de las Comunidades Europeas, permitía circular sin obstáculos a los nacionales de los Estados comunitarios e, indirectamente, beneficiaba a los nacionales de terceros países⁴⁹⁶. En este sentido, GAROT ha afirmado que este “acervo Schengen” constituyó “el reconocimiento de garantías mínimas a la libre circulación de personas en la Unión”⁴⁹⁷.

3. La libertad de circulación desde la creación de la Unión Europea

A) La ciudadanía de la Unión y el Tratado de Maastricht

Como ya expusimos en el capítulo 1, el Tratado de Maastricht creó la Unión Europea e introdujo un *status* de ciudadano europeo, mediante la institución de la ciudadanía de la Unión. En este sentido, recuérdese que el TUE establecía, 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” (artículo B). Este tratado organizó la estructura de la Unión en tres pilares.

El primer pilar estaría formado por las antiguas Comunidades Europeas, CEE, CECA y EURATOM. El segundo pilar, por la Política Exterior y de Seguridad Común (en adelante, PESC). Y el tercer pilar, por la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (en adelante, CAJI). El tercer pilar se recogía en el Título VI TUE “Disposiciones

judiciales en materia penal y de medidas de ámbito de las políticas de visado y de retorno desarrolladas para compensar la ausencia de controles en las fronteras interiores. Así lo ha afirmado en COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente*. COM (2021) 277 final, Bruselas, 2.6.2021, pp. 1 y 5.

⁴⁹⁴ Andreu OLESTI RAYO, “El espacio Schengen y la reinstauración...”, *cit.*, p. 45.

⁴⁹⁵ Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, María Luisa RODRÍGUEZ COPÉ y Rafael JIMÉNEZ ALCAIDE (Coord.), *Transnacionales y Mercado de trabajo...*, *cit.*, p. 38.

⁴⁹⁶ Mariona ILLAMOLA DAUSÁ, “Hacia una gestión integrada de las Fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea”, *Migraciones*, n.º 15, 2008, pp. 12-13.

⁴⁹⁷ Marie José GAROT, “Desde Schengen hasta Ámsterdam...”, *cit.*, p. 292.

relativas a la cooperación entre los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior”. Este título regulaba, entre otras cuestiones, el cruce de fronteras exteriores, la política de inmigración, la lucha contra la toxicomanía, la cooperación aduanera y policial para la prevención y lucha contra el terrorismo.

La estructura del tercer pilar, inspirada en la de la Política Exterior y de Seguridad Común, solo ofrecía a las instituciones comunitarias una participación parcial, sin posibilidad real de ejercer control sobre las decisiones de los Estados miembros, adoptadas en el seno del Consejo. En este sentido había que destacar las siguientes cuestiones.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia solo tenía competencia para interpretar los convenios que pudiesen firmarse en el ámbito de este pilar si una cláusula del propio texto así lo disponía explícitamente. En segundo lugar, el Parlamento Europeo podía ser consultado por el Consejo, pero la mayor parte de las veces no pasaba de ser meramente informado. En tercer lugar, el derecho de iniciativa de la Comisión Europea se limitaba a determinados ámbitos y era compartido con los Estados miembros. Finalmente, con frecuencia el Consejo se veía paralizado por la necesidad de alcanzar la unanimidad para adoptar cualquier decisión en este terreno⁴⁹⁸.

B) La libertad de circulación y el Tratado de Ámsterdam

Tal y como se adelantó, con el Tratado de Ámsterdam se puso fin al proceso en paralelo que se empezó en el año 1985.

En la Conferencia Intergubernamental que dio lugar al Tratado de Ámsterdam, tanto Francia como España defendieron “la necesidad imperiosa de que la libre circulación de personas fuera de la mano con el reforzamiento de las condiciones de seguridad, a través de la implantación de las pertinentes medidas de acompañamiento o compensatorias”⁴⁹⁹.

De este modo, aunque los Acuerdos Schengen inicialmente nacieron ajenos a la estructura institucional comunitaria, el Tratado de Ámsterdam logró revertir esta situación, pues con su entrada en vigor el “acervo Schengen” se incorporó al Derecho

⁴⁹⁸ Documento Eur-Lex, “Establecimiento progresivo de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aa11000>. [Última consulta: 26 de diciembre de 2023].

⁴⁹⁹ José María MURIEL PALOMINO, “El espacio de libertad, seguridad y justicia...”, *cit.*, p. 190.

de la Unión, mediante un Protocolo anejo al TUE y al TCE⁵⁰⁰. En el artículo 1 de este Protocolo se estableció que los Estados signatarios de los acuerdos quedaban autorizados a instaurar una cooperación más reforzada en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos; y que esta se llevaría a término en el marco institucional y jurídico de la Unión y respetando las disposiciones pertinentes del TUE y del TCE.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, pues, la Unión se propuso “mantener y desarrollar la Unión como un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el que esté organizada la libre circulación de personas juntamente con medidas adecuadas respecto al control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia” (artículo 2.4 TCE modificado por el Tratado de Ámsterdam)⁵⁰¹. Asimismo, el Tratado recomendó que este objetivo se lograra “mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude” (artículo 29 TCE modificado por el Tratado de Ámsterdam).

Según VAN OTRIVE, el Tratado de Ámsterdam supuso la comunitarización de una serie de cuestiones en relación con el tercer pilar, en cuestiones civiles, como visados, asilo, inmigración y cooperación judicial. Para este autor la comunitarización fue la transferencia de ciertos aspectos al pilar comunitario⁵⁰². Como consecuencia de la comunitarización de esta política, dejó de ser una política de cooperación para ser una política de la Unión, pasó a ser una política común, lo que supuso la garantía de un control parlamentario democrático y que se pusieran a disposición de los ciudadanos recursos judiciales en el caso de que sus derechos se vulnerasen. En este sentido, el Tratado de Ámsterdam reforzó el papel del Parlamento Europeo, mejoró el control de los Parlamentos nacionales, se amplió el papel del Comité de las Regiones y el Económico y Social, se abrieron posibilidades de cooperación reforzada en caso de que una mayoría de Estados miembros lo desearan. Los Parlamentos nacionales señalaron que querían tener una visión general del funcionamiento de la Unión, que se reconociera en el ámbito de libertad, seguridad y justicia un interés particular a las opiniones que pudieran emitir los Parlamentos nacionales⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea. DOCE C 340 de 10 de noviembre 1997, p. 93.

⁵⁰¹ Obsérvese cómo esta redacción es distinta a la del Tratado de Maastricht, en el que se recogía que el objetivo de la Unión era desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos internos.

⁵⁰² Lode VAN OTRIVE, “Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen”, *cit.*, p. 48.

⁵⁰³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación Tratado de Ámsterdam, lo que ha cambiado en Europa*. Serie “Europa en movimiento”, 1990, p. 22.

Entre las novedades del Tratado destacó la introducción del Título IV (“Visados, asilo, inmigración, y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”) en el TCE y la derogación del Título VI del TUE. El Título IV TCE comprendió los siguientes ámbitos: libre circulación de las personas, controles en las fronteras exteriores, asilo, inmigración y protección de los derechos de los nacionales de terceros países, así como cooperación judicial en materia civil. Al estar la política migratoria y de visados recogida en el articulado del Tratado de la Comunidad Europea, supuso que esta política se considerara una política comunitaria. Fue el mismo Tratado, en su artículo 73.I, el que estableció que esta política se llevaría a cabo en un periodo de cinco años, si bien excluyendo de este plazo algunas materias; por ejemplo, ciertas medidas en el ámbito de la cooperación judicial civil y la cooperación administrativa; medidas en la acogida de refugiados; medidas de entrada y residencia; medidas para la expedición de visados de larga duración, entre otras⁵⁰⁴.

Del mismo modo, entre sus novedades destacaba que, en el ámbito de la cooperación intergubernamental en materia penal y policial, los Estados miembros podían establecer normas vinculantes. Además, el principio de la unanimidad resultó atenuado por la posibilidad de tomar al menos las decisiones de ejecución por mayoría cualificada.

El Tratado de Ámsterdam, según ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, debía suponer la integración de la normativa Schengen en el contexto de la Unión, aunque manteniendo para cada ámbito una regulación compleja y por naturaleza diferenciada⁵⁰⁵.

A finales de 1999 se publicó un informe anual sobre la aplicación del CAAS. Este informe, según VAN OUIRIVE, se manifestó en términos razonablemente positivos. No obstante, indicó que el sistema de asistencia mutua para el control de las fronteras exteriores por oficiales de enlace todavía no estaba listo. Además, señaló que se hacían progresos en cuanto a la unificación de las políticas de visados. Este informe recogió que, en 1998, los Estados Schengen efectuaron 370 observaciones y 39 persecuciones transfronterizas en respuesta a demandas de asistencia mutua para la prevención y la investigación de infracciones. Así mismo, estableció que hubo también un progreso en lo que respecta a la lucha contra el tráfico de drogas. Y finalmente, determinó que la cooperación policial continuaba avanzando⁵⁰⁶.

Al mismo tiempo el Consejo Europeo publicó un informe sobre las fronteras exteriores, *Summary of the 1998 annual report on the implementation of the Schengen convention*.

⁵⁰⁴ José María MURIEL PALOMINO, “El espacio de libertad, seguridad y justicia...”, *cit.*, p. 190.

⁵⁰⁵ Alejandro ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La entrada en vigor de la libre circulación de personas en siete de los quince países de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, n.º 1, p. 47.

⁵⁰⁶ Lode VAN OUIRIVE, “Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen”, *cit.*, p. 47.

Este informe era mucho más crítico. El informe señaló que los flujos migratorios aumentaban y se señaló la presión migratoria existente, en particular, en la frontera entre Alemania y la República Checa, que en ese momento aún era un tercer Estado. Los principales problemas reconocidos que se mencionaban eran el funcionamiento del SIS; los falsos visados y documentos; los menores que viajan solos, así como la imposibilidad de controles sistemáticos cuando se producen llegadas masivas. También se reconoció que era necesaria una mayor cooperación y formación, más encuentros e intercambio de información, más oficiales de enlace y expertos. Sin olvidar que era precisa la armonización de las políticas de visados, la reducción del número de documentos y su unificación, acuerdos de readmisión y la existencia de controles más adecuados⁵⁰⁷.

C) La libertad de circulación y el Tratado de Lisboa

El Tratado de Niza apenas supuso nuevas modificaciones, a diferencia de lo ocurrido con el posterior Tratado de Lisboa. Con la entrada en vigor en 2009 de este último sí se produjo un cambio de mayor amplitud en el proyecto de integración europea.

El Tratado atribuyó nuevas competencias a la Unión y eliminó la estructura en pilares. Entre las nuevas competencias se encontraba, conforme al artículo 4 TFUE, un nuevo marco de ELSJ, que se incluyó en el Título V de dicho Tratado, artículos 67 al 89. Este Título regulaba las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración; la cooperación judicial en materia civil; la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial⁵⁰⁸.

A su vez, en el artículo 67 TFUE se concretaron los objetivos de la política de control de fronteras: garantizar la ausencia total de controles en el cruce de las fronteras interiores, garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

⁵⁰⁷ Consejo Europeo (9 septiembre 1999) n.º 10846/8 *Summary of the 1998 annual report on the implementation of the Schengen convention*.

⁵⁰⁸ Además de las disposiciones mencionadas, en el Tratado existen otros artículos relacionados con el ELSJ. En concreto el artículo 6 TUE, relativo a la CDFUE y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el artículo 8 TFUE, relativo a la lucha contra las desigualdades; el artículo 15, apartado 3, TFUE, relativo al derecho a acceder a los documentos de las instituciones; el artículo 16 TFUE, relativo a la protección de los datos de carácter personal, y los artículos 18 a 25 TFUE, relativos a la no discriminación y la ciudadanía de la Unión.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL ESPACIO SCHENGEN

De conformidad con la evolución que hemos expuesto, el espacio Schengen ha supuesto la supresión de los controles fronterizos interiores entre los Estados firmantes y el establecimiento de unas fronteras exteriores comunes.

Inicialmente, el ámbito de aplicación territorial del espacio Schengen fue determinado por los países signatarios del Acuerdo de Sarrebruck y del Benelux, es decir, la República Federal de Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. Fue el 25 de marzo de 1990 cuando, por primera vez, se abolieron los controles fronterizos sobre las personas entre estos cinco Estados⁵⁰⁹.

Posteriormente, se fueron uniando otros países como Italia (27 de noviembre de 1990); España y Portugal (25 de junio de 1991), Grecia (6 de noviembre de 1992); Austria (28 de abril de 1996); Suecia, Finlandia y Dinamarca (19 de diciembre de 1996); y Noruega e Islandia (18 de mayo de 1999), primeros dos Estados que, sin ser Estados miembros del Unión, se unieron a Schengen⁵¹⁰. Los Estados que entraron a formar parte de la Unión en 2004 se incorporaron al espacio Schengen el 21 de diciembre de 2007, con la excepción de Chipre. Rumanía y Bulgaria aún no forman parte de este espacio, siendo los únicos Estados miembro, junto con Irlanda y Chipre, que aún no se han unido a él. Sí se han unido Suiza (diciembre 2008) y Liechtenstein (19 de diciembre 2011), aunque tampoco ellos sean países que forman parte de la Unión⁵¹¹. El 1 de enero de 2023, Croacia se unió al espacio Schengen, siendo el último Estado en hacerlo hasta la fecha.

⁵⁰⁹ Elspeth GUILD, “Seguridad, terrorismo y asilo en el espacio Schengen”, *CIDOB, Anuario CIBOD de la inmigración 2015-2016*, p. 62.

⁵¹⁰ Acuerdo de 18 de mayo de 1999 celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, y la Decisión del Consejo, de 17 de mayo de 1999, relativa a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen. DOCE L 176 de 10 de julio de 1999.

⁵¹¹ Acuerdo de 26 de octubre de 2004 entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen. DOUE L 53 de 27 de febrero de 2008, así como la Decisión del Consejo 2008/903, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo Schengen a la Confederación Suiza. DOUE L 327 de 5 de diciembre de 2008.

Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen. DOUE L 160 de 18 de junio de 2011.

En la actualidad, el espacio Schengen está formado por 27 países europeos (de los cuales, 23 pertenecen a la Unión) y reúne a una población de 423 millones de personas⁵¹².

En el caso de España, las ciudades de Ceuta y Melilla no forman parte del espacio Schengen por su situación geográfica. Así se estableció en el Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1993 del Acuerdo de 25 de junio de 1991 de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985⁵¹³.

Dinamarca, pese a ser un Estado miembro de la Unión y formar parte de los Acuerdos Schengen, rechazó la comunitarización del tercer pilar realizada en el Tratado de Ámsterdam. Sin embargo, podía incorporar a su legislación las medidas tomadas al amparo del Título IV TCE introducido por el Tratado de Ámsterdam. Tras el Tratado de Lisboa, no se le aplica la totalidad de la normativa prevista en el marco del ELSJ en la Unión. Dinamarca puede aplicar o no los instrumentos jurídicos que se desarrolle en el acervo Schengen, es decir, tiene la potestad de incorporar a su derecho interno cualquier propuesta, iniciativa o precepto que suponga el desarrollo de dicho acervo, en un periodo de seis meses desde la fecha de aprobación.

Irlanda no forma parte del “acervo Schengen”, tal y como se recoge en un protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam. En tal protocolo se recoge que “ninguna de las disposiciones del Título IV, ninguna medida adoptada en virtud de dicho título, ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la Comunidad en virtud de dicho título, y ninguna resolución del Tribunal de Justicia interpretativa de cualquiera de dicha disposiciones o medidas” serán consideradas como parte de su derecho⁵¹⁴. Sin embargo, puede participar en la adopción y aplicación de una norma tomada⁵¹⁵. Y mantiene un estatuto especial que le permite solicitar en cualquier momento la participación en las disposiciones de este acervo, siempre y cuando el resto de los Estados miembros, en el seno del Consejo lo apruebe por unanimidad⁵¹⁶. En consecuencia, Irlanda mantiene el derecho a ejercer los controles que estime necesarios

⁵¹² <https://www.schengenvisainfo.com/es/schengen-paises/> [Última consulta: 26 de diciembre de 2023].

⁵¹³ Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, aneja al Acuerdo de Adhesión de España al CAAS, según la cual el régimen previsto en el acuerdo no es aplicable y se mantienen los controles previstos en la legislación española. DOUE L 239 de 22 de septiembre de 2000.

⁵¹⁴ Conforme al artículo 2 del Protocolo n.º 19 sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión, anejo al TUE y al TFUE.

⁵¹⁵ Según el artículo 3 del Protocolo n.º 19 sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión, anejo al TUE y al TFUE.

⁵¹⁶ Tal y como establece el artículo 4 del Protocolo n.º 19 sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión, anejo al TUE y al TFUE.

para verificar el derecho de entrada que tengan los ciudadanos europeos y los miembros de sus familias que se beneficien de la libre circulación en la Unión, y decidir sobre la concesión del derecho de entrada a otras personas nacionales de terceros Estados⁵¹⁷. A pesar de esto, Irlanda, desde marzo 2021, sí tiene acceso al SIS.

Bulgaria y Rumanía cumplen los criterios necesarios para formar parte del área sin fronteras; sin embargo, como ya hemos indicado, la ampliación todavía no se ha producido. El Parlamento Europeo avaló su entrada en Schengen en junio de 2011, pero los gobiernos nacionales no han alcanzado aún la unanimidad necesaria en el Consejo de la Unión. En el pleno del 11 de diciembre de 2018, los eurodiputados volvieron a pedir que se incluyera a estos dos países en el espacio Schengen⁵¹⁸.

La Comisión también expresó, en junio de 2021, que ya era hora de dar seguimiento a las evaluaciones positivas y, por consiguiente, instó al Consejo a adoptar las medidas necesarias para que Bulgaria, Rumanía y Croacia formaran parte del espacio sin controles en las fronteras interiores de los Estados miembros⁵¹⁹. Por su parte, el Parlamento Europeo reiteró en 2020 su llamamiento a que el Consejo presente un nuevo proyecto de Decisión sobre la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en Bulgaria y Rumanía, y emitió su dictamen sobre la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en Croacia⁵²⁰.

El Consejo de la Unión decidió el 30 de diciembre de 2023, que Bulgaria y Rumanía suprimirán los controles aéreos y marítimos en las fronteras internas a partir del 31 de marzo de 2024⁵²¹.

Chipre tiene una excepción temporal para unirse al área de Schengen. La Comisión ha indicado que, desde un punto de vista técnico, el sistema nacional de Chipre está preparado para su integración en el SIS, por lo que, como primer paso importante, el

⁵¹⁷ De conformidad con el artículo 1 del Protocolo n.º 20 sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del TFUE al Reino Unido y a Irlanda.

⁵¹⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la República de Bulgaria y Rumanía: supresión de los controles en las fronteras terrestres, marítimas y aéreas interiores.

⁵¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente*. COM (2021) 277 final, Bruselas, 2.6.2021, p. 24.

⁵²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2020, sobre la situación en el espacio Schengen tras el brote de COVID-19 [2020/2640(RSP)], p. 6.

⁵²¹ <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/noticias/consejo-ue-supresion-fronteras-bulgaria-rumania-espacio-schengen/>

Consejo podría pronunciarse cuanto antes sobre la concesión a Chipre de un acceso parcial a dicho Sistema⁵²².

A pesar de todo lo anterior, según el Reglamento 2016/399, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen, en adelante CFS 2016), Chipre, aunque es miembro pleno del espacio Schengen deben seguir ciertas normas relativas a los controles en las fronteras exteriores⁵²³.

En el caso de Francia y de los Países Bajos, y tal y como se recoge en el artículo 138 del CAAS, no se aplicarán las disposiciones del Convenio a sus territorios no europeos. De esta forma, quedan excluidos los Departamentos y Territorios Franceses de Ultramar⁵²⁴ y los dominios neerlandeses de Aruba y las otras antiguas Antillas Holandesas⁵²⁵. Igualmente sucede con las Islas Feroe y Groenlandia⁵²⁶, el archipiélago noruego de Svalbard, la isla alemana de Heligoland y, parcialmente, con el Monte Athos⁵²⁷.

El Principado de Andorra no forma parte del espacio Schengen, aunque tiene un régimen libre de circulación con Francia y con España⁵²⁸.

El Principado de Mónaco, la República de San Marino y la Santa Sede, como no existen fronteras con los Estados que los rodean, se considera que forman parte del espacio Schengen.

⁵²² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente*. COM (2021) 277 final, Bruselas, 2.6.2021, p. 24.

⁵²³ <https://www.europarl.europa.eu/news/sv/press-room/20230707IPR02431/bulgaria-and-romania-should-be-in-schengen-by-end-of-2023-says-parliament>

Euronews: <https://es.euronews.com/my-europe/2023/12/05/austria-sigue-oponiendose-a-la-adhesion-a-schengen-de-rumania-y-bulgaria-impidiendo-la-vot>

⁵²⁴ Los Departamentos Franceses de Ultramar son Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica y la Isla de la Reunión. Los principales Territorios Franceses de Ultramar son las islas de Mayotte, Nueva Caledonia, la Polinesia Francesa, San Martín, Wallis y Futuna, San Bartolomé, San Pedro y Miquelón, las Islas Kerguelen y las Tierras Australes y Antárticas Francesas.

⁵²⁵ Curaçao, San Martín, Bonaire, San Eustaquio y Saba.

⁵²⁶ Aunque esta excepción aparece mencionada en el artículo 5 del Acuerdo de adhesión del Reino de Dinamarca, de 19 de diciembre de 1996, no están sometidos a control fronterizo quienes viajen de dichos territorios a los Estados Schengen.

⁵²⁷ El Monte Athos, región autónoma de Grecia, goza de un estatuto especial otorgado por el artículo 105 de la Constitución Helénica y por la Carta del Monte Athos por el que se prohíbe la entrada a las mujeres. Dicha excepción al régimen de Schengen se justifica por motivos de índole espiritual y religiosa.

⁵²⁸ Convenio entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra relativo a la circulación y estancia en el Principado de Andorra de nacionales de terceros países

III. EL CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN. LAS FRONTERAS EXTERIORES E INTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA

Según la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, el espacio Schengen es la zona de libre circulación más grande del mundo con ausencia completa de fronteras interiores. Y a la vez, supone un alto grado de confianza en una gestión sólida de las fronteras exteriores⁵²⁹.

La Comisión ha puesto de manifiesto que el buen funcionamiento de Schengen depende de la confianza mutua entre los Estados miembros y de la aplicación adecuada y eficaz de su marco jurídico. Las deficiencias y la falta de aplicación en un Estado miembro pueden afectar a todos los demás y, por lo tanto, pueden poner en peligro el espacio Schengen⁵³⁰.

El artículo 3.2 TUE establece que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un ELSJ sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

Este artículo se concreta en el artículo 77.1 TFUE, que establece que “La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores”. En el apartado 2 del mismo artículo se establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a: a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período; d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; e) la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores”.

⁵²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente*. COM (2021) 277 final, Bruselas, 2.6.2021, pp. 1 y 5. Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2020, sobre la situación en el espacio Schengen tras el brote de COVID-19 [2020/2640(RSP)], p. 3.

⁵³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente*. COM (2021) 277 final, Bruselas, 2.6.2021, p. 22.

La desaparición de las fronteras interiores ha supuesto que los Estados de la Unión hayan renunciado a su control, pero a la vez ha supuesto que la Unión haya asumido una serie de competencias en materia de control de las fronteras exteriores, es decir, la política común de las fronteras exteriores.

Para llevar a cabo este objetivo se han desarrollado diferentes actuaciones normativas, de entre las que cabe destacar la adopción de un “Código de Fronteras Schengen”. Conviene aclarar que en 2006 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento 562/2006, de 15 de marzo, por el que se estableció un primer Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, que se denominó “Código de Fronteras Schengen”. Este Reglamento fue modificado en diversas ocasiones⁵³¹. Y, finalmente, el legislador europeo aprobó el Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se estableció un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, modificado por el Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, (en adelante, Código de Fronteras Schengen 2016, CFS), suponiendo la derogación de la normativa anterior.

1. Las fronteras exteriores e interiores de la Unión Europea

Según el diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, se define frontera como “línea que marca el límite exterior del territorio de un Estado, entendido como el espacio terrestre, marítimo y aéreo sobre el que ejerce su soberanía, lo que permite hablar de fronteras terrestres, marítimas y aéreas en función de la naturaleza física del espacio delimitado”⁵³². Y además se reconoce como “confín de un Estado”⁵³³.

El CFS 2016 no ha creado un concepto propio de frontera, pero ha supuesto la supresión de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros y el traslado de estos controles a los puestos fronterizos exteriores, de modo que el concepto de frontera es esencial en su regulación.

⁵³¹ DOUE L 105 de 13 de abril de 2006. El Reglamento entró en vigor el 13 de octubre de 2006. Este Reglamento fue modificado en diversas ocasiones: Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento (CE) 296/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento (CE) 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento (UE) 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento (UE) 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y Reglamento (UE) 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁵³² <https://dpej.rae.es/lema/frontera>

⁵³³ <https://dle.rae.es/frontera>

Según DEL VALLE GÁLVEZ, la frontera es “una línea permanente que establece el límite de las competencias territoriales de los Estados”, la frontera es “una línea divisoria ente entidades estatales”. Para este autor, uno de los logros de la integración europea es precisamente haber desarrollado un modelo propio de fronteras, en el que la función de control fronterizo se ha adaptado a la realidad de la integración y del espacio Schengen, reordenando las funciones de poder público de vigilancia y control fronterizo entre los Estados miembros.

Asimismo, el autor reconoce que el proceso de absorción de Schengen en la Unión ha incorporado al Derecho de la Unión las categorías de frontera interior y de frontera exterior propias del Derecho Internacional. Las categorías de frontera interior y exterior deben diferenciarse jurídicamente entre sí, pues mientras las fronteras interiores están directamente vinculadas a la construcción del mercado interior, en cambio, las modalidades de control y acceso en las fronteras exteriores son medidas de acompañamiento para garantizar la supresión de fronteras interiores⁵³⁴.

A) Las fronteras exteriores de la Unión Europea

El artículo 2 CFS 2016 define las fronteras exteriores como las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores. Por lo tanto, siguen siendo los Estados miembros los que determinan sus fronteras exteriores y son ellos los que actualizan la lista de sus pasos fronterizos exteriores⁵³⁵.

Según IZQUIERDO SANS, la determinación de cuáles son las fronteras exteriores de la Unión ha venido de la mano de la integración de los Acuerdos de Schengen en el marco de la Unión. Además, esta autora señala que para la plena realización de la libre circulación de personas era necesaria la eliminación de las fronteras interiores a través de la determinación y el fortalecimiento de las fronteras exteriores. El fortalecimiento de las fronteras exteriores significa la unificación de las condiciones de entrada por las mismas (visados, mecanismos de control, etc.) y la cooperación policial y aduanera en su control⁵³⁶.

⁵³⁴ Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, “Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 12, 2002, pp. 303, 325 y 328. Y Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, septiembre/diciembre, 2016, p. 772.

⁵³⁵ En el caso de España, se consideran fronteras exteriores la frontera con Gibraltar y las fronteras con Marruecos.

⁵³⁶ Cristina IZQUIERDO SANS, “Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2000, pp. 136 y 175.

El artículo 1 CFS 2016 establece que el objeto del Reglamento es establecer normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión.

La creación del ELSJ ha implicado, tal y como señala OLESTI RAYO, la desaparición de los controles sistemáticos a las personas que cruzan las fronteras interiores entre los Estados participantes y los ha trasladado a las fronteras exteriores⁵³⁷. En este sentido, el Considerando 3 CFS 2016 establece que, de conformidad con el artículo 67.2 TFUE, la creación de un espacio de libre circulación de personas debe acompañarse de otras medidas. La política común en materia de cruce de las fronteras exteriores, tal como se contempla en el artículo 77.1.b) TFUE, forma parte de esas medidas.

Gradualmente se han ido adoptando decisiones que mejoraran el control de las fronteras de la Unión para conseguir, tal y como señala el Considerando 6 CFS 2016, que “el control fronterizo no se efectúe únicamente en interés de los Estados miembros en cuyas fronteras exteriores se realiza, sino en interés del conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores. El control fronterizo debe contribuir a la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, así como a la prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros”.

El CFS 2016 reconoce que las medidas comunes en materia de control en las fronteras exteriores deben tener en cuenta las disposiciones del acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión y, en particular, las disposiciones pertinentes del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, así como del Manual común (Considerando 4)⁵³⁸.

En las fronteras exteriores se realizan los controles de inmigración conforme a unas pautas y procedimientos comunes⁵³⁹. Conforme al CFS 2016, una vez establecidas las

⁵³⁷ Andreu OLESTI RAYO, “El espacio Schengen y la reinstauración...”, *cit.*, p.50.

⁵³⁸ El Manual común adoptado por el Comité ejecutivo creado por el CAAS, de 14 de junio de 1985 [citado con la referencia SCH/com-ex (99) en el anexo A de la Decisión 1999/435/CE. DOUE L 176 de 10 de julio de 1999, p. 1)] ha sido modificado en varias ocasiones en virtud de las disposiciones del Reglamento (CE) 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001. DOUE L 116 de 26 de abril de 2001, p. 5. El Manual común, en su versión actualizada, se publicó nuevamente en el DOUE C 313 de 16 de diciembre de 2002, p. 97, como consecuencia de la adopción de dos decisiones del Consejo por las que se desclasificó el texto del propio Manual común y todos menos tres de sus anexos [véanse las Decisiones 2000/751/CE del Consejo, DOUE L 303 de 2 de diciembre de 2000, p. 29, y 2002/353/CE del Consejo, DOUE L 123 de 9 de mayo de 2002, p. 49].

⁵³⁹ Reglamento 2017/458 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de marzo de 2017 por el que se modifica el Reglamento 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores. Este Reglamento obliga a realizar inspecciones sistemáticas de entrada y salida.

fronteras exteriores lo siguiente es regular el cruce de las mismas y los controles. A partir de ello es posible extraer distintas conclusiones.

Primero, las fronteras solo se podrán cruzar por determinados pasos fronterizos autorizados y durante las horas de apertura de dichos pasos, previéndose sanciones en los casos de cruce no autorizado (artículo 5). No obstante, se podrá eximir a personas o grupos de personas, en el supuesto de que exista alguna necesidad especial, para el cruce ocasional de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas, siempre que estén en posesión de las autorizaciones requeridas por el derecho interno y no haya conflicto con intereses de orden público o seguridad interior de los Estados miembros (artículo 5.2). En el caso de cruce no autorizado fuera de los pasos fronterizos y de las horas establecidas, los Estados miembros fijarán sanciones (artículo 5.3).

Segundo, en el cruce, todas las personas deberán ser objeto de un control que permita establecer su identidad a través del denominado documento de viaje válido. Es necesario estar en posesión de los demás documentos que, en su caso, sean exigidos (artículo 6). Además, será preciso, en su caso, estar en posesión de un visado válido para el periodo de estancia previsto, con la excepción de los nacionales de determinados países y de que el individuo esté en disposición de la residencia de uno de los Estados miembros (artículo 6.1.b).

Tercero, los nacionales de terceros Estados son sometidos a un control más detallado y minucioso que incluye otras condiciones de entrada: estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y condiciones de la estancia, prueba de suficientes medios de subsistencia o forma de conseguirlos, incluyendo los costes de regreso al país de procedencia, y finalmente, no estar inscrito como no admisible en el SIS ni suponer una amenaza para el orden público, la seguridad pública o salud pública (artículo 6).

B) Las fronteras interiores de la Unión Europea

El artículo 2 CFS 2016 define lo que son las fronteras interiores. En este sentido las define como las fronteras terrestres comunes, incluidas las fronteras fluviales y lacustres, de los Estados miembros; los aeropuertos de los Estados miembros por lo que respecta a los vuelos interiores; y los puertos marítimos, fluviales y lacustres de los Estados miembros por lo que respecta a los enlaces interiores regulares de transbordadores.

Según IZQUIERDO SANS, la incorporación del acervo Schengen al Derecho de la Unión significó un avance importante en relación con el objetivo de la eliminación de las

fronteras interiores a los efectos de conseguir la libre circulación de personas⁵⁴⁰. Esta eliminación de fronteras interiores consiste, en realidad, en la eliminación de las inspecciones fronterizas, que se encuentra ahora consagrada en el artículo 22 CFS 2016. De conformidad con dicho precepto, “las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice inspección fronteriza alguna de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad”.

Sin embargo, esta regla general de renunciar a los controles internos por parte de los Estados miembros tiene excepciones, conforme al artículo 23 CFS 2016. En este sentido, este artículo habilita a los Estados miembros para que realicen ciertos controles dentro de su territorio, de manera que la ausencia de control en las fronteras interiores no afectará a los siguientes aspectos.

a) El ejercicio de competencias de policía

En primer lugar, la prohibición de controles en las fronteras interiores establecida en el artículo 22 CFS no afectará al ejercicio de las competencias de policía de las autoridades competentes de los Estados miembros en virtud de su derecho interno, en la medida en que el ejercicio de tales competencias no tenga un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas. El ejercicio de las competencias de policía no podrá, en particular, considerarse equivalente al ejercicio de inspecciones fronterizas cuando las medidas policiales no tengan como objetivo el control de fronteras; cuando estén basadas en información y experiencia policiales de carácter general sobre posibles amenazas a la seguridad pública y estén destinadas, en particular, a combatir la delincuencia transfronteriza; cuando estén concebidas y se ejecuten de un modo claramente diferenciado de las inspecciones sistemáticas de personas en las fronteras exteriores; y cuando se lleven a cabo sirviéndose de inspecciones aleatorias.

En relación con esta excepción, el TJUE se manifestó en el asunto *Melki y Abdell*⁵⁴¹. Las cuestiones prejudiciales se presentaron en el marco de dos procedimientos tramitados respectivamente contra los Sres. Melki y Abdell, ambos de nacionalidad argelina, tendentes a obtener la prolongación de su internamiento en locales que no dependían de la Administración penitenciaria. Los Sres. Melki y Abdell fueron objeto de un control policial en una zona situada entre la frontera terrestre franco-belga y una línea cuyo trazado discurre a veinte kilómetros de la misma. Tras comprobar que se encontraban en situación irregular, el 23 de marzo de 2010 el Prefecto del *Département du Nord* del Estado francés dictó una orden de expulsión administrativa y una decisión

⁵⁴⁰ Cristina IZQUIERDO SANS, “Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen”, *cit.*, p. 189.

⁵⁴¹ Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdell*, as. ac. C-188/10 y C-189/10, ap. 75.

de internamiento. Los demandantes impugnaron la legalidad del requerimiento de identificación y alegaron la inconstitucionalidad del artículo en el que estaba basado (artículo 78.2, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal), debido a que esa disposición vulneraba los derechos y libertades garantizados por la Constitución⁵⁴². El juez nacional consideró, además, que la normativa francesa que regulaba los requerimientos de identificación podía suponer una forma encubierta de control de fronteras interiores y, en consecuencia, una vulneración del Derecho de la Unión. Por tal motivo, decidió elevar cuestión prejudicial.

El TJUE respondió que, en efecto, el artículo 67 TFUE se oponía a una normativa nacional que atribuye a las autoridades de policía del Estado miembro interesado la competencia para controlar, únicamente en una zona de veinte kilómetros a partir de la frontera terrestre, la identidad de cualquier persona, con independencia del comportamiento de esta y de circunstancias específicas que acrediten un riesgo de perturbación del orden público. Cabe precisar que el TJUE declaró admisible la realización de controles con vistas a verificar la observancia de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la ley. No obstante, la forma en que se ejerza esta competencia de control debe de garantizar que su ejercicio práctico no tenga un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas, que era, justamente, lo que ocurría en el asunto enjuiciado.

El TJUE se volvió a manifestar sobre esta cuestión dos años más tarde en el asunto *Adil*⁵⁴³. En este caso, el demandante, el Sr. Adil, que afirmó ser nacional afgano, fue detenido durante un control MTV (controles móviles de seguridad) realizado por la *Koninklijke Marechaussee* de los Países Bajos cuando se encontraba a bordo como pasajero de un autobús. La detención tuvo lugar en el carril de una autopista procedente de Alemania, en el territorio del municipio de Venlo (Países Bajos), zona fronteriza con

⁵⁴² Tal y como recoge el artículo 78.2 Código de procedimiento penal: Los funcionarios de policía judicial, y bajo las órdenes y la responsabilidad de estos los agentes de policía judicial y los agentes adjuntos de policía judicial mencionados en los artículos 20 y 21.1, podrán requerir que acredite su identidad por cualquier medio a toda persona respecto a la que exista motivo o motivos razonables para sospechar: que ha cometido o intentado cometer una infracción; o que se dispone a cometer un delito grave o menos grave; o que puede facilitar información útil para la investigación de un delito grave o menos grave; o que es buscada por orden de una autoridad judicial”. Párrafo cuarto del mismo artículo: “En una zona comprendida entre la frontera terrestre de Francia con los Estados parte en el Convenio firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 y una línea cuyo trazado discurre a veinte kilómetros de esa frontera, así como en las zonas accesibles al público de los puertos, aeropuertos y estaciones ferroviarias o de carretera abiertas al tráfico internacional y designadas mediante orden, también podrá controlarse la identidad de toda persona, en los casos previstos en el párrafo primero, con vistas a verificar el cumplimiento de las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar los títulos y documentos previstos por la ley.

⁵⁴³ Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012, *Adil*, C-278/12, ap. 88.

Alemania. El Sr. Adil fue objeto de una medida de internamiento en virtud de la Ley de extranjería neerlandesa.

El TJUE señaló que los artículos 20 y 21 CFS 2006, correspondientes a los actuales artículos 22 y 23 CFS 2016, debían interpretarse en el sentido de que no se oponían a una normativa nacional que permitía a los funcionarios encargados de la vigilancia de las fronteras y del control de los extranjeros realizar controles. En este caso, en una zona geográfica de veinte kilómetros a partir de la frontera terrestre entre un Estado miembro y los Estados parte en el CAAS, con el objeto de comprobar si las personas detenidas cumplían los requisitos de estancia legal que se aplicaban en el Estado miembro de que se trate. En este sentido, los controles debían basarse en la información general y la experiencia obtenidas en materia de estancia irregular de personas en el lugar en que debiera efectuarse el control. Además, los controles podían realizarse en una medida limitada con el fin de obtener dicha información general y dicha experiencia en esa materia y cuando su ejercicio estuviera sujeto a determinadas limitaciones, en particular, por lo que respecta a su intensidad y frecuencia.

Tras el análisis de estas dos sentencias del TJUE podemos concluir lo siguiente. En la primera sentencia el TJUE sentenció que no era posible hacer los controles, ya que no era un control excepcional, sino sistemático. Sin embargo, en la segunda sentencia el TJUE falló que sí era posible hacer esos controles, porque no era un control fronterizo, ya que no estaba cerca de la frontera.

b) Controles de seguridad en puertos y aeropuertos y obligación de portar documentos identificativos

También se consideran compatibles con la eliminación de inspecciones fronterizas impuesta por el artículo 22 CFS las inspecciones de seguridad en los puertos o aeropuertos, efectuadas sobre las personas por las autoridades competentes en virtud del derecho interno de cada Estado miembro, por los responsables portuarios o aeroportuarios o por los transportistas, siempre que estas inspecciones se efectúen también sobre las personas que viajen dentro de un Estado miembro.

De igual modo, se admite también la posibilidad de que un Estado miembro disponga, en su derecho interno, la obligación de poseer o llevar consigo documentos. En relación con esta excepción, el TJUE declaró, en el asunto *Wijsenbeek*⁵⁴⁴, que los Estados

⁵⁴⁴ Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1999, *Wijsenbeek*, as. C-378/97, aps. 43 y 44. Las cuestiones se suscitaron en un proceso penal seguido contra el Sr. Wijsenbeek por haberse negado a presentar su pasaporte y probar su nacionalidad neerlandesa al entrar en los Países Bajos, infringiendo con ello la legislación neerlandesa aplicable. El Sr. Wijsenbeek reconoció los hechos; sin embargo, negó

miembros conservan el derecho a imponer a una persona la obligación de presentar, en un control de identidad, un documento nacional de identidad o pasaporte válido y a sancionar el incumplimiento de dicha obligación.

Asimismo, el TJUE se manifestó también sobre esta obligación en el asunto *Oulane*⁵⁴⁵. El Sr. Oulane, sospechoso de encontrarse en situación de estancia ilegal, fue detenido por las autoridades neerlandesas. Al prestar declaración, el Sr. Oulane, que no disponía de documento de identidad alguno, afirmó que tenía nacionalidad francesa, que se encontraba en los Países Bajos desde hacía aproximadamente tres meses y que estaba allí de vacaciones. Las autoridades neerlandesas lo retuvieron con vistas a su expulsión, debida, en particular, a que existía riesgo de que eludiese dicha expulsión. Posteriormente, el demandante presentó un documento de identidad francés a las autoridades. Estas reconocieron entonces su condición de nacional comunitario y no discutieron su *status* de turista, y el *Ministervoor Vreemdelingenzaken en Integratie* levantó la medida de internamiento. Con posterioridad, el Sr. Oulane fue detenido por la policía ferroviaria en la estación de Rotterdam Central, en un túnel destinado al paso de mercancías que no era accesible al público. Como no llevaba ningún documento que acreditase su identidad, se le tomó declaración y se dispuso su ingreso en un centro de internamiento con vistas a su expulsión. Al prestar declaración, afirmó que se encontraba en los Países Bajos desde hacía dieciocho días y que deseaba regresar a Francia. Las autoridades neerlandesas invocaron la protección del orden público para justificar la medida de internamiento, alegando que cabía presumir que el interesado intentaría eludir la expulsión. Finalmente, fue expulsado a Francia.

El TJUE concluyó que el Derecho de la Unión se oponía a que los nacionales de los Estados miembros, cuando se produzca un control, estuvieran obligados en otro Estado miembro a presentar un documento de identidad o pasaporte válido para acreditar su nacionalidad, si dicho Estado miembro no imponía a sus propios nacionales una obligación general de identificación.

Sin perjuicio de ello, también se acepta la posibilidad de que un Estado miembro imponga por ley la obligación a los nacionales de terceros países de declarar su presencia en su territorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 CAAS.

haber cometido infracción alguna. En concreto, alegó que, en el aeropuerto de Rotterdam, en el que desembarcó de un vuelo regular procedente de Estrasburgo, únicamente había vuelos regulares procedentes de otros Estados miembros o con destino a estos, por lo que el control de identidad suponía a su entender, un control por cruzar fronteras interiores de la Unión, no fronteras exteriores.

⁵⁴⁵ Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2005, *Oulane*, as. C-215/03, ap. 34.

2. ¿Tienen naturaleza de fronteras exteriores las fronteras interiores restablecidas entre Estados miembros?

Hemos analizado las diferencias entre fronteras interiores y exteriores, pero ¿qué consideración debe darse a las fronteras interiores en el caso de que se restablezcan controles internos? Es decir, ¿deben considerarse en ese caso como fronteras exteriores?

Sobre esta cuestión se pronunció el TJUE en 2019, en el asunto *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abdelaziz Arib*⁵⁴⁶. La sentencia analizó la naturaleza jurídica de las fronteras interiores restablecidas excepcionalmente y si estas, durante el periodo de restablecimiento, debían tener la consideración de fronteras exteriores. Es decir, tras el cierre de fronteras, ¿se consideraban las fronteras interiores como exteriores?

El litigio tuvo lugar entre el Prefecto del departamento de los Pirineos Orientales (Francia) y el Sr. Abdelaziz Arib, el Fiscal del Tribunal de Primera Instancia de Montpellier y el Fiscal del Tribunal de Apelación de Montpellier, en relación con la prórroga del internamiento del Sr. Arib, que había entrado ilegalmente en el territorio francés. En Francia, y como consecuencia de los atentados de París de 2015, se produjo el restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores comunes a dicho Estado y otros Estados miembros integrantes del espacio Schengen, con arreglo al artículo 25 CFS 2016. El Sr. Arib, de nacionalidad marroquí, fue objeto de un control de identidad el 15 de junio de 2016, en la zona comprendida entre la frontera franco-española y una línea trazada a veinte kilómetros de esa frontera hacia el interior del país. El Sr. Arib, que previamente había abandonado el territorio francés a raíz de una medida de expulsión que le había sido notificada el 10 de agosto de 2013, viajaba a bordo de un autobús procedente de Marruecos. Por ser sospechoso de haber entrado ilegalmente en el territorio francés, el Sr. Arib fue detenido cautelarmente. Al día siguiente se adoptó contra él una resolución por la que se le obligaba a abandonar el territorio francés y se ordenaba su ingreso en un centro de internamiento. Todo ello suponía aplicar un procedimiento de retorno simplificado, posibilidad que solo es admisible cuando se intercepta a nacionales de terceros países que cruzan ilegalmente una frontera exterior. Posteriormente, se declararon nulas tanto la detención como la orden de expulsión, al entender el juez nacional en primera instancia que la frontera cruzada por el Sr. Arib no podía considerarse una frontera exterior.

La discrepancia respecto a la naturaleza jurídica de las fronteras interiores restablecidas entre Estados miembros dio lugar a que se elevara cuestión prejudicial. El TJUE recordó que el artículo 25 CFS 2016 permite, de forma excepcional y bajo determinadas

⁵⁴⁶ Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2019, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abdelaziz Arib*, as. C-444/17.

condiciones, que un Estado miembro restablezca temporalmente los controles fronterizos en partes específicas o en la totalidad de sus fronteras interiores, en caso de amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de dicho Estado miembro (apartado 36). Además, recordó que, según el artículo 32 CFS 2016, cuando se restablezcan los controles en las fronteras interiores, se aplicarán, *mutatis mutandis*, las disposiciones pertinentes de dicho código relativas a las fronteras exteriores (apartado 49).

El TJUE determinó que el cruce de fronteras se produjo por una frontera común a un Estado miembro integrado en el espacio Schengen (apartado 45). Asimismo, recordó que la Directiva 2008/115 (Directiva Retorno) solo permite excepcionar el procedimiento normal de expulsión de quienes se encuentran en situación irregular en territorio de la Unión cuando estas personas sean interceptadas cruzando sus fronteras exteriores, no las interiores (apartado 47).

El TJUE concluyó que la Directiva 2008/115 (Directiva Retorno), en su artículo 2.2 a), no hacía alusión alguna a la posibilidad de asimilar tal situación la de un nacional de un tercer país que haya sido interceptado cruzando una frontera interior en la que se hayan restablecido los controles en virtud del artículo 25 CFS 2016, o en las inmediaciones de dicha frontera interior (apartado 51). Es decir, el TJUE entendió que cuando un Estado miembro restablece sus controles fronterizos se aplica la Directiva Retorno, pero no sus excepciones. Esto es así porque el artículo 32 CFS 2016 no prevé que se aplique el artículo 2.2 a) de la Directiva Retorno. Por lo tanto, el TJUE concluyó que el CFS 2016 se opone a que, a efectos de esta Directiva, una frontera interior en la que se han restablecido los controles se asimile a una frontera exterior (apartado 62). El TJUE negó cualquier equiparación entre fronteras exteriores e interiores, independientemente del motivo que hubiera dado lugar al restablecimiento de controles en las fronteras (apartado 61).

ACOSTA PENCO se ha manifestado contraria al razonamiento del TJUE por hacer una interpretación tan estricta de los artículos 32 CFS 2016 y 2.2 de la Directiva Retorno. La autora no comparte la opinión de que la Directiva Retorno tenga que contemplar explícitamente que la excepción a su aplicación sea extensible a los casos de restablecimiento de controles fronterizos. Para la autora, la intención del TJUE fue no excluir al demandante del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno y, por lo tanto, de sus garantías. En su opinión, hubiera sido más correcto argumentar que, “aunque el artículo 32 CFS 2016 dispone que cuando se restablezcan los controles en las fronteras interiores se aplicarán, *mutatis mutandis*, las disposiciones pertinentes del Título II CFS, precisamente esto no significa que la frontera exterior equivalga siempre a fronteras interior”. Coincide, en este sentido, con la argumentación del Abogado General

SZPUNAR, al señalar que lo acertado está en la regla que el mismo CFS 2016 en su artículo 32 ofrece para determinar cuándo corresponde equiparar las fronteras exteriores a las interiores en el caso de que haya un restablecimiento de controles fronterizos, esto es, que se trate de disposiciones “pertinentes”⁵⁴⁷.

IV. EL RESTABLECIMIENTO DE CONTROLES EN LAS FRONTERAS INTERIORES

Hemos analizado las pautas básicas sobre la ausencia de controles en las fronteras interiores en los países de la zona Schengen. Sin embargo, esta regla general puede ceder ante determinadas circunstancias excepcionales que permiten restablecer los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros.

El artículo 2 CAAS preveía la denominada “cláusula de suspensión”, cuyo contenido estaba poco elaborado y permitía el restablecimiento temporal de los controles fronterizos por motivos de orden público o seguridad nacional. Cuando los Estados miembros invocaron esta cláusula se dieron cuenta, al igual que la doctrina, de que era necesaria una mayor precisión a la hora de determinar su contenido, ya que esta cláusula debía ser tenida en cuenta como una excepción⁵⁴⁸.

Como hemos indicado, en 2006 se produjo la aprobación del CFS (modificado posteriormente en 2016) con nuevas pautas en los establecimientos de controles en las fronteras interiores. Con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales, el CFS 2006 establecía que los únicos motivos que justificaban el restablecimiento de controles fronterizos eran la protección del orden público y la seguridad interior de un determinado Estado (Considerando 15 y 16, y artículo 23).

En 2011, al comienzo de la Primavera Árabe, hubo varias situaciones de flujos migratorios y presiones en las fronteras en varios países⁵⁴⁹. Estos flujos hicieron que la

⁵⁴⁷ Teresa ACOSTA PENCO, “El restablecimiento de controles fronterizos en el Espacio Schengen, una equiparación inexacta entre fronteras interiores y exteriores: la STJUE de 19 de marzo de 2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2019, pp. 4 y 5.

⁵⁴⁸ Joan David JANER TORRENS, “El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018, p. 903.

⁵⁴⁹ En 2011 varios miles de inmigrantes irregulares de varios países del Mediterráneo llegaron a Italia (isla de Lampedusa). Esta isla sufrió una situación hasta entonces desconocida. Ante esta situación, Italia solicitó repartir los inmigrantes entre los diferentes Estados miembros. Sin embargo, el Consejo rechazó esta propuesta. Debido a esta negativa Italia decidió facilitar a los inmigrantes un permiso de residencia

Comisión se plantease la necesidad de adoptar un mecanismo que permitiese a la Unión afrontar aquellas situaciones derivadas de la falta de diligencia de determinados Estados en controlar su frontera exterior, o de la imposibilidad de hacerlo debido a fuertes presiones inesperadas, como, por ejemplo, la llegada masiva de inmigrantes⁵⁵⁰. Situaciones que, sin embargo, no estaban contempladas en la normativa entonces vigente.

El Consejo Europeo, en su reunión de los días 23 y 24 de junio de 2011, acogió favorablemente la idea expuesta por la Comisión al señalar que “[...] como último recurso, se podría establecer dentro de ese mecanismo una cláusula de salvaguardia que autorizara el restablecimiento excepcional de los controles fronterizos internos, en una situación auténticamente grave en la que un Estado miembro ya no pudiera cumplir las obligaciones impuestas por las normas de Schengen”⁵⁵¹. Finalmente, se elaboró la *Comunicación sobre Gobernanza Schengen-Refuerzo del espacio sin controles fronterizos en las fronteras interiores*⁵⁵².

Como elemento central de esta nueva propuesta se encontraba la posibilidad de efectuar, en un Estado miembro determinado, inspecciones con o sin previo aviso por parte de equipos establecidos bajo la responsabilidad de la Comisión y formados por expertos de otros Estados miembros y de Frontex, con el fin de verificar la aplicación del acervo de Schengen. Asimismo, después de cada inspección, las lagunas eventuales que se encontrasen se incluirían en un informe donde se establecerían recomendaciones claras y los plazos para su aplicación. El Estado miembro objeto de la inspección debería establecer un plan de acción para dar curso a las recomendaciones. Finalmente, la verificación por parte de la Unión de la aplicación del plan de acción podría dar lugar a nuevas inspecciones. Estas novedades mejorarían el sistema de evaluación y de seguimiento, pero no tendrían en cuenta las situaciones en las que estas medidas no eran suficientes para solventar las deficiencias de un Estado miembro en la aplicación del acervo, y, en particular, en el control de las fronteras exteriores. Por lo tanto, cuando las

temporal por cuestiones humanitarias, lo que permitía la posibilidad de cruzar las fronteras interiores del espacio Schengen. Esta decisión supuso que Francia restableciera controles en su frontera con Italia con el objetivo de evitar la entrada en su territorio de inmigrantes procedentes del norte de África a quienes Italia les había concedido los permisos de residencia temporales. De igual modo, Dinamarca también reforzó e intensificó los controles en sus fronteras con Alemania y Suecia, en su caso por motivos de política interna.

⁵⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión sobre migración*. COM (2011) 248 final, Bruselas, 4.5.2011, p. 8.

⁵⁵¹ Párrafo 22 de las conclusiones, EUCO 23/1/11 REV 1, p. 8.

⁵⁵² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones Gobernanza Schengen-Refuerzo del espacio sin controles fronterizos en las fronteras interiores*. COM (2011) 561 final, Bruselas, 16.9.2011.

medidas adoptadas a en el ámbito de la Unión o en el ámbito nacional no aportasen ninguna mejora, podría ser necesario reintroducir el control en las fronteras interiores con el Estado miembro en el que se registrasen las deficiencias, siempre que la situación constituyese una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de la Unión o de un Estado miembro.

A raíz de la situación de 2011, se aprobaron dos importantes Reglamentos. Por un lado, el Reglamento 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establecía un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo Schengen. Por otro, el Reglamento 1051/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se modificó el Reglamento 562/2013 con el fin de establecer normas comunes al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales.

El Reglamento 1051/2013 derogaba el régimen de restablecimiento temporal de los controles fronterizos vigente desde 2006 y preveía unos procedimientos más elaborados de suspensión. Según JANER TORRENS, con esta nueva regulación de 2013 se buscaba reforzar la gestión del espacio Schengen, otorgando un papel más relevante a la Comisión, al Consejo y al Parlamento en la medida en que, sobre la base de unos criterios acordados en común, serían estas instituciones las que, salvo supuestos excepcionales, supervisarían la imposición temporal de controles fronterizos entre Estados. Para este mismo autor, la imposición de controles parecería, por tanto, que había adquirido una cierta normalidad cuando precisamente la propia Comisión recordaba, de forma sistemática, que su aplicación debía ser excepcional y limitada en el tiempo⁵⁵³.

La Comisión en su *Octavo informe bianual sobre el funcionamiento del espacio Schengen de 2015* determinó que, “Aunque en 2013 los legisladores acordaron que los flujos migratorios no podían, de por sí, justificar el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores, la Comisión considera que la afluencia incontrolada de un elevado número de personas indocumentadas o inadecuadamente documentadas, no registradas en el momento de su primera entrada en la Unión, puede constituir una grave amenaza para el orden público y la seguridad interior y, por lo tanto, puede justificar la aplicación de esta medida extraordinaria disponible en el marco del CFS 2006”⁵⁵⁴. Es

⁵⁵³ Joan David JANER TORRENS, “El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores...”, *cit.*, pp. 903 y 909.

⁵⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Octavo informe bianual sobre el funcionamiento del espacio Schengen Del 1 de mayo al 10 de diciembre de 2015*. COM (2015) 675 final, Estrasburgo, 15.12.2015.

decir, estas circunstancias pueden dar lugar al restablecimiento de las fronteras interiores de los Estados miembros.

Como consecuencia de la afluencia masiva de inmigrantes a Estados de la Unión, se produjo la modificación del CFS 2006, y supuso el establecimiento de un nuevo mecanismo de control de fronteras (artículo 29 CFS 2016). En la actualidad el CFS 2016 es la norma que regula, con un régimen común, el cruce de personas por las fronteras de los Estados miembros.

De hecho, el Considerando vigesimosexto del CFS 2016 señala que la inmigración y el cruce de las fronteras exteriores por un gran número de nacionales de terceros países no deben verse, por sí mismos, como una amenaza para el orden público o la seguridad interior.

A pesar de lo recogido en el CFS 2016, el Parlamento Europeo señaló en 2021 que, desde 2015, los Estados miembros han restablecido controles en fronteras interiores un total de doscientas sesenta y ocho veces. Esto ha supuesto un aumento considerable si se compara con el periodo de 2006 a 2014, dado que durante ese periodo los controles solo se restablecieron treinta y cinco veces⁵⁵⁵.

La reintroducción de los controles en las fronteras interiores ha sido durante años una cuestión problemática. De hecho, en 2017, la Comisión propuso una modificación del CFS 2016. En esta propuesta, la Comisión hizo un especial énfasis en la necesidad de intensificar y mejorar los controles policiales y la cooperación policial para evitar el restablecimiento de controles fronterizos. Además, la Comisión propuso actualizar los plazos que estaban permitidos en los controles, queriendo dar una mayor garantía al procedimiento existente⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Según la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo que respecta a las normas aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores, desde septiembre de 2015, los controles fronterizos se habían restablecido y prorrogado casi 50 veces (frente a los 35 casos de restablecimiento de los controles fronterizos en el periodo 2006-2015). Esto se debió a los movimientos secundarios de migrantes irregulares y al aumento de las amenazas terroristas transfronterizas que suponían una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de los Estados Schengen. Estas amenazas graves obligaron a algunos Estados miembros a prorrogar los controles fronterizos restablecidos en diversas ocasiones, a veces hasta agotar los plazos legales. Informe sobre el informe anual sobre el funcionamiento del espacio Schengen [2019/2196 (INI)], 1 de junio de 2021. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Tanja FAJON, p. 7.

⁵⁵⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento 2016/399 en lo que respecta a las normas aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores. COM (2017) 571 final, Bruselas, 27.9.2017.

Sin embargo, a pesar del consenso de las partes en que era necesario reformar el régimen existente, no hubo acuerdo sobre cómo hacerlo, por lo que el proyecto no recibió el apoyo suficiente para que los legisladores prosiguiesen con éxito las negociaciones⁵⁵⁷.

En 2022 se aprobó el Reglamento 2022/922 del Consejo de 9 de junio de 2022, relativo al establecimiento y el funcionamiento de un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo Schengen y por el que se derogó el Reglamento 1053/2013. Este Reglamento establece un mecanismo de evaluación y seguimiento con el objetivo de garantizar que los Estados miembros apliquen el acervo de Schengen de manera eficaz, eficiente y correcta, contribuyendo así a mantener la confianza mutua entre los Estados miembros y el buen funcionamiento del espacio sin control en las fronteras interiores (Considerando 1 y artículo 1).

El Reglamento señala que el mecanismo de evaluación y seguimiento establecido preverá actividades de evaluación y seguimiento objetivas e imparciales, encaminadas a verificar la aplicación del acervo de Schengen en los Estados miembros a los que se aplica; y a verificar que las condiciones necesarias para la aplicación del acervo de Schengen se cumplen en los Estados miembros.

Igualmente recoge otras cuestiones entre las que se deben de destacar las siguientes.

Esta normativa regula las responsabilidades y el deber de cooperación de los Estados miembros, de la Comisión y del Consejo. Así mismo, recoge la cooperación con los órganos y organismos de la Comisión y hace un especial hincapié en Frontex y Oficina Europea de Policía (en adelante, Europol) (Capítulo I). Los Estados miembros y la Comisión serán responsables conjuntamente de la aplicación del mecanismo de evaluación y seguimiento. La Comisión tendrá una función de coordinación general en lo relativo al establecimiento de los programas de evaluación anuales y plurianuales, la elaboración de los cuestionarios, la fijación de los calendarios de visitas, la realización de las visitas y la elaboración de los informes de evaluación y las recomendaciones. Asimismo, garantizará que se lleven a cabo actividades de vigilancia y seguimiento (artículo 3).

Además, la normativa regula diferentes modalidades de evaluación y actividades de seguimiento junto con los métodos para llevarlos a cabo. Las modalidades de las evaluaciones y los métodos deben flexibilizarse para aumentar la eficiencia del mecanismo de evaluación y seguimiento y su capacidad de adaptación a nuevas

⁵⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente*. COM (2021) 277 final, Bruselas, 2.6.202, p. 19.

circunstancias y avances legislativos, así como para racionalizar el uso de los recursos de los Estados miembros, la Comisión y los órganos y organismos de la Unión. Las evaluaciones periódicas a través de visitas deben ser el principal instrumento de evaluación (Considerando 13). Las evaluaciones sin previo aviso y las evaluaciones temáticas deben utilizarse de manera equilibrada, basándose en análisis de riesgos. En el caso de que las visitas sean sin previo aviso, deben realizarse notificando al Estado miembro afectado con poca antelación o sin notificación previa y deben basarse en análisis de riesgos o en otros motivos pertinentes. Estas visitas deben tener lugar normalmente con una notificación previa de al menos veinticuatro horas. La Comisión debe poder organizar nuevas visitas e inspecciones *in situ* (Considerado 15 y 28, y artículo 19).

Junto a estas cuestiones, se ha añadido un desarrollo de la planificación y programación que debe de llevarse a cabo (Capítulo II) y las disposiciones comunes para llevar a cabo las actividades de evaluación y seguimiento (Capítulo III). Así como las disposiciones específicas en el caso de que haya una deficiencia grave, y las modalidades de evaluaciones específicas (Capítulo IV). Esta última cuestión la trataremos más adelante.

Finalmente, se establecen las pautas de la Gobernanza Schengen y las disposiciones finales donde se establece que la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe exhaustivo sobre las evaluaciones realizadas durante cada año. Se reconoce que deben conferirse al Consejo competencias de ejecución para adoptar las recomendaciones de medidas correctoras. El Consejo adoptará recomendaciones en casos de deficiencias graves, primeras evaluaciones y evaluaciones temáticas y cuando el Estado miembro evaluado impugne sustancialmente el proyecto de informe de evaluación que contenga proyectos de recomendaciones. Por lo tanto, el Consejo debe adoptar recomendaciones en los casos que tengan importancia política o que sean de interés general para el funcionamiento del espacio Schengen. Del mismo modo, se reconoce que es fundamental que el Parlamento Europeo y el Consejo celebren debates con regularidad para sensibilizar sobre la importancia de la aplicación eficaz del acervo de Schengen y animar a los Estados miembros a que subsanen las deficiencias detectadas (Considerando 23 y Capítulo V).

1. Los procedimientos de restablecimiento de las fronteras interiores

El CFS 2016 reconoce tres procedimientos diferentes para el restablecimiento de fronteras interiores, según si el motivo que provoca el restablecimiento es un acontecimiento previsible (artículo 25 CFS 2016), una situación imprevista que requiera una actuación inmediata (artículo 28 CFS 2016) o circunstancias excepcionales que

pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en fronteras interiores (artículo 29 CFS 2016).

Ninguno de los tres procedimientos previstos en el CFS 2016 autoriza a la Comisión a prohibir que los Estados parte puedan restablecer unilateralmente los controles fronterizos. Esto se debe a que los Estados son competentes en materia de salud pública (artículo 6 TFUE) y ejercen sus responsabilidades en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (artículo 72 TFUE).

A) El restablecimiento de fronteras en casos previsibles

En relación con el restablecimiento de fronteras en supuestos previsibles, en caso de amenaza grave para el orden público y la seguridad interior, se establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan suspender la libre circulación de personas mediante el restablecimiento de fronteras interiores.

Será el Estado miembro en cuestión el que evaluará la medida en que dicho restablecimiento puede responder correctamente a la amenaza para el orden público o la seguridad interior y la proporcionalidad de la medida en relación con dicha amenaza (artículo 26 CFS 2016). Será también el Estado Miembro quien adopte la decisión de restablecimiento temporal de fronteras interiores.

Este procedimiento debe de llevarse a cabo por un periodo de tiempo limitado no superior a treinta días, o el tiempo mínimo necesario en caso de sobrepasarse dicho plazo. El plazo podrá ampliarse por periodos renovables de treinta días, si la amenaza persiste, siempre que la duración total no supere los seis meses.

En estos casos, el Estado está obligado a comunicar el restablecimiento al Consejo, al Parlamento, a los Estados miembros y a la Comisión con una antelación de cuatro semanas.

Según la *Comunicación sobre la Gobernanza de Schengen*⁵⁵⁸, entrarían en este supuesto casos como la celebración de grandes acontecimientos deportivos, manifestaciones de carácter político o reuniones políticas de alto nivel, entre otros ejemplos.

Como ejemplos de restablecimiento de los controles fronterizos en casos previsibles basados en la celebración de grandes acontecimientos deportivos podemos destacar los

⁵⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Gobernanza de Schengen - Refuerzo del espacio sin controles fronterizos en las fronteras interiores*. COM (2011), 561 final, Bruselas, 16.9.2011.

siguientes. En 2009, Islandia estableció control de vuelos como consecuencia de la visita de *MC Hells Angels* al club de motociclismo islandés de Reikiavik. En 2016, Francia restableció los controles en todas sus fronteras entre el 27 de mayo y el 26 de julio, con motivo del Tour de Francia y de la celebración del campeonato europeo de fútbol.

Como ejemplos de manifestaciones de carácter político o reuniones políticas de alto nivel, podemos destacar: la suspensión de la libre circulación de personas por Polonia entre el 4 de julio y el 2 de agosto de 2016, con motivo de una cumbre de jefes de Estado y de Gobierno de la OTAN y de la visita del Papa en junio; el restablecimiento de las fronteras, en Malta, entre el 21 de enero y el 9 de febrero de 2017, con motivo de una reunión informal de los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión; el restablecimiento de controles en Polonia, del 22 de noviembre al 16 de diciembre de 2018, como consecuencia de la Conferencia por el Clima COPT 24; o la reunión informal del Consejo Europeo en 2018 en Salzburgo, que dio lugar al restablecimiento de las fronteras entre Salzburgo y Alta Austria y Alemania, así como el de la frontera entre el Tirol Oriental y Carintia e Italia y en el aeropuerto de Salzburgo (en relación con todos los vuelos que llegaran).

España invocó el artículo 25 CFS 2016 durante la celebración de la Cumbre del Clima de Madrid, entre el 2 y el 13 de diciembre de 2019, lo que le permitió reinstaurar los controles en frontera, ante la alerta que representaba para la seguridad interior la amenaza terrorista. En 2022, España volvió a restablecer los controles con motivo de la Cumbre de la OTAN 2022; en particular, en las fronteras terrestres con Francia y Portugal, en las fronteras aéreas interiores de Madrid, Barcelona, Alicante, Bilbao, Girona, Málaga, Sevilla y Valencia, y en las fronteras marítimas interiores de Barcelona, Valencia y Málaga. En 2023, Noruega ha establecido los controles de fronteras como consecuencia de la Reunión informal de Ministros de Asuntos Exteriores de la OTAN en Oslo. Del mismo modo, Eslovaquia ha establecido fronteras con motivo de la Conferencia internacional sobre seguridad del Foro *Globsec 2023* en Bratislava que se celebraba al mismo tiempo que el evento internacional del club de motociclistas *Hell sAngels MC Slovakia - World Run*.

B) El restablecimiento de fronteras en el caso de que haya una situación imprevista que requiera una respuesta inmediata

Cuando el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro exijan una actuación inmediata como consecuencia de un acontecimiento imprevisible, el Estado miembro de que se trate podrá, con carácter excepcional, restablecer inmediatamente los

controles fronterizos en las fronteras interiores por un período limitado no superior a diez días.

En este caso, el plazo podrá ampliarse por periodos renovables de veinte días, si la amenaza persiste, hasta un máximo de dos meses (artículo 28 CFS 2016).

Según la *Comunicación sobre la Gobernanza de Schengen*⁵⁵⁹, entrarían en este supuesto los atentados terroristas u otros actos delictivos de gran envergadura, los cuales exigen la adopción de todas las medidas posibles para garantizar la detención rápida de los autores de los actos de que se trate.

Será el Estado miembro en cuestión el que evaluará la medida en que dicho restablecimiento puede responder correctamente a la amenaza para el orden público o la seguridad interior y la proporcionalidad de la medida en relación con dicha amenaza (artículo 26 CFS 2016). Esta decisión será adoptada unilateralmente por el Estado en cuestión.

Los ejemplos que cabría enmarcar en este segundo procedimiento son muy numerosos. Así, España restableció, hasta en cinco ocasiones entre 2006 y 2009, controles fronterizos con Francia, a consecuencia de acciones de la banda terrorista ETA.

En 2011 y en 2014 Noruega suspendió, puntualmente (días y como máximo una semana), la libre circulación de personas como respuesta a las amenazas terroristas. También Suecia estableció controles durante un día a raíz de la matanza en la isla noruega de Utoya, en julio de 2011.

Igualmente hay que mencionar los atentados terroristas del 13 de noviembre de 2015 en París y los de Niza del 14 de julio de 2016, pues el nivel de alerta decretado conllevó que, prácticamente desde diciembre de 2015 y hasta abril de 2018 hubiera controles en todas las fronteras de Francia⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Gobernanza de Schengen - Refuerzo del espacio sin controles fronterizos en las fronteras interiores*. COM (2011) 561 final, Bruselas, 16.9.2011.

⁵⁶⁰ El 7 de diciembre de 2015 Francia notificó el cierre de fronteras alegando que “los ataques terroristas perpetrados en París el 13 de noviembre han llevado al Gobierno a declarar el estado de emergencia en todo el país (...) debido al inminente peligro derivado de graves infracciones del orden público”. Elspeth GUILD, “Seguridad, terrorismo y asilo en el espacio Schengen”, *CIDOB, Anuario CIBOD de la inmigración 2015-2016*, p. 68.

Desde el 12 de noviembre de 2021 hasta el 26 de diciembre de 2023, también ha habido diferentes controles temporales de fronteras por amenazas terroristas en diferentes países⁵⁶¹.

En 2022, el TJUE en el asunto *Landespolizeidirektion Steiermark (Durée maximale du contrôle aux frontières intérieures)*⁵⁶² se manifestó sobre la posibilidad de que los Estados pudieran restablecer las fronteras interiores por una causa sobrevenida. Esta sentencia trató sobre los controles de fronteras realizados en Austria como consecuencia del restablecimiento de las fronteras interiores en este Estado miembro.

Debemos destacar que Austria desde 2015 hasta 2022 llevó a cabo la notificación del restablecimiento de sus fronteras en varias ocasiones. Analicemos los hechos.

⁵⁶¹ *Temporary Reintroduction of border control*, Migration and Home Affairs, European Commission. Informe disponible en: <https://bit.ly/2kFAQ84>. [Última consulta: 26 de diciembre de 2023].

⁵⁶² Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2022, *Landes polizei direktion Steiermark (Durée maximale du contrôle aux frontières intérieures)*, as. ac. C-368/20 y 369/20. Los hechos que acontecieron en el asunto C- 368/20 fueron los siguientes. El demandante, NW, en noviembre de 2019 fue objeto de una inspección fronteriza al amparo de la normativa austríaca establecida en la Ley de Controles Fronterizos. Según esta normativa, los nacionales austríacos deben estar en posesión de un documento válido de viaje, pasaporte o equivalente, para entrar en el territorio de Austria o para salir del país. En el caso de entrar o salir de forma irregular de Austria se incurrirá en infracción administrativa. Al demandante se le solicitó que se identificase mediante pasaporte o documento de identidad. Ante esta solicitud, el demandante preguntó al agente de control fronterizo si su actuación correspondía a una infracción fronteriza o a un control de identidad. El agente de frontera informó que se trataba de una inspección fronteriza. Tras varios requerimientos el demandante no exhibió su pasaporte. El agente de control le notificó que sería objeto de una denuncia en su contra. Unos días después, el demandante fue declarado culpable de una infracción por no presentar su pasaporte conforme a la Ley de Pasaportes de Austria. Ante esta situación, el demandante presentó un recurso, alegando que la inspección fronteriza a la que fue sometido era ilegal, por una parte, al entender que el título III del Código de fronteras Schengen no proporciona ninguna base jurídica a la actuación de que se trataba y, por otra parte, que dicha inspección y la resolución de declararlo culpable vulneraban el derecho a la libre circulación que le reconocía el artículo 21.1 TFUE en relación con el artículo 22 CFS. Sin embargo, fue declarado culpable y condenado a una multa de 36 euros. Finalmente, NW impugnó la resolución ante los tribunales. En estas circunstancias, el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria decidió suspender el procedimiento y plantear varias cuestiones prejudiciales: ¿Se opone el Derecho de la Unión a una legislación nacional en virtud de la cual, mediante una concatenación de reglamentos nacionales, se acumulan una serie de prórrogas, de modo que se posibilita el restablecimiento de los controles fronterizos más allá del plazo de dos años que, como limitación temporal, establecen los artículos 25 y 29 del CFS, todo ello sin la correspondiente Decisión de Ejecución del Consejo con arreglo a dicho artículo? ¿Debe interpretarse el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión establecido en el artículo 21.1 TFUE y en el artículo 45.1 de la CDFUE, en particular a la luz del principio de ausencia de inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores, consagrado en el artículo 22 CFS en el sentido de que comprende el derecho a no verse sometido a inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores, sin perjuicio de las condiciones y excepciones establecidas en los Tratados y, en particular, en dicho Código?.

En el contexto de la crisis migratoria, la República de Austria restableció los controles en las fronteras que compartía con Hungría y la República de Eslovenia el 16 de septiembre de 2015, alegando gran afluencia de personas en busca de protección internacional. Durante los dos primeros meses, los controles se basaron en el artículo 25 CFS 2006 (actual artículo 28 CFS 2016). A partir del 16 de noviembre siguiente, la República de Austria se basó en los artículos 23 y 24 CFS 2006 (actuales artículos 25 y 27 CFS 2016). A partir del 16 de mayo de 2016, y para realizar dichos controles durante otros dieciocho meses, el Estado miembro se amparó en cuatro recomendaciones sucesivas que el Consejo había adoptado con arreglo al artículo 29 CFS 2016. La cuarta de esas recomendaciones dejó de estar en vigor el 10 de noviembre de 2017.

El 12 de octubre de 2017, la República de Austria notificó a los demás Estados miembros y varias instituciones de la Unión, entre ellas la Comisión, el restablecimiento de controles durante seis meses en las fronteras que compartía con Hungría y la República de Eslovenia, concretamente del 11 de noviembre de 2017 al 11 de mayo de 2018. En esta ocasión, Austria alegó la situación de la seguridad en Europa y las amenazas derivadas de los continuos e importantes movimientos secundarios. Esta misma causa fue la alegada para prorrogar el control de las fronteras del 11 de mayo al 11 de noviembre de 2018 y supuso el restablecimiento de los controles con Hungría y Eslovenia. Además, ese mismo año, en julio y septiembre, también estableció controles en la frontera de Tirol con Alemania, en la frontera de Tirol del Norte con Italia, en el Aeropuerto de Innsbruck (para todos los vuelos de llegada), así como en la frontera de Salzburgo y Alta Austria con Alemania, en la frontera de Tirol Oriental y Carintia con Italia, y en el Aeropuerto de Salzburgo (también para todos los vuelos de llegada).

Posteriormente, del 12 de noviembre de 2018 al 12 de mayo de 2019 y del 13 de mayo al 13 de noviembre de 2019, Austria invocó, nuevamente, la situación de seguridad en Europa y las amenazas derivadas de los continuos e importantes movimientos secundarios y restableció fronteras con Hungría y Eslovenia.

Desde mayo de 2020 hasta noviembre de 2022, Austria citó como causa justificante para mantener el control de sus fronteras con Hungría y Eslovenia los movimientos secundarios, el riesgo relacionado con los terroristas y la delincuencia organizada, y el riesgo de que el coronavirus provocase movimientos migratorios adicionales⁵⁶³.

⁵⁶³ *Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code.* https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en. [Última consulta: 26 de diciembre 2023].

La cuestión era si el restablecimiento de las fronteras por parte de Austria se hizo conforme a la normativa europea o no, pues la respuesta a esta pregunta determinaba la corrección de la actuación de Austria respecto al Sr. NW.

El TJUE declaró que las dos medidas de control de las que fue objeto el demandante no se basaron en las recomendaciones del Consejo adoptadas en virtud del artículo 29 CFS 2016, sino que se basaron en los artículos 25 y 27 CFS 2016. Y que estos controles fronterizos ya habían sobrepasado la duración total de los seis meses que recoge la norma (apartado 52). Las partes habían alegado que, para poder justificar una nueva aplicación del artículo 25 CFS 2016 y, por lo tanto, una nueva aplicación de los periodos previstos, era necesario que existiera una amenaza grave, nueva por su propia naturaleza (apartado 55).

El TJUE reiteró que el artículo 25.4 CFS 2016 establece expresamente que el restablecimiento de las fronteras “no podrá superar los seis meses”. Por lo tanto, y en opinión del TJUE, el CFS 2016 pretende excluir toda posibilidad de que se sobrepase dicha duración (apartado 57). Así mismo, señaló que el artículo 25 CFS 2016 fija con claridad y precisión los plazos máximos tanto para el restablecimiento inicial de controles en las fronteras interiores como para las posibles prórrogas, incluyendo la duración total máxima que pueden tener los controles (apartado 58).

Del mismo modo, el TJUE precisó el término “posibles nuevos datos” mencionados en el artículo 25.3 CFS 2016, señalando que puede ser invocado por un Estado miembro para justificar la prolongación de los controles en las fronteras durante periodos renovables que no superaran los treinta días. Además, añadió que estos datos deben estar directamente relacionados con la amenaza que hubiera justificado inicialmente el restablecimiento de controles (apartado 62).

El TJUE sentenció que el artículo 25 CFS 2016 constituye una excepción al principio en virtud del cual las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que en ellas se realice inspección alguna de personas, independientemente de su nacionalidad, recogido en el artículo 22 CFS 2016 (apartado 63). Y afirmó que uno de los principales logros de la Unión es el espacio libre de circulación de personas sin fronteras interiores (artículo 3 TUE). Además, reconoció que el restablecimiento de los controles en las fronteras interiores debe de ser algo excepcional, y solo debe de llevarse a cabo como último recurso (apartado 65). A su vez, el TJUE determinó que la limitación del tiempo para el restablecimiento de las fronteras interiores tenía como finalidad garantizar el justo equilibrio entre, de un lado, el objetivo de la Unión de establecer un espacio sin fronteras interiores donde esté garantizada la libertad de circulación de las personas y, de otro lado, garantizar las medidas adecuadas en materia de control de fronteras

exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia (apartado 88).

El TJUE reconoció que interpretar el artículo 25 CFS 2016 permitiendo que un Estado miembro pudiera sobrepasar la duración de los seis meses privaría de sentido la distinción que hace el legislador en los artículos 25 y 29 CFS 2016. Por ello, interpretó que el artículo 25.4 CFS 2016 se opone a esta interpretación en la medida en que establece que la duración máxima del restablecimiento de controles en las fronteras interiores puede ampliarse hasta dos años, en virtud del artículo 29 CFS 2016 y no en virtud del artículo 25 CFS 2016 (apartado 70).

De este modo, el TJUE señaló que, si ocurriese una nueva amenaza grave que afectara al orden público o a la seguridad pública, los Estados miembros podrían aplicar de nuevo el periodo de seis meses (apartado 79). Por lo tanto, según sostuvo la Comisión, es necesario discernir si la amenaza a la que se enfrenta un Estado miembro sigue siendo la misma o bien se trata de nueva amenaza (apartado 81). Pues bien, en el caso analizado, el TJUE constató que, desde el 10 de noviembre de 2017, fecha en que dejó de estar en vigor la última de las recomendaciones del Consejo, Austria no había demostrado la existencia de una nueva amenaza (apartado 82), de modo que las dos medidas de control de las que fue objeto el demandante eran incompatibles con el CFS 2016.

Por lo tanto, podemos concluir que cuando se presenta una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro, este Estado puede restablecer controles en sus fronteras con otros Estados miembros, pero sin sobrepasar una duración total máxima de seis meses, tal y como establece el CFS 2016. Y únicamente puede justificarse aplicar de nuevo tal medida cuando se produce una nueva amenaza grave.

C) El restablecimiento de las fronteras interiores cuando circunstancias excepcionales pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en fronteras interiores

Desde la reforma del CFS de 2016 los Estados miembros podrán restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores por un periodo que no supere los seis meses. Ello será posible solamente en circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores, y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes del mismo. Ese periodo de seis meses podrá prolongarse

en tres ocasiones como máximo, por nuevos periodos de hasta seis meses, en caso de que persistan las circunstancias excepcionales (artículo 29 CFS 2016).

El nuevo mecanismo introducido en la reforma del CFS del año 2016 ha supuesto la introducción de dos novedades. Primero, el restablecimiento de fronteras internas ya no lo decide el Estado miembro afectado, sino que lo decide el Consejo. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, este nuevo mecanismo ya no se decide de manera unilateral por un Estado miembro.

Para ACOSTA PENCO, con el nuevo procedimiento se ha introducido “una nueva posibilidad que limita la libre circulación”. Y ha supuesto un debilitamiento de uno de los pilares más importantes de la Unión y el retroceso en la libertad de circulación. El hecho de restablecer las fronteras interiores con un Estado miembro supone, de un lado, contener el paso de inmigrantes, y de otro, la suspensión de derechos de las personas que, como ciudadanos de la Unión, tenían reconocida la libertad de circulación en los demás Estados miembros⁵⁶⁴.

Si se detecta que existe una deficiencia grave a la hora de verificar la aplicación del acervo Schengen en una frontera, será necesario acudir al CFS 2016 y al Reglamento 2022/922 de 9 de junio de 2022, para determinar la evaluación de las circunstancias, independientemente de que los Estados miembros puedan restablecer las fronteras.

La Comisión, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 2022/922 de 9 de junio de 2022, hará una propuesta de recomendaciones para que los Estados miembros adopten ciertas medidas específicas. Esto ocurrirá cuando el informe de evaluación muestre graves deficiencias en el control de las fronteras de un Estado miembro. Entre estas medidas se encuentran iniciar el despliegue de los equipos europeos de Guardia de Fronteras y enviar a la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros, para que emita un dictamen (artículo 21 CFS 2016).

Cuando ello no sea suficiente, el artículo 29.2 CFS 2016 establece que, como último recurso, el Consejo podrá recomendar que uno o más Estados miembros restablezcan los controles fronterizos en todas sus fronteras interiores o en parte de ellas. Para que se produzca este restablecimiento será necesaria la adopción de una previa recomendación del Consejo y estará basada en una propuesta de la Comisión (artículo 29.2 CFS 2016).

⁵⁶⁴ Teresa ACOSTA PENCO, “Primer caso de restablecimiento de controles fronterizo en circunstancias excepcionales que ponen en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen: Comentario a la Decisión de ejecución UE n.º 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016”, *Revista de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017, p. 272.

Antes de adoptar esta recomendación sobre el restablecimiento de las fronteras, el Consejo deberá evaluar la medida en que dicho restablecimiento puede responder correctamente a la amenaza para el orden público o la seguridad interior dentro del espacio sin controles en las fronteras interiores y la proporcionalidad de la medida en relación con dicha amenaza. En dicha evaluación se tendrá en cuenta la disponibilidad de medidas de apoyo técnico o financiero que puedan ser o hayan sido utilizadas a escala nacional, a escala de la Unión o a ambas escalas, incluida la asistencia de organismos, oficinas o agencias de la Unión, como la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, o Europol. También se tendrá en cuenta en qué medida resulta previsible que estas acciones de apoyo puedan dar respuesta adecuadamente a la amenaza para el orden público o la seguridad interior dentro del espacio sin controles en las fronteras interiores. Asimismo, se considerarán las repercusiones actuales y las probables futuras de cualquier deficiencia grave en los controles en las fronteras exteriores y la medida en que dichas deficiencias graves constituyan una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior dentro del espacio sin controles en las fronteras interiores. Finalmente, se estimarán las consecuencias probables del restablecimiento de los controles fronterizos sobre la libre circulación de las personas dentro del espacio sin controles en las fronteras interiores (artículo 30.1 CFS 2016).

La Comisión también podrá solicitar información adicional a los Estados miembros, a la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros, a Europol o a otros organismos, oficinas o agencias de la Unión. Igualmente, podrá efectuar visitas *in situ*, con el apoyo de expertos de los Estados miembros y de la Agencia, de Europol o de cualquier otro organismo, oficina o agencia pertinentes de la Unión, con el fin de obtener o de verificar la información relevante para dicha recomendación (artículo 30.2 CFS 2016).

2. El restablecimiento de controles en las fronteras interiores en la práctica

En 2015, la Unión se enfrentó a una crisis migratoria y de refugiados sin precedentes a raíz de un fuerte incremento de los flujos migratorios. Todo esto generó graves problemas para garantizar un control eficiente de la frontera exterior, de conformidad con el acervo Schengen, y la acogida y el tratamiento de los migrantes que llegaron al territorio de la Unión. Esta crisis puso de manifiesto deficiencias estructurales más amplias en la manera de proteger la frontera exterior de la Unión.

Fue la República Helénica el Estado miembro especialmente afectado por esta situación y tuvo que hacer frente a un aumento espectacular del número de migrantes que llegaron

a las islas del mar Egeo procedentes de Siria, Afganistán e Irán⁵⁶⁵. El mismo Consejo señaló que esta afluencia masiva sometería a una fuerte presión en sus fronteras exteriores a cualquier Estado miembro⁵⁶⁶. A raíz de esta situación, se aplicó, por primera vez, el artículo 29 del nuevo CFS de 2016.

Entre el 10 y el 13 de noviembre de 2015, la Comisión llevó a cabo una visita *in situ* sin previo aviso para evaluar la aplicación del acervo Schengen en materia de gestión de la frontera exterior por parte de la República Helénica en su frontera terrestre (Orestiada, Fylakio, Kastanies, Nea Vyssa) y marítima (islas de Quíos y Samos) con Turquía⁵⁶⁷.

El 2 de febrero de 2016, la Comisión adoptó una Decisión de Ejecución por la que se estableció un informe de la evaluación de la República Helénica sobre la aplicación del acervo de Schengen en materia de gestión de la frontera exterior, que llegó a la conclusión de que existían deficiencias graves en la realización del control de la frontera exterior. La Comisión señaló que este Estado miembro debía superar y resolver estas deficiencias. Días después, el 12 de febrero de 2016, el Consejo adoptó recomendaciones para corregir las graves deficiencias detectadas durante la evaluación y fijó las prioridades para su aplicación. Entre ellas se señaló que las autoridades griegas debían tomar las medidas adecuadas para garantizar que en todas sus fronteras exteriores se llevaran a cabo controles fronterizos en consonancia con el acervo de Schengen con el fin de no poner en peligro el funcionamiento del espacio Schengen⁵⁶⁸.

El 24 de febrero de 2016, la Comisión adoptó recomendaciones sobre las medidas específicas adoptadas por la República Helénica, a raíz del informe de evaluación de 2

⁵⁶⁵ “Parece haber surgido una nueva fractura dentro de la UE entre los Estados menos sensibles o insolidarios y los denominados por la Comisión (con terminología de resonancia militar) los *Frontlines Member States*, que son los que más ferozmente están percibiendo las avalanchas migratorias y sufriendo la incapacidad europea”. Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, septiembre/diciembre, 2016, p. 772.

⁵⁶⁶ Propuesta de Decisión del Consejo por la que se recomienda la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del Espacio Schengen. COM (2016) 275 final, Bruselas, 4.5.2016.

⁵⁶⁷ Decisión de Ejecución de la Comisión C (2014) 8377, de 14 de noviembre de 2014, por la que se establece el programa de evaluación anual de visitas *in situ* realizadas sin previo aviso para 2015 de conformidad con el artículo 6 del Reglamento 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo Schengen

⁵⁶⁸ Decisión de Ejecución del Consejo por la que se establece una Recomendación relativa a las deficiencias graves detectadas en la evaluación correspondiente a 2015 de la aplicación del acervo de Schengen en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores por Grecia (12 de febrero de 2016).

de febrero de 2016, para garantizar el cumplimiento de las recomendaciones del Consejo de 12 de febrero de 2016⁵⁶⁹.

El 12 de marzo de 2016, la República Helénica notificó su plan de acción para subsanar las deficiencias detectadas en el informe de evaluación y ajustarse a las recomendaciones del Consejo.

Un mes después, el 12 de abril de 2016, la Comisión presentó su evaluación de la adecuación del plan de acción al Consejo. Aunque la Comisión llegó a la conclusión de que Grecia había realizado progresos significativos, determinó que eran necesarias nuevas mejoras del plan de acción para subsanar de forma adecuada e integral las deficiencias detectadas en el informe de evaluación. La Comisión solicitó a Grecia que facilitara elementos y aclaraciones adicionales sobre su plan de acción antes del 26 de abril.

El 26 de abril de 2016, la República Helénica proporcionó a la Comisión los elementos y aclaraciones adicionales sobre su plan de acción requeridos. El 29 de abril de 2016, la República Helénica transmitió a la Comisión su informe sobre la ejecución del plan de acción de conformidad con el artículo 16.4 del Reglamento 1053/2013.

La situación acaecida de incumplimiento de las obligaciones de control de las fronteras exteriores por parte de Grecia dio lugar a que países como Alemania, Austria, Suecia, Noruega o Dinamarca reintrodujeran de manera unilateral y temporal los controles en

⁵⁶⁹ Decisión de Ejecución de la Comisión por la que se establece una recomendación de las medidas específicas que ha de adoptar la República Helénica a raíz del informe de evaluación de 2 de febrero de 2016 C (2016) 1219 de 24 de febrero de 2016.

Las graves deficiencias incluían deficiencias estructurales en la manera de proteger la frontera exterior de la Unión, deficiencias graves en la realización del control de la frontera exterior y deficiencias detectadas durante la evaluación de las prioridades. Entre las deficiencias podemos destacar las siguientes: no se realizaron identificaciones y registros eficientes de migrantes irregulares; no se llevaron a cabo las impresiones dactilares en la base de datos; no se comprobaron sistemáticamente la autenticidad de los documentos de viaje ni se consultaron las bases de datos de seguridad como SIS, Interpol o las bases de datos nacionales. Se establecieron cincuenta recomendaciones para subsanar las graves deficiencias detectadas. En general, se referían a la mejora de la identificación, el registro y la toma de impresiones dactilares de los inmigrantes en situación irregular; la necesidad de que existieran instalaciones necesarias para el alojamiento de los inmigrantes durante el proceso de registro y hasta su retorno; se incluyeron recomendaciones sobre la vigilancia de las fronteras marítimas y sobre recursos humanos y formación de los guardias fronterizos.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de prensa de 2 de febrero de 2016: La Comisión adopta un informe de evaluación de Schengen sobre Grecia y propone recomendaciones para corregir las deficiencias en la gestión de las fronteras exteriores. [Última consulta: 26 de diciembre 2023].

Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_16_1344.

parte o en la totalidad de sus fronteras interiores. Estos Estados miembros se basaron en el artículo 25 CFS 2016, y restablecieron unilateralmente, para hacer frente a los movimientos secundarios de inmigrantes, los controles internos por motivos de seguridad y orden público por periodos de veinte o treinta días.

Estos Estados miembros adoptaron esta decisión de manera errónea, ya que deberían haberse basado en el artículo 30 CFS 2016 y haber aplicado el artículo 29 CFS 2016. Los Estados miembros no esperaron a que la Comisión desarrollara los procedimientos nuevos establecidos tras la reforma de 2016.

El Consejo pidió a estos Estados que los controles “fuesen lo más específico y limitado en su alcance, frecuencia, localización, duración a lo estrictamente necesario para responder a la amenaza grave y salvaguardar el orden público y la seguridad interior”⁵⁷⁰.

Estos países notificaron el cierre de sus fronteras alegando una grave amenaza o para el orden público y la seguridad interior. Los Estado alegaron este cierre como consecuencia de “flujos migratorios”, de “diversas mareas”, de “flujos migratorios incontrolados”, de “la llegada de refugiados”, de “presión migratoria”, de “un gran número de inmigrantes ilegales”⁵⁷¹.

Inicialmente notificaron el cierre por un tiempo limitado de 6 meses, pero este periodo de tiempo en el que los controles fronterizos se restablecieron se volvió a prorrogar tres meses más⁵⁷². El Consejo consideró que, aunque se había producido una drástica reducción de llegadas de inmigrantes irregulares y de solicitantes de asilo, aún “resultaba justificado suponer que estas personas quieran desplazarse irregularmente a otros Estados miembros cuando se supriman los controles fronterizos, que obstaculizan sus movimientos secundarios”⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Decisión de Ejecución 2016/894 del Consejo de 12 de mayo de 2016 por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen.

⁵⁷¹ Elspeth GUILD, “Seguridad, terrorismo y asilo en el espacio Schengen”, *CIDOB, Anuario CIBOD de la inmigración 2015-2016*, p. 67.

⁵⁷² COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de prensa de 25 de octubre de 2016: La Comisión recomienda prorrogar los controles temporales en las fronteras interiores durante un período limitado de tres meses. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3501_es.htm. [Última consulta: 26 de diciembre de 2023].

⁵⁷³ Decisión de ejecución 2016/1989 del Consejo, de 11 de noviembre de 2016, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global de espacio Schengen DOUE L 306, de 15 de noviembre de 2016, considerando 5, p. 13.

Sin embargo, esta renovación del restablecimiento de controles de fronteras no fue suficiente y el Consejo volvió a recomendar una prórroga de los controles por un nuevo periodo de tres meses⁵⁷⁴. Tras este periodo de tiempo, el Consejo volvió a recomendar una prórroga por seis meses más, ya que persistían las circunstancias excepcionales⁵⁷⁵.

Con posterioridad, la Comisión, sobre la base del informe presentado por Grecia y de la visita realizada al país heleno, recomendó ampliar los controles en las fronteras internas de Alemania, Austria, Suecia, Noruega y Dinamarca⁵⁷⁶. Esta vez la Comisión se basó en el artículo 29 del CFS 2016. En este sentido, la Comisión propuso al Consejo que adoptara una recomendación dirigida a los Estados miembros para que siguieran realizando controles en las fronteras interiores durante un periodo limitado de seis meses con el fin de resolver la gran amenaza existente. Finalmente, el Consejo adoptó esta recomendación⁵⁷⁷.

DE SOMER ha afirmado que toda esta situación produjo un cuestionamiento del espacio Schengen. En efecto, a su juicio, “antes de la pandemia la conjunción de factores adversos, entre los que destaca el terrorismo y la crisis de los refugiados, habría provocado que un representativo grupo de Estados parte (Alemania, Austria, Suecia,

⁵⁷⁴ Decisión de ejecución 2017/246 del Consejo, de 7 de febrero de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global de espacio Schengen DOUE L 36, de 11 de febrero de 2017.

⁵⁷⁵ Decisión de ejecución 2017/818 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global de espacio Schengen DOUE L 122, de 13 de mayo de 2017.

⁵⁷⁶ Decisión de Ejecución 2016/894 del Consejo de 12 de mayo de 2016 por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen. Recomendó (punto primero) que Austria, Alemania, Dinamarca, Suecia y Noruega debían mantener controles fronterizos temporales proporcionados por un período máximo de seis meses, a contar desde el día de la adopción de la Decisión de Ejecución, en las fronteras interiores siguientes: Austria, en las fronteras terrestres con Hungría y con Eslovenia; Alemania, en la frontera terrestre con Austria, Dinamarca, en los puertos daneses con enlaces de transbordadores a Alemania y en la frontera terrestre con Alemania; Suecia, en los puertos suecos en la región policial meridional y occidental, y en el puente de Öresund; Noruega, en los puertos noruegos con enlaces de transbordadores a Dinamarca, Alemania y Suecia. Antes de introducir dichos controles, el Estado miembro de que se tratase debía cambiar impresiones con el o los Estados miembros vecinos afectados con el fin de garantizar que los controles fronterizos interiores se realizaban únicamente en aquellas partes de la frontera interior en las que se consideraba necesario y proporcionado, de conformidad con el Código de fronteras Schengen.

⁵⁷⁷ Considerando 15, 16 y 17 de la Decisión de Ejecución 2016/894 del Consejo de 12 de mayo de 2016 por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del Espacio Schengen.

Dinamarca, y Noruega), con la aquiescencia de la Comisión, prorrogaran los controles en las fronteras *intra* Schengen más allá de lo permitido, convirtiendo en regla general lo que en el Código era una excepción y viceversa”⁵⁷⁸. El propio TJUE no solo ha compartido esta crítica, sino que ha acabado censurando las prácticas de estos Estados, tal y como se desprende de la STJUE de 26 de abril de 2022, *Landespolizei direktion Steiermark (Duréemaximale du contrôle aux frontières intérieures)*, as. ac. C-368/20 y C-369/20, antes analizada.

Según ACOSTA PENCO, estos países emplearon de manera “inadecuada” el procedimiento recogido en el artículo 25 en vez del 29 CFS 2016 para restablecer controles en las fronteras interiores por motivos de seguridad y orden público. Según la autora, la explicación de por qué se actuó así se encuentra en que, en la situación que se estaba viviendo, el artículo 29 CFS 2016 “no era apto para responder con la suficiente rapidez a situaciones de extrema urgencia” como las que se estaban viviendo en Grecia en ese periodo de tiempo. De ahí que algunos Estados decidieran recurrir a la aplicación del artículo 25, en vez del 29 CFS 2016, y así evitar la intervención de la Comisión y la necesidad de la Recomendación del Consejo para poder restablecer los controles internos de sus fronteras⁵⁷⁹.

Sobre el restablecimiento de las fronteras, DEL VALLE GÁLVEZ señala que el problema de reintroducir controles en las fronteras interiores es la permanencia y la prolongación de este tipo de situaciones, que se pueden convertir en situación habitual, en lugar de ser la excepción⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Marie DE SOMER, “Schengen and Internal Border Controls”, en *From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a new European consensus on migration*, De Bruyker, Philippe. et altri (eds), *European Policy Centre*, 2020, pp. 119-131. *Apud.* Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Las restricciones a la libre circulación de personas en la UE durante la era COVID-19: hacia un futuro incierto”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 22, n.º 45, Tercer cuatrimestre de 2020, p. 325.

⁵⁷⁹ Teresa ACOSTA PENCO, “Primer caso de restablecimiento de controles fronterizo...”, *cit.*, pp. 272 y 273.

⁵⁸⁰ Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, septiembre/diciembre, 2016, p. 763.

V. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y LA COVID 19

1. Introducción: la adopción de medidas de excepción nacionales

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) declaró formalmente que el brote de la COVID-19 había alcanzado la consideración de pandemia⁵⁸¹. Una de las medidas más importantes en la lucha contra la pandemia fue prohibir, con carácter general, la movilidad de la ciudadanía, lo que planteó importantes problemas jurídicos y un riesgo cierto de discriminación entre personas⁵⁸².

Según MARTÍN MARTÍNEZ, desde el punto de vista del Derecho Internacional la declaración de pandemia no implicó consecuencias ni obligaciones jurídicas distintas o añadidas para los Estados parte de la OMS. No obstante, sí tuvo importantes efectos para la Unión, tanto en su dimensión de organización de integración como para sus Estados miembros⁵⁸³. En particular, la situación de pandemia supuso el establecimiento de una limitación a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión hasta entonces desconocida.

Para esta autora, los Estados miembros estaban habilitados para poder acudir al “derecho de excepción” que, ante una situación extraordinaria de crisis grave, permite excluir temporalmente la normalidad constitucional y limitar, restringir o suspender los derechos fundamentales, en especial el derecho a la libre circulación. En el concreto caso de España, se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional en virtud del artículo 116 de la Constitución⁵⁸⁴, desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981⁵⁸⁵, de 1

⁵⁸¹ Según la RAE, pandemia se define como “enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región”. La OMS, en diciembre de 2019, informó sobre la existencia de los primeros casos de una nueva enfermedad, denominada COVID-19. El 30 de enero de 2020 el Comité de Emergencia de la OMS declaró formalmente la existencia de una emergencia de salud pública de importancia internacional. El 2 de marzo de 2020 el Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades emitió un informe alertando de la expansión generalizada de casos y focos de infección en la práctica totalidad del territorio de la Unión.

⁵⁸² En la Directrices ONU relativas a la COVID-19, por ejemplo, ya se advierte de que las medidas restrictivas de la movilidad humana no pueden ser discriminatorias por ninguna razón, incluyendo la nacionalidad. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>

⁵⁸³ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Las restricciones a la libre circulación de personas...”, *cit.*, p. 318.

⁵⁸⁴ La Constitución Española, en su artículo 116, prevé tres estados: alarma, excepción y sitio. Desde la promulgación de la Constitución española en 1978 nunca han sido declarados ni el estado de excepción ni el de sitio. En cambio, el estado de alarma ha sido declarado en varias ocasiones: en diciembre de 2010, como respuesta a la crisis de los controladores aéreos; en marzo de 2020, como respuesta a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19; y en octubre 2020, de nuevo para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

de junio, mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Este estado de alarma sería posteriormente prorrogado en varias ocasiones. Con posterioridad se volvió a declarar el estado de alarma mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2⁵⁸⁶.

Para CARRERA y CHUN LUK, “la respuesta desde la Unión tuvo críticas desde el primer momento, en gran parte por sus fallas a la hora de ajustar las propuestas de medidas comunes a los criterios de legalidad y proporcionalidad con respecto al Derecho de la Unión”⁵⁸⁷.

2. La COVID-19 y el espacio Schengen

En el ámbito europeo, la declaración de pandemia como consecuencia de la COVID-19 supuso la introducción de ciertas limitaciones al derecho de circulación y el restablecimiento de las fronteras interiores en el territorio Schengen. En concreto, se establecieron controles temporales en las fronteras interiores y se produjo el cierre de las fronteras exteriores; además, se aplicaron restricciones a los viajes no esenciales en las fronteras exteriores de la Unión. Los Estados miembros fueron los competentes para adoptar estas medidas y se coordinaron entre sí para tomar la decisión de restablecer los

⁵⁸⁵ El estado de alarma constituye el instrumento legalmente previsto para hacer frente, entre otras “alteraciones graves de la normalidad”, a las “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves” (artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981). Sin embargo, el TC declaró que la declaración de este estado de alarma no fue constitucionalmente correcta y que debió haberse declarado el estado de excepción (STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5342-2020, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados; BOE n.º 282 de 25 de noviembre de 2021). Sobre esta cuestión pueden consultarse los trabajos de Ana CARMONA CONTRERAS, “El estado de alarma y la emergencia sanitaria Covid-19: un análisis desde la perspectiva constitucional”, en María José RODRÍGUEZ RAMOS y José Manuel GÓMEZ MUÑOZ (Coords.), *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID 19*, Bomarzo, 2021, pp. 29-64.

⁵⁸⁶ Se prorrogó el estado de alarma hasta el 9 de mayo 2021 por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. Una descripción detallada de los sucesivos estados de alarma y sus prórrogas puede consultarse en Ana CARMONA CONTRERAS “El estado autonómico y la gestión jurídica de la pandemia”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad* n.º 21, 2021, pp. 37-53, especialmente pp. 40-44 y 47-50.

⁵⁸⁷ Sergio CARRERA y Ngo CHUN LUK, “In the Name of COVID-19: An Assessment of the Schengen Internal Border Controls and Travel Restrictions in the EU”. *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies*, September 2020. *Apud.* José Enrique CONDE BELMONTE y Ana María HUESCA GONZÁLEZ, “Estudio comparado de las limitaciones producidas a la libertad de movimiento de la Unión Europea durante la crisis del Coronavirus”, *Revista Internacional de Cultura Visual*, 2023, p. 6.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659506/IPOL_STU\(2020\)659506_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659506/IPOL_STU(2020)659506_EN.pdf)

controles de fronteras, si bien pudieron tomar como guía las pautas establecidas por la Comisión con fecha de 16 de marzo⁵⁸⁸, 30 de marzo de 2020⁵⁸⁹, 8 de abril⁵⁹⁰, 8 de mayo⁵⁹¹ y 11 de junio de 2020⁵⁹².

Estas restricciones debían adoptarse con la idea de que los controles fronterizos internos sobre la circulación de personas fueran proporcionales y ajustados a la protección de la salud pública y no obstaculizaran, o lo hicieran en la mínima medida, otra de las libertades fundamentales de la Unión: la libre circulación de mercancías, esencial para el funcionamiento y sostenimiento del mercado único europeo.

El 16 de marzo de 2020 la Comisión publicó las *Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales*, así como una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo titulada *COVID-19: Restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea*, donde se recogían los objetivos, ámbito de aplicación y alcance que debían tener las restricciones a la movilidad transfronteriza de extranjeros hacia y en la Unión adoptadas por los Estados miembros.

Inicialmente, la Recomendación de 16 de marzo señaló que la restricción temporal de viajes debía aplicarse durante treinta días y que cualquier posible prórroga de este período debía estudiarse en función de la evolución de la situación.

Apenas dos semanas después, el 30 de marzo 2020, la Comisión aprobó dos nuevas comunicaciones para garantizar el principio de libertad de circulación. En concreto, se aprobaron las *Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los*

⁵⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales (2020/C 86 I/01)*, C (2020) 1753 final y *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre COVID-19: Restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*. COM (2020) 115 final, 16.3.2020.

⁵⁸⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Directrices sobre la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, sobre la facilitación del régimen de tránsito para la repatriación de los ciudadanos de la UE y sobre sus efectos en la política de visados*, C (2020) 2050, 30.3.2020.

⁵⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*. COM (2020), 148 final, Bruselas, 8.04.2020.

⁵⁹¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la segunda evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*. COM (2020), 222 final, Bruselas, 8.05.2020.

⁵⁹² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*. COM (2020), 399 final, Bruselas, 11.06.2020.

trabajadores⁵⁹³ y las *Directrices sobre la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, sobre la facilitación del régimen de tránsito para la repatriación de los ciudadanos de la UE y sobre sus efectos en la política de visados*⁵⁹⁴. MONTALDO reconoce que la pandemia supuso un test de estrés para los pilares europeos de la libre circulación y el control de fronteras desde tres perspectivas complementarias: el cierre de las fronteras exteriores de la Unión, la imposición de prohibiciones de viaje por parte de las autoridades nacionales y la reintroducción unilateral de controles en las fronteras interiores⁵⁹⁵.

A) *Las restricciones en las fronteras exteriores*

En la Recomendación de 16 de marzo, la Comisión señaló que las restricciones de viaje debían centrarse en reducir los flujos de entrada a través de las fronteras exteriores de la Unión y en disuadir de viajar fuera a los ciudadanos de la Unión y a otras personas residentes en el espacio UE+. Asimismo, recogió algunas pautas para que los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de Schengen, junto con sus homólogos de los Estados asociados de Schengen, adoptaran una decisión coordinada a fin de aplicar una restricción temporal de los viajes no esenciales de terceros países al espacio UE+.

En relación con las fronteras exteriores, la Comisión hizo una propuesta que fue seguida por los Jefes de Estado y de Gobierno. Se adoptaron las Directrices de 16 de marzo donde la Comisión recomendó que toda actuación en la frontera exterior debía aplicarse a la totalidad de las fronteras exteriores de la Unión. Y determinó que una restricción temporal de viaje solo podría ser eficaz si la decidían y ejecutaban los Estados Schengen con efecto en la totalidad de las fronteras exteriores de manera simultánea y uniformemente. Las pautas establecidas recogían lo siguiente.

Todas las personas, fueran o no nacionales de la Unión, que atravesaran las fronteras exteriores para entrar en el espacio Schengen debían ser objeto de controles sistemáticos en los pasos fronterizos. Entre los controles se incluían la posibilidad de controles sanitarios. Los Estados miembros tenían la posibilidad de denegar la entrada a

⁵⁹³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03)*, 30.3.2020.

⁵⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, sobre la facilitación del régimen de tránsito para la repatriación de los ciudadanos de la UE y sobre sus efectos en la política de visados (2020/C 102 I/02)*, 30.3.2020.

⁵⁹⁵ Stefano MONTALDO, “The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste”, *Europeans Papers*, Vol. 5, 2020, n.º 1, p. 523.

nacionales de terceros países no residentes en la Unión cuando presentaran síntomas, cuando hubieran estado especialmente expuestos al riesgo de infección y se considerara una amenaza para la salud pública. Como medidas alternativas a la denegación de la entrada podían aplicarse el aislamiento o la cuarentena.

Del mismo modo se acordó que toda decisión relativa a la denegación de entrada debía ser proporcionada y no discriminatoria. Una medida se consideraría proporcionada si había sido adoptada tras consultar a las autoridades sanitarias y estas la hubieran considerado adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo de salud pública. Con el fin de determinar si un viajero era o no un riesgo para la salud pública, los guardias de frontera disponían de la ayuda de las directrices del Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades⁵⁹⁶.

Igualmente, se determinó que debían facilitarse los desplazamientos profesionales destinados a garantizar el transporte de bienes y servicios. En este sentido, se hacía alusión a la facilitación de la circulación segura de los trabajadores del transporte, incluidos los conductores de camiones y trenes, los pilotos y el personal de vuelo a través de las fronteras interiores y exteriores.

Junto a estas cuestiones se incluyeron diferentes medidas relacionadas con la salud, como por ejemplo, establecer medidas de cribado a la entrada de la Unión o facilitar material informativo.

La restricción temporal de viajes no debía aplicarse a los nacionales de todos los Estados miembros de la Unión y de los Estados asociados de Schengen que regresasen a sus hogares. Es decir, se establecieron dos grupos de excepciones.

El primer grupo incluía a todas las personas que volvieran a su casa cuando se tratara de ciudadanos de la Unión y de los Estados asociados de Schengen o los miembros de su familia, así como de nacionales de terceros países residentes de larga duración o personas que derivaran su derecho a residir de otras Directivas de la Unión o del Derecho nacional o que poseyeran visados nacionales de larga duración.

El segundo grupo incluía a determinados nacionales de terceros países. En este sentido se señalaban diferentes casos en los que se autorizaba a cruzar las fronteras exteriores de entrada, y entre ellos se encontraban: profesionales de la salud, investigadores sanitarios y profesionales de ayuda a los ancianos; trabajadores fronterizos; trabajadores temporeros en la agricultura; personal de transporte; diplomáticos, personal de

⁵⁹⁶<https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/covid-19-public-health-management-contact-novel-coronavirus-cases-EU.pdf>

organizaciones internacionales, militares, trabajadores humanitarios y personal de protección civil en el ejercicio de sus funciones; pasajeros en tránsito; pasajeros que viajasen por motivos familiares imperativos; personas que necesitasen protección internacional o por otras razones humanitarias en el respeto del principio de no devolución. Por lo tanto, estos viajeros estaban exentos de la restricción temporal de los viajes o no debía aplicarse esta restricción⁵⁹⁷.

El 17 de marzo de 2020, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión, previa invitación de la Comisión Europea, y con el fin de contener la propagación del virus, adoptaron un acuerdo que no tenía precedentes en la historia de la construcción europea: el cierre total de fronteras exteriores de la Unión para un período de treinta días⁵⁹⁸. Recordemos que el CFS 2016 no contempla el cierre general ni temporal de las fronteras exteriores de la Unión, por lo que el cierre de las fronteras exteriores debía adoptarse por cada Estado miembro. El acuerdo alcanzado en el seno del Consejo Europeo simplemente constituía un mecanismo de coordinación entre todos los Estados miembros.

Días después, en la Recomendación de 30 de marzo se volvió a hacer hincapié en que era posible denegar la entrada a nacionales de terceros países no residentes cuando presentaran síntomas pertinentes o se hubieran visto especialmente expuestos al riesgo de infección y se consideraran una amenaza para la salud pública. Esta misma Recomendación recogía directrices prácticas sobre cómo llevar a cabo esto.

En esta Recomendación la Comisión utilizó, como base normativa, los artículos 2.2.6 y 14 CFS 2016, así como la Directiva 2004/38. En concreto, los mencionados preceptos del CFS 2016 definen lo que es “amenaza para la salud pública”, estableciendo las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países y las condiciones para denegar la entrada a los nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones contempladas en el CFS 2016.

La Comisión con la *Comunicación con ocasión de la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea*⁵⁹⁹, propuso el 30 de junio de 2020 como fecha para suprimir las restricciones de fronteras exteriores. Igualmente, propuso levantar la restricción a la entrada en la Unión a partir

⁵⁹⁷ Según la Comunicación de 30 de marzo, estas directrices debían aplicarse también en los casos en que los trabajadores mencionados anteriormente utilizaran un Estado miembro únicamente como país de tránsito para llegar a otro Estado miembro.

⁵⁹⁸ <https://bit.ly/40Ew13Y>

⁵⁹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación con ocasión de la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea*. COM (2020) 399 final, Bruselas, 11.6.2020.

del 1 de julio a una lista muy reducida de seis países, todos ellos europeos. Con posterioridad, en la Recomendación 2020/912 del Consejo, de 30 de junio de 2020, propuso ampliar la lista a once países de todos los continentes. Con una periodicidad de quince días, se fueron adoptando sucesivas Recomendaciones proponiendo una actualización de las altas y bajas en el listado⁶⁰⁰. En la actualidad, en la Unión no aplica ya restricciones de viaje para controlar la propagación de la COVID-19.

B) Las restricciones en las fronteras interiores

En relación con las fronteras interiores, en la Recomendación de 16 de marzo se abordaron diferentes cuestiones.

En primer lugar, los Estados miembros debían permitir y facilitar el cruce de fronteras por parte de los trabajadores fronterizos, especialmente, aunque no exclusivamente, de quienes trabajan en el sector de la salud y la alimentación, y otros servicios esenciales (por ejemplo, el cuidado de niños, la atención a las personas mayores y el personal crítico de los servicios públicos) para garantizar la continuidad de la actividad profesional.

En segundo lugar, se estableció que se podían restablecer temporalmente los controles fronterizos en las fronteras interiores. En el caso de que fueran restablecidos, existía la obligación de notificación de conformidad con el CFS 2016. Como más adelante explicaré con mayor detalle, ninguno de los procedimientos previstos en el CFS 2016 para el restablecimiento de controles era adecuado en esta situación, pues ninguno de ellos hace alusión a la salud pública como motivo para ello. Con la normativa existente, deberían haberse basado en el artículo 28 CFS 2016, dado que la situación exigía una actuación inmediata.

En tercer lugar, se estableció que los controles debían aplicarse de manera proporcionada y teniendo debidamente en cuenta la salud de las personas afectadas. Junto a ello se determinó que no se debía denegar la entrada a las personas que estuvieran claramente enfermas. Y, si se introducían controles fronterizos en las fronteras interiores, debían organizarse de tal forma que se evitase la aparición de grandes concentraciones.

En cuarto lugar, para los ciudadanos de la Unión debían garantizarse las salvaguardias establecidas en la Directiva 38/2004. En particular, debía garantizarse la no

⁶⁰⁰ En esta web se puede consultar toda la información sobre los viajes y las medidas sanitarias en la Unión y los países asociados a Schengen (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) durante la pandemia de COVID-19. <https://reopen.europa.eu/es/>. [Última consulta: 26 de diciembre de 2023].

discriminación entre los nacionales de los Estados miembros y los ciudadanos de la Unión residentes. Un Estado miembro no debía denegar la entrada a los ciudadanos de la Unión o a los nacionales de terceros países que residieran en su territorio y debía facilitar el tránsito de otros ciudadanos de la Unión y residentes que volvieran a su país de origen. No obstante, los Estados miembros podían adoptar medidas adecuadas, como exigir a las personas que entraran en su territorio que se sometieran a medidas de aislamiento o medidas similares al regresar de una zona afectada por la COVID-19, siempre que impusieran los mismos requisitos a sus propios nacionales.

Finalmente, los Estados miembros debían coordinarse para llevar a cabo el cribado sanitario a un lado de la frontera para evitar solapamientos y tiempos de espera. Los Estados miembros y, en particular, los Estados miembros vecinos debían cooperar estrechamente y coordinarse en el ámbito de la Unión para garantizar la eficacia y la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Las recomendaciones relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores de 30 de marzo se ocuparon de varias categorías. En este sentido, se regulaba la situación de los trabajadores fronterizos y desplazados que ejercían ocupaciones críticas (por ejemplo, profesionales de la salud, científicos, ingenieros, trabajadores del sector farmacéutico, o trabajadores que participan en el suministro de mercancías, pescadores) o los trabajadores fronterizos y los trabajadores desplazados que hubieran tenido que cruzar sus fronteras para acudir a su lugar de trabajo si el trabajo en el sector de que se trate seguía estando autorizado en el Estado miembro de acogida. Y también se reguló la situación de los trabajadores de temporada, destacando su importancia para el sector agrícola.

3. El restablecimiento parcial de la libre circulación de personas en la Unión Europea en la era COVID-19. Cronología de unos hechos

Tras los primeros meses de pandemia y el establecimiento de unas limitaciones muy estrictas en relación con la libertad de circulación en el espacio de la Unión, la Unión fue llevando a cabo nuevas actuaciones para ir restableciendo la libertad de circulación de su ciudadanía.

El 15 de abril de 2020, la presidenta de la Comisión y el presidente del Consejo Europeo publicaron una *Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19*. La hoja de ruta común instaba a la Comisión a que continuara analizando la proporcionalidad de las medidas adoptadas por los Estados miembros frente a la pandemia de COVID-19 según evolucionara la situación y

solicitará el levantamiento de las medidas consideradas desproporcionadas, especialmente cuando tuvieran un impacto en el mercado único.

El 13 de mayo de 2020 la Comisión europea publicó una nueva Comunicación titulada *Por un enfoque gradual y coordinado de la restauración de la libertad de circulación y del levantamiento de los controles en las fronteras interiores - COVID-19*⁶⁰¹. La Comisión invitó a los Estados miembros a que iniciasen un proceso de reapertura gradual de la movilidad transfronteriza dentro de la Unión, es decir, un proceso de reapertura de la circulación transfronteriza sin restricciones dentro de la Unión. La restauración de la libertad de circulación de las personas y el levantamiento de los controles fronterizos interiores debía ser un proceso gradual, dada la primordial importancia de la vida y la salud de los ciudadanos.

En este sentido, se estableció que las restricciones de los viajes y los controles fronterizos debían levantarse progresivamente en toda la Unión si la evolución epidemiológica en Europa lo permitía⁶⁰². Si no era posible hacerlo inmediatamente, debían levantarse los controles fronterizos y las restricciones de los viajes en las regiones, zonas y Estados miembros con una evolución positiva y una situación epidemiológica suficientemente homogénea. En aquellos casos en los que la situación epidemiológica no fuera similar, se aplicarían medidas y garantías adicionales y se efectuaría un seguimiento (fase 1). Cuando la situación epidemiológica en toda la Unión fuese suficientemente positiva y convergente, se produciría el levantamiento de todas las restricciones y controles relacionados con la COVID-19 en las fronteras interiores, manteniendo al mismo tiempo las medidas sanitarias necesarias. Debían cumplirse las directrices que establecieran requisitos de seguridad para los distintos modos de transporte y alojamiento para la restauración plena de la libertad de circulación de personas, mercancías y servicios (fase 2).

La consecución de los objetivos señalados anteriormente se haría mediante la coordinación con el “Grupo de Información sobre la COVID-19 - Asuntos de Interior”. Este grupo debía reforzar la coordinación para garantizar un enfoque coherente y selectivo del levantamiento de las restricciones a la libre circulación y los controles en las fronteras interiores, de conformidad con las normas y principios de la Unión, garantizando al mismo tiempo la flexibilidad necesaria de los países interesados.

⁶⁰¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión Por un enfoque gradual y coordinado de la restauración de la libertad de circulación y del levantamiento de los controles en las fronteras interiores - COVID-19*, (2020/C 169/03), 15.5.2020.

⁶⁰²https://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/organismos/union_europea/covid_19_la_respuesta_de_europa_contra_la_pandemia_2020. [Última consulta: 26 de diciembre 2023].

El 11 de junio de 2020 se adoptó la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*, en la que se recomendó el 15 de junio de 2020 como fecha para suprimir las fronteras interiores y el 30 de junio de 2020 como fecha para suprimir el cierre temporal de las fronteras exteriores⁶⁰³.

El 4 de septiembre de 2020, la Comisión presentó una *propuesta de Recomendación al Consejo para mantener la coordinación y asegurar el traslado de información a escala de toda la Unión Europea*. Esta propuesta concluyó con la Recomendación del Consejo sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19.

Sobre la base de esta Recomendación, el 13 de octubre de 2020 el Consejo adoptó la Recomendación 2020/1475⁶⁰⁴, que introdujo un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19 en los siguientes ámbitos clave: la aplicación de criterios y umbrales comunes a la hora de decidir si se introducían restricciones a la libre circulación, una cartografía de las zonas de riesgo de transmisión sobre la base de un código de colores acordado y un enfoque coordinado de las medidas adecuadas que pudieran aplicarse a las personas que efectuaran viajes con destino u origen en zonas de riesgo, dependiendo del nivel de riesgo de transmisión de la COVID-19 en dichas zonas.

El 22 de diciembre de 2020, ante el rápido aumento de los casos de COVID-19 en algunas zonas del Reino Unido (de los que gran parte correspondían a una nueva variante del virus), la Comisión adoptó una nueva Recomendación sobre un enfoque coordinado de las medidas relativas a los viajes y al transporte⁶⁰⁵.

El 1 de febrero de 2021 el Consejo adoptó una primera actualización de la Recomendación del Consejo 2020/1475 para la cartografía de las zonas de riesgo,

⁶⁰³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo sobre la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*. COM (2020) 399 final, 11.6.2020.

⁶⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación 2020/1475 del Consejo, de 13 de octubre de 2020, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19*.

⁶⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación 2020/2243 de la Comisión de 22 de diciembre de 2020 sobre un enfoque coordinado en materia de viajes y transportes en respuesta a la nueva variante del SARS-COV-2 detectada en el Reino Unido*.

estableciendo medidas más estrictas aplicadas a los viajeros procedentes de zonas de alto riesgo⁶⁰⁶.

El 20 de mayo de 2021 el Consejo modificó la Recomendación del Consejo para permitir viajes no esenciales a las personas totalmente vacunadas, así como para reforzar las medidas destinadas a contener la propagación de variantes preocupantes⁶⁰⁷.

El 14 de junio de 2021 el Parlamento y el Consejo adoptaron el Reglamento 2021/953, por el que se estableció el marco del certificado COVID digital de la Unión⁶⁰⁸. Es interesante señalar que la base normativa para su aprobación fue el artículo 21.2 TFUE, pensado justamente para facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia⁶⁰⁹. Ese mismo día el Consejo adoptó una segunda actualización de la Recomendación del Consejo 2020/1475, que preveía exenciones de las restricciones de viaje para las personas completamente vacunadas y recuperadas⁶¹⁰.

El Reglamento 2021/953, en su artículo 6.3, estableció que la posesión de un certificado COVID digital de la Unión no debía ser una condición previa para ejercer el derecho a la libre circulación. Por lo tanto, no debía impedirse viajar a las personas que no estuvieran en posesión de un certificado COVID digital de la Unión, pero, en caso necesario, se les podría exigir que se sometieran a una prueba para detectar la infección por SARS-CoV-2 antes o después de su llegada, para reducir el riesgo de infecciones importadas.

⁶⁰⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación 2021/119 del Consejo de 1 de febrero de 2021 por la que se modifica la Recomendación 2020/1475 sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19*.

⁶⁰⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación 2021/816 del Consejo de 20 de mayo de 2021 por la que se modifica la Recomendación 2020/912 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción*.

⁶⁰⁸ Reglamento 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

⁶⁰⁹ Según el cual “Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

⁶¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación 2021/961 del Consejo de 14 de junio de 2021 por la que se modifica la Recomendación 2020/1475, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19*.

El 25 de noviembre de 2021 la Comisión propuso actualizar las normas sobre coordinación de la seguridad y la libre circulación en la Unión, que se pusieron en marcha en respuesta a la pandemia de COVID-19⁶¹¹.

El 21 de diciembre de 2021, sobre la base del Reglamento 2021/953, y en particular su artículo 5.2 y su artículo 5.4, la Comisión adoptó el Reglamento Delegado 2021/2288 por el que se modificó el anexo del Reglamento 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al período de aceptación de los certificados de vacunación expedidos en el formato del certificado COVID digital de la Unión. Dicho Reglamento Delegado estableció, a efectos de viaje, que los certificados que indicaran la finalización de la pauta de primovacunación (es decir, la pauta vacunal necesaria, una dosis o más, para considerar una persona no vacunada antes, inmunizada en un momento determinado) solo se aceptarían si no hubieran transcurrido más de 270 días desde la fecha de la administración de la última dosis de dicha pauta. Sin embargo y dado que todavía (en diciembre de 2021) no había sido posible determinar un período de aceptación para los certificados que indicaran la administración de dosis de refuerzo, el Reglamento Delegado señaló que, a fecha diciembre 2021, no debía aplicarse ningún período de aceptación a los certificados que indicaran la administración de dosis de refuerzo.

El 27 de enero de 2022 se publicó la Recomendación 2022/107 del Consejo, de 25 de enero de 2022, sobre un enfoque coordinado para facilitar la libre circulación segura durante la pandemia de COVID-19, en sustitución de la Recomendación 2020/1475.

Esta Recomendación se refería al uso del certificado COVID digital de la Unión para facilitar la libre circulación dentro de la Unión durante la pandemia de COVID-19, y se basaba en los artículos 21.2, 168.6 y 292 TFUE. Tal y como se recordó en el Considerando 6, de conformidad con el artículo 168.7 TFUE, “la definición de las políticas nacionales de salud, incluidas la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica, es responsabilidad de los Estados miembros y, por lo tanto, puede variar de un Estado miembro a otro. Si bien los Estados miembros son competentes para decidir las medidas más adecuadas para proteger la salud pública, conviene garantizar la coordinación de dichas medidas, con vistas a salvaguardar el ejercicio del derecho a la libre circulación y luchar contra una amenaza transfronteriza grave para la salud como la COVID-19”.

La Recomendación determinó que las restricciones a la libre circulación de personas dentro de la Unión que se establecían para limitar la propagación de la COVID-19 debían basarse en razones de interés público específicas y limitadas, a saber, la

⁶¹¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6186

protección de la salud pública. Tales limitaciones debían aplicarse respetando los principios generales del Derecho de la Unión, en particular la proporcionalidad y la no discriminación. Por lo tanto, las medidas adoptadas no debían ir más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar la salud pública. Además, cabía destacar que los viajeros en posesión de un certificado COVID digital de la Unión válido expedido con arreglo al Reglamento 2021/953 no debían estar sujetos a restricciones adicionales a la libre circulación.

Además, se recogió que no debía exigirse estar en posesión de un certificado COVID digital de la Unión a los siguientes tipos de viajeros con una función o necesidad esenciales, cuando fueran a ejercer esa función o necesidad esencial: los trabajadores del transporte o los proveedores de servicios de transporte, incluidos los conductores y tripulantes de vehículos de mercancías que transportasen mercancías para su uso en el territorio, así como los que simplemente transitasen; los pacientes que viajaran por razones médicas imperativas; los marinos; las personas que vivieran en regiones fronterizas y que cruzasen la frontera a diario o con frecuencia por motivos de trabajo, negocios, educación, familiares, atención médica o prestación de cuidados; y los menores de doce años⁶¹².

El 22 de febrero de 2022, el Consejo adoptó una *Recomendación actualizada sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea y el posible levantamiento de dicha restricción*⁶¹³. En ella se levantaron todas las restricciones de viaje entre países de la Unión y hacia la Unión desde otros países. Con arreglo a estas nuevas recomendaciones, los Estados miembros no debían ya imponer restricciones a los viajes por motivos de salud pública.

4. Los procedimientos de cierre de fronteras en el Código de Fronteras Schengen y la COVID-19

Recordemos que en el CFS 2016 observamos que en su articulado existen tres vías procedimentales para establecer el cierre de fronteras. La primera vía puede utilizarse cuando en el espacio sin controles en las fronteras interiores se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro y esta sea previsible. La segunda vía, cuando el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro exijan una actuación inmediata. Y, finalmente, cuando concurren

⁶¹² https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en. [Última consulta: 26 de diciembre de 2023].

⁶¹³ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación UE 2022/290 del Consejo de 22 de febrero de 2022 por la que se modifica la Recomendación UE 2020/912 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea y el posible levantamiento de dicha restricción*.

circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores, y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes del mismo.

El CFS no hace mención expresa a ninguna posibilidad de poder restablecer los controles de fronteras internas por motivos de salud. Sin embargo, la Comisión reconoció la COVID-19 como una situación de enfermedad contagiosa e incontrolable. Una situación extrema y crítica que se asimilaba a una amenaza para la seguridad interna, situación que sí estaba recogida en el CFS 2016⁶¹⁴.

Sin embargo, si analizamos las pautas que, como consecuencia de la COVID-19, se han seguido por parte de la Unión a la hora de establecer límites al derecho de circulación de los ciudadanos de la Unión por motivos de salud pública (cierre de fronteras exteriores y establecimiento de fronteras interiores) vemos que no se ha seguido propiamente ninguna de las tres vías establecidas en el CFS 2016. Y es que, en efecto, el CFS 2016 no recoge ningún supuesto donde se pueda establecer un cierre de fronteras exteriores y el restablecimiento de fronteras interiores por motivos que supongan una amenaza para la salud pública.

El punto 7 de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2020, sobre la situación en el espacio Schengen tras el brote de COVID-19 (2020/2640(RSP))*, constató esta situación haciendo varias indicaciones. En primer lugar, reconoció que el espacio Schengen nunca había experimentado el brote de una pandemia de tal gravedad en su territorio. En segundo lugar, recordó que las disposiciones del CFS establecen explícitamente que una amenaza para la salud pública puede constituir un motivo de denegación de entrada en las fronteras exteriores. Recordó, asimismo, que el Código no menciona, ni tampoco lo hacía el CAAS, la salud pública como motivo de restablecimiento de los controles en las fronteras interiores, sino que prevé el restablecimiento de controles en las fronteras interiores únicamente para hacer frente a amenazas graves para el orden público o la seguridad interior. Por lo tanto, ninguno de los artículos señalados permite restablecer fronteras por razón de salud pública, ni tampoco que se puedan llevar a cabo los cierres de fronteras de manera colectiva a causa de una cuestión de salud pública.

⁶¹⁴ José Enrique CONDE BELMONTE y Ana María HUESCA GONZÁLEZ, “Estudio comparado de las limitaciones producidas a la libertad de movimiento en la Unión Europea durante la crisis del coronavirus”, *International Visual Culture Review / Revista Internacional de Cultura Visual*, 2023, p. 4.

A pesar de ello, creo que la vía reconocida en el artículo 29 CFS 2016 podría ser la base para las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión. Y ello porque, como ya hemos dicho con anterioridad, en un concepto amplio de orden público también se puede incluir el concepto de salud pública.

De este modo, si considerásemos que la base jurídica para haber adoptado el cierre de fronteras interiores en la Unión debía de haber sido el artículo 29 CFS 2016, los Estados miembros podían haber restablecido los controles fronterizos en las fronteras interiores por un período que no superase los seis meses. Ese período podía prolongarse en tres ocasiones como máximo, por nuevos períodos de hasta seis meses en caso de que persistieran las circunstancias excepcionales.

Sin embargo, como ha denunciado, MARTÍN MARTÍNEZ, desde “la eclosión de la pandemia la mayoría de los Estados, una vez notificado el cierre inicial de sus fronteras, lo han mantenido *sine die*, sin respetar las preceptivas solicitudes de prórroga ni los tiempos máximos previstos”⁶¹⁵.

5. Conclusiones sobre la libertad de circulación, la COVID-19 y la Unión Europea

Desde mi punto de vista, la pandemia generada por la COVID-19 ha puesto en entredicho uno de los logros más importantes de la Unión, la libertad de circulación de sus ciudadanos. La pandemia supuso un gran revés para los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, y supuso una restricción de los derechos vinculado a la ciudadanía de la Unión. La pandemia ha sometido a una durísima prueba al proyecto europeo⁶¹⁶. ¿Habrà sido un punto de inflexión en la historia de la Unión? Recordemos que “la crisis de la COVID-19 ha demostrado, a un coste muy alto, que la Unión sigue siendo un proyecto inacabado”⁶¹⁷. Y esta situación ha dado lugar a que haya habido una discusión sobre la necesidad de aumentar las competencias de la Unión en ámbitos como la libertad de circulación⁶¹⁸.

Habrà que estar atentos a las pautas que sigan los Estados miembros sobre el establecimiento o no de nuevos límites a la libertad de circulación y ver si las decisiones serán unilaterales o coordinadas. De cómo se actúe ahora, de qué decisiones se tomen,

⁶¹⁵ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Las restricciones a la libre circulación de personas...”, *cit.*, p. 325.

⁶¹⁶ María Victoria ÁLVAREZ, “La pandemia de Covid-19 y la Unión Europea: el Estado, la democracia, la decepción, ¿y la esperanza?”, *Revista Temas y Debates*, año 24, n.º especial, julio/diciembre 2020, p. 387.

⁶¹⁷ Considerando B de la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2020, sobre la posición del Parlamento Europeo sobre la Conferencia sobre el Futuro de Europa (2020/2657(RSP)).

⁶¹⁸ Francesco PALERMO, “Is there a space for federalism in times of emergency?”, *Vertblog*, mayo 2020. <https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/>

de cómo se siga avanzando en la integración de la Unión, de todo esto dependerá el futuro de la libre circulación en la Unión. De la respuesta que de la Unión se determinará si el proyecto europeo sale o no reforzado.

En este sentido, el Parlamento Europeo ha reconocido que, como respuesta a la pandemia de la COVID-19, la mayoría de los Estados miembros asociados a Schengen restablecieron controles en las fronteras interiores o cerraron dichas fronteras, ya fuera de una manera parcial o total, a determinados viajeros, incluidos los ciudadanos de la Unión y a sus familias, así como a ciudadanos de terceros Estados que residían en el territorio de la Unión o en otro Estado⁶¹⁹. Asimismo, el Parlamento manifestó su preocupación por esta situación, por el grave impacto que esta decisión tuvo en las personas y en las empresas⁶²⁰.

El espacio Schengen no se puede dar por sentado. La pandemia ha puesto en cuestión el concepto de cooperación Schengen, la garantía de la ausencia de controles en las fronteras interiores y la garantía de la libertad de circulación, las fronteras nacionales volvieron a aparecer. Tal y como reconoce PAZO VIDAL, las pandemias revelan las debilidades de una sociedad⁶²¹.

El Parlamento Europeo ha reiterado su preocupación por la situación vivida⁶²². Y ha señalado que los Estados miembros o bien han aportado pocas justificaciones, o bien las justificaciones aportadas no eran lo suficientemente detalladas en sus notificaciones oficiales con arreglo al CFS en cuanto a la manera en que los controles fronterizos eran un medio adecuado de limitar la propagación de la COVID-19⁶²³.

El Parlamento Europeo también ha recordado que los controles en las fronteras interiores deben seguir siendo excepcionales, una medida de último recurso, basada en criterios objetivos, como una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior. Además, deben ser estrictamente necesarios y proporcionados y tener un alcance y una duración estrictamente limitados.

⁶¹⁹ Informe sobre el informe anual sobre el funcionamiento del espacio Schengen (2019/2196 (INI)), 1 de junio de 2021. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Tanja Fajon, p.7.

⁶²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2020, sobre la situación en el espacio Schengen tras el brote de COVID-19 (2020/2640(RSP)), p. 4.

⁶²¹ Serafín PAZOS-VIDAL, “El Coronavirus como test de resistencia de la integración europea: límites del diálogo constitucional”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 18, abril / septiembre 2020, p. 155.

⁶²² Informe sobre el informe anual sobre el funcionamiento del espacio Schengen (2019/2196 (INI)), 1 de junio de 2021. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Tanja Fajon, p. 8.

⁶²³ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2020, sobre la situación en el espacio Schengen tras el brote de COVID-19 (2020/2640(RSP)), p. 4.

Por todo ello, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo señalaron, cuando aún nos encontrábamos en una etapa muy temprana de la evolución de la pandemia, que era de “vital importancia” restablecer el espacio Schengen sin controles en las fronteras interiores⁶²⁴. Y que era de “suma importancia” retornar a un espacio Schengen plenamente operativo⁶²⁵.

⁶²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo Una estrategia para un espacio Schengen plenamente operativo y resiliente*. COM (2021) 277 final, Bruselas, 2.6.2021, p. 3.

⁶²⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2020, sobre la situación en el espacio Schengen tras el brote de COVID-19 [2020/2640(RSP)], p. 5.

CUARTA PARTE

LOS LÍMITES A LA LIBERTAD
DE CIRCULACIÓN Y
RESIDENCIA IMPUESTOS A
SUJETOS CONCRETOS

CAPÍTULO 6. MOTIVOS POR LOS QUE PUEDE LIMITARSE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

1. Introducción

La libertad de circulación y residencia, tal y como hemos visto en capítulos anteriores, es una de las clásicas libertades que se reconocían en el TCE. Este derecho fue inicialmente reconocido solo a los trabajadores y a sus familias, pero de manera progresiva se ha ido ampliando el ámbito de sus destinatarios, hasta incluirse como uno de los derechos de los ciudadanos europeos y erigirse en uno de los pilares de la Unión.

La Comisión Europea y el TJUE han señalado reiteradamente que las disposiciones que establecen la libertad de circulación y residencia deben ser objeto de una interpretación amplia⁶²⁶. Ahora bien, ello no significa, en modo alguno, que estemos ante un derecho ilimitado o absoluto. Es decir, la libertad de circulación y residencia es un derecho que se puede limitar.

El derecho de residencia de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro no es incondicional. Por el contrario, como no puede ser de otro modo, se trata de un derecho que debe quedar sometido a lo establecido en los Tratados y el Derecho derivado, tal y como reconoce la doctrina⁶²⁷ y la jurisprudencia del TJUE⁶²⁸. En este sentido, el artículo 21.1 TFUE dispone expresamente que la libre circulación es un derecho que los ciudadanos de la Unión podrán ejercer con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Junto a este artículo, el marco jurídico de este derecho se desarrolla en el artículo 45.3 TFUE (específicamente para trabajadores), que concreta que esta

⁶²⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3. En relación con la jurisprudencia del TJUE favorable a esta interpretación amplia pueden verse, a modo meramente ejemplificativo, la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 1986, *Kempf*, as. 139/85, ap. 13 y la Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1999, *Wijzenbeek*, as. C-378/97, ap. 36.

⁶²⁷ Ascensión ELVIRA PERALES, *La libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2017, p. 37.

⁶²⁸ Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2000, *Kaba*, as. C-356/98, ap. 30; Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2003, *Kaba*, as. C-466/00, aps. 46 y 47; y Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2008, as. *Comisión/Países Bajos*, C-398/06, ap. 27.

libertad podrá ser objeto de limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Además, el artículo 52.1 TFUE (en relación con la libertad de establecimiento) determina que las disposiciones y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

A su vez, la CDFUE reconoce en su artículo 45 el derecho de libertad y residencia de todos los ciudadanos europeos en el territorio de los Estados miembros y su sometimiento a la cláusula horizontal contenida en su artículo 52.2 supone que este derecho se ejercerá con las condiciones y límites vigentes en el Derecho de la Unión.

Por su parte, el Derecho derivado ha recogido, en el capítulo VI de la Directiva 2004/38, la posibilidad de limitar el derecho de entrada y el derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Esta Directiva fue desarrollada en España, como ya nos consta, por el RD 240/2007.

2. Los límites clásicos a la libertad de circulación y residencia

El Derecho de la Unión ha establecido, desde sus inicios y hasta la actualidad, la posibilidad de que un Estado miembro imponga restricciones a la libre circulación y residencia de personas. Estas limitaciones, lógicamente, tienen que respetar las garantías sustantivas y procedimentales que se prevén en el Derecho de la Unión.

Las tres grandes razones que se han establecido tradicionalmente y que justifican las limitaciones, respecto de la libertad de circulación y residencia, son: el orden público, la seguridad pública y la salud pública. Estos límites aparecían ya en los Tratados fundacionales y fueron ya desarrollados en la Directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, y actualmente los encontramos en la Directiva 2004/38, traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del RD 240/2007.

A partir de la jurisprudencia del TJUE es posible realizar las siguientes afirmaciones, aplicables con carácter general a los tres límites antes mencionados.

Primero, las excepciones al principio de libertad de circulación y residencia deben interpretarse estrictamente⁶²⁹. Es decir, las excepciones y los casos de inaplicación del

⁶²⁹ Véanse, en este sentido: Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, ap. 18; Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, as. 67/74, ap. 6; Sentencia del TJUE de 3 de

principio de libre circulación deben interpretarse con criterio restringido. Es cierto, como veremos más adelante, que los Estados miembros gozan de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público. No obstante, en el contexto europeo y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, tales exigencias deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión⁶³⁰. Es decir, se reconoce un margen de apreciación nacional amplio, pero no absoluto, siempre dentro de los límites impuestos por los Tratados y las disposiciones adoptadas para su aplicación.

Segundo, las limitaciones a la libertad de circulación y residencia serán susceptibles de control por parte del TJUE. Como ya hemos adelantado, y como veremos de nuevo más adelante, es cierto que al TJUE no le corresponde definir el contenido del concepto de orden público de cada Estado miembro. Sin embargo, sí podrá controlar que dicho concepto nacional responde a los objetivos de interés general reconocidos por el Derecho de la Unión, pues es este, y no el Derecho de cada Estado miembro, quien impone los límites al derecho de libre circulación y residencia⁶³¹. De ahí que su alcance

junio de 1986, *Kempf*, as. 139/85, ap. 13; Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam*, as. C-357/98, ap. 24; y Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, *Jipa*, as. C-33/07, ap. 23.

Cfr. también lo afirmado por Jacqueline HELLMAN y María José MOLINA GARCÍA, “Evolución de la libre circulación de personas en el marco de la ciudadanía de la Unión Europea: ¿son la normativa y la jurisprudencia comunitaria suficientes garantes del ejercicio de esta libertad?”, *Actualidad civil*, n.º 5, 2015, p. 8.

⁶³⁰ Véanse, en este sentido: Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, aps. 7 y 18; Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, aps. 26 y 27; Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. C-30/77, aps. 33 y 34; Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, C-348/96, ap. 23; Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, as. C-54/99, ap. 17; Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. C-36/02, aps. 30 y 31; Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. C-482/01 y C-493/01, aps. 66 y 68.

⁶³¹ Debe tenerse en cuenta que el concepto de orden público trasciende lo relativo a la seguridad ciudadana y se erige como principio general de todo ordenamiento, pudiendo funcionar como límite a instituciones jurídicas de todo tipo. Así ocurre, por ejemplo, en materia procesal, de ahí la necesidad de reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación suficiente para dotar de contenido a este concepto. Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, as. C-7/98, ap. 23; Sentencia del TJUE de 11 de mayo de 2000, *Renault*, as. C-38/98, ap. 28. En relación con la STJUE *Krombach*, el litigio tuvo lugar entre el Sr. Bamberski, domiciliado en Francia, y el Sr. Krombach, domiciliado en Alemania, sobre la ejecución en este Estado miembro de una sentencia dictada el 13 de marzo de 1995 por la *Cour d'assises* de París (Francia), mediante la que se condenaba a pagar una indemnización de 350.000 FRF al Sr. Bamberski. El TJUE determinó que, aunque en principio los Estados contratantes puedan seguir determinando libremente las exigencias de su orden público, los límites de este concepto son definidos a través de la interpretación del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Y señaló que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un

no pueda ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión⁶³².

Lo anterior no significa que el control judicial de las medidas de limitación corresponda en exclusiva al Tribunal de Justicia. Por el contrario, el TJUE ha determinado que la aplicación de la limitación por orden público, seguridad pública y salud pública de la libertad de circulación y residencia puede ser objeto de control judicial nacional, de modo que el derecho de un Estado miembro a invocar estas limitaciones no impide que el artículo 45 TFUE, que consagra el principio de la libre circulación de los trabajadores, otorgue a los particulares derechos que estos pueden alegar ante los Tribunales nacionales y que estos deben tutelar⁶³³.

Tercero, el TJUE ha recordado que la totalidad de estas medidas deberán respetar las garantías sustantivas y procedimentales previstas en el Derecho de la Unión⁶³⁴. En este sentido el TJUE ha declarado que el artículo 52.1 CDFUE exige que toda limitación a la libertad de residencia y circulación respete el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate y requiere, además, que, con observancia del principio de proporcionalidad, la limitación sea necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión.

Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante.

En el caso de la sentencia del TJUE de 11 de mayo de 2000, *Renault*, as. C-38/98, el litigio tuvo lugar entre la *Régionnationale des usines Renault SA*, cuyo domicilio social está situado en Francia, y Maxicar Spa y el Sr. Formento, cuyo domicilio social y domicilio, respectivamente, están situados en Italia, respecto a la ejecución, en este Estado contratante, de una sentencia dictada el 12 de enero de 1990 por la *Cour d'appel* de Dijon (Francia) mediante la que se condenaba a estos a pagar a Renault una indemnización de 100.000 FRF en reparación del perjuicio causado por actos que habían sido declarados constitutivos de un delito de falsificación. El TJUE se pronunció en el mismo sentido que en la sentencia *Krombach*.

⁶³² Véanse, en este sentido, Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, aps. 7 y 18; Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, aps. 26 y 27; Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77, aps. 33 y 34; Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, ap. 17; y Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. 36/02, aps. 30 y 31.

⁶³³ Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, aps. 7 y 18. El litigio surgió entre el *Home Office* y una nacional neerlandesa a la que le fue denegado el permiso de entrada en el Reino Unido para ejercer un empleo como secretaria de la *Church of Scientology*. La denegación se había dictado de acuerdo con la política del Gobierno del Reino Unido respecto a dicha organización, cuyas actividades consideraba socialmente peligrosas.

⁶³⁴ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, ap. 18.

Cuarto, las limitaciones a la libre circulación pueden afectar a todas y cada una de las manifestaciones de este derecho. En este sentido se manifestó el TJUE en la sentencia *Rutili*⁶³⁵, donde determinó que, además de la expulsión del territorio de un Estado miembro, existen otras medidas limitativas de la libertad de circulación y residencia, como por ejemplo la posibilidad de limitar la circulación y residencia a parte del territorio. Como veremos en el capítulo siguiente, las medidas restrictivas pueden ser la prohibición absoluta o parcial del derecho de libre salida y entrada en el territorio del Estado de origen; la prohibición o restricción de la libre entrada y residencia en el Estado de acogida; la expulsión del Estado de acogida, o cualquier otra que, pese a no estar expresamente prevista, pueda afectar al derecho fundamental a la libre circulación.

3. Elementos comunes a las restricciones a la libertad de circulación

Ya la Directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública recogía en su artículo 3.1 unas pautas comunes en relación con las restricciones a la libertad de circulación. En este sentido, establecía que estas medidas limitativas debían estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se aplicaran, que no podían ser invocadas con fines económicos y que la mera existencia de condenas penales no constituía, por sí sola, motivo para la adopción de medidas como el abandono o expulsión del Estado de acogida. Estas pautas aparecen actualmente previstas y desarrolladas en la Directiva 2004/38.

Como hemos adelantado, los Estados miembros no gozan de discrecionalidad absoluta para interpretar las causas que justifican la adopción de restricciones a la libertad de circulación y sus decisiones, además, se encuentran sometidas al control último del TJUE. Esta situación ha facilitado que este haya desarrollado una vasta jurisprudencia en la que se han identificado ciertos elementos comunes a todas las causas que permiten imponer tales restricciones.

A) La prohibición de justificación por motivos económicos

La posibilidad de limitar el derecho de libertad de circulación y residencia por razones de orden público, seguridad y salud pública tiene, a su vez, un límite muy claro: nunca pueden ser utilizadas con fines económicos.

⁶³⁵ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, aps. 21, 23 y 51.

La base legal de esta afirmación se encuentra en el artículo 27.1 Directiva 2004/38, que literalmente dispone: “los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión (...), por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos”. Precepto que se ha traspuesto, en términos prácticamente idénticos, en el artículo 15.5 del RD 240/2007.

También la jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto que estas limitaciones no pueden tener una base económica⁶³⁶.

El TJUE se pronunció en relación con la prohibición de salida en las sentencias *Aladzhov*, *Gaydarov* y *Byankov*. Estas tres sentencias trataban la prohibición de salida de tres ciudadanos búlgaros de Bulgaria. En el primer caso por tener deudas económicas con el fisco de ese país, en el segundo por haber sido condenado en Serbia por tráfico de estupefacientes y en el tercero como consecuencia de una deuda contraída con una persona jurídica de Derecho privado búlgaro. Analicémoslas.

En el asunto *Gaydarov*⁶³⁷ el TJUE señaló que, para limitar el derecho a la libertad de circulación y residencia, esta limitación debía estar basada exclusivamente en la conducta personal del interesado, sin que quepan justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. Además, la existencia de condenas penales no puede motivar por sí misma medidas automáticas que limitan el ejercicio del derecho a la libre circulación.

El TJUE reconoció que la resolución controvertida adoptada contra el demandante en el litigio principal se basaba exclusivamente en la condena penal de este en Serbia, con exclusión de cualquier apreciación específica del comportamiento personal del

⁶³⁶ Véanse, en este sentido, Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, as. C-145/09, ap. 7 y Conclusiones del Abogado General, ap. 13; Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, *P.I.*, as. C-348/09 y Conclusiones del Abogado General, ap. 9; Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013, *ZZ*, as. C-300/11, ap. 4 y Conclusiones del Abogado General, ap. 4; Sentencia del TJUE de 8 de mayo 2018, *K.A.*, as. C-82/16, ap. 14; Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, as. C-249/11, aps. 35, 36, 39, 46; Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2017, *E*, as. C-193/16, aps. 3 y 5; Sentencia del TJUE de 2 de mayo 2018, *K*, as. ac. C-331/16 y C- 366/16, ap. 39; Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2012, *Aladzhov*, as. C- 434/10, aps. 29, 30, 38, 39 y 40; Sentencia del TJUE de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone*, as. ac. 286/82 y 26/83, ap. 11.

⁶³⁷ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, as. C-430/10, aps. 34 y 42. El litigio fue entre el Sr. Gaydarov, nacional búlgaro, y el Director de la Dirección General “Policía de la seguridad” del Ministerio búlgaro del Interior, en relación con una medida de prohibición de salida del territorio y de expedición de pasaporte u otro documento similar adoptada por el Director de la Policía contra el Sr. Gaydarov. La denegación se basaba en que el demandante había sido condenado en Serbia por tráfico de estupefacientes y se alegaba el control de fronteras.

interesado. Por lo tanto, el TJUE sentenció que la Directiva 2004/38 no se opone a una normativa nacional que permite restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido condenado penalmente en otro Estado por tráfico de estupefacientes. Pero para ello deberá tener en cuenta, siempre, las siguientes cuestiones. En primer lugar, que la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En segundo lugar, que la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo. Y, en tercer lugar, que dicha medida pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo que permita comprobar su legalidad de hecho y de Derecho en relación con las exigencias del Derecho de la Unión.

En el asunto *Aladzhov*⁶³⁸ el TJUE interpretó el artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38, sobre la posibilidad de limitar el derecho a circular y residir de un ciudadano europeo. Y admitió la validez de una medida restrictiva de la libre circulación consistente en la prohibición de salir del propio país, impuesta a un ciudadano de la Unión por el impago de una deuda fiscal por valor de 22.000 euros, correspondiente al impuesto del valor añadido y los derechos de aduana de la sociedad de la que era uno de los gerentes (apartado 40). La clave del razonamiento del Tribunal se encontraba en considerar que el incumplimiento de los deberes tributarios podía ser contrario al orden público y que además dicha medida no perseguía directamente un fin económico.

El TJUE se basó en lo siguiente. El demandante era nacional búlgaro y, por lo tanto, ciudadano de la Unión, con derecho a circular y residir libremente en cualquier Estado miembro, lo que incluía el derecho a salir de su Estado de residencia. Sin embargo, el TJUE recordó que este derecho no es incondicional y que puede ir acompañado de

⁶³⁸ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Aladzhov*, as. C-434/10, aps. 30 y 35. La petición de pronunciamiento prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Aladzhov, nacional búlgaro y gerente de una sociedad endeudada con el Estado, y el Director adjunto de la Dirección de los asuntos de Sofía en el Ministerio del Interior, acerca de la decisión de este de prohibir al Sr. Aladzhov la salida del territorio nacional hasta el pago del crédito fiscal del Estado búlgaro frente a dicha sociedad o hasta la constitución de una garantía del pago íntegro de ese crédito. El recurrente alegó que esta medida le imposibilitaba ejercer su libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión. El Sr. Aladzhov, nacional búlgaro, era uno de los tres gerentes de la sociedad *Yu.B.N. Kargo*. El Estado búlgaro intentó, sin lograrlo, el cobro de una deuda fiscal de dicha sociedad por importe total de 44.449 BGN (unos 22.000 euros), correspondiente al impuesto sobre el valor añadido y a derechos de aduana, más los intereses correspondientes. Como consecuencia, a solicitud de la Agencia nacional de ingresos públicos, se adoptó contra el Sr. Aladzhov la indicada decisión de prohibición de salida del país, hasta el pago del crédito del Estado o hasta la constitución de una garantía de su pago íntegro.

limitaciones, como son el orden público o la seguridad pública, si bien en ningún caso cabe limitar el derecho por fines económicos.

En su cuestión prejudicial, el tribunal remitente búlgaro se refería a la naturaleza de interés general propia de la función de la Administración pública de garantizar los ingresos presupuestarios, y al objetivo de proteger los derechos de los demás ciudadanos que persigue el cobro de los créditos públicos. El tribunal búlgaro presentó, además, el impago de la deuda fiscal de la sociedad deudora en el asunto principal como una amenaza a un interés superior de la sociedad (apartado 36).

El TJUE consideró que los datos remitidos no permitían por sí solos comprobar si medidas como las controvertidas en el litigio principal se habían adoptado únicamente con fines económicos (apartado 39).

El TJUE reconoció que la falta de pago de deudas fiscales puede entrar en conflicto con las exigencias del orden público. Sin embargo, sólo podría ser así, atendiendo a las reglas del Derecho de la Unión sobre la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, en caso de amenaza real, actual y suficientemente grave que afectara a un interés fundamental de la sociedad, y que guardara relación, por ejemplo, con la importancia de las cantidades afectadas o con las necesidades de la lucha contra la elusión fiscal (apartado 37). No obstante, señaló que, dado que el cobro de los créditos públicos, y en particular el de los impuestos, trata de asegurar la financiación de las actuaciones del Estado miembro interesado, en función de opciones que constituyen la expresión de su política general en materia económica y social, las medidas adoptadas por las autoridades públicas para garantizar ese cobro no podían considerarse, por principio, adoptadas exclusivamente con fines económicos, en el sentido de las disposiciones del artículo 27.1 Directiva 2004/38 (apartado 38).

De este modo, el TJUE parece admitir que un Estado miembro puede incluir dentro de su concepto de amenaza al orden público el impago de deudas al erario público, al entender que con dicho impago se puede poner en riesgo la financiación de las actuaciones del Estado y su política económica y social. Siempre que, además, se cumplan los restantes requisitos exigidos por el Derecho de la Unión y que analizaremos más adelante, como que la decisión se adopte sobre la base del comportamiento personal del interesado y que la conducta suponga una amenaza real, actual y suficientemente grave.

En definitiva, la sentencia recoge que se permite la prohibición de salida, con una doble condición. De una parte, que el objetivo que se busque pretenda responder a una

amenaza real, actual y suficientemente grave; y de otro que el objetivo pretendido no obedezca solo a fines económicos⁶³⁹.

Para DÍAZ CREGO la sentencia *Gaydarov* presentaba escasas novedades; sin embargo, la sentencia *Aladzhov* sí resultaba más novedosa, ya que el TJUE señaló la posibilidad de que se tuviera en cuenta la importancia de las cantidades debidas o las necesidades de la lucha contra la elusión fiscal⁶⁴⁰. De ahí que podamos reconocer que las cantidades se pueden vincular a una amenaza para el “orden público económico”.

MARTÍN MARTÍNEZ, por su parte, determinó que podía interpretarse que el TJUE estaba evidenciando cierta permisividad en relación con la aplicación de límites a la libre circulación por motivos económicos relacionados con la salvaguarda del orden público. Sin embargo, recordó que la sentencia reconoció que es el juez nacional el que debe determinar estas cuestiones y también debe comprobar si existen otras medidas alternativas que pudieran resultar eficaces para conseguir el objetivo pretendido, en este caso el cobro de la deuda, sin lesionar la libertad de circulación⁶⁴¹.

Al año siguiente, en la sentencia *Byankov*⁶⁴², el TJUE se pronunció sobre si las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía y la Directiva 2004/38 se oponían a una normativa búlgara en la que se imponía una medida de prohibición de abandonar el territorio en caso de impago de una deuda de naturaleza privada que no estaba garantizada. En el caso enjuiciado no se habían puesto de relevancia razones relativas a la seguridad, orden o salud pública, ya que la medida respondía a la existencia de una

⁶³⁹ Fernando CASTILLO DE LA TORRE y Petra NEMECKOVA, “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, septiembre/diciembre 2011”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, mayo/agosto 2012, p. 619.

⁶⁴⁰ María DÍAZ CREGO, “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2011-2012”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, n.º 2013, pp. 289 y 290.

⁶⁴¹ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una reevaluación a la luz de la Jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, septiembre/diciembre 2014, p. 785.

⁶⁴² Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, as. C-249/11. Mediante una resolución del director de la Dirección Regional del Ministerio de Interior, fechada el 17 de abril de 2007 se dictó contra el Sr. Byankov, de nacionalidad búlgara, una medida administrativa coercitiva por la que se le imponía la prohibición de abandonar el territorio y se prohibía que se le expidieran pasaportes o documentos de identidad sustitutivos. La resolución de 2007 fue adoptada a instancias de un agente judicial como consecuencia de una deuda contraída por el Sr. Byankov con una persona jurídica de Derecho privado búlgaro. Más de tres años después de la adopción de la resolución de 2007, el Sr. Byankov solicitó la revocación de la prohibición de abandonar el territorio objeto del litigio principal invocando su condición de ciudadano de la Unión y su derecho de circular y residir libremente en la Unión. Esta petición fue desestimada.

deuda que el Sr. Byankov poseía con respecto a una persona jurídica privada a la que no podía hacer frente, y que no estaba cubierta por una garantía⁶⁴³.

El TJUE señaló que de la resolución de remisión se desprendía que el único fundamento de la medida administrativa que constituía el objeto del litigio principal se basaba en la doble constatación de la existencia de una deuda frente a una persona jurídica de Derecho privado y de la incapacidad del deudor de constituir una garantía respecto de esta deuda. No se hacía ninguna mención al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública (apartado 37).

El TJUE declaró que, incluso suponiendo que fuera posible admitir legítimamente que el objetivo de proteger a los acreedores que persigue tal normativa está inspirado por una cierta idea de protección del orden público, no cabe excluir que una medida de prohibición de abandonar el territorio adoptada basándose en dicha normativa persiga un objetivo exclusivamente económico. Lo que, como sabemos, está expresamente excluido por el Derecho de la Unión (apartado 39).

Por otra parte, en lo referente a la proporcionalidad de tal normativa, el TJUE señaló que el Derecho de la Unión cuenta con normas jurídicas adecuadas para proteger a los acreedores sin necesidad de limitar la libertad de circulación del deudor (apartado 45).

B) La conducta personal e individual del interesado. La existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave.

La Directiva 2004/38 determina que, para que pueda adoptarse válidamente una medida limitativa de la libre circulación y residencia, la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (artículo 27.2 Directiva 2004/38). Igualmente, la normativa española añade que la conducta personal tiene que afectar a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada por el órgano competente para resolver, sobre la base de los informes de las autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente [artículo 15.5.d) RD 240/2007].

Sin embargo, en el Capítulo VI de la Directiva 2004/38 no existe ninguna explicación de lo que puede considerarse “amenaza real, actual y suficientemente grave”. Así que existe un margen de apreciación de los Estados miembros para hacer una interpretación de este concepto. Margen de apreciación que, evidentemente, quedará sujeto al control del TJUE.

⁶⁴³ Isabel RAMÍREZ FRÍAS, “La ciudadanía de la Unión y el derecho de residencia”, *Cuadernos Cantabria Europa*, n.º 14, 2015, p. 26.

a) La prohibición de medidas colectivas y de medidas preventivas

Hay que considerar que para poder establecer una restricción alegando la cláusula de orden público o seguridad pública, esta debe estar fundada exclusivamente en conductas personales e individuales. Tal y como señala MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, la expulsión tiene que estar basada en hechos concretos, reales e individuales, suponiendo una amenaza clara, real y genuina a los intereses del Estado⁶⁴⁴.

El TJUE ha determinado que se impone a los Estados miembros la obligación de basar dicha apreciación en la situación individual de toda persona protegida por el Derecho y no en apreciaciones globales. Es decir, las medidas que se adopten deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen⁶⁴⁵. Por lo tanto, no son posibles las expulsiones automáticas de los ciudadanos de la Unión⁶⁴⁶, pues las autoridades nacionales siempre deberán llevar a cabo un análisis, caso por caso e individualizado, de las circunstancias personales del sujeto en cuestión.

También la jurisprudencia española ha manifestado que, para establecer una restricción a la libertad de circulación y residencia, esta debe estar fundada exclusivamente en conductas personales e individuales del sujeto. Es necesaria la valoración individualizada de las circunstancias personales que hagan que la conducta constituya una amenaza grave, real y actual para el interés fundamental de la sociedad⁶⁴⁷.

Como resultado de todo ello, quedan excluidas tanto las medidas colectivas como las medidas de prevención general. Analicemos cada una de ellas.

En el caso de las medidas colectivas, el artículo 19 CDFUE, titulado “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, afirma que se prohíben las expulsiones colectivas y nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado de un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a torturas o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. No se podrán justificar las expulsiones colectivas por

⁶⁴⁴ José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos de Francia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92, mayo/agosto, 2011, p. 25.

⁶⁴⁵ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, aps. 19 y 29.

⁶⁴⁶ Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2006, *Comisión contra Bélgica*, as. C-408/03, aps. 55 y 67.

⁶⁴⁷ Sentencia del TSJ Castilla y León de 27 de octubre de 2017, res. 208/2017 (ponente: REVILLA REVILLA), ECLI:ES:TSJCL:2017:3839. Sentencia del TSJ de Asturias de 23 de diciembre de 2022, res. 1084/2022 (ponente: MARGARETO GARCÍA), ECLI:ES:TSJAS:2022:3973. Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de abril de 2023, res. 340/2023 (ponente: VÁZQUEZ CASTELLANOS), ECLI:ES:TSJM:2023:4095.

motivos de interés general ni por la necesidad de protección de otros derechos y libertades⁶⁴⁸.

Para CHUECA SANCHO no existe un concepto jurídico que indique qué es una expulsión colectiva. A veces se utiliza este adjetivo, pero a veces se utilizan otros adjetivos como masiva o expulsiones de grupo⁶⁴⁹. Del mismo modo, PERRUCHOUD reconoce que el calificativo “masiva” implica a primera vista la idea de número. Pero para este autor este criterio numérico es insuficiente, porque no se sabe si la masa comienza cuando hay veinte, doscientos o mil personas afectadas⁶⁵⁰.

Como norma general, se prohíben las medidas de prevención general, es decir, que hayan sido decretadas con la finalidad de disuadir a otros extranjeros. Sin embargo, conforme establece la *Comunicación sobre las Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, si está prevista la prevención general en circunstancias específicas, tales como acontecimientos deportivos⁶⁵¹.

Las medidas restrictivas deben basarse en una amenaza real, tener en cuenta la conducta personal⁶⁵² y no pueden justificarse simplemente por un riesgo general⁶⁵³. Por lo tanto, la expulsión de un ciudadano del Estado de acogida nunca debe basarse en motivos

⁶⁴⁸ Por su parte, el Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se ocupa de los derechos a entrar y abandonar el territorio de los Estados contratantes, si bien el alcance de estos derechos no es equivalente para los nacionales de terceros estados. Mientras que el artículo 2.2 reconoce el derecho de toda persona a abandonar cualquier país incluyendo el suyo, el artículo 3.2 restringe el derecho de entrada en el territorio de los Estados contratantes a sus nacionales. Es su artículo 4 el que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Véase COUNCIL OF EUROPE, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights, Human Rights Files*, n.º 18, Estrasburgo, 1993.

⁶⁴⁹ Ángel G. CHUECA SANCHO, “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 1, 2002, p. 10.

⁶⁵⁰ Richard PERRUCHOUD, “L’expulsion en massed’étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, XXXIV, 1988, p. 678. *Apud.* Ángel G. CHUECA SANCHO, “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 1, 2002, p.10.

⁶⁵¹ Esta Comunicación remite a COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razón de orden público, seguridad y salud pública*. COM (1999) 372, Bruselas, 19.07.1999. Punto 3.3.

⁶⁵² Sentencia del TJUE de 24 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. ac. C-482/01 y C-493/01, ap. 77. Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2007, *Polat*, as. C-349/06, ap. 31. Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón y Marín*, as. C-165/14, ap. 59. Sentencia del TJUE de 2 de mayo de 2018, *K. (Derecho de residencia y alegaciones de crímenes de guerra)*, as. ac. C-331/16 y C-366/16, ap. 52. Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011, *Ziebell*, as. C-371/08, ap. 82.

⁶⁵³ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, aps. 19 y 29.

preventivos⁶⁵⁴. El TJUE ha señalado que no cabe admitir la excepción de seguridad pública con carácter preventivo, ni como medio de disuasión respecto de otros ciudadanos extranjeros⁶⁵⁵.

En este sentido, una de las sentencias más destacable es la sentencia *Bonsignore*⁶⁵⁶. En ella, el TJUE interpretó que el Derecho de la Unión impide la adopción de medidas restrictivas por razones preventivas generales. Así, reconoció que “las medidas de orden público deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen”.

El TJUE señaló que, con respecto a los nacionales de los Estados miembros, no podrán admitirse, en lo relativo a las medidas destinadas a salvaguardar el orden público, justificaciones que no estén relacionadas con el caso individual. También determinó que lo que debe ser determinante es “exclusivamente” el “comportamiento personal” de los individuos a quienes se apliquen. El TJUE apuntó que, como las excepciones a las normas relativas a la libre circulación de las personas deben ser objeto de interpretación estricta, el concepto de “comportamiento personal” refleja la exigencia de que una medida de expulsión solo podrá aplicarse ante amenazas contra el orden público cuyo causante pudiera ser el individuo a quien se aplique dicha medida.

El TJUE concluyó que la expulsión de un nacional de un Estado miembro es contraria a Derecho si dicha expulsión se decreta con una finalidad de disuasión con respecto a otros extranjeros, es decir, si se basa, según los términos del órgano jurisdiccional nacional, en motivos de “prevención general”. El TJUE destacó que la normativa no

⁶⁵⁴ Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2007, *Polat*, as. C-349/06, ap. 35.

⁶⁵⁵ Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, as. C-384/96, ap. 24.

⁶⁵⁶ Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, as. 67/74, aps. 2, 4, 5 y 7. Un ciudadano italiano con residencia en la República Federal de Alemania interpuso un recurso contra una decisión de expulsión que adoptó contra él la autoridad competente en materia de extranjeros, como consecuencia de la condena que se le impuso por violación de la legislación sobre armas y homicidio por imprudencia. El demandante fue condenado a multa por infracción de la legislación sobre armas y fue declarado también culpable de homicidio por imprudencia, pero sin condenarle por este delito a sanción alguna. En los hechos se reconoció que el demandante estaba ilegalmente en posesión de un arma de fuego y había causado accidentalmente la muerte de su hermano, como consecuencia de una manipulación imprudente de la referida arma. En este supuesto hubo un intento por parte de un Estado miembro de expulsar a un ciudadano no porque su comportamiento fuera un peligro para el orden público, sino como medida de “prevención general”. El Tribunal alemán señaló que la única razón que, en su caso, podría justificar la medida adoptada podría consistir en motivos de “prevención general”, alegados tanto por la autoridad competente en materia de extranjeros como por el Ministerio Fiscal, y basados en el efecto disuasorio que, ante un recrudecimiento de la violencia en los grandes centros urbanos, habría de tener entre los inmigrantes la expulsión de un extranjero capturado en posesión ilegal de un arma. Cfr. también sentencia del TJUE de 24 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. ac. C-482/01 y C-493/01, ap. 68.

permitía la utilización de la cláusula de orden público con la única finalidad de disuadir a otros extranjeros, a causa de una prevención general, e insistió en que era preciso que siguiera existiendo el peligro⁶⁵⁷.

Del mismo modo, en la sentencia *Rutili*⁶⁵⁸, el TJUE determinó que las restricciones a los derechos de los nacionales de los Estados miembros de entrar en el territorio de otro Estado miembro, de residir en él y de desplazarse, solo podrían estar justificadas si se basan exclusivamente en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen. Recordemos que al demandante se le habían imputado actividades de carácter político y sindical llevadas a cabo durante los años 1967 y 1968 y que, por esa razón, se consideraba que su presencia en ciertos departamentos franceses podía perturbar el orden público.

En esta sentencia el TJUE concluyó que era necesario limitar la potestad discrecional que las legislaciones nacionales atribuían en general a las autoridades competentes en materia de “policía de extranjeros”; ya que les obliga a tener en cuenta exclusivamente motivos basados en el comportamiento individual. Además, el TJUE determinó que se impone a los Estados miembros la obligación de basar dicha apreciación en la situación individual de toda persona protegida por el Derecho y no en apreciaciones globales. Es decir, las medidas que se adopten deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen.

b) La evaluación de la amenaza

Según el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2004/38*⁶⁵⁹, únicamente pueden restringirse los derechos de las personas si su conducta personal representa una amenaza, es decir, indica la probabilidad de un perjuicio grave a los requisitos de orden público o seguridad pública. Una amenaza que solamente se supone no es auténtica. La amenaza debe ser real.

La cuestión es si son las autoridades nacionales las que deben demostrar que el individuo en cuestión representa una amenaza para el orden público. Para ello podrán

⁶⁵⁷ Sentencia del TJUE de 24 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. ac. C-482/01 y C-493/01, ap. 68.

⁶⁵⁸ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. C-36/75, ap. 31.

⁶⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3.2.

considerar, entre otros elementos, la naturaleza de las infracciones, su frecuencia y los daños causados⁶⁶⁰.

En este sentido destacaron las sentencias *Cetinkaya*, *Polat* y *Ziebell*, relativas a la libertad de circulación de ciudadanos turcos. Aunque no se trata, en rigor, de situaciones vinculadas a ciudadanos europeos, analizamos estas sentencias porque los nacionales turcos (y sus familiares, como era este caso) disfrutaban de un amplio derecho de libre circulación vinculado a la libre circulación de trabajadores, sobre la base del Acuerdo de Asociación con Turquía.

Como indica DÍAZ CREGO, el TJUE viene interpretando de manera semejante a como hace respecto a los ciudadanos de la Unión la cláusula de que un ciudadano turco que tenga derecho a residir en un Estado miembro de conformidad con el Acuerdo, solo pueda ser expulsado del país por razones de orden público, seguridad pública y salud pública. No obstante, reconoce también que parece dudoso que el TJUE haya construido un verdadero derecho fundamental de los extranjeros no comunitarios a circular y residir libremente en el territorio de la Unión⁶⁶¹. Ello seguramente explica, como apunta BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, que el TJUE observe cierta flexibilidad en su jurisprudencia en relación con el Acuerdo de Asociación⁶⁶².

Por lo que se refiere al momento que debe tomarse en consideración para determinar el carácter actual de la amenaza concreta para el orden o la seguridad públicos, conviene recordar la sentencia *Cetinkaya*⁶⁶³. Esta sentencia indicó que los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta, en el momento de analizar la legalidad de una

⁶⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3.

⁶⁶¹ María DÍAZ CREGO, “Los derechos fundamentales de los nacionales de terceros Estados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 50, 2008, p. 45.

⁶⁶² Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 254.

⁶⁶³ Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2004, *Cetinkaya*, C-467/02, ap. 47. El Sr. Inan Cetinkaya, nacional turco, nació en Alemania en 1979 y había vivido siempre en este Estado miembro. Finalizó sus estudios y trabajó para distintas empresas durante breves períodos. Desde 1995 poseía un permiso de residencia de duración indefinida en Alemania. Sus padres y sus hermanas también vivían en este Estado miembro. Entre 1996 y 2000, el Sr. Cetinkaya fue condenado en cinco ocasiones y en cuatro de ellas a medidas de internamiento. Desde el mes de agosto de 2002 retomó los estudios y trabajó a tiempo parcial. El 3 de noviembre de 2000 el *Regierungspräsidium Stuttgart* (autoridad administrativa alemana competente en materia de expulsión) adoptó una decisión de expulsión inmediata. Según esta autoridad, la expulsión era necesaria porque existían razones imperiosas de seguridad y orden público que la justificaban.

medida de expulsión adoptada contra un ciudadano turco, los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el interés fundamental en cuestión, la conducta de la persona de que se trate. Tal y como señaló el Abogado General LÉGER (en los puntos 62 a 65 de sus Conclusiones), el órgano jurisdiccional remitente deberá sopesar, por una parte, la necesidad de la restricción del derecho de residencia y, por otra parte, si concurren efectivamente factores de integración que permitan al interesado reinsertarse en la sociedad del Estado miembro de acogida. A tal efecto, corresponderá a tal órgano jurisdiccional apreciar, más concretamente, si la conducta del nacional turco representa actualmente una amenaza suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Para ello deberá tener en cuenta el conjunto de las circunstancias concretas y los vínculos particularmente estrechos que el extranjero en cuestión ha creado con la sociedad de la República Federal de Alemania, en cuyo territorio ha nacido, ha vivido regularmente durante un período ininterrumpido de más de treinta y cinco años, ha contraído matrimonio con una nacional de ese Estado miembro, y actualmente mantiene una relación profesional.

La sentencia *Polat*⁶⁶⁴ recordó que la jurisprudencia del TJUE ha reconocido que los principios admitidos en el marco de los artículos 39 TCE a 41 TCE deben aplicarse, en

⁶⁶⁴ Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2007, *Polat*, as. C-349/06, ap. 35. El litigio tuvo lugar entre el Sr. Polat, nacional turco, y la *Stadt Rüsselsheim*, relativo a un procedimiento de expulsión del territorio alemán. El Sr. Polat entró en Alemania poco después de su nacimiento, con objeto de la reagrupación familiar con sus padres, que residían en territorio alemán. Era titular de un permiso de residencia por tiempo indefinido. Como menor de edad, el Sr. Polat cometió infracciones contra la Ley de estupefacientes y robos. Una vez cumplidos los 21 años, fue condenado penalmente en 18 ocasiones, principalmente por robos y violación de la Ley de estupefacientes, en un primer momento a penas de multa, y posteriormente a penas privativas de libertad con suspensión de la ejecución. Como consecuencia de las infracciones cometidas, las autoridades alemanas le indicaron al demandante que tenían la intención de ordenar su expulsión. Con posterioridad, y tras abandonar varios tratamientos de desintoxicación, entró en prisión. Se adoptó la medida de expulsión, alegando que era conforme a la Ley de extranjería alemana. La Administración competente consideró, a este respecto, que el Sr. Polat no se había integrado en Alemania. Ni las penas de multa ni de prisión con suspensión de ejecución, ni las advertencias del Servicio de Inmigración habían evitado que cometiese otros delitos graves. A juicio de la Administración, debía considerársele un delincuente reincidente cuya expulsión era necesaria e indispensable por razones especiales de prevención. El Sr. Polat interpuso un recurso ante el *Verwaltungsgericht Darmstadt*, alegando que era la primera vez que ingresaba en prisión y que estaba buscando activamente una plaza en un centro médico con el fin de seguir un tratamiento de desintoxicación y que, a la luz de estas circunstancias, existían perspectivas reales de resocialización. El TJUE consideró que solo se puede privar a un nacional turco de los derechos que le confiere directamente la Decisión n° 1/80 mediante la expulsión cuando tal medida esté justificada por la circunstancia de que el comportamiento personal del interesado supone un riesgo concreto de nuevas perturbaciones graves del orden público. Por tanto, tal medida no puede adoptarse de un modo automático en una condena penal y con una finalidad de prevención general. El TJUE remitió a la sentencia del TJUE de 10 de febrero de

la medida de lo posible, a los nacionales turcos que gozan de los derechos reconocidos por la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo del Acuerdo de Asociación⁶⁶⁵. En la misma sentencia se hace una comparación con los nacionales del Estado miembro.

Unos años más tarde, en la sentencia *Ziebell*⁶⁶⁶, el TJUE determinó que las medidas justificadas por razones de orden o de seguridad públicas solo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Y sentenció que la disposición de la Decisión 1/80 no se opone a que se adopte una medida de expulsión basada en razones de orden público contra un nacional turco titular de los derechos, siempre que la conducta personal del interesado constituya actualmente una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida y siempre que tal medida resulte imprescindible para la defensa de ese interés.

2000, *Nazli*, as. C-340/97, aps. 61 y 63, y a la sentencia del TJUE de 7 de julio de 2005, *Dogan*, C-383/03, ap. 24.

⁶⁶⁵ Sentencia del TJUE de 6 de junio de 1995, *Bozkurt*, as. C-434/93, aps. 14, 19 y 20; Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2004, *Cetinkaya*, as. C-467/02, ap. 42.

⁶⁶⁶ Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011, *Ziebell*, as. C-371/08, ap. 82. El Sr. Ziebell, de nacionalidad turca, nació en Alemania, país en el que pasó su infancia junto con sus padres. Desde el fallecimiento de su padre y el ingreso de su madre en una residencia, el Sr. Ziebell no convivió con ningún familiar, ya que sus hermanos y hermanas fundaron sus propios hogares. El Sr. Ziebell abandonó la escuela sin obtener el título de graduado escolar y, posteriormente, interrumpió su formación como pintor de brocha gorda. Ocupó diferentes puestos de trabajo temporales alternándolos con períodos de desempleo y estancias en establecimientos penitenciarios. Desde 1991 el interesado era titular de un permiso de residencia en Alemania por tiempo ilimitado transformado, a partir del 1 de enero de 2005, en permiso de establecimiento por tiempo ilimitado. La solicitud de concesión de la nacionalidad alemana que presentó fue denegada debido a las numerosas infracciones que había cometido. El demandante consumía marihuana, heroína y cocaína. Desde 1993 el Sr. Ziebell fue condenado a diferentes penas por las infracciones cometidas. En cumplimiento de las penas de privación de libertad a las que fue condenado, el Sr. Ziebell estuvo ingresado en un establecimiento penitenciario. El demandante superó sus problemas con las drogas, contrajo matrimonio, fue padre y ejerció desde entonces una actividad profesional. En 1996, el Sr. Ziebell recibió una amonestación del *Ausländerbehörde* (servicio de extranjeros) con arreglo a la legislación aplicable a los extranjeros como consecuencia de las infracciones penales que había cometido hasta dicha fecha. El *Regierungspräsidium Stuttgart* decretó la expulsión del interesado con efecto inmediato. No obstante, la ejecución de esa resolución quedó posteriormente en suspenso. El *Regierungspräsidium Stuttgart* basó su resolución de expulsión en que la conducta pasada del interesado constituía una perturbación grave del orden público y en el riesgo concreto y elevado de que el Sr. Ziebell cometiera nuevas infracciones graves. En 2007, el *Verwaltungsgericht Stuttgart* desestimó el recurso interpuesto por el Sr. Ziebell contra la orden de expulsión. El Sr. Ziebell recurrió solicitando la anulación de dicha sentencia y de la orden de expulsión que pesaba sobre él. Alegó que no se cumplía el requisito de que la expulsión se basase en motivos imperiosos de seguridad pública.

c) La existencia de condenas penales previas

Sobre la existencia de condenas penales previas, tanto la normativa europea como la española establecen que su existencia no constituirá, por sí sola, motivo para adoptar alguna de las medidas limitativas [artículo 27.1 Directiva 38/2004 y artículo 15.5.d) RD 240/2007]. Como norma general se reconoce que las cláusulas de orden público y seguridad pública no pueden alegarse cuando se constate el carácter aislado del delito cometido, ni cuando haya habido un cambio en la conducta del sujeto.

La Comisión, en su Comunicación *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro*, recordó que una condena penal anterior solamente puede tenerse en cuenta cuando las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto una conducta personal que constituya una amenaza actual para el orden público. La Comisión señaló, en este sentido, que las autoridades nacionales deben basar su decisión en una evaluación individual de la posible conducta futura del individuo en cuestión, matizando que el tipo y el número de condenas previas deben constituir un elemento significativo en esta evaluación, especialmente en atención a la gravedad y frecuencia de los delitos cometidos, pero sin que pueda establecerse una identidad perfecta entre antecedentes penales y peligro para el orden o la seguridad pública. Por ello, el peligro de reincidencia es de gran importancia, pero en cambio una posibilidad remota de comisión de nuevos delitos no es en absoluto suficiente⁶⁶⁷.

Ciertamente, la Directiva 2004/38 reconoce la discrecionalidad de los Estados miembros a la hora de tomar en cuenta los antecedentes penales en relación con los ciudadanos de la Unión⁶⁶⁸. No obstante, el TJUE ha matizado este amplio margen de discrecionalidad a través de su rica jurisprudencia⁶⁶⁹, señalando de forma reiterada que la existencia de antecedentes penales debe valorarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un

⁶⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009.

⁶⁶⁸ Sara IGLESIAS SÁNCHEZ, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, REUS, Madrid, 2010, p. 263.

⁶⁶⁹ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación...”, *cit.*, p. 774, ha ponderado especialmente que solo el análisis de la jurisprudencia del TJUE permite conocer los nuevos desarrollos en la interpretación y aplicación de las limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público⁶⁷⁰. Dicho en otras palabras: la amenaza al interés fundamental de la sociedad no puede estar fundada únicamente en la existencia de antecedentes penales, salvo que se infiera razonablemente la probabilidad de reincidencia⁶⁷¹, ni fundamentarse en la posibilidad remota de comisión de nuevos delitos⁶⁷².

Por tanto, la mera existencia de condenas penales no constituye, por sí sola, un motivo suficiente para activar la cláusula de seguridad pública⁶⁷³.

El TJUE, precisó el alcance de los antecedentes penales como justificativos de la excepción de orden público en la sentencia de *Comisión/Países Bajos*⁶⁷⁴. En esta sentencia se afirmó que “Según el artículo 3.1 Directiva 64/221, las medidas adoptadas por razones de orden público o de seguridad pública deben estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen. El apartado 2 de dicho artículo precisa que la mera existencia de condenas penales no constituye, por sí sola, motivo para la adopción de dichas medidas. De todos modos, la

⁶⁷⁰ Véanse, en este sentido: Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, ap. 28; Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. C-30/77, ap. 35; Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, as. C-348/96, ap. 24; Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, as. C-54/99, ap. 17; Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. C-36/02, ap. 30; Sentencia del TJUE 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. ac. C-482/01 y C-493/01, ap. 66; Sentencia del TJUE de 10 julio de 2008, *Jipa*, as. C-33/07, aps. 23 y 30; Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Aladzhov*, as. C-434/10, ap. 35; Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, as. C-430/10, ap. 33; Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011, *Ziebell*, as. C-371/08, ap. 83; Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2017, *Wilber López Pastuzano/Delegación del Gobierno en Navarra*, as. C-636/16, ap. 27; Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2020, *WT c/ Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*, as. C-448/19, ap. 25; Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2020, *UQ y SI contra la Subdelegación del Gobierno en Barcelona*, as. ac. C-503/19 y C-592/19, aps. 41 y 42.

⁶⁷¹ Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77, aps. 10, 23 y 27; Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. ac. C-482/ 01 y C-493/ 0, ap. 66; Sentencia del TJUE de 7 de junio de 2007, *Comisión contra Países Bajos*, as. C-50/06, ap. 41.

⁶⁷² Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. ac. C-482/ 01 y C-493/ 0, aps. 68 y 72.

⁶⁷³ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 1980, *Mario Santillo*, as. C-131/79, ap. 17. El litigio tuvo lugar entre un nacional italiano, establecido en el Reino Unido en calidad de trabajador por cuenta ajena. El demandante solicitó la anulación de una orden de expulsión dictada en su contra como consecuencia de una condena penal. El demandante fue condenado por delitos de sodomía y violación a dos prostitutas a prisión y a la posterior orden de expulsión. El demandante, una vez cumplida la pena de prisión, solicitó la anulación de la orden de expulsión, debido a que dicha orden, dictada más de cuatro años después de la propuesta de expulsión de la *Central Criminal Court*, violaba sus derechos individuales. El TJUE reiteró que el órgano jurisdiccional penal debe tener en cuenta lo dispuesto en la Directiva, en el sentido de que la mera existencia de condenas penales no constituye, por sí sola, motivo para la adopción de medidas de expulsión.

⁶⁷⁴ Sentencia del TJUE de 7 de junio de 2007, *Comisión/Países Bajos*, as. C- 50/06, ap. 41.

existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público”.

En definitiva, toda medida limitativa de la libre circulación debe quedar subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que debe implicar, como regla general, la tendencia del individuo afectado a proseguir la conducta en el futuro⁶⁷⁵.

La sentencia del TJUE de 13 de julio de 2017, asunto *E*⁶⁷⁶, profundizó en el concepto de amenaza real y actual, en particular en relación con la conducta de una persona que está encarcelada en el momento en que se quiere llevar a cabo su expulsión por motivos de orden o seguridad pública. El demandante, ciudadano italiano y registrado como residente en España, fue objeto de una resolución de expulsión del territorio del Reino de España por razones de seguridad pública, con prohibición de entrada durante diez años, debido a que había sido condenado mediante tres sentencias firmes a doce años de prisión por reiterados delitos de abusos sexuales sobre menores, pena que cumplía en un centro penitenciario. El demandante recurrió dicha resolución. Sin embargo, el juzgado correspondiente denegó tal recurso alegando que la resolución de expulsión se hallaba debidamente motivada, habida cuenta, en particular, del informe psicológico establecido por el centro penitenciario y de la situación familiar y económica del interesado en el Estado miembro de acogida.

Ante esta situación, el demandante interpuso un recurso de apelación contra la anterior sentencia. El Sr. E. alegó que se encontraba encarcelado desde hacía seis años cumpliendo las penas que se le habían impuesto por delitos de abusos sexuales sobre menores. Según él, ese hecho impedía considerar que, en el momento en que se adoptó la resolución de expulsión, representara una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad española. El tribunal estimó que la conducta del demandante era lo suficientemente grave como para ser calificada de “amenaza para la seguridad pública”, pero decidió plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre si una persona que se encontraba encarcelada y a la que aún le quedaba un largo período de condena por cumplir podía considerarse una “amenaza real y actual”.

El TJUE sentenció que el hecho de que una persona se halle encarcelada en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación en un futuro próximo, no excluye que su conducta constituya, en su caso, una amenaza real y

⁶⁷⁵ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, *P.I.*, as. C-348/09, ap. 34.

⁶⁷⁶ Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2017, *E*, as. C-193/16, aps. 25 y 27.

actual para un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida. El TJUE basó su argumentación en que la Directiva 2004/38 contempla la posibilidad de que el Estado miembro de acogida emita una orden de expulsión como medida accesoria a una pena de privación de libertad. Por lo tanto, el legislador de la Unión ha previsto expresamente que los Estados miembros puedan adoptar una orden de expulsión contra una persona condenada a una pena privativa de libertad, si se acredita que su conducta constituye una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad de dichos Estados miembros.

La jurisprudencia española ha asumido las exigencias reconocidas por el TJUE. De esta forma, el TS ha declarado que la existencia de una o varias condenas penales solo puede apreciarse, como elemento que motive la expulsión, en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a ellas pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público. Y ha añadido que es cierto que no basta con condenas penales anteriores para deducir que el ciudadano de la Unión constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad o del orden público⁶⁷⁷. Por ejemplo, ha justificado que un ciudadano constituye una amenaza real y actual contra la sociedad cuando, por ejemplo, se acredita la existencia de muchas condenas penales o de quince antecedentes policiales, lo que acredita la tendencia a la reincidencia. Además, reconoce que todo ello es independiente del buen comportamiento del apelante en su estancia en prisión⁶⁷⁸. También ha considerado que la previa comisión de delitos de violación, atentado y quebrantamiento de condena determina que la conducta del foráneo constituye una amenaza grave, real y efectiva contra la seguridad y el orden público⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Sentencia del TSJ de Madrid de 19 de marzo del 2010, res. 277/2010 (ponente: MARTÍN CORREDERA), ECLI:ES:TSJM:2010:3523.

⁶⁷⁸ Sentencia del TSJ de Canarias, de 27 de julio de 2015, 173/2015 (ponente: ALONSO DORRONSORO), ECLI:ES:TSJICAN:2015:1522. La sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un ciudadano italiano contra la orden de expulsión dictada por la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife. En ella el tribunal estimó que resultaba evidenciado el peligro y la continuada reincidencia en actos delictivos indicativos y constató que el ciudadano extranjero constituía una amenaza real y actual para la sociedad. Y ello a pesar de que se había alegado el buen comportamiento en prisión. De hecho, el mismo tribunal reconoce que el buen comportamiento del apelante en su estancia en prisión es circunstancia por lo demás lógica y normal, ya que para ello ha sido ingresado en prisión.

⁶⁷⁹ Sentencia del TSJ de Castilla y León de 22 de febrero de 2019, res. 58/2019 (ponente: ALONSO MILLÁN), ECLI:ES:TSJCL:2019:462. En la sentencia recurrida se acordó denegar la recuperación de la autorización de residencia de larga duración solicitada a un ciudadano condenado por violación y por quebrantamiento de condena y por un delito de atentado y por la mala conducta observada por el actor en prisión, donde ha sido objeto de reiteradas sanciones disciplinarias. El TS revocó la sentencia dictada en instancia y se dictó otra por la que se declaró conforme a Derecho la resolución administrativa de expulsión. En la sentencia no se indica la nacionalidad del recurrente, pero se indica que tuvo tarjeta de familiar de residente comunitario.

En este mismo sentido, también se ha reconocido que unos antecedentes policiales consistentes en la mera mención del delito, sin saber siquiera el devenir judicial de los mismos, no son suficientes para poder fundamentar un comportamiento personal del solicitante del permiso de residencia de larga duración contrario al orden público o la seguridad pública⁶⁸⁰.

En definitiva, únicamente se podrá ordenar la expulsión de un ciudadano de la Unión, o establecer alguna otra limitación a su libertad de circulación y residencia, cuando este represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Por lo tanto, no basta con que haya sido condenado por la comisión de un delito castigado con más de un año de cárcel, sino que debe tenerse en cuenta, antes de acordar la expulsión, entre otras circunstancias, las consecuencias que para él y los miembros de su familia tendría la expulsión. Se trata de ponderar cuál de los intereses merece en el caso mayor protección, pudiendo llegarse a la conclusión de que la preservación del orden público o la seguridad nacional deben primar sobre los otros intereses⁶⁸¹. Lo que nos sitúa en la necesidad de examinar las concretas circunstancias que rodean la presencia del ciudadano extranjero en España, para concluir si la misma merece o no la medida de expulsión al constituir una amenaza grave, real y efectiva para el orden público⁶⁸². Así que para poder justificar la expulsión de un ciudadano de la

⁶⁸⁰ Sentencia del TS de 2 de marzo de 2020, res. 303/2020 (ponente: HUERTA GARICANO), ECLI:ES:TS:2020:801. Sentencia del TS de 23 de julio de 2020, res. 1092/2020 (ponente: HUET DE SANDE), ECLI:ES:TS:2020:2655. Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2020, res. 1775/2020 (ponente: OLEA GODOY), ECLI:ES:TS:2020:4494.

⁶⁸¹ Sentencia del TSJ de Extremadura de 16 de septiembre de 2021, res. 157/2021 (ponente: ROJAS POZO), ECLI:ES:TSJEXT:2021:1090. El ciudadano nacional de Colombia, que poseía tarjeta de residencia de familiar de la Unión (su madre tenía nacionalidad española), había sido objeto de una resolución de expulsión por razones de orden público y de seguridad pública (agresiones violentas contra las personas, amenazas, resistencia y desobediencia a la autoridad). Mientras la resolución administrativa no consideró que tuviera arraigo de ningún tipo, el recurrente defendió que debían tenerse en cuenta los siguientes aspectos: tiene una hija de dos años; su madre, con nacionalidad española, vive en España; su padre, con permiso de residencia, vive también en España; su único hermano, su cuñada y su sobrino tienen permiso de residencia; y cuenta con un contrato de trabajo en el exterior que le permitirá dar de comer a su hija. Sin embargo, se demostró que no existía arraigo ni laboral ni social (no demostró actividad social, cultural, educativa, deportiva ni vecinal de ningún tipo) en nuestro país. De toda la documentación presentada se extrajo que el apelante arraigo laboral. Tampoco se demostró que tuviera arraigo social, pues no demostró actividad social, cultural, educativa, deportiva ni vecinal de ningún tipo. Sí se demostró que tenía arraigo familiar, al considerar acreditado que convivía con sus padres, que son los que atienden a sus necesidades económicas. Sí se acreditó que tenía una hija de madre boliviana, no constando que conviviera con ellas.

⁶⁸² Sentencia del TSJ de Asturias, de 24 de febrero de 2022, res. 514/2022 (ponente: MARGARETO GARCÍA), ECLI:ES:TSJBAL:2020:21. Se presentó recurso contra la sentencia que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente, ciudadano búlgaro, contra la resolución dictada por la Delegación de Gobierno en Asturias, que acordó su expulsión del territorio nacional conforme a lo establecido en el artículo 15.1 y 2 RD 240/2017, por un período de diez años. El recurrente había sido

Unión debe de haber quedado probado y acreditado que la conducta del interesado es antisocial por la reiteración delictiva, que constituye amenaza real y que atenta contra la seguridad pública en la sociedad de acogida, justificado por la existencia de numerosas condenas judiciales por delitos castigados con pena de prisión⁶⁸³.

Recientemente el TSJ de Castilla y León ha estimado el recurso de apelación presentado por un ciudadano colombiano con una hija española, donde se le reconoció del derecho a obtener la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión, a pesar de haberse probado que la conducta del solicitante era totalmente incompatible con la paz ciudadana y el respeto a los demás miembros de la sociedad, como consecuencia de una sucesión tan reiterada y próxima en el tiempo de detenciones. Sin embargo, en este caso el Tribunal valoró que se estaba ante un caso excepcional y límite y que el cuidado de la hija menor tenía que prevalecer⁶⁸⁴.

Igualmente, este mismo TSJ ha reconocido el derecho de la apelante a obtener la tarjeta de residente de familiar de la Unión solicitada, al constar su inscripción en el Registro de parejas de hecho y por no constar que fuese una amenaza para el orden público⁶⁸⁵.

En definitiva, para MARTÍN MARTÍNEZ siempre hay que analizar el grado de peligrosidad social del destinatario de la orden de expulsión, la naturaleza y la frecuencia de las actividades delictivas, el tiempo que ha transcurrido, así como el comportamiento posterior de la persona objeto de la expulsión⁶⁸⁶.

condenado en varias ocasiones, tenía nulo arraigo en España, no había desarrollado actividad laboral alguna, ni tenía domicilio estable. Su actividad delictiva suponía un peligro para la sociedad y suponía una amenaza real, actual y grave contra el orden y la seguridad pública, atacando valores fundamentales de nuestra convivencia no solo por la afectación al derecho de propiedad, sino por el menoscabo a la tranquilidad y seguridad a la intimidad en el domicilio, siendo su duración proporcional a los hechos cometidos y las penas impuestas. La sentencia confirmó la expulsión impuesta al recurrente, por razones de orden público, atendiendo a las condenas penales que le constaban al recurrente.

⁶⁸³ Sentencia del TS de 9 de octubre de 2019, res. 1334/2019 (ponente: HUERTA GARICANO), ECLI:ES:TS:2019:3321. El recurrente era ciudadano argelino, titular de una tarjeta comunitaria de residencia permanente ya que estaba casado con una española, con más de diez años de residencia. Se le impuso la medida de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada, quedando extinguida la autorización de residencia permanente comunitaria de la que era titular.

⁶⁸⁴ Sentencia del TSJ de Castilla y León de 21 de abril de 2023, res.79/2023 (ponente: REVILLA REVILLA), ECLI:ES:TSJCL:2023:1861. El recurrente era un ciudadano colombiano con una hija menor. Como consecuencia del ictus sufrido por su madre, esta no se podía hacer cargo de la menor.

⁶⁸⁵ Sentencia del TSJ Castilla y León de 14 de marzo de 2023, res. 337/2023 (ponente: CID PERRINO), ECLI:ES:TSJCL:2023:1057. La recurrente era una ciudadana de Brasil pareja de hecho de un ciudadano español.

⁶⁸⁶ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: Una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, p. 778.

II. RIESGO PARA EL ORDEN PÚBLICO

1. Introducción

El orden público es una de las razones por las que se puede limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión. Sin embargo, la cláusula de orden público no está limitada solamente a la libertad de circulación y residencia de personas (ya se trate de trabajadores, prestadores de servicios o de cualquier otro tipo de ciudadano), sino que también esta cláusula puede afectar a la libertad de circulación de capitales⁶⁸⁷ y a la libertad de circulación de mercancías⁶⁸⁸.

No obstante, no trataremos estas últimas cuestiones, pues este capítulo se centra en analizar la cláusula de orden público como un límite a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión.

2. Concepto de orden público

El Derecho de la Unión no define el concepto de orden público⁶⁸⁹. No existe una definición ni en los Tratados ni en el Derecho derivado. Aunque sí se cita en la Directiva 2004/38, Considerando 22 y artículo 27, que se podrán establecer restricciones al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia si se pone en riesgo el orden público. Idea que, en términos prácticamente idénticos, repite el artículo 15 del RD 240/2007.

Sin remontarnos a otros documentos anteriores, la Comisión Europea en la *Comunicación Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia* se refirió al concepto de orden público⁶⁹⁰. En ella se estableció que, en el marco de la consolidación de un ELSJ, el concepto de orden público aparece como un denominador común en una sociedad democrática y un Estado de Derecho. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam este concepto, hasta entonces principalmente determinado por cada uno de los Estados miembros, debía también apreciarse a escala del nuevo espacio europeo.

⁶⁸⁷ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de Scientologie*, as. C-54/99, aps. 18 y 23; Sentencia del TJUE de 13 de julio 2000, *Albore*, as. C-423/98, ap. 9.

⁶⁸⁸ Sentencia del TJUE de 15 de junio de 1999, *Heinonen*, as. C-394/97, aps. 30 y 45. En relación con el concepto de orden público como límite a la libre circulación de los productos industriales y su configuración como fundamento de la actividad de policía administrativa en este ámbito, puede consultarse Manuel IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2000, pp. 43-48.

⁶⁸⁹ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación...”, *cit.*, p. 775.

⁶⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión “Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia”*. COM (1998) 459 final, Bruselas, 14.07.1998, p. 9.

Independientemente de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público, se aspiraba a ir delimitando progresivamente los contornos de un “orden público europeo basado en una evaluación de los intereses fundamentales comunes”.

Ya en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública* se destacó que ni el Tratado ni el Derecho derivado definen el concepto de orden público⁶⁹¹. Frente a ello, la Comisión reconoció que el orden público no debería limitarse de forma artificial, intentando definirlo de manera exacta y exhaustiva, pues esto resultaría sumamente difícil y carecería de utilidad. Además, reconoció que los Estados pueden definir e interpretar libremente los conceptos de orden y seguridad públicos de conformidad con sus propias prácticas y tradiciones. En definitiva, serían los Estados miembros los que tienen la facultad de determinar el alcance de estos conceptos, de acuerdo con la legislación nacional y la jurisprudencia.

Los Estados miembros, pues, son libres y siguen siendo competentes para determinar los requisitos de orden público de conformidad con sus necesidades, por lo que estos pueden variar de un Estado miembro a otro y de un período a otro⁶⁹².

La Comisión Europea en las *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, también consideró que es crucial que los Estados miembros definan claramente los intereses protegidos de la sociedad y que distingan claramente entre orden público y seguridad pública. En general, se interpreta que el orden público consiste en impedir que se altere el orden social⁶⁹³.

⁶⁹¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública*. COM (1999) 372 final, Bruselas, 19.07.1999. Punto 3.1.1.

⁶⁹² COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38*. COM (2008) 840 final, Bruselas, 10.12.2008. Punto 3.1; COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38. Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3.8.1.

⁶⁹³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3.

Por su parte, la doctrina ha tratado de definir o, por lo menos, de delimitar también el concepto de orden público.

Para ELVIRA PERALES, una de las autoras que se ha ocupado de este concepto en el Derecho de la Unión, el orden público es “un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación se complica por la necesidad de acudir a los ordenamientos de los Estados miembros para conocer cuáles son los valores que amparan, si bien será el Derecho de la Unión el que en última instancia determine la admisibilidad, en términos materiales y procesales, de las valoraciones estatales”⁶⁹⁴.

La misma autora reconoce que la doctrina hace varias diferenciaciones sobre el término de orden público, y señala que hay diferentes enfoques. Un sector de la doctrina diferencia, por un lado, un “orden público administrativo o material” y por otro lado un “orden público ideal o normativo”. El primero se vincula a las tareas de la policía y de seguridad pública y permite el desarrollo regular y pacífico de la convivencia. Sin embargo, el segundo significado haría referencia al “sistema de valores y principios que informan y fundan un ordenamiento determinado”⁶⁹⁵. Mientras tanto, otro sector de la doctrina diferencia entre los países de derecho civil o los países “*common law*”. Y un tercer grupo apunta a que el concepto de orden público puede tener diferentes acepciones dependiendo de la lengua utilizada⁶⁹⁶.

Lo cierto es que son muchos los autores que destacan la idea de que se trata de una “noción vaga, compleja, cambiante, un poco misteriosa, en todo caso difícil e incluso peligrosa de definir pues se relaciona con la circunstancia, la época, y el lugar en el que se invoca, y al mismo tiempo depende del entorno político, moral y religioso”⁶⁹⁷, construida fundamentalmente sobre la base de una casuística muy singular⁶⁹⁸. Por su parte, MARTÍN MARTÍNEZ señala que “la definición de orden público en el ámbito del Derecho de la Unión no está aún consolidada, por lo que puede calificarse de tentativa o emergente”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁴ Ascensión ELVIRA PERALES, “Libertad de circulación comunitaria y orden público en España”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 30, 2007, p. 36.

⁶⁹⁵ Francesca ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europe*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 27-28.

⁶⁹⁶ Ascensión ELVIRA PERALES, *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 39.

⁶⁹⁷ Alain PLANTEY, *Définition et principes de l'ordre public*, en R. POLIN (dir.): *L'ordre public*, PUF, 1996, p. 21. *Apud.* Jean-Manuel LARRALDE: “La constitutionnalisation de l'ordre public”, en Marie Joëlle REDOR (dir.), *L'ordre public ; ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux : actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Bruylant, Bruselas, 2001, p. 231.

⁶⁹⁸ Christoph LIEBSCHER, “European Public Policy. A Black Box?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 17, 2000, pp. 80-81.

⁶⁹⁹ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación...”, *cit.*, p. 776.

Según MOREIRO GONZÁLEZ, la noción de orden público es una noción propia del sistema jurídico de la Unión que debe diferenciarse de las nociones de orden público europeo y de orden público de los ordenamientos internos de los Estados miembros⁷⁰⁰.

Para REBOLLO PUIG, uno de los máximos especialistas en la doctrina española en materia de orden público, “decir que el orden público es un concepto jurídico indeterminado es demasiado optimista, demasiado benevolente y no suficientemente expresivo de su carácter evanescente y etéreo”⁷⁰¹. Este autor define al orden público como “un orden material y exterior, un estado de hecho contrario al desorden en el que se dan las condiciones mínimas imprescindibles para la convivencia colectiva y para que los individuos, como miembros de la comunidad, puedan desarrollar su vida sin peligros, sin miedos, sin intranquilidad por los daños o molestias que les puedan causar los demás y las circunstancias sociales”. El autor determina que el orden público se compone de tres elementos: la seguridad, la salubridad pública y la tranquilidad pública. Y señala que a veces se añade un cuarto elemento, como es, la moralidad pública. Aún así concluye que estos elementos son solamente orientativos, “porque el orden público no se deja encasillar, de modo que a veces hay aspectos que pueden considerarse incluidos en él, porque forman parte del mínimo de condiciones imprescindibles para la convivencia, aunque no encajen bien en ninguno de esos tres o cuatro elementos”⁷⁰².

Por excepción, algún autor se ha rebelado contra esta naturaleza evanescente del concepto y ha intentado vincularla a elementos normativos concretos. En este sentido, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR afirma, tras repasar la doctrina europea, que “el orden público solo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en las normas jurídicas. Así, solo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas en el Ordenamiento jurídico”⁷⁰³.

Asimismo, la jurisprudencia europea ha manifestado que el concepto de orden público es un concepto polisémico, no tiene un carácter unívoco, tiene un carácter ambivalente.

⁷⁰⁰ Carlos Javier MOREIRO GONZÁLEZ, “El juez nacional de medidas cautelares y la tutela del orden público y del interés público de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 54, 2016, p. 491.

⁷⁰¹ Manuel PUIG, “Prólogo”, en Miguel CASINO RUBIO, *Seguridad pública y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 14 y 16.

⁷⁰² Manuel REBOLLO PUIG, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo III*, Tecnos, 2017, pp. 28-29.

⁷⁰³ José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27, 1990, p. 15.

El TJUE ha dejado claro que no existe un concepto europeo de orden público, esto es, que no existe una definición de contenido exhaustivo del concepto de orden público y que no le corresponde a esta institución definir el contenido de este concepto⁷⁰⁴. De este modo, los Estados miembros gozan de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, el concepto de orden público. Por lo tanto, tal y como ha reconocido el TJUE, el concepto de orden público puede variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra⁷⁰⁵. Es decir, las exigencias imperativas del orden público nacional varían de un Estado a otro, como varían también en el tiempo en función de las condiciones sociológicas⁷⁰⁶. Ahora bien, cuando lo hacen en el contexto de la aplicación de la Directiva, los Estados miembros deben interpretar estrictamente esas circunstancias⁷⁰⁷.

En este sentido, el TJUE ha precisado que no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. Y que no existe una escala uniforme de valores que vinculen a los Estados miembros para calificar determinados comportamientos como contrarios al orden público, lo que conduce, como se ha ya señalado, a que los Estados miembros gocen de un amplísimo margen de apreciación⁷⁰⁸.

Sin embargo, el TJUE sí ha aceptado algunas medidas que pueden afectar al orden público. En este sentido, destacan varias sentencias.

La sentencia *Calfa*⁷⁰⁹ determinó que la normativa europea se oponía a una normativa nacional que obligaba al juez nacional a decretar la expulsión de por vida del territorio de los nacionales de los demás Estados miembros a los que se haya declarado culpables

⁷⁰⁴ Conclusiones de la Abogada General, SHARPSTON, presentadas el 12 de febrero de 2015, *Z. Zh y O*, as. C-554/13, ap. 35.

⁷⁰⁵ Véanse, en este sentido, Sentencia del TJUE de 4 de diciembre 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, ap. 18; Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn Wittgenstein*, as. C-208/09, ap. 87; Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, ap. 31; Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, *Jipa*, C-33/07, ap. 23.

⁷⁰⁶ Conclusiones del Abogado General MAYRAS, presentadas el 19 de febrero de 1975, *Bonsignore*, as. 67/74, p. 154.

⁷⁰⁷ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75 ap. 27; Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77, ap. 33; Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, *Jipa*, as. C-33/07, ap. 23.

⁷⁰⁸ Sentencia del TJUE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, as. ac. 115/81 y 116/81, ap. 8; Sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2015, *Z. Zh y O*, as. C-554/13, ap. 29; Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam*, as. C-357/98, ap. 26.

⁷⁰⁹ Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, as. C-348/96, aps. 22 y 29.

de los delitos de adquisición y tenencia de estupefacientes únicamente para su consumo personal. En ella se especificaba que “un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, con el fin de salvaguardar el orden público”. El concepto de orden público puede invocarse con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, porque solo cuando aquellas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro.

Por su parte, en otras sentencias el TJUE determinó que una condena por delito de proxenetismo puede hacer pensar que la presencia del acusado en el Estado de acogida constituye una amenaza para el orden público⁷¹⁰. Y que el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁷¹¹.

El TJUE del mismo modo ha aclarado que un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad o actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, pueden estar comprendidos en el concepto de orden público o seguridad pública. Y ha recordado que el concepto de orden público, enunciado en los artículos 27 y 28 de la Directiva 2004/38, ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que el recurso a ese concepto requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁷¹². El TJUE

⁷¹⁰ Sentencia del TJUE de 8 de abril de 1976, *Royer*, as. 48/75, ap. 8.

⁷¹¹ Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. C-36/02, ap. 30. Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de Scientologie*, C-54/99, ap. 17.

⁷¹² Sentencia del TJUE de 2 de mayo de 2018, as. ac. C-331/16 y C-366/16, *K. (Derecho de residencia y alegaciones de crímenes de guerra)*, aps. 41.

El asunto C-331/16. K. tuvo como demandante a K, quien poseía la nacionalidad croata y la bosnio-herzegovina. Llegó a los Países Bajos en 2001, acompañado por su esposa y un hijo menor de edad. El Sr. K. residió en los Países Bajos sin interrupción desde esa fecha. En 2006, la esposa del interesado dio a luz a su segundo hijo. En 2001, K. presentó ante el Secretario de Estado una primera solicitud de permiso de residencia de duración determinada en calidad de solicitante de asilo. Esta solicitud fue denegada y confirmada en sentencia del *Raad van State* (Consejo de Estado, Países Bajos). En 2011, K. presentó una nueva solicitud de asilo, que fue denegada y estaba acompañada de una prohibición de entrada en el territorio neerlandés por un período de diez años. Esta resolución, adquirió firmeza tras ser confirmada mediante sentencia del *Raad van State*. A raíz de la adhesión de la República de Croacia a la Unión, K. solicitó al Secretario de Estado, que revocara la prohibición de entrada en el territorio dictada contra él. El Secretario de Estado estimó esta solicitud, si bien declaró a K. persona indeseable en el territorio

neerlandés. Se alegaron que el recurrente había incurrido en conductas comprendidas en el artículo 1, sección F, letra a), de la Convención de Ginebra, al haber estado al corriente de la existencia de delitos de guerra y de delitos contra la humanidad cometidos por las unidades especiales del ejército bosnio y al haber participado personalmente en dichos delitos. El Secretario de Estado señaló también que la presencia de K. en el territorio neerlandés podía perjudicar a las relaciones internacionales del Reino de los Países Bajos y que debía impedirse que este Estado miembro se convirtiera en un país de acogida de personas respecto de las cuales hubiera motivos fundados para considerar que habían cometido delitos graves. Por otra parte, el Secretario de Estado consideró que la protección del orden público y de la seguridad pública exigía que se adoptaran todas las medidas necesarias para impedir que los ciudadanos neerlandeses entrasen en contacto con personas que, en su país de origen, habían incurrido en conductas graves comprendidas en la Convención de Ginebra. En particular, era absolutamente necesario evitar que las víctimas que habían tenido que padecer los hechos de los que se acusa a K., o a miembros de sus familias se encontrasen con él en los Países Bajos. Basándose en todas estas consideraciones, el Secretario de Estado concluyó, por una parte, que K. representaba una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la vida en sociedad en los Países Bajos y, por otra, que el derecho al respeto de la vida privada y familiar no impedía que K. fuera declarado persona indeseable. Ante esta situación, K. recurrió la decisión ante el órgano jurisdiccional remitente. En esencia, alegó que los motivos invocados por el Secretario de Estado para justificar su decisión eran insuficientes. En su opinión, además de la circunstancia de que las relaciones internacionales de un Estado miembro no forman parte del orden público, la actualidad de la amenaza que supuestamente representa se basa en presunciones de conductas en las que supuestamente había incurrido hacía más de dos décadas y en la tesis de que el hecho de que esas conductas estén comprendidas en la Convención de Ginebra constituye una amenaza permanente. Por otra parte, sostener que cualquier posible contacto en los Países Bajos de K. con una víctima supondría en sí un riesgo para el orden público ampliaría excesivamente el concepto de “orden público”. Además, a su entender, no se ha demostrado de manera convincente que en el territorio neerlandés se encuentren posibles víctimas suyas. K. añadió que, en cualquier caso, no había sido nunca juzgado ni mucho menos condenado por los hechos de los que se le acusa. El órgano jurisdiccional remitente indicó, que, desde la adhesión de Croacia a la Unión, el Derecho de la Unión es aplicable a la situación de K. Dado que la prohibición de entrada en el territorio neerlandés solo puede adoptarse frente a nacionales de terceros países, la decisión de 2013 por la que se prohíbe la entrada de K. en el territorio neerlandés por un período de diez años fue revocada. Contrariamente a la prohibición de entrada, una declaración de persona indeseable tiene, en principio, validez por un período indeterminado, si bien el interesado puede solicitar que se revoque una vez transcurrido cierto tiempo. Habida cuenta del lapso de tiempo transcurrido desde entonces, el órgano jurisdiccional remitente consideró que se planteaba la cuestión de si tales conductas representaban una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectaran a un interés fundamental de la sociedad en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva 2004/38.

Por su parte, en el asunto C-366/1626, H.F., de nacionalidad afgana, llegó a los Países Bajos en 2000 y presentó una solicitud de asilo. Mediante decisión de la autoridad neerlandesa competente se excluyó a H.F. del estatuto de refugiado. Esta decisión fue confirmada mediante sentencia del *rechtbankte's-Gravenhage* (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos). En 2006, la autoridad neerlandesa competente denegó a H.F. la concesión de un permiso de residencia temporal en los Países Bajos. Esta decisión fue confirmada también por el *rechtbankte's-Gravenhage*. Al adquirir firmeza la decisión, el Secretario de Estado adoptó respecto a H.F. una decisión de prohibición de entrada en el territorio. En 2011, H.F. y su hija se establecieron en Bélgica. H.F. presentó una solicitud de autorización de residencia en Bélgica, que se consideró inadmisibles mediante decisión del *gemachtigde van de staatssecretaris voor Aziel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging* (Delegado del Secretario de Estado de Asilo y

señaló que es cierto que el tiempo transcurrido desde la comisión de los actos es un elemento pertinente para apreciar la existencia de una amenaza (apartado 58). Igualmente, determinó que a pesar de que parezca poco probable que tales delitos o actos puedan reproducirse fuera de su contexto histórico y social concreto, una conducta del interesado que acredite que mantiene una actitud que menoscaba los valores fundamentales de la Unión (tales como la dignidad humana y los derechos humanos), puede constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (apartado 60).

El TJUE sentenció que el artículo 27.2 de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que a un ciudadano de la Unión, o a un nacional de un tercer país que sea miembro de la familia de dicho ciudadano, que solicita la concesión de un derecho de residencia en el territorio de un Estado miembro se le haya denegado, en el pasado, el estatuto de refugiado, no permite a las autoridades competentes de ese Estado miembro considerar automáticamente que su mera presencia en dicho territorio constituye, con independencia de que exista o no un riesgo de reincidencia, una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que justifique la adopción de medidas de orden público o seguridad pública (apartado 65).

Igualmente, en la sentencia *Stolichnaobshtina, rayon Pancharevo*⁷¹³ el TJUE reconoció que el vínculo de filiación entre la menor y dos madres no vulnera la identidad nacional

Migraciones, encargado de la simplificación administrativa, Bélgica, en adelante “delegado”). El mismo día, este dictó una decisión por la que se ordenaba a H.F. que abandonara el territorio belga. Contra estas dos decisiones H.F. interpuso recurso de anulación, del que posteriormente desistió. En marzo de 2013, H.F. presentó ante el delegado una solicitud de tarjeta de residencia en Bélgica como miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, ya que su hija tenía la nacionalidad neerlandesa. En agosto de ese mismo año, el delegado dictó una decisión de denegación de residencia con orden de abandonar el territorio belga. El recurso interpuesto por H.F. contra esta decisión fue desestimado. En 2014, H.F. presentó una tercera solicitud de tarjeta de residencia como miembro de la familia de un ciudadano de la Unión. Tras esta solicitud, el delegado dictó de nuevo una decisión de denegación de residencia con orden de abandonar el territorio. Esta fue recurrida por H.F. y anulada por el tribunal competente belga. A raíz de esta anulación, el delegado dictó, una decisión de denegación de residencia de más de tres meses sin orden de abandonar el territorio. Contra esta decisión H.F. interpuso un recurso de anulación ante el *Raadvoor Vreemdelingenbetwistingen* (Consejo del Contencioso de Extranjería, Bélgica). El delegado alegó que H.F. había cometido delitos comprendidos en la Convención de Ginebra. Concretamente, participó supuestamente en delitos de guerra o en delitos contra la humanidad, u ordenó que se cometieran tales delitos, en razón de las funciones que ejercía. Así pues, el delegado consideró que la amenaza para un interés fundamental de la sociedad que se deriva de la presencia de una persona como H.F., era actual de modo permanente por su propia naturaleza.

Véase también Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2015, *H.T.*, C-373/13, ap. 79.

⁷¹³ Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, *Stolichnaobshtina, rayon Pancharevo*, as. C-490/20, ap. 56. Una mujer nacional búlgara y otra mujer nacional del Reino Unido, nacida en Gibraltar,

ni amenaza el orden público de dicho Estado miembro. Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ el TJUE, una vez más, no respondió a la cuestión planteada sino a otra distinta, “y lo hace casi con desdén; juntando en el mismo viaje el concepto de identidad nacional con el de orden público y liquidándolos de un plumazo”⁷¹⁴.

Del mismo modo el TJUE se ha pronunciado sobre el orden público y los apellidos. Y ello porque en numerosos ordenamientos jurídicos la cuestión de los apellidos es una cuestión que afecta al orden público⁷¹⁵. El TJUE ha destacado en varias ocasiones los conflictos que pueden causar a la libertad de circulación que una persona posea una identidad diferente cuando se encuentre en un Estado miembro o en otro. El hecho de estar identificado con diferentes apellidos en diversos Estados de la Unión puede obstaculizar el derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros. En definitiva, el cambio forzoso en el nombre y apellido impuesto por un Estado como consecuencia de la adquisición de una nueva nacionalidad implicaría una vulneración de la protección del derecho al nombre.

De hecho, para ORTIZ VIDAL los Estados miembros pueden negarse a reconocer un nombre y apellidos legalmente establecidos en un Estado miembro, siempre que sus razones sean objetivas y proporcionadas de orden público o de interés general⁷¹⁶.

contrajeron matrimonio en Gibraltar en 2018. Ambas residían en España desde el año 2015. En diciembre de 2019, ambas mujeres tuvieron una hija, que nació y residía con sus dos progenitoras en España. El certificado de nacimiento de esta hija, expedido por las autoridades españolas, menciona a ambas mujeres como “madre A” y “madre”. En enero de 2020, se solicitó al municipio de Sofía (Bulgaria) que le expidiera un certificado de nacimiento a la nacida en España, por ser necesario, en particular, para la expedición de un documento de identidad búlgaro. La solicitud fue acompañada de una traducción al búlgaro, jurada y legalizada, del asiento del Registro Civil de Barcelona relativo al certificado de nacimiento de la niña. La niña ostentaba nacionalidad búlgara, a pesar de que no disponía de un certificado de nacimiento expedido por las autoridades búlgaras. El municipio denegó la expedición del certificado de nacimiento búlgaro al estimar que no había pruebas de la identidad de la madre biológica de la menor y al considerar que la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria al orden público de la República de Bulgaria, que no permite los matrimonios entre dos personas del mismo sexo.

⁷¹⁴ Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *Comentario publicado en La Ley Unión Europea*, n.º 102, 2022, p. 9.

⁷¹⁵ Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español, según la cual es preciso estimar que el principio de que todo español ha de ser designado legalmente por dos apellidos es un principio de orden público que afecta directamente a la organización social y que no es susceptible de variación alguna.

⁷¹⁶ María Dolores ORTIZ VIDAL, “Ilonka Furstin VonSayn-Wittgenstein: Una princesa en el derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2011, Vol. 3, n.º 2, p. 310.

En este sentido, podemos destacar fundamentalmente las sentencias, *Grunkin-Paul* y *Sayn Wittgenstein*.

En el caso *Grunkin-Paul*, el TJUE consideró insuficiente la argumentación del Gobierno alemán para activar el orden público internacional. Y dejó abierta la posibilidad de rechazo del régimen de apellidos otorgados en Dinamarca por cuestiones de orden público⁷¹⁷.

Sin embargo, en la sentencia *Sayn Wittgenstein*⁷¹⁸ el TJUE llegó a una conclusión distinta, ya que se admitió la concurrencia de una causa justificativa objetiva de orden público, derivada de la prohibición en Austria de los apellidos que incluyen títulos nobiliarios. El TJUE consideró que el obstáculo a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la Unión derivado del cambio de apellido se encontraba justificado, porque se fundamentaba en consideraciones objetivas y proporcionadas al fin legítimo perseguido con la abolición de la nobleza. La autoridad austriaca argumentó que la rectificación del apellido de la apelante podía implicarle un

⁷¹⁷ Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*, as. 353/06, ap. 38.

⁷¹⁸ Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn Wittgenstein*, as. C-208/09, aps. 86, 87, 90 y 91. El litigio se produjo entre la demandante, la Sra. Sayn-Wittgenstein, nacional austriaca que residía en Alemania, y el *Landeshauptmann von Wien* (Jefe de Gobierno del Land de Viena) en relación con la decisión de este último de rectificar la inscripción en el registro civil del apellido Fürstin von Sayn-Wittgenstein, adquirido en Alemania a raíz de una adopción por un nacional alemán, para sustituirlo por el apellido Sayn-Wittgenstein. La demandante fue adoptada por un ciudadano alemán, el Sr. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein. Consta que la adopción no tuvo efecto sobre la nacionalidad de esta última. La demandante vivía en Alemania en el momento de su adopción y se dedicaba a la venta de castillos y casas solariegas. Con posterioridad, las autoridades austriacas procedieron a la inscripción de dicho apellido en el registro civil austriaco. El *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional de Austria) había dictado sentencia donde declaró que la Ley de abolición de la nobleza, que tiene rango constitucional y que aplica el principio de igualdad en este ámbito, impedía a un ciudadano austriaco adquirir un apellido que incluyese un antiguo título nobiliario, aunque se tratara de un apellido adquirido como consecuencia de la adopción por un ciudadano alemán que tiene legalmente dicho título nobiliario como elemento constitutivo de su apellido. En efecto, los ciudadanos austriacos no están autorizados a utilizar títulos nobiliarios, incluidos los de origen extranjero. Además, el Tribunal Constitucional de Austria había confirmado que, a diferencia del Derecho alemán, el Derecho austriaco no admitía que los apellidos se formasen siguiendo normas diferentes para hombres y mujeres. Consecuentemente, el *Landeshauptmann von Wien* consideró que la partida de nacimiento de la demandante en el litigio principal posterior a la adopción era incorrecta. Ante esta situación, la demandante alegó que el no reconocimiento de los efectos de la adopción constituía un obstáculo a la libre circulación de personas porque se le obligaría a usar apellidos diferentes en diferentes Estados miembros. La demandante estimó, respecto al orden público, que los Estados miembros están obligados entre ellos a limitar su aplicación a los casos estrictamente necesarios e indispensables y, en los demás supuestos, a otorgar la mayor confianza posible a las decisiones de los otros Estados miembros y a reconocer dichas decisiones. La aplicación del orden público también presupone un fuerte vínculo, que no se genera por la mera nacionalidad.

obstáculo a su derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, si bien dicho obstáculo quedaba justificado en la medida en que la abolición de la nobleza constituía, en Austria, un principio constitucional.

En este sentido, el Estado austriaco invocó que la Ley de abolición de la nobleza debía interpretarse como una norma de orden público. El TJUE estimó que es legítimo que un Estado miembro se oponga al reconocimiento del apellido de la demandante, por entender que vulnera los principios esenciales de su ordenamiento. Por lo que concluyó que la negación del reconocimiento del apellido no se opone al Derecho de la Unión, siempre y cuando las medidas adoptadas por las autoridades nacionales estén justificadas por motivos de orden público y resulten proporcionadas para poder garantizar el principio de igualdad del ciudadano. Así que la autoridad austriaca puede negarse a reconocer el apellido de una ciudadana nacional austriaca tal y como le fue atribuido por la autoridad alemana, puesto que la determinación de dicho apellido, el cual contiene un título nobiliario, está prohibida por norma de rango constitucional en el Estado miembro del que la apelante es nacional.

El TJUE ha aclarado también que el concepto de “razones [o motivos] de orden público” se interpreta de manera diferente dependiendo de la Directiva en la que se utilice. Por ejemplo, el TJUE concluyó que el concepto de “riesgo para el orden público” que figura en el artículo 7.4 de la Directiva 2008/115 puede interpretarse de manera más amplia que el concepto de “razones [o motivos] de orden público” que figura en las Directivas 2004/38, 2003/109 y 2003/86, con la consecuencia de que la mera sospecha de que un nacional de un tercer país ha cometido un acto tipificado como delito conforme al Derecho nacional bastaría para acreditar que ese nacional representa un “riesgo para el orden público”, en el sentido del artículo 7.4 de la Directiva 2008/115⁷¹⁹. De hecho, para la Abogada General SHARPSTON no existe una definición

⁷¹⁹ Sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2015, *Z. Zh y O*, as. C-554/13, aps. 33 y 34. Conclusiones de la Abogada General SHARPSTON, ap. 35. Los dos litigios surgieron entre, por un lado, el Sr. Zh., nacional de un tercer país, y el *Minister voor Immigratie en Asiel* (Ministro de Inmigración y Asilo), y por otro lado, el *Staatssecretaris* y el Sr. O., nacional de un tercer país, en relación con decisiones por las que se denegaba a dichos nacionales un plazo de salida voluntaria y se les obligaba a abandonar inmediatamente el territorio de la Unión. Esto suponía una aplicación del artículo 7.4 de la Directiva 2008/115, que dispone que “si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria”. En el caso Sr. Zh., fue arrestado en junio de 2011 en el aeropuerto de Schiphol (Países Bajos), mientras se encontraba en tránsito a Canadá, debido a que viajaba con un documento de viaje falso. El *Staatssecretaris* ordenó al Sr. Zh. abandonar inmediatamente el territorio de la Unión. al considerar que representaba un riesgo para el orden público en el sentido del artículo 7.4 de la Directiva 2008/115. El Sr. O., por su parte, entró en los Países Bajos en enero de 2011 con un visado de estancia de corta duración con un período de validez de veintidós días. En noviembre del mismo año, el Sr. O. fue detenido al existir sospechas de maltrato a una mujer en el ámbito privado. El *Staatssecretaris* ordenó al

de contenido exhaustivo del concepto de orden público. En su opinión, no solo es difícil, sino incluso artificial intentar elaborar una definición; en particular, dado que los Estados miembros conservan un amplio margen de discrecionalidad sobre las circunstancias que justifican el recurso a la excepción de orden público.

Aunque el concepto de orden público es, como decíamos, un concepto no europeo, sino nacional, el TJUE sí ha intentado delimitar mínimamente sus contornos, sobre todo para tratar de diferenciarlo -no sin dificultades- del concepto de seguridad pública, que analizaremos más adelante. Así, el TJUE suele afirmar que el orden público comprende cualquier alteración del orden social que implique necesariamente la infracción de una ley, que constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave y que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁷²⁰.

Ahora bien, aunque se haya reconocido este margen de apreciación a los Estados miembros, el TJUE ha determinado que el alcance del orden público no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión⁷²¹. En consecuencia, se reconoce a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación, pero siempre dentro de los límites impuestos por los Tratados de la Unión, conforme al Derecho de la Unión y bajo el control del TJUE. Además, el hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede en ningún caso significar que no deba controlarse, por parte del TJUE, la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia⁷²².

En el ámbito español también se han producido intentos por parte de la jurisprudencia constitucional y ordinaria para definir el concepto de orden público. Por ejemplo, el TC ha afirmado que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”⁷²³. A principio de 2001, el TC reconoció que el orden público no podía ser interpretado en el

Sr. O. abandonar inmediatamente el territorio de la Unión. El *Staatssecretaris* consideró, pues, que el Sr. O. representaba un riesgo para el orden público en el sentido del artículo 7.4 de la Directiva 2008/115 y que, por ese motivo, no podía concedérsele un plazo de salida voluntaria. Aunque la sentencia hace referencia a ciudadanos de terceros Estados, es significativa la interpretación que hace sobre el concepto de orden público.

⁷²⁰ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, as. C-430/10, aps. 33 y 42.

⁷²¹ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75 ap. 27. Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77 ap. 17. Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. C-36/02, aps. 30 y 31.

⁷²² Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1999, *Laara*, as. C-124/97, ap. 36; Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 1999, *Zenatti*, as. C-67/98, ap. 34; Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) y otros*, as. C-6/01, ap. 80.

⁷²³ Sentencia del TC 33/1982, de 8 de junio. Sentencia del TC 19/1985, de 13 de febrero.

sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto. Y determinó que solo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite⁷²⁴.

El TS también ha intentado definir el concepto de orden público. En los años 80, afirmó que “el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente sus derechos y libertades”⁷²⁵. Posteriormente, el TS abordó el concepto de orden público y de seguridad pública de la normativa europea y nacional. Por ejemplo, en un asunto en el que se había denegado permiso de residencia y trabajo a un ciudadano alemán con numerosos antecedentes policiales y diligencias judiciales en curso pero que no había sido condenado en sentencia penal, el TS consideró que el recurrente había mantenido a lo largo de los diez últimos años una trayectoria de comportamiento contraria al orden público pues, con independencia de no haber sido condenado, su comportamiento se había situado al margen de las normas conformadoras del orden público, por lo que se concluyó que, de conformidad con la jurisprudencia europea, sus actividades podían calificarse como contrarias al orden público al ser una “amenaza real y suficientemente grave”⁷²⁶.

Igualmente, el TS ha señalado que dentro del concepto de orden público las conductas susceptibles de ser tipificadas penalmente, además de cualesquiera otras que puedan menoscabar la normal y pacífica convivencia ciudadana aun cuando no sean constitutivas de infracción penal. Y ha reconocido que el concepto de orden público ha sido integrado por la jurisprudencia del TC conforme a la cual hay que entender por orden público los actos contrarios al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. De esta forma, el concepto “orden público” ha sido interpretado por la jurisprudencia como la existencia de “una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, porque solo cuando aquellas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro”⁷²⁷.

⁷²⁴ Sentencia del TC 46/2001, de 15 de febrero.

⁷²⁵ Sentencia del TS de 20 de enero de 1989 (ponente: GARCÍA ESTRATUS), ECLI:ES:TS:1989:13300.

⁷²⁶ Sentencia del TS 20 de junio de 1988 (ponente: GARAYO SÁNCHEZ), ECLI:ES:TS:1988:4697.

⁷²⁷ Sentencia del TS de 11 de diciembre de 2003, rec. 5181/1999 (ponente: PUENTE PRIETO), ECLI:ES:TS:2003:7979.

El TS ha manifestado que el concepto de orden público exige interpretarse de manera ponderada⁷²⁸. Además, dado que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, su concreción se realizará necesariamente caso por caso; es decir, solo podremos determinar si una conducta supone una amenaza para el orden público en el caso concreto. Un buen ejemplo de ello es la STS de 14 de febrero de 2022, en la que se denegó la entrada a una ciudadana extranjera por motivos de orden público, motivándose la prohibición de entrada en España en la agresividad mostrada por la recurrente contra los agentes en el preceptivo control de pasaportes. Además, quedó constancia de que la actora mantuvo una actitud no solo agresiva e insultante sino también de desobediencia a los funcionarios de policía. Una actitud que afectaba en sí misma el orden público y era susceptible de fundar razonablemente una sospecha en el sentido que la permanencia de la actora en España podía comportar un riesgo para la seguridad o el orden públicos. Por lo tanto, el TS alegó que no se podía considerar desproporcionada la valoración efectuada por la Administración, y que supuso la prohibición de entrada en España de la demandante.

Del mismo modo, la jurisprudencia española ha determinado que la comisión de delitos de violencia de género por parte de un ciudadano de la Unión determina que su conducta constituye una amenaza grave, real y efectiva contra la seguridad ciudadana y el orden público y determina su expulsión. Y ha reconocido que esta conducta lesiona los principios de una sociedad democrática, al suponer un constante ataque a la paz social y al orden público, al requerir continuas actuaciones de las fuerzas de seguridad⁷²⁹.

⁷²⁸ Sentencia del TS de 14 de febrero 2022, res. 180/2022 (ponente: OLEA GODOY), ECLI:ES:TS:2022:589. La cuestión litigiosa se planteó para dilucidar si la actitud observada por la ciudadana extranjera, rusa, en el puesto fronterizo en el momento de realizar el control de acceso a territorio español podía considerarse como conducta que supusiera una amenaza para la seguridad y el orden público determinante de la prohibición de entrada en territorio español. Los hechos ocurrieron en el puesto fronterizo del aeropuerto de El Prat de Barcelona, donde se le denegó la entrada en territorio español y se le ordenó el retorno al lugar de procedencia alegando la situación de excitación y agresividad hacia los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dado su nerviosismo e incomprensión por la situación padecida. El tribunal concluyó que la actitud agresiva, insultante y de desobediencia de una extranjera en el puesto fronterizo justifica que se deniegue la entrada en España. Aunque la sentencia trata de una ciudadana de un tercer Estado, la sentencia es significativa respecto al concepto de orden público.

⁷²⁹ Sentencia del TSJ de Castilla y León de 25 de octubre de 2018, res. 958/2018 (ponente: PARDO MUÑOZ), ECLI:ES:TSJCL:2018:3882. La sentencia objeto de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el demandante, nacional de Portugal, contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Salamanca, que acordaba denegar la revocación de la resolución de expulsión, por entender que la Administración había acordado la expulsión de España del demandante por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 RD, pues existían una serie de circunstancias que acreditaban una situación de amenaza actual y real del orden público. Se constató que el demandante había sido condenado por delitos cometidos en el ámbito familiar y contra la seguridad vial. Además, quedó probado

Por lo que se refiere a delitos como robo con fuerza en las cosas en casa habitada, nuestros tribunales vienen exigiendo una habitualidad en el infractor en aras de ser considerado como una amenaza para el orden público o la seguridad pública⁷³⁰.

También se considera que existe una amenaza grave, real efectiva que afecta tanto a la seguridad ciudadana como el orden público cuando se ha producido una retahíla de condenas y un sinnúmero de detenciones⁷³¹, o cuando se ha demostrado una amplia trayectoria delictiva del foráneo⁷³².

III. RIESGO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA

La seguridad pública es una de las razones por las que se puede limitar la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión. Este concepto va de la mano del concepto de orden público⁷³³. Ambos conceptos son difíciles de definir y de diferenciar;

que no acreditó disponer de medios de vida legales conocidos y suficientes (que cubriesen su sustento y asistencia sanitaria), ni la existencia de arraigo social o laboral alguno; y que respecto a los vínculos familiares alegados, carecía de total relevancia cuando había sido condenado por delitos cometidos en el seno familiar, no acreditándose que mantuviese relación con sus hijos ni contribuyese a su sustento. Sentencia del TSJ Castilla y León de 27 de octubre de 2017, res. 1206/2017 (ponente: LALLANA DUPLA). ECLI:ES:TSJCL:2017:4217.

⁷³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 7 de abril de 2016, res. 75/2016 (ponente: MARTELO PÉREZ), ECLI:ES:APC:2016:1052. Las recurrentes eran dos ciudadanas europeas, una con nacionalidad croata y otra nacida en Italia sin nacionalidad acreditada a las que se condenó por delitos de robo con fuerza en las cosas.

⁷³¹ Sentencia del TSJ de Casilla y León de 3 de noviembre de 2017, res. 130/2017 (ponente: José Matías ALONSO MILLÁN), ECLI:ES:TSJCL:2017:4006. El demandante, de nacionalidad rumana, tenía un fuerte arraigo en España, y llevaba residiendo en este país desde hace más de dieciséis años. Se constató que no tenía en dicho país ningún vínculo familiar, y ello porque sus padres fallecieron muchos años atrás, además de otros dos hermanos, y su única hermana residía en España. Además, desde hacía más de ocho años tenía una pareja sentimental que era ciudadana de la Unión.

⁷³² Sentencia del TSJ Galicia de 18 de octubre de 2017, res. 495/2017 (ponente: RIVERA FRADE), ECLI:ES:TSJGAL:2017:6449. El demandante era un ciudadano de la República Dominicana casado con una ciudadana española y con dos hijas españolas.

⁷³³ Sentencia del TJUE de 15 de febrero de 2016, *N*, as. C-601/15, ap. 66. Aunque la sentencia hace referencia a un ciudadano de un tercer Estado es importante porque es un claro ejemplo de que a veces se usa indistintamente el concepto de seguridad pública y el concepto de orden público. El litigio tuvo lugar en el marco del procedimiento prejudicial de urgencia, que examinó, a la luz de la CDFUE, la validez del artículo 8.3.1e) Directiva 2013/33, que permite internar a un solicitante de asilo cuando lo exija la protección de la seguridad nacional o del orden público. El demandante había entrado en los Países Bajos y había presentado, entre 1995 y 2013, tres solicitudes de asilo que habían sido desestimadas por las autoridades neerlandesas. Las resoluciones fueron ratificadas mediante sentencia firme. Cuando desestimó la última de dichas solicitudes, la autoridad competente ordenó que el demandante abandonase el territorio de la Unión y le impuso una prohibición de entrada. Entre 1999 y 2015, el interesado había sido condenado en repetidas ocasiones por diversas infracciones. En 2015, mientras cumplía una pena de privación de libertad por haber cometido un robo y haber quebrantado la prohibición de entrada, había

y habitualmente se solapan⁷³⁴. Lo cierto es que tanto el concepto de orden público como el de seguridad pública son habitualmente utilizados simultánea e indistintamente por parte de los Estados miembros.

El Derecho de la Unión no define el concepto de seguridad pública, como ha denunciado la doctrina⁷³⁵. No existe una definición ni en los Tratados ni en el Derecho derivado. Frente a todo ello, la Comisión Europea, en su *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2004/38*⁷³⁶, determinó que es crucial que los Estados miembros definan claramente los intereses protegidos de la sociedad, y distingan claramente entre orden público y seguridad pública. Según este informe, la seguridad pública no puede ampliarse a medidas que deban estar cubiertas por el concepto de orden público. Siguiendo las pautas de este Informe, y con el fin de ayudar a perfilar mejor ambos conceptos, se interpreta que la seguridad pública cubre tanto la seguridad interna como

presentado una cuarta solicitud de asilo y, posteriormente, había sido internado. Ante esta circunstancia, el demandante consideraba que su internamiento era contrario al artículo 5.1.f) CDFUE que establece que el internamiento de un extranjero solo puede justificarse por el hecho de que esté en curso un procedimiento de expulsión o de extradición. El TJUE manifestó que la Directiva 2013/33 establece una limitación al ejercicio del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 6 de la Carta (apartado. 49). Y recordó que solo pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la CDFUE cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión. A este respecto, señaló que la protección de la seguridad nacional y del orden público constituyen tal objetivo. Así pues, el internamiento de un solicitante de asilo cuando lo exige la protección de la seguridad nacional o del orden público es una limitación al derecho a la libertad de esa persona que se prevé en la lista exhaustiva que figura en el artículo 8, apartado 3, párrafo primero, de la Directiva 2013/33. Por su propia naturaleza, es una medida idónea para proteger al público del peligro que puede constituir el comportamiento de una persona en esa situación y permite alcanzar dicho objetivo de interés general (apartado 55). Por lo tanto, el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva 2013/33 respeta el justo equilibrio entre, por un lado, el derecho a la libertad del solicitante y, por otro lado, las exigencias estrictamente necesarias para la protección de la seguridad nacional y del orden público. Sobre este particular, subrayó que dicha disposición de la Directiva no puede servir de fundamento para medidas de internamiento sin que las autoridades nacionales competentes hayan comprobado previamente, caso por caso, si el peligro que el interesado hace correr a la seguridad nacional o al orden público corresponde al menos a la gravedad de la injerencia en su derecho a la libertad que una medida de ese tipo constituye. Por consiguiente, el TJUE concluyó que el examen del artículo 8.3.1.e) Directiva 2013/33 no revelaba ningún elemento que pudiera afectar a su validez por lo que respecta al nivel de protección establecido en los artículos 6 y 52 CDFUE. (apartado 82). Por cuanto ahora importa, debemos destacar que la sentencia trató de manera indiferenciada los conceptos de seguridad pública y orden público a lo largo de su razonamiento.

⁷³⁴ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación...”, *cit.*, p. 776.

⁷³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a “las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública”*. COM (1999) 372 final, Bruselas, 19.07.1999. Punto 3.1.1.

⁷³⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38*. COM (2008) 840 final, Bruselas, 10.12.2008. Punto 3.1.

externa en el sentido de proteger la integridad del territorio de un Estado miembro y sus instituciones.

La Comisión Europea tiene especial interés en hacer una diferenciación entre el concepto de orden público y el concepto de seguridad pública. La importancia de esta diferenciación se vincula a los efectos de “la protección ultra-reforzada” frente a la expulsión para los residentes de larga duración. Es decir, la expulsión del residente de larga duración solo podrá basarse en “motivos imperiosos de seguridad pública”.

Al igual que en la definición de orden público, la definición de seguridad pública queda en manos de los Estados miembros. Como subraya ELVIRA PERALES, el orden público y la seguridad pública “son conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación se complica por la necesidad de acudir a los ordenamientos de los Estados miembros para conocer cuáles son los valores que amparan, si bien será el Derecho de la Unión el que en última instancia determine la admisibilidad, en términos materiales y procesales, de las valoraciones estatales”⁷³⁷. En el mismo sentido, DE LA MORENA Y DE LA MORENA, mantiene que “la cláusula general de seguridad pública u orden público encierra un típico concepto jurídico indeterminado. O, si se prefiere, un concepto formal susceptible de albergar diversos contenidos materiales, merecedores, por ello, y en principio, de una desigual valoración y tratamiento jurídicos”⁷³⁸. Por tal motivo, ambos conceptos necesitan su concreción⁷³⁹.

Los Estados miembros son los que tienen un margen de apreciación en torno a qué conductas consideran que pueden afectar a la seguridad pública. Son los Estados miembros los que tienen que establecer, los que tienen que determinar el alcance del concepto de seguridad pública de acuerdo con su legislación nacional y dentro de los límites, eso sí, marcados por la jurisprudencia del TJUE⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Ascensión ELVIRA PERALES, *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea. Límites por razón de orden público*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2017, p. 52.

⁷³⁸ Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA, “La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 109, enero/abril 1986, p. 334.

⁷³⁹ Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA, “Los conceptos de «orden público» y de «seguridad ciudadana» en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y su incidencia sobre policías autonómicas y municipal”, *Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, n.º 234, 1987, p. 311.

⁷⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública*. COM (1999) 372 final, Bruselas, 19.07.1999. Punto 3.1.1.

De acuerdo con ello, los Estados miembros son libres y siguen siendo competentes para determinar los requisitos de seguridad pública de conformidad con sus necesidades, por lo que estos pueden variar de un Estado miembro a otro y de un período a otro⁷⁴¹. Sin embargo, cuando lo hacen en el contexto de la aplicación de la Directiva 2004/38, deben interpretar estrictamente esos requisitos⁷⁴².

La doctrina ha desarrollado el concepto de seguridad pública.

El autor REBOLLO PUIG define la seguridad pública como “el estado de hecho en el que no hay, o los hay en medida reducida, peligros para las personas y los bienes provenientes de la violencia y de los accidentes”⁷⁴³.

ELVIRA PERALES considera que la seguridad pública hace referencia a una alteración que afecta a la seguridad interior y exterior del Estado, no a una simple alteración del orden, que estaría vinculada solo al orden público. Y añade que la seguridad pública es un concepto de referencia estatal animado por un significado militar y político, donde el Estado-poder es objeto inmediato de protección en el plano interno y externo⁷⁴⁴.

Para RAIMONDI, la seguridad pública se configura como un “interés colectivo, de carácter general, referido a la colectividad”⁷⁴⁵.

RIDAURA considera que el concepto de seguridad pública es un concepto polisémico, con una no siempre bien definida utilización y con elementos, aspectos o vertientes no siempre fácilmente encajables en sus tradicionales configuraciones científicas. Del mismo modo, reconoce que la seguridad pública tiene como objeto la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano⁷⁴⁶.

⁷⁴¹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/3. Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir*. Punto 3.8.1.

⁷⁴² Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, ap. 27; Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77, ap. 33; Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2008, *Jipa*, as. C-33/07, ap. 23.

⁷⁴³ Manuel REBOLLO PUIG, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo III*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 21-22.

⁷⁴⁴ Ascensión ELVIRA PERALES, *Libertad de circulación...*, cit., p. 52.

⁷⁴⁵ Salvatore RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, Diritto Amministrativo, Giuffrè, 2006, n.º 4, p. 752.

⁷⁴⁶ María Josefa RIDAURA MARTÍNEZ, “La seguridad ciudadana como función del estado”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62/2, julio/diciembre 2014, pp. 319 y 333.

Junto a la doctrina, y como hemos avanzado, el TJUE ha dado margen a los Estados miembros para que determinen qué conductas pueden afectar al orden público y qué conductas pueden afectar a la seguridad pública. En este sentido, el TJUE ha aclarado que el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios a la seguridad pública⁷⁴⁷. Ahora bien, el TJUE sí puede controlar a los Estados miembros para que estos no superen los límites externos del concepto nacional de seguridad pública.

El TJUE ha determinado que el concepto de seguridad pública se refiere tanto a la seguridad interior de un Estado miembro como a su seguridad exterior, comprende tanto “la seguridad y la defensa nacional y, por tanto, pretende salvaguardar la seguridad interna y externa”⁷⁴⁸. La seguridad interior puede verse afectada, en particular, por una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población del Estado miembro de que se trate⁷⁴⁹. En cuanto a la seguridad exterior, esta puede resultar afectada, en particular, por el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores de ese Estado miembro o de la coexistencia pacífica de los pueblos⁷⁵⁰.

El TJUE ha interpretado el concepto de seguridad pública en varios pronunciamientos, destacando la sentencia *Tsakouridis*⁷⁵¹. En las conclusiones presentadas el 8 de junio de

⁷⁴⁷ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, as. *P.I.*, as. C-348/09, ap. 21.

⁷⁴⁸ Véase, en este sentido, Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1999, *Sirdar*, as. C-273/97, ap. 17; Sentencia del TJUE de 11 de enero de 2000, *Kreil*, as. C-285/98, aps. 15 y 17; Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2000, *Albore*, as. C-423/98, ap. 18 y siguientes; Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2003, *Dory*, as. C-186/01, ap. 32. Estas sentencias no hacen referencia a la libertad de circulación y residencia, pero sí definen el concepto de seguridad pública.

⁷⁴⁹ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, *P. I.*, as. C-348/09, ap. 28.

⁷⁵⁰ Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, as. C-145/09, ap. 44.

⁷⁵¹ Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, as. C-145/09. La sentencia surgió en el marco de un litigio entre el *Land Baden-Württemberg* y el Sr. Tsakouridis, de nacionalidad griega, en relación con la resolución de dicho *Land* que declaraba la pérdida del derecho de entrada y de residencia del Sr. Tsakouridis en el territorio de la República Federal de Alemania, junto con el apercibimiento de una decisión de expulsión en su contra. El Sr. Tsakouridis nació en Alemania y años más tarde obtuvo un permiso de residencia por tiempo indefinido en ese Estado miembro. Posteriormente estuvo trabajando en Grecia, y fue detenido en Grecia y trasladado a Alemania, teniendo varios antecedentes penales. Las autoridades alemanas declararon la pérdida de su derecho de entrada y de residencia en territorio alemán y le informaron de que podía ser objeto de una medida de expulsión a Grecia sin fijar un plazo para su salida voluntaria. Las autoridades alemanas alegaron que las medidas estaban justificadas por motivos imperiosos de seguridad pública. Además, determinaron que el demandante se había mostrado indiferente hacia los problemas causados a la sociedad en general. El demandante interpuso un recurso ante esta decisión alegando que la mayor parte de su familia vivía en Alemania, que solo era un miembro subalterno de la banda organizada, que su padre vivía en Alemania y que le visitaba habitualmente en la cárcel. A su vez alegó que se entregó voluntariamente a la policía, lo que demostraba, en su opinión, que

2010, el Abogado General BOT, determinó que el concepto de seguridad pública no tiene por qué interpretarse exclusivamente en un sentido estricto sobre la salvaguardia de la seguridad exterior, concepto que únicamente “guarda relación con la seguridad de un Estado miembro en sus relaciones con los demás Estados miembros” (apartado 58). Y subrayó que una de las finalidades de la Unión es crear un espacio de seguridad y que cada Estado miembro debe de velar por su seguridad como deber fundamental dentro de su territorio (apartado 61). A la misma vez, estableció que los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias de la seguridad pública de conformidad con sus necesidades nacionales (apartado 62) y que la seguridad pública debe entenderse, por tanto, como comprensiva no solo de la seguridad del Estado miembro y de sus instituciones, sino también del conjunto de las medidas destinadas a responder a los ataques graves contra los valores esenciales de protección de sus ciudadanos (apartado 77). En consecuencia, consideró que el ataque al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, el ataque a intereses militares, pueden afectar a la seguridad pública (apartado 58). Esta última afirmación se basaba, además, en tres sentencias especialmente relevantes que merece la pena reseñar⁷⁵²:

- En la sentencia *Campus Oil y otros*, el litigio se produjo entre seis empresas irlandesas que comercializaban productos petrolíferos y el Estado irlandés y la *Irish National Petroleum Corporation*. El TJUE señaló que la interrupción del abastecimiento de productos petrolíferos y los riesgos que de ello se derivan para la existencia de un Estado pueden afectar gravemente su seguridad pública. Y concluyó que habida cuenta de la magnitud de las consecuencias que para la existencia de un Estado puede tener la interrupción del abastecimiento de productos petrolíferos, es dable considerar que el objetivo consistente en asegurar en cualquier momento el abastecimiento mínimo de productos petrolíferos supera las consideraciones de índole

no representaba ya un peligro para la sociedad después de haber cumplido su pena, de modo que la declaración de pérdida de su derecho a entrar y residir en territorio alemán resultaba desproporcionada. Finalmente, el *Verwaltungsgericht Stuttgart* anuló la resolución del *Regierungspräsidium Stuttgart* alegando que una condena penal no era suficiente por sí sola para fundar la pérdida del derecho de entrada y de residencia de un ciudadano de la Unión, pérdida que exigía una amenaza efectiva y suficientemente grave que afectara a un interés fundamental de la sociedad. Y añadió que solo podía declararse la pérdida del derecho de entrada y de residencia en un caso como el del Sr. Tsakouridis, que ha residido durante más de diez años en territorio alemán, si concurren motivos imperiosos de seguridad pública.

⁷⁵² Véanse, en particular, Sentencia del TJUE de 10 de julio de 1984, *Campus Oil y otros*, 72/83, aps. 34 y 35; Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1995, *Werner*, C-70/94, ap. 27; Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2000, *Albore*, as. C-423/98, ap. 22, y Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2001, *Comisión/Grecia*, as. C-398/98, ap. 29.

meramente económica y, por lo tanto, puede constituir un objetivo incluido en el concepto de seguridad pública.

- En la sentencia *Werner*, el litigio tuvo lugar entre *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH* (sociedad Werner) y la República Federal de Alemania, representada por el Ministro de Economía federal, representado, a su vez, por el *Bundesausfuhramt* (Oficina Federal de Comercio Exterior). La sociedad Werner recibió el encargo de suministrar un horno de inducción al vacío y sus correspondientes bobinas de inducción a Libia. La empresa solicitó la autorización para la exportación, pero le fue denegada, lo que se justificó aduciendo que el material podía ser utilizado con fines militares. Ante esta denegación, la empresa presentó un recurso. El TJUE señaló que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos podía afectar a la seguridad exterior de un Estado miembro. Y concluyó que el artículo 113 del TCE y, especialmente, el artículo 11 del Reglamento (CEE) 2603/69 del Consejo, de 20 de diciembre de 1969, por el que se establecía un régimen común aplicable a las exportaciones, no se oponen a determinadas disposiciones nacionales, aplicables a los intercambios con países terceros, en virtud de las cuales la exportación de un producto que pueda utilizarse con fines militares está sujeta a autorización con el fin de evitar el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores, que podrían afectar a la seguridad pública de un Estado miembro en el sentido del artículo 11 del Reglamento.

- Finalmente, en la sentencia *Comisión/Grecia*, la Comisión interpuso un recurso con objeto de que se declarara que la República Helénica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 30 del TCE (actual artículo 36 TFUE) al haber establecido y mantenido en vigor un régimen de almacenamiento de productos petrolíferos que supeditaba directamente la posibilidad de transferir la obligación de almacenamiento a la adquisición de productos petrolíferos en refinerías establecidas en la República Helénica a la exigencia de aprovisionarse de productos petrolíferos en esta y al haber prohibido a las gasolineras que se abastecieran en las refinerías o en otro Estado miembro. El Gobierno helénico invocó el objetivo de mantener reservas de productos petrolíferos en el territorio griego por razones de seguridad pública. El TJUE determinó que era cierto que el mantenimiento en el territorio nacional de reservas de productos petrolíferos que permitan garantizar la continuidad en el suministro de productos petrolíferos constituía un objetivo de seguridad pública, pero consideró que el objetivo de seguridad pública podría haberse alcanzado con medidas menos restrictivas.

En concordancia con las conclusiones del Abogado General BOT, la sentencia determinó que la seguridad pública solo comprende la seguridad interior y exterior de un Estado

miembro y, por lo tanto, es un concepto más limitado que el de orden público, que comprende asimismo el orden penal interno (apartado 20).

Años después, el Abogado General BOT, en sus conclusiones en la sentencia *P.I.*, volvió a delimitar el concepto de orden público y el concepto de seguridad pública⁷⁵³. BOT señaló que la afectación a la seguridad pública no deriva de forma automática del solo hecho de haber cometido una infracción penal, sino de una conducta infractora especialmente grave en sí misma y en sus efectos, que van más allá del perjuicio individual causado a la o las víctimas. Igualmente, determinó que los dos conceptos no son, por tanto, idénticos y, aunque toda conducta que crea un peligro para la seguridad perturba por definición el orden público, la proposición inversa no es cierta, incluso si el acto cometido, cuando llega a ser conocido, puede suscitar en la opinión pública una emoción que es reflejo de la perturbación causada por la infracción (apartado 38). Finalmente, añadió que la determinación de una conducta como atentatoria del orden público o la seguridad pública no solo depende de la gravedad de la infracción cometida sino también de su naturaleza (apartado 39).

El TJUE concluyó que el artículo 28.3.a) de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83.1.2 TFUE constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad. Que este

⁷⁵³ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, as. *P.I.*, as. C-348/09. La sentencia *P.I.* surgió como consecuencia de un litigio entre el Sr. I., de nacionalidad italiana, y la *Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* (Alemania) acerca de la resolución de esta última que declaró la pérdida del derecho de entrada y de residencia del Sr. I. en el territorio alemán y por la que ordenaba la salida de este, en defecto de lo cual sería expulsado a Italia. El Sr. I. había nacido en Italia y se había trasladado posteriormente a Alemania, se le concedió la tarjeta de residencia y posteriores renovaciones. El Sr. I. fue condenado mediante sentencia firme por abusos sexuales, agresión sexual y violación de una menor, hija de su pareja, a una pena privativa de libertad de siete años y seis meses. El demandante interpuso un recurso contra la orden de expulsión y solicitó la suspensión de su ejecución. La entidad judicial competente alemana planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Comprendía el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” a que se refiere el artículo 28.3 de la Directiva 2004/38 solamente los riesgos para la seguridad interior y exterior del Estado, entendida como la permanencia del Estado con sus instituciones y sus servicios públicos fundamentales, la supervivencia de la población, las relaciones exteriores y la convivencia pacífica de los pueblos?”. En las conclusiones del Abogado General BOT, este reconoció en el punto 28 “que, aunque es innegable que el abuso sexual de un menor de 14 años, la agresión sexual y la violación constituyen un ataque especialmente grave a un valor fundamental de la sociedad, no considero que esta clase de actos estén comprendidos en el concepto de “seguridad pública”, en el sentido del artículo 28.3 de la Directiva 2004/38”. El Abogado General reconoció el grave daño que suponía para la sociedad, pero no lo consideró agresión a la “seguridad pública”. Además, determinó, en el punto 44 de sus conclusiones, que “aunque el Sr. I. constituye innegablemente un peligro en la esfera familiar, no está acreditado por la naturaleza de los actos cometidos que constituya una amenaza para la seguridad de los ciudadanos de la Unión”.

menoscabo es capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que, por consiguiente, cabe incluirlos en el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” que pueden justificar una medida de expulsión, siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves. El extremo de que sea especialmente grave incumbe verificarlo al tribunal remitente, basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce (apartados 28 y 33).

Así mismo, en la sentencia ZZ⁷⁵⁴, nuevamente, el Abogado General BOT, incidió en la diferenciación entre orden público y seguridad pública. Afirmó que la concurrencia de motivos imperiosos de seguridad pública es un concepto considerablemente más estricto que el de motivos graves de orden público. Según su argumentación, cuando la Directiva 2004/38 se refiere a este término en su artículo 28.3, el legislador de la Unión ha pretendido claramente circunscribir las medidas fundadas en dicho apartado 3 a “circunstancias excepcionales”. Del mismo modo, añadió que debe de tratarse de un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población (apartados 48 y 49).

Además, el TJUE ha declarado que el tráfico de estupefacientes mediante banda organizada en la medida que, como declara la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros⁷⁵⁵. Y que los abusos sexuales y explotación de menores constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves⁷⁵⁶.

Otra cuestión en relación con el concepto de seguridad pública es si incluye el terrorismo. La Comisión considera que los actos de terrorismo constituyen una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la

⁷⁵⁴ Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, as. C-300/11. El demandante poseía la doble nacionalidad francesa y argelina. Estaba casado con una nacional del Reino Unido y se le concedió un derecho de residencia permanente en el Reino Unido. Tras un viaje a Argelia, las autoridades del Reino Unido decidieron revocar su derecho de residencia permanente y prohibirle la entrada en el territorio del Reino Unido, basándose en que su presencia era perjudicial para el interés general.

⁷⁵⁵ Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, as. C-145/09, ap. 46.

⁷⁵⁶ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, P.I, as. C-348/09, ap. 33.

igualdad y la solidaridad, el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y representan uno de los ataques más graves contra los principios de la democracia y del Estado de Derecho, en los que se basa la Unión⁷⁵⁷. Años antes, el Consejo ya había tipificado como delitos determinados actos terroristas, entre ellos, la comisión de atentados terroristas, la participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el apoyo financiero a dichas actividades, la provocación, la captación y el adiestramiento de terroristas, e incluyó normas sobre complicidad, inducción y tentativa en relación con los delitos de terrorismo⁷⁵⁸.

Atendiendo a todo ello, el TJUE ha definido el terrorismo como una actividad delictiva de inspiración totalitaria que niega el principio de la libertad individual y cuya finalidad es hacerse con los poderes político, económico y judicial en una determinada sociedad, con el fin de implantar la ideología en la que se basa, y expresamente ha considerado atentatorio de la seguridad pública la pertenencia a grupos terroristas⁷⁵⁹.

IV. RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA

1. Concepto de salud pública

El concepto de salud pública, a diferencia de los conceptos de seguridad pública y orden público, es más concreto, pues se identifica con el riesgo sanitario de enfermedades epidémicas⁷⁶⁰.

Tanto la normativa europea como la española, artículo 29.1 Directiva 2004/38 y artículo 15.9 RD 240/2007, en relación con la salud pública, establecen que “las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la OMS, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias

⁷⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo*. COM (2015) 625 final 2015/0281 (COD), Bruselas, 2.12.2015.

⁷⁵⁸ Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. (DO L 164 de 22.6.2002, p. 3), en su versión modificada por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo (DO L 330 de 9.12.2008, p. 31).

⁷⁵⁹ Conclusiones presentadas por el Abogado General en la sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2012, Z.Z, as. C-300/11, ap. 36.

⁷⁶⁰ Naturalmente, el concepto de salud pública puede ser mucho más amplio que el recogido en texto, como ha explicado recientemente Manuel IZQUIERDO CARRASCO, “COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad”, *REALA Nueva Época*, n.º 7, 2022, pp. 9-10. Nos referimos, exclusivamente, al sentido que se ha dado a la cláusula de salud pública a los efectos de limitar la libre circulación de personas.

contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales”.

Las enfermedades que contempla el Reglamento Sanitario Internacional de la OMS, adoptado en 2005⁷⁶¹ y en vigor desde 2007, son las siguientes: gripe, poliomielitis, síndrome respiratorio agudo severo, varicela, cólera y otras enfermedades diarreicas epidémicas, meningitis, peste, fiebres hemorrágicas, fiebre amarilla, carbunco, resistencia antimicrobiana, dengue, VIH/SIDA, paludismo, sarampión, tuberculosis y zoonosis. Para que una enfermedad pueda ser causa para limitar el derecho de circulación tiene que ser expresamente declarado por la OMS.

2. Las garantías de esta cláusula

De conformidad con la Directiva 2004/38, cualquier orden de expulsión por razones de salud pública está sometida a una cautela temporal, puesto que las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión del territorio (artículo 29.2).

En los casos individuales en los que existan indicios graves que lo justifiquen, podrá someterse a la persona incluida en el ámbito de aplicación del RD 240/2007, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada a España, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padece ninguna de las enfermedades mencionadas en este apartado. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático (artículo 29.3 Directiva 2004/38 y artículo 15.9 RD 240/2007)⁷⁶².

Cualquier medida restrictiva que afecte a los beneficiarios del derecho a la libre circulación por razón de salud pública, debe cumplir las garantías sustantivas y procesales especificadas tanto en la Directiva como en la normativa española.

Tal y como se verá en el capítulo 8, las garantías procesales para poder establecer límites por motivo de salud pública son las siguientes. Primero, toda notificación adoptada por cuestión de salud pública debe de estar motivada y debe de ser notificada por escrito al interesado, en condiciones tales que le permitan entender su contenido e

⁷⁶¹ Fue adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005 y entró en vigor el 15 de junio de 2007. OMS, N° 217, 1974, resolución WHA27. 45, y resolución EB67. R13, Modificación del Reglamento Sanitario Internacional (1969). Es un instrumento jurídico de carácter vinculante para todos los Estados Miembros de la OMS. Tiene por finalidad ayudar a la comunidad internacional a prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública, evitando, al mismo tiempo, las interferencias innecesarias en el tráfico y el comercio internacionales.

⁷⁶² Frente a lo que exigía la normativa europea, el RD 178/2003 no exigía dicho reconocimiento médico.

implicaciones. Segundo, es necesario comunicar al interesado, con precisión y por extenso, las razones de salud pública que han dado lugar a la decisión. Tercero, debe de indicarse la posibilidad de recurso ante esta decisión, es decir, la jurisdicción o instancia administrativa ante la que el interesado puede interponer recurso, así como el plazo establecido para ello y, cuando proceda, el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado miembro (artículo 30 Directiva 2004/38 y artículo 17 RD 240/2007).

V. PÉRDIDA SOBREVENIDA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA EJERCER EL DERECHO

1. Introducción

Tal y como hemos analizado en capítulos anteriores, el ejercicio del derecho de circulación y del derecho de residencia exigen el cumplimiento de una serie de requisitos, sin los cuales no podrá considerarse que la estancia o residencia en otro Estado miembro es conforme a derecho.

También vimos, en capítulos anteriores, que los requisitos que se exigen varían según el beneficiario del derecho de residencia sea o no ciudadano de la Unión o nacional de un Estado parte del EEE o asimilado, o sea un miembro de su familia, y según el tipo de residencia (residencia lucrativa y no lucrativa), tal y como se recoge tanto en la normativa europea como española.

Recordemos que los requisitos que se exigen para que se conceda la residencia temporal lucrativa es ser trabajador por cuenta propia o ajena o disponer, para sí y para los miembros de su familia, de recursos económicos suficientes, y tener un seguro de enfermedad. Para la residencia no lucrativa, el régimen aplicable a los ciudadanos europeos y asimilados está regulado en los artículos 7.1.b), 12 y 13 Directiva 2004/38 y en los artículos 7 y 9 bis RD 240/2007.

Tanto la normativa europea como la española reconocen el derecho que todo ciudadano de la Unión tiene a residir en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia (artículo 7.1.b de la Directiva 2004/38 y artículo 7.1.b RD 240/2007).

Como norma general se exige que, para mantener este derecho de residencia, se sigan manteniendo los requisitos que permitieron su concesión. En este sentido, la Directiva 2004/38 determina que los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia gozarán del derecho de residencia siempre que se cumpla con las condiciones previstas, es decir, siempre que mantengan su cumplimiento. Y la misma norma reconoce que los Estados miembros, en casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al mantenimiento del cumplimiento de estas condiciones, podrán comprobar si se siguen cumpliendo, aunque esta comprobación no podrá llevarse a cabo de manera sistemática (artículo 14.2 Directiva 2004/38).

Por todo ello parece razonable preguntarse qué ocurre cuando se produce la pérdida de alguno de los requisitos exigidos en la norma. Trataremos de dar respuesta a esta pregunta en los siguientes epígrafes.

2. Alteraciones en la condición de familiar

Recordemos que, como norma general, el derecho de los familiares de un ciudadano de la Unión a obtener la tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión no se verá afectado por circunstancias como ausencias temporales no superiores a seis meses al año; ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares; ni por una ausencia no superior a doce meses consecutivos por motivos como embarazo y parto, enfermedad grave, estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o un tercer país. Todo ello siempre que cumplan con los requisitos generales exigidos para ejercer el derecho de residencia por un periodo superior a tres meses (artículo 11.2 Directiva 2004/38, artículo 10 RD 240/2007 y artículo 152 RLOEX).

Pero ¿qué ocurre en el caso de fallecimiento, salida de España, divorcio, separación legal, anulación del matrimonio o cancelación de la inscripción como pareja registrada del ciudadano del Estado miembro? La respuesta varía según se trate de familiares ciudadanos de la Unión o familiares ciudadanos de terceros países. En el caso de los familiares europeos, esta ruptura puede afectar a la duración de su tarjeta de residente. Sin embargo, podrán ejercer por ellos mismo el derecho a la libertad de circulación si cumplen con los requisitos establecidos. En cambio, para los familiares que sean nacionales de terceros Estados la pérdida del vínculo familiar implica su sometimiento a la normativa de extranjería.

A) Fallecimiento de un ciudadano de la Unión Europea

El fallecimiento de un ciudadano de la Unión no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia que tengan la nacionalidad de un Estado miembro. En este caso, los propios interesados tendrán que cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 7.1 apartados a), b), c) o d) de la Directiva 2004/38. Es decir, ser trabajador por cuenta propia o ajena, disponer para sí y para los miembros de su familia de recursos suficientes para no suponer una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, o estar matriculado en un centro público o privado y contar con un seguro de enfermedad.

Asimismo, el fallecimiento del ciudadano de la Unión no supondrá una pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los mismos, con independencia de su nacionalidad, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza (artículo 12.3 Directiva 2004/38 y artículo 9.3 RD 240/2007).

En el resto de los casos, en cambio, sí supondrá la aplicación del régimen de extranjería.

Transcurridos seis meses desde el fallecimiento, y salvo que el familiar haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, deberá solicitar una autorización de residencia. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está dado de alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que dispone, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos (artículo 9.2 RD 240/2007)⁷⁶³.

B) Salida del ciudadano de la Unión Europea

En el caso de que el ciudadano de la Unión abandone el territorio del Estado miembro de acogida (ya sea voluntariamente, ya sea como consecuencia de una orden de expulsión), la salida no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia que tengan la nacionalidad de un Estado miembro. En este caso, nuevamente, los propios interesados tendrán que cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 7.1, apartados a), b), c) o d) Directiva 2008/34.

⁷⁶³ Sentencia del TSJ del País Vasco de 10 de abril 2019, res. 200/2019 (ponente: ALBERDI LARIZGOITIA), ECLI:ES:TSJPV:2019:389. En la sentencia constaba que la recurrente, nacional de la República de Camerún e hija de ciudadano francés, no comunicó el fallecimiento de su padre a efectos de mantener, a título personal, el derecho de residencia, tal y como requiere el artículo 9 RD 240/2007.

Igualmente, resulta también de aplicación a este supuesto lo previsto en el artículo 12.3 Directiva 2004/38 y en el artículo 9 RD 240/2007 en relación con sus hijos y el progenitor que tenga su custodia efectiva. Es decir, la partida del ciudadano de la Unión no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos, con independencia de su nacionalidad, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, y ello hasta el final de dichos estudios.

C) Nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada

En el caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unidad registrada, nada de ello afectará al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que tengan la nacionalidad de un Estado miembro, siempre que cumplan, una vez más, con los requisitos generales establecidos en el artículo 7.1 apartados a), b), c) o d) Directiva 2008/34.

Según se recoge en el artículo 9.4.b RD 240/2007, en el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada de un nacional de un Estado miembro de la Unión con un nacional de un Estado que no lo sea, el derecho de residencia se conservará si se acredita el otorgamiento, por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión ni de un Estado del espacio EEE.

En el resto de los casos, se dejará de estar en el régimen de ciudadano de la Unión y, por lo tanto, deberán solicitar la modificación de la autorización.

En el caso que se produzca el divorcio, debe de ponerse inmediatamente este hecho en conocimiento de la Administración, en concreto y para el caso de España, de la oficina de extranjeros o de las subdelegaciones del Gobierno. El plazo para llevar a cabo esta notificación es de tres meses. Y ello porque se entiende que el divorcio extingue el vínculo matrimonial y, por lo tanto, los beneficios del régimen europeo⁷⁶⁴.

El TS ha determinado que la extinción de las autorizaciones de residencia de familiares de ciudadanos de la Unión, por desaparición de las condiciones que justificaron su

⁷⁶⁴ Margarita PALOS NADAL, “La extinción de las tarjetas de familiar de residente comunitario a nacionales de terceros países en virtud de separación de derecho o divorcio. Principales consecuencias jurídicas”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 13, 2006, p. 202.

concesión, ha de ser decretada inicialmente por los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y los subdelegados del Gobierno en las provincias, y no por los jefes de las oficinas de extranjeros. No obstante, si fuera acordada por estos últimos, su confirmación en alzada por el delegado del Gobierno o subdelegado del Gobierno, convalidaría el vicio inicial de anulabilidad por incompetencia funcional o jerárquica, de conformidad con la regla general establecida en el artículo 52.3 de la Ley 39/2015⁷⁶⁵.

Igualmente, la jurisprudencia española ha declarado que puede producirse la extinción de la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión como consecuencia de la simulación de matrimonio⁷⁶⁶ o de fraude de pareja de hecho⁷⁶⁷. En estos casos no se produce una pérdida sobrevenida los requisitos exigidos para ser beneficiario del derecho de residencia, sino una constatación de que tales requisitos nunca se cumplieron.

La sentencia del TJUE, *Aissatou*⁷⁶⁸, estableció que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente. Esto es, mientras perdura el matrimonio se presume la convivencia; no sucede así, en cambio, cuando se trata de parejas en las que se mantiene una relación análoga. Del mismo modo, la jurisprudencia española se ha hecho eco de este planteamiento, es decir, si la separación legal no restringe el derecho del extranjero, menos aún puede hacerlo una separación de hecho o ausencia de convivencia⁷⁶⁹.

El TJUE, en la sentencia *Baumbast*⁷⁷⁰, determinó que los hijos de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión que se han instalado en un Estado miembro mientras su progenitor ejercía su derecho a residir como trabajador migrante en dicho Estado miembro, tienen derecho a residir en su territorio para seguir en él cursos de enseñanza general. A este respecto, no tiene ninguna relevancia que los padres se hayan divorciado

⁷⁶⁵ Sentencia del TS de 12 de noviembre de 2019, rec. 7723/2018 (ponente: OLEA GODOY), ECLI:ES:TS:2019:11405 ;Sentencia del TS de 20 de julio de 2020, res. 1047/2020 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE), ECLI:ES:TS:2020:2732; Sentencia de TS de 15 de diciembre de 2020, res. 1735/2020 (ponente: HUET DE SANDE), ECLI:ES:TS:2020:4348; Sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de noviembre de 2021, rec. 384/2021 (ponente: GARRIDO BENGOCHEA), ECLI:ES:TSJPV:2021:2960.

⁷⁶⁶ Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2021, res. 1480/2021 (ponente; HERRERO PINA), ECLI:ES:TS:2021:4918.

⁷⁶⁷ Sentencia del TSJ de Aragón de 14 de noviembre de 2022, res. 348/2022 (ponente: GALINDO MORELL), ECLI:ES:TSJAR:2022:1514.

⁷⁶⁸ Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1985, *Aissatou*, as. 267/83, ap. 20.

⁷⁶⁹ Sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de enero de 2022, res. 3/2022 (ponente: PRIETO FRANCOS), ECLI:ES:TSJPV:2022:40.

⁷⁷⁰ Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, as. C-413/99.

entre tanto (apartado 63). El TJUE reconoció que el progenitor que tuviera efectivamente la custodia de los hijos, con independencia de su nacionalidad, puede residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho (apartado 64).

Del mismo modo, el TJUE señaló el derecho que la normativa europea (actual Reglamento 492/2011) reconoce al hijo de un trabajador migrante a continuar su escolaridad en las mejores condiciones en el Estado miembro de acogida, lo que 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).

3. Insuficiencia económica y dependencia social

Recordemos que el derecho de residencia por un periodo superior a tres meses de los ciudadanos de la Unión está reconocido en las tres situaciones siguientes: en el caso del trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena; en el caso de un ciudadano que disponga para sí y para los miembros de su familia recursos suficientes y un seguro de enfermedad; y en el caso del ciudadano que esté matriculado en un centro público o privado y que cuente con un seguro de enfermedad.

Por lo tanto, se deduce que uno de los requisitos exigidos en relación con el derecho de residencia es tener suficientes recursos económicos para no suponer una carga para el Estado de acogida. En efecto, de conformidad con el artículo 14 Directiva 2004/38, los ciudadanos europeos y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia en España mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del país.

La Directiva 2004/38 en el artículo 14.3 reconoce que el acudir a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión. En el caso de que no se cuente con suficientes recursos de manera sobrevenida, esto no supondrá una expulsión inmediata, pudiendo mantener el sujeto su derecho de residencia en tanto no se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. A estos efectos, conviene que el Estado miembro de acogida examine si tal recurso obedece a dificultades temporales y que tenga en cuenta la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida antes de

poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión⁷⁷¹.

Según el TJUE, la Directiva 2004/38 admite una cierta solidaridad económica de los nacionales del Estado miembro de acogida con los de otros Estados miembros; en particular, si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal⁷⁷².

Pero, ¿qué se considera recursos suficientes?

El artículo 8.4 Directiva 2004/38 no aclara lo que son recursos suficientes, únicamente prohíbe establecer un importe fijo de recursos suficientes, y da las pautas para que los Estados miembros fijen el mínimo de recursos suficientes. Este artículo establece que se tendrá que tener en cuenta la situación personal del interesado. Y además determina que, en cualquier caso, “el importe de lo que se consideran recursos suficientes, no podrá superar el nivel de recursos por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder asistencia social a sus nacionales o, cuando no pueda aplicarse tal criterio, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida”.

Según se desprende del estudio *Obstáculos a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familias: Informe sobre España*, el requisito de contar con “recursos suficientes” se considerará satisfecho si la cuantía de recursos del ciudadano de la Unión es superior al umbral por debajo del cual los nacionales tienen derecho a recibir asistencia social, teniendo en cuenta todas las circunstancias personales y familiares⁷⁷³.

⁷⁷¹ Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, as. C-184/99, ap. 44; Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, as. C-209/03, ap. 54; Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2008, *Förster*, as. C-158/07, ap. 48.

⁷⁷² Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, as. C-140/12, ap. 72.

⁷⁷³ PARLAMENTO EUROPEO, Estudio *Obstáculos a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y sus familias: Informe sobre España*. Dirección General de Políticas Interiores. Departamento Temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2016. Este estudio fue encargado por el Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo a petición de las Comisiones LIBE y PETI, y en él se analizó el estado de transposición de determinadas disposiciones de la Directiva 2004/38/CE en España, determinándose los principales obstáculos que persisten a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares en la legislación y la práctica españolas. El estudio examinó también las restricciones discriminatorias a la libre circulación, las medidas para luchar contra el abuso de derecho y las denegaciones de los derechos de entrada y residencia, además de las expulsiones. [Última consulta: 24 de diciembre 2023].

Recurso disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU\(2016\)556965](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU(2016)556965)

El concepto de recursos suficientes ha sido interpretado de manera arbitraria en la práctica, tal y como recoge el informe del Defensor del Pueblo español, donde se han mencionado varias quejas de ciudadanos en relación con el requisito de disponer de recursos económicos fijos y regulares⁷⁷⁴. Las quejas se fundamentaron en que no se especificaba cuál era la cantidad que se debía de considerar suficiente, ya que podía cambiar.

Además, nos hacemos la siguiente pregunta ¿cómo se tiene que demostrar que se poseen recursos suficientes?

La Orden PRE/1490/2012 aclara la aplicación del artículo 7 RD 240/2007, estableciendo que los recursos suficientes pueden demostrarse por “cualquier medio de prueba admitido en derecho”, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la persona en cuestión. La acreditación de la posesión de recursos suficientes, sea por ingresos periódicos, incluyendo rentas de trabajo o de otro tipo, o por la tenencia de un patrimonio, se efectuará por medio de pruebas tales como títulos de propiedad, cheques certificados, documentación justificativa de obtención de rentas de capital o tarjetas de crédito, aportando en este último supuesto una certificación bancaria actualizada que acredite la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta. La valoración de la suficiencia de medios deberá efectuarse de manera individualizada y, en todo caso, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del solicitante. Se considerará acreditación suficiente para el cumplimiento de este requisito la tenencia de recursos que sean superiores al importe que cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del interesado [artículo 3.2.c), condición segunda Orden PRE/1490/2012].

El TJUE, en la sentencia *Brey*⁷⁷⁵, puso de manifiesto que el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de asistencia social no basta

⁷⁷⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe anual 2013, pp. 209-210. DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe anual 2019, p. 229. DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe anual 2022, p. 158. Otra de las quejas habitualmente recogida en los informes del Defensor del Pueblo es la demora en los trámites administrativos relacionados con la situación de residencia legal o con las solicitudes de protección internacional.

⁷⁷⁵ Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, as. C-140/12, aps. 75 y 78. Como ya indicamos anteriormente, Sr. Brey y su esposa, ambos de nacionalidad alemana, abandonaron Alemania para instalarse en Austria. El Sr. Brey percibía una pensión de invalidez y una asignación de dependencia mensual. La pareja carecía de otro tipo de ingresos o patrimonio. La esposa del Sr. Brey percibía en Alemania una prestación básica que, debido a su instalación en Austria, dejó de abonársele. El demandante solicitó, debido a su baja pensión, la concesión de un suplemento compensatorio que fue desestimado. Aunque el Sr. Brey no disponía de recursos suficientes para justificar la residencia legal en Austria, se le expidió a su favor y al de su esposa un certificado de registro en calidad de ciudadanos de la Unión. El demandante interpuso un recurso ante la negativa de la Administración austriaca de concederle

para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida. Del mismo modo, concluyó que para apreciar con mayor precisión la dimensión de la carga que representaría tal abono para el sistema nacional de asistencia social puede ser pertinente determinar, como alegó la Comisión en la vista, la proporción de beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro.

Sobre esta cuestión CARRASCOSA BERMEJO, indicó que la solicitud de cobertura no contributiva por parte de un ciudadano de la Unión inactivo se convierte en un argumento en contra de la legalidad de su residencia, no debiéndose hacer una valoración caso a caso. La autora reconoció, indicando un cambio de corriente por parte del TJUE, que el TJUE estaba permitiendo que los sistemas nacionales denegaran a los inactivos nacionales de otros Estados miembros la cobertura asistencial o no contributiva que parece que sólo obtendrían, en su caso, cuando ostentasen la residencia legal permanente⁷⁷⁶.

Según GUERRERO PADRÓN, la noción de recursos suficientes y su cuantificación deben interpretarse a la luz del objetivo que persigue la Directiva 2004/38, consistente sustancialmente en facilitar la libre circulación siempre que los beneficiarios del derecho de residencia no supongan un *status* de onerosidad para el Estado miembro de acogida. Para la autora significa un prudente control y debida subordinación a los intereses legítimos del país de acogida, esencialmente la protección de sus finanzas públicas, preservando el equilibrio financiero y la sostenibilidad de su sistema de seguridad social⁷⁷⁷.

Así mismo, el TJUE ha determinado que basta con que el ciudadano de la Unión disponga de los recursos necesarios, sin que pueda imponerse la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia, debiendo aceptarse los recursos de una tercera persona⁷⁷⁸.

un suplemento compensatorio. El *Oberlandesgericht Graz* confirmó la sentencia dictada en primera instancia por el *Landesgericht für Zivilsachen Graz* y modificó dicha resolución, de modo que se impuso a la *Pensionsversicherungsanstalt* la obligación de conceder al Sr. Brey el suplemento compensatorio.

⁷⁷⁶ Dolores CARRASCOSA BERMEJO, “Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social Derecho social Internacional y Comunitario*, n.º 127, 2017, p. 210.

⁷⁷⁷ Thais GUERRERO PADRÓN, “El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de seguridad social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 49, 2018, p. 269.

⁷⁷⁸ Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, as. 200/02, ap. 30.

Igualmente, el TJUE ha reconocido que no cabe denegar la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión por carecer de recursos económicos cuando entre ambos cónyuges existe una relación de dependencia efectiva que obligaría al nacional español a abandonar el territorio de la Unión siguiendo los pasos de su cónyuge para mantener su unión, privándole de los derechos que el artículo 20 TFUE le confiere en razón de su estatuto de ciudadano de la Unión, y concretamente el de residir en su territorio⁷⁷⁹.

Del mismo modo, según el Abogado General PIKAMÄE, denegar sistemáticamente la concesión de un permiso de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, por el mero hecho de no disponer de recursos suficientes para sí y su familia es incompatible con el artículo 20 TFUE⁷⁸⁰. En este

⁷⁷⁹ Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2017, *Chavez-Vilchez y otros*, as. C-133/15, aps. 69 y 70; Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2018, *K.A. y otros (Reagrupación familiar en Bélgica)*, as. C-82/16, ap. 62; y Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2020, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real (Cónyuge de un ciudadano de la Unión)*, as. C-836/18, ap. 32.

⁷⁸⁰ Sentencia del TJUE de 5 de mayo 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Séjour d'un membre de la famille – Ressources insuffisantes)*, as. ac C-451/19 y C-532/19.

El asunto C-451/19 incumbía a XU, de nacionalidad venezolana y a su madre, también venezolana y que era titular de una tarjeta de residencia y vivía con su hijo en España. En 2011, el Tribunal de Menores de Venezuela atribuyó a la madre la custodia exclusiva de su hijo. Tres años más tarde, la madre de XU contrajo matrimonio con un ciudadano español que nunca había ejercido su libertad de circulación dentro de la Unión. Los cónyuges vivían juntos en El Viso de San Juan desde y habían tenido un hijo en común. En 2015, el padrastro de XU solicitó en favor de este una tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión. Esta solicitud fue denegada porque el padrastro de XU no había acreditado que dispusiera, como exige el artículo 7 RD 240/2007, de recursos suficientes para sí y para los miembros de su familia. El padrastro interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha decisión denegatoria. Se estimó el recurso contencioso-administrativo, al considerar que el artículo 7 RD 240/2007 no era aplicable al asunto, ya que el padrastro de XU nunca había ejercido su libertad de circulación dentro de la Unión. La Subdelegación interpuso recurso de apelación ante el tribunal remitente, quien dudaba si denegar el derecho de residencia a XU obligaría a su padrastro a abandonar el territorio de la Unión con su esposa, como único medio de cumplir la obligación de convivencia de los cónyuges prevista por el Derecho nacional. El tribunal remitente añadió que la salida de XU y de su madre del territorio de la Unión obligaría en la práctica no solo al esposo de esta, sino también al hijo menor de edad, ciudadano español fruto de la unión de ambos, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, con el fin de que los progenitores pudieran ejercer conjuntamente la patria potestad sobre su hijo y cumplir su obligación de alimentos.

Por su parte, el asunto C-532/19 32 concernía a QP, de nacionalidad peruana, quien el 25 de septiembre de 2015 contrajo matrimonio con una ciudadana española que no había ejercido nunca su libertad de circulación dentro de la Unión. QP y su esposa eran padres de una niña, de nacionalidad española. Meses después QP presentó una solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, a la que adjuntó, entre otros documentos, el contrato de trabajo indefinido de su esposa, así como varios recibos de nómina. En 2015, la Subdelegación denegó la solicitud de QP por no cumplirse los requisitos establecidos en el RD240/2007, al tener QP antecedentes penales en España y no contar su esposa con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia. La Subdelegación solo tuvo en cuenta los ingresos de la esposa de QP. Posteriormente, la Subdelegación confirmó la denegación de la solicitud

sentido, la sentencia hizo referencia a la sentencia del TS de 1 de junio de 2010, donde se recogía que el RD 240/2007 se aplica a los nacionales españoles, hayan o no ejercido su libertad de circulación en el territorio de la Unión, y a los miembros de su familia nacionales de terceros países. En este sentido, el tribunal remitente se preguntó si el artículo 20 TFUE no se oponía a la práctica española que obliga al nacional español que nunca ha ejercido su libertad de circulación dentro de la Unión y que desea obtener un permiso de residencia para el hijo, en este caso nacional de un tercer país, de su esposa, también nacional de un tercer país y que tiene atribuida la custodia exclusiva de ese hijo.

El TJUE estimó que, en todo caso, vulneraba el artículo 20 TFUE la práctica española de rechazar de manera automática la reagrupación familiar de un nacional de un tercer país con un nacional español que nunca ha ejercido su libertad de circulación por el solo hecho de no contar este último con un determinado nivel económico, sin que las autoridades hayan examinado si entre el ciudadano de la Unión y el nacional del tercer país existe una relación de dependencia de tal naturaleza que, en caso de denegarse a este último un derecho de residencia derivado, dicho ciudadano de la Unión se vería obligado, de hecho, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto.

De hecho, la doctrina jurisprudencial española ha ido evolucionando acogiendo el criterio establecido por el TJUE⁷⁸¹.

Así lo demuestra la reciente STS 95/2022, que se pronunció sobre el recurso contencioso administrativo interpuesto por el demandante, ciudadano de nacionalidad brasileña, contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno, por la que se extinguió su tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión. La citada extinción de la tarjeta se fundamentó en no haberse acreditado que el demandante continuaba siendo beneficiario del derecho de residencia, pues el nacional de Estado miembro originario del derecho no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 7.1 RD 240/2007; no constando tampoco que la unidad familiar cumpliera con la exigencia de disponer de recursos

presentada por QP. Este impugnó esa decisión interponiendo un recurso contencioso-administrativo que fue estimado. La Subdelegación interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por dicho órgano jurisdiccional ante el tribunal remitente.

⁷⁸¹ Sentencia del TS 1 de julio de 2020, res. 900/2020 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE), ECLI:ES:TS:2020:2488; Sentencia del TS 20 de julio de 2020, res. 1048/2020 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE), ECLI:ES:TS:2020:2654; Sentencia del TS de 13 de octubre de 2020, res. 1280/2020 (ponente: HUERTA GARICANO), ECLI:ES:TS:2020:3317; Sentencia del TS de 14 de diciembre de 2020, res. 1719/2020 (ponente: HERRERO PINA), ECLI:ES:TS:2020:4175; Sentencia del TS 17 de diciembre de 2020, res. 1765/2020 (ponente: HERRERO PINA), ECLI:ES:TS:2020:4393. Véase igualmente la Sentencia del TC 42/2020, de 9 de marzo.

suficientes para que el interesado no se convirtiera en una carga para la asistencia social en España durante su residencia⁷⁸².

El TS concluyó que lo esencial era acreditar la relación de dependencia efectiva entre el nacional español y el nacional de tercer país que pretende reagruparse con el primero; y ello, con la finalidad de poder comprobar si, como consecuencia de tal relación de dependencia, el nacional español estaría obligado a abandonar el territorio europeo en su conjunto. Por lo tanto, el solicitante de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión debe formular su solicitud pudiendo proceder, libremente, a la aportación de la documentación oportuna necesaria con la finalidad de acreditar la situación económica de ambos cónyuges, y la posible situación de dependencia derivada de la anterior. Tal aportación documental puede ser llevada cabo por cualquiera de los dos cónyuges. Además, se impone a la Administración la prohibición del rechazo automático, o de plano, de la solicitud formulada, como consecuencia de la falta de acreditación *ab initio* de los medios económicos de la pareja.

De mismo modo, se impone, como necesaria e imprescindible, la exigencia de ponderación de todas las circunstancias, no solo económicas, sino también de las circunstancias personales y de otra índole, de ambos cónyuges, pues todas ellas, en su conjunto, determinarían la concurrencia de la situación de dependencia, en concreto, el derecho a la vida familiar y el principio de proporcionalidad.

Junto a esto, el TS señaló que, para la ponderación de la concurrencia de la situación de dependencia, ha de tomarse en consideración la situación de ambos cónyuges, y no sólo del nacional europeo, por cuanto la aportación de los medios económicos para la subsistencia de la pareja puede, también, llevarse a cabo por el nacional extracomunitario, o por ambos en cualquier proporción. Finalmente, el TS concluyó que la Administración no puede limitarse a la mera valoración de la prueba libremente aportada por los cónyuges, sino que está obligada a llevar a cabo de oficio una investigación sobre la auténtica y real situación de la pareja, sus comunes medios económicos, y la posible situación de dependencia entre ambos.

Del mismo modo, el TS ha señalado que las prestaciones públicas no son computables a efectos de determinar el nivel mensual de ingresos económicos exigibles para obtener la renovación de una autorización temporal de residencia no lucrativa⁷⁸³.

⁷⁸² Sentencia del TS de 28 de enero de 2022, res. 95/2022 (ponente: ROMÁN GARCÍA), ECLI:ES:TS:2022:280.

⁷⁸³ Sentencia del TS de 1 de febrero de 2019, res. 110/2019 (ponente: HUERTA GARICANO), ECLI:ES:TS:2019:220.

4. El seguro de salud

Tanto la normativa europea como la española reconocen la necesidad de disponer de un seguro de enfermedad para poder residir en España por un periodo superior a tres meses (artículo 7 Directiva 2004/38 y artículo 7 RD 240/2007)⁷⁸⁴. Curiosamente, en su versión originaria, el RD 240/2007 no exigía como requisito para residir en España el acreditar tener recursos suficientes y contar con un seguro médico, previsión que sí figuraba recogida en la Directiva 2004/38⁷⁸⁵.

Según se desprende del estudio *Obstáculos a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y sus familias: Informe sobre España*⁷⁸⁶, como consecuencia, sobre todo, de la crisis económica, se modificó el RD 240/2007. Este mismo estudio señaló, además, que el Real Decreto se modificó para permitir a las autoridades nacionales verificar y controlar el cumplimiento permanente de las condiciones de residencia establecidas en el artículo 7 de la Directiva 2004/38 por parte de los ciudadanos de la Unión en determinadas circunstancias.

Desde 2012, por lo tanto, también la normativa española exige que los ciudadanos de la Unión tengan un seguro médico integral en los casos previstos por la Directiva 2004/38, tal y como se desprende ya de su artículo 9.bis⁷⁸⁷. Los ciudadanos europeos que

⁷⁸⁴ En este sentido, la *Comunicación sobre las Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* recoge que cualquier seguro privado o público, contratado en el Estado miembro de acogida u otra parte, es, en principio, aceptable, siempre que proporcione una cobertura completa y no suponga una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida.

⁷⁸⁵ El RD 240/2007 se ha modificado mediante Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, mediante Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones; y mediante el RD 1192/2012 de 3 de agosto. Es último RD añadió el artículo 9 bis al RD 240/2007, y el artículo 9.5.

⁷⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Estudio *Obstáculos a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y sus familias: Informe sobre España*. Dirección General de Políticas Interiores. Departamento Temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2016. Este estudio fue encargado por el Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo a petición de las Comisiones LIBE y PETI, y en él se analizó el estado de transposición de determinadas disposiciones de la Directiva 2004/38/CE en España, determinándose los principales obstáculos que persisten a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares en la legislación y la práctica españolas. El estudio examinó también las restricciones discriminatorias a la libre circulación, las medidas para luchar contra el abuso de derecho y las denegaciones de los derechos de entrada y residencia, además de las expulsiones. [Última consulta: 24 de diciembre 2023].

Recurso disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU\(2016\)556965](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU(2016)556965)

⁷⁸⁷ “1. Los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y los miembros de sus familias gozarán del derecho de

permanezcan menos de tres meses y necesiten atención médica y no dispongan de una tarjeta sanitaria europea no tienen derecho a obtener atención médica pública gratuita y están obligados a pagar sus propios gastos⁷⁸⁸.

Las personas que no ejerzan una actividad laboral en España deberán aportar un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione cobertura en España durante el periodo de residencia equivalente a la que proporciona el Sistema Nacional de Salud [artículo 3.2.c) Orden PRE/1490/2012].

En el caso de los pensionistas, acreditarán, mediante certificado, que tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado por el que perciben su pensión (artículo 3.2.c.1 Orden PRE/1490/2012).

En el caso de los estudiantes, deberán aportar un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país siempre que proporcione una cobertura completa en España. No obstante, se estimará cumplida esta condición si el estudiante cuenta con una tarjeta sanitaria europea con un período de validez que cubra todo el periodo de residencia y que le habilite para recibir, exclusivamente, las prestaciones sanitarias que sean necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista (artículo 3.d.2 Orden PRE/1490/2012).

Las consecuencias de que deje de cumplirse este requisito y, en especial, la cuestión de si puede procederse a la expulsión inmediata, no están claras. Desde mi punto de vista, creo que debe haber un periodo para poder contratar el seguro médico, quizás unos seis meses, por ser el periodo que se establece como periodo para poder buscar un empleo. Además, considero que, si no se puede producir la expulsión inmediata o automática por carecer de recursos suficientes, tampoco se podrá ejecutar una expulsión por no tener contratado un seguro de salud.

residencia establecido en los artículos 7, 8 y 9 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas. En casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de algún Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de los miembros de su familia, de las condiciones establecidas en los artículos 7, 8 y 9, los órganos competentes podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones. Dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente. 2. El recurso a la asistencia social en España de un ciudadano de algún Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión”.

⁷⁸⁸ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones.

El TJUE en la sentencia *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Assurancemaladiecomplète)*⁷⁸⁹, se planteó cómo interpretar la exigencia de “seguro de enfermedad a todo riesgo” para aquellas personas que han adquirido la residencia permanente.

El TJUE se preguntó si un menor de edad, ciudadano de la Unión, que ha adquirido un derecho de residencia permanente, así como el progenitor que tiene su custodia efectiva, están obligados a disponer de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, conforme a lo establecido en el artículo 7.1.b) Directiva 2004/38, para conservar su derecho de residencia en el Estado de acogida. El TJUE respondió que no hacía falta (apartado 60).

El TJUE consideró que la afiliación gratuita a un sistema público de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado de acogida equivale a disponer de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el sentido del artículo 7.1.b) Directiva 2004/38 (apartado 70).

⁷⁸⁹ Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2022, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Assurancemaladiecomplète)*, as. C-247/20. La sentencia trató el derecho de residencia derivado respecto a una madre, nacional de Pakistán, con la custodia de un menor de edad, ciudadano de la Unión que tenía derecho de residencia permanente en el Reino Unido. El Abogado General en sus conclusiones se centró en la cuestión fundamental del menor, apenas entró en la situación de la demandante. VI era una nacional de Pakistán que residía en Irlanda del Norte (Reino Unido) con su marido, nacional de ese mismo país, y sus cuatro hijos. En 2004 nació allí su hijo, que tiene la nacionalidad irlandesa. VI y su marido disponían de recursos suficientes para su propia manutención y la de su familia. En particular, el marido de VI trabajó y estuvo sujeto al pago de impuestos durante todos los períodos controvertidos en los litigios principales. VI, que en un primer momento se ocupó de sus hijos, trabajaba y estaba sujeta al pago de impuestos. Las partes de los litigios principales no negaban que, al menos durante el período comprendido entre el 17 de agosto de 2006 y el 16 de agosto de 2014, VI y su familia disponían de un seguro de enfermedad que cubría todos los riesgos y que VI disfrutaba de un derecho de residencia derivado como persona que tenía con carácter principal la custodia de un menor nacional del EEE “autosuficiente”. Asimismo, se constató que el hijo de VI adquirió un derecho de residencia permanente en el Reino Unido, debido a su residencia legal en el Reino Unido durante un período continuado de cinco años. En cambio, las partes en los litigios principales discrepaban en cuanto al derecho de VI a disfrutar, en lo que respecta a los períodos comprendidos entre el 1 de mayo de 2006 y el 20 de agosto de 2006 y entre el 18 de agosto de 2014 y el 25 de septiembre de 2016, de la bonificación fiscal por hijo a cargo y del pago de prestaciones por hijos. Según la HMRC, tal derecho no existía, puesto que VI no disponía de un seguro de enfermedad que cubriera todos los riesgos durante los referidos períodos. Por consiguiente, no podía disfrutar respecto de tales períodos de la bonificación fiscal por hijo a cargo ni de las prestaciones por hijo. No obstante, la HMRC admitió que no podía obtener de VI la devolución de las cantidades eventualmente percibidas en exceso, puesto que esta jamás desnaturalizó ni ocultó los hechos materiales.

Para CARMONA LUQUE⁷⁹⁰ fueron especialmente interesantes las conclusiones del Abogado General HOGAN, ya que advirtió de la falta de precisión sobre el concepto en la Directiva 2004/38 y la ausencia de remisión en ella a los Derechos nacionales. Y determinó que la expresión “todos los riesgos” designa “un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de todos los Estados miembros” (apartado 62).

En el mismo sentido, el TS ha declarado que presenta interés casacional determinar la modalidad de aseguramiento sanitario exigible para la obtención de la autorización de residencia por parte de familiar de la Unión, y en particular, si es suficiente a tal fin, el aseguramiento público reconocido por parte de una comunidad autónoma respecto del acceso a las prestaciones sanitarias en el ámbito de la referida comunidad⁷⁹¹. Y, en esta misma línea, encontramos sentencias que deniegan la tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la Unión por considerarse que el recurrente no dispone de un seguro de salud público o privado⁷⁹².

V. OSTENTAR CIERTOS CARGOS OFICIALES O EJERCER CIERTAS FUNCIONES PÚBLICAS. LA SENTENCIA DEL TJUE, HUNGRÍA/ESLOVAQUIA, AS. C-364/10

1. Introducción

En el asunto *Hungría/Eslovaquia*⁷⁹³ el TJUE se pronunció sobre la delicada cuestión de si una medida que prohibía al jefe de Estado de otro Estado miembro entrar en el

⁷⁹⁰ María del Rosario CARMONA LUQUE, “Últimas oportunidades para la ciudadanía europea en el Reino Unido. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2022, asunto C-247/20: Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs”, *La Ley Unión Europea*, n.º 105, julio 2022, p. 9.

⁷⁹¹ Sentencia del TS de 8 de febrero de 2023, rec. 7208/2022 (ponente: ROMÁN GARCÍA), ECLI:ES:TS:2023:3242A. La demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gerona que denegó la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. El motivo fue que entendió que la recurrente no acreditaba disponer de un seguro público o privado de enfermedad concertado con una entidad aseguradora autorizada para operar en España con una cobertura total equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud, dado que solo acreditaba disponer de cobertura sanitaria de segundo nivel en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

⁷⁹² Sentencia del TSJ de Valencia de 13 de junio de 2023, res. 410/2023 (ponente: NARBON LAINEZ), ECLI:ES:TSJCV:2023:2659. La sentencia confirmó, en apelación, la denegación de la solicitud de tarjeta temporal, para nacionales de terceros países familiares de nacionales de Reino Unido tras el periodo transitorio establecido. En la sentencia se estableció la necesidad de disponer de un seguro médico sin copago.

⁷⁹³ Sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría/Eslovaquia*, as. C-364/10.

territorio nacional infringía las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía de la Unión y, en concreto, sobre el derecho a la libertad de circulación.

Este litigio trató un tema novedoso, en particular, si todos los ciudadanos de la Unión están sujetos a la aplicación del artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38 o si, por el contrario, existe alguna excepción por causa del cargo oficial o la función pública ejercida. Además, era un caso no habitual porque un Estado miembro (Hungría) interponía un recurso por incumplimiento contra otro Estado miembro (Eslovaquia), de conformidad con el artículo 258 TFUE⁷⁹⁴.

En este caso, se presentó un recurso de incumplimiento por parte de Hungría contra Eslovaquia por la presunta violación del derecho a la libre circulación de uno de sus nacionales, el cual a su condición de nacional húngaro, y en consecuencia ciudadano de la Unión, sumaba la de Jefe del Estado en activo. Se trataba, por tanto, de una persona internacionalmente protegida, con un estatuto jurídico internacional especial en materia de privilegios e inmunidades, condición que, en opinión de la parte demandante, en nada alteraba el contenido, alcance y condiciones de su derecho a la libre circulación como ciudadano europeo (apartado 46).

2. Antecedentes de hecho

El Presidente de Hungría había recibido una invitación de una asociación eslovaca de la ciudad de Komárno para inaugurar, el 21 de agosto de 2009, una estatua de San Esteban (patrono de Hungría y cuya fiesta se celebra el 20 de agosto) en la República Eslovaca⁷⁹⁵. Tras varios intercambios diplomáticos entre las embajadas de los dos Estados miembros respecto de la visita programada del Presidente de Hungría, el Ministro de Asuntos Exteriores eslovaco envió finalmente, el 21 de agosto de 2009, una nota verbal al embajador de Hungría en la República Eslovaca en la que se prohibía al Presidente de Hungría la entrada al territorio eslovaco. Para justificar la referida prohibición, se invocó la Directiva 2004/38, y las disposiciones de Derecho interno

⁷⁹⁴ Según recoge el varios Informes anuales del TJUE, se han interpuesto directamente algunos recursos por incumplimiento contra otro Estado: Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 1979, *Francia/Reino Unido*, as. C-141/78; Sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2000, *Bélgica/España*, as. C-388/95; Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, *España/Reino Unido*, as. C-145/04; Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2019, *Austria/Alemania*, as. C-591/17; Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2020, *Eslovenia/Croacia*, as. C-457/18; Sentencia del TJUE, de 20 de septiembre de 2021, *República Checa/Polonia (Mine de Turów)*, as. C-121/21.

⁷⁹⁵ El TJUE en el apartado 6 de la sentencia concluyó que “el 21 de agosto es una fecha considerada sensible en Eslovaquia, puesto que el 21 de agosto de 1968 las fuerzas armadas de cinco países del Pacto de Varsovia, entre ellas las tropas húngaras, invadieron la República Socialista de Checoslovaquia”.

relativas, por una parte, a la estancia de los extranjeros y, por otra, a las fuerzas de policía (apartado 7).

Tras varios contactos diplomáticos entre los dos Estados, el 12 de octubre de 2009, el Ministro de Asuntos Exteriores húngaro presentó, en nombre de Hungría, una denuncia al Presidente de la Comisión y solicitó que esta examinara la posibilidad de incoar un procedimiento por incumplimiento, con arreglo al artículo 258 TFUE, contra la República Eslovaca por infracción del artículo 21 TFUE y de la Directiva 2004/38 (apartado 14).

Con posterioridad, en su escrito de 11 de diciembre de 2009, la Comisión consideró que todo “ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 21 TFUE y de la Directiva 2004/38”. No obstante, precisó que, “sobre la base del Derecho internacional, los Estados miembros se reservan el derecho de controlar la entrada de un jefe de Estado extranjero en su territorio, sea o no ciudadano de la Unión” (apartado 15).

La Comisión Europea consideró que los Estados miembros de la Unión continuaban organizando las visitas oficiales por los canales políticos bilaterales, de modo que dicha materia no estaba sujeta al Derecho de la Unión. Según la Comisión, es cierto que un Jefe de Estado puede decidir visitar otro Estado miembro como particular en virtud del artículo 21 TFUE y de la Directiva 2004/38, pero de los documentos anexos a la denuncia del Ministro de Asuntos Exteriores húngaro se desprendía que Hungría y la República Eslovaca estaban en desacuerdo sobre la naturaleza privada u oficial de la visita prevista. La Comisión consideró, por lo tanto, que no podía concluir que se hubiera producido un incumplimiento por parte de la República Eslovaca de lo dispuesto en el Derecho de la Unión respecto de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión (apartado 17).

El 30 de abril de 2010, Hungría sometió el asunto a la Comisión con arreglo al artículo 259 TFUE.

La Comisión Europea, en su dictamen motivado de 24 de junio de 2010, consideró que las disposiciones del artículo 21.1 TFUE, y de la Directiva 2004/38 no eran aplicables a las visitas efectuadas por el Jefe de un Estado miembro, en su condición de tal, al territorio de otro Estado miembro y que, en tales circunstancias, el incumplimiento alegado carecía de fundamento. A pesar de esta conclusión por parte de la Comisión, el 8 de julio de 2010 Hungría interpuso un recurso por incumplimiento contra la República Eslovaca ante el TJUE.

Hungría formuló cuatro motivos contra la decisión de la República Eslovaca. En primer lugar, determinó la existencia de una supuesta violación del derecho de su Jefe de Estado, como ciudadano de la Unión, a circular libremente por el interior de la Unión. Según Hungría, Eslovaquia había infringido el artículo 21.1 TFUE, y la Directiva 2004/38, al haber prohibido al Presidente de Hungría entrar en su territorio (apartado 27).

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, consideró que los jefes de Estados Miembros también son ciudadanos de la Unión, de modo que el mero hecho de que el Derecho internacional otorgue privilegios o inmunidades a las personas que ejercen el cargo de Jefe de Estado para facilitar el ejercicio de dicha función no implica el cese ni la suspensión de los derechos y deberes que, en virtud del TFUE, van unidos a la ciudadanía de la Unión. Además, Hungría alegó que la Directiva 2004/38 se aplicaba a todos los ciudadanos de la Unión, incluidos los Jefes de Estado, y a todo tipo de visitas, es decir, tanto a las visitas oficiales como a las privadas (apartado 28).

En tercer lugar, Hungría alegó que el alcance del derecho de todo ciudadano de la Unión a residir y circular libremente en el interior de la Unión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, de modo que dicho derecho únicamente puede quedar sujeto a las limitaciones previstas en la Directiva 2004/38 con carácter excepcional. Sin embargo, la aplicación de dichas limitaciones únicamente era posible si se cumplían los requisitos materiales y procedimentales previstos en la referida Directiva. Según Hungría, la parte demandada no había observado ni los requisitos materiales ni los requisitos procedimentales previstos en la Directiva 2004/38 para prohibir al Presidente de Hungría la entrada en el territorio eslovaco. Por una parte, el Sr. Sólyom no representaba amenaza alguna para ningún interés fundamental de la sociedad y, en cualquier caso, una prohibición de entrada era una medida desproporcionada. Por otra parte, no se notificaron al Sr. Sólyom las razones de la decisión de que se trataba y tampoco se notificaron las vías de recurso de que disponía (apartados 30, 31 y 32).

Por último, Hungría sostuvo que, si el legislador de la Unión hubiera querido someter el derecho a la libre circulación a normas de Derecho Internacional, lo hubiera hecho de forma expresa. Es decir, si el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión hubieran querido someter el ejercicio del derecho a la libre circulación a normas de Derecho internacional, lo habrían previsto, como hicieron, por ejemplo, en el artículo 3, apartado 2, letra f), de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (apartado 29).

La República Eslovaca, apoyada por la Comisión, precisó, de entrada, que la visita que había planeado el Presidente de Hungría era una visita de un jefe de Estado al territorio de otro Estado miembro y no una visita de carácter privado de un ciudadano de la Unión. Por consiguiente, la cuestión que se planteaba era saber si el Derecho de la Unión y, en particular, el artículo 21 TFUE, así como la Directiva 2004/38 eran aplicables a los Jefes de Estado de los Estados miembros en su condición de tales (apartado 33).

La República Eslovaca alegó los siguientes argumentos.

En primer lugar, señaló que, habida cuenta de la función de los jefes de Estado, sus desplazamientos dentro de la Unión pertenecen al ámbito de las relaciones diplomáticas entre los Estados miembros, y como tales se rigen por el Derecho internacional consuetudinario y por los convenios internacionales. Según este Estado miembro, el principio de atribución de las competencias resultante de los artículos 3 TUE, 4 TUE, apartado 1, y artículo 5 TUE excluye las relaciones diplomáticas bilaterales entre los Estados miembros del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Alegó que este extremo ya había sido confirmado en la sentencia *Comisión/Bélgica*⁷⁹⁶, según la cual los Estados miembros conservan la facultad de regular sus relaciones diplomáticas incluso después de adherirse a la Unión. Además, ninguna disposición de los Tratados atribuye expresamente a la Unión la competencia para regular las relaciones diplomáticas entre los Estados miembros (apartado 34).

En segundo lugar, la República Eslovaca señaló que el Jefe de Estado, en cuanto titular de la soberanía del Estado al que representa, únicamente puede viajar a otro Estado soberano con el conocimiento y el acuerdo de este (apartado 35).

En tercer lugar, la República Eslovaca alegó, en lo referente a los argumentos expuestos por Hungría sobre la aplicabilidad del Derecho de la Unión, que el hecho de que la Directiva 2004/38 no prevea excepción alguna en relación con la circulación de los Jefes de Estado no significa que dicha Directiva se les aplique, puesto que los propios Tratados excluyen la aplicación del Derecho de la Unión a los Jefes de Estado. La República Eslovaca consideró que la Directiva 2004/38 y la Directiva 2003/109 no son comparables (apartado 36).

⁷⁹⁶ Sentencia del TJUE de 22 de marzo de 2007, *Comisión/Bélgica*, as. C-437/04, ap. 33. El litigio tuvo por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 TCE (actual artículo 258 TFUE). La entonces Comisión de las Comunidades Europeas solicitó al Tribunal de Justicia que declarara que el Reino de Bélgica había incumplido las obligaciones que le incumbían sobre los Privilegios y las Inmidades de las Comunidades Europeas, al establecer un impuesto que vulneraba la inmunidad fiscal de las Comunidades Europeas.

Finalmente, aun suponiendo que el Derecho de la Unión fuese aplicable al asunto, la República Eslovaca negó haber aplicado dicho Derecho y, en particular, la Directiva 2004/38 (apartado 38). Además, alegó que la formulación desafortunada de la propia nota y la mención de la Directiva 2004/38 no determinaban su aplicación material al presente asunto (apartado 39).

3. Conclusiones del TJUE

El TJUE desestimó el recurso de Hungría. En la sentencia, el TJUE distinguió, por una parte, entre el estatuto del presidente húngaro como ciudadano de la Unión y, por otra parte, su estatuto como jefe del Estado.

El TJUE reafirmó que el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (apartado 40). Para ello, el artículo 20 TFUE confiere dicho estatuto a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. En consecuencia, el Sr. Sólyom, de nacionalidad húngara, gozaba indubitadamente de dicho estatuto (apartados 41 y 42).

En coherencia con lo anterior, el TJUE declaró que un jefe de Estado, nacional de un Estado miembro, goza indubitadamente de un derecho fundamental e individual a circular y residir en el territorio de los Estados miembros (apartados 40 y 42), con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (apartado 43). Pero añadió que tales limitaciones pueden basarse también en normas pertinentes del Derecho internacional, dado que el Derecho internacional forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión.

En este contexto, el TJUE señaló que, sobre la base de las normas consuetudinarias del Derecho internacional general y de las correspondientes a los convenios multilaterales, el Jefe de Estado disfruta, en las relaciones internacionales, de un estatuto especial que implica, en particular, privilegios e inmunidades (apartado 46). Aunque también puede implicar limitaciones a algunos de sus derechos. Por lo tanto, el estatuto de jefe de Estado presenta una particularidad derivada del hecho de que se rige por el Derecho internacional (apartado 49). Tal particularidad distingue a la persona que disfruta de dicho estatuto de todos los demás ciudadanos de la Unión, de modo que el acceso de dicha persona al territorio de otro Estado miembro no está sujeto a las mismas condiciones que las aplicables a los demás ciudadanos (apartado 50). En consecuencia, el hecho de que un ciudadano de la Unión ejerza las funciones de jefe de Estado puede justificar una limitación, basada en el Derecho internacional, del ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 TFUE (apartado 51).

El Tribunal concluyó que el Derecho de la Unión no obligaba a la República Eslovaca a garantizar al Presidente de Hungría el acceso a su territorio. Ni el artículo 21 TFUE ni tampoco, *a fortiori*, la Directiva 2004/38 exigían a la República Eslovaca garantizar al Presidente de Hungría el acceso a su territorio (apartado 52).

En opinión de MARTÍN MARTÍNEZ, el TJUE no rebatió con la solidez deseada una de las alegaciones formuladas por Hungría que afectan a la raíz del caso, a saber: que la libre circulación es un derecho de todos los ciudadanos europeos, incluidos los jefes de Estado, por lo que no pueden admitirse límites adicionales a los legalmente previstos⁷⁹⁷.

Además, en opinión de SALAMANCA AGUADO, resulta relevante pensar en las consecuencias que este pronunciamiento por parte del TJUE podría tener en el futuro, es decir, cuál sería la situación de los ciudadanos de la Unión que ejercen otros cargos oficiales. La autora señala que cabe pensar, utilizando el razonamiento del TJUE, que todas aquellas personas que, aún siendo ciudadanos europeos, ejercen determinadas funciones estatales y gozan de un estatuto especial regido por el Derecho internacional, también podrían ver limitado el ejercicio de su derecho de libre circulación en el interior de la Unión⁷⁹⁸.

En sentido contrario, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA consideró que la desestimación del recurso era lo correcto conforme al Derecho internacional, pues el jefe de Estado goza de un estatuto internacional que le atribuye privilegios e inmunidades e impone obligaciones a los demás Estados que no podrían respetarse adecuadamente si la persona que desempeña el cargo decide acogerse al estatuto del conjunto de los ciudadanos. Aunque también concluyó que la argumentación del TJUE resultaba confusa y ambigua en alguno de sus puntos y su posición ante el Derecho internacional era menos abierta de lo que el supuesto de hecho permitía⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación...”, *cit.*, p. 783.

⁷⁹⁸ María Esther SALAMANCA AGUADO, “La restricción a la libertad de circulación del jefe de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16 de octubre de 2012, en el asunto Hungría C. República Eslovaca”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, 2013, p. 26.

⁷⁹⁹ Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, “¿Ciudadano o Presidente? El caso Hungría c. República Eslovaca o el uso político del recurso por incumplimiento: análisis de la STJUE de 16 de octubre de 2012 (asunto C-364/10)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 1, 2013, p. 7.

CAPÍTULO 7. TIPOS DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA

I. INTRODUCCIÓN

En capítulos anteriores nos hemos ocupado de analizar aquellas medidas de alcance general que pueden suponer una limitación a la libertad de circulación y residencia para todos los ciudadanos europeos, lo que se identificaba, fundamentalmente, con el restablecimiento de las fronteras interiores. Pero, junto a estas medidas generales, pueden existir también medidas limitativas impuestas a ciudadanos concretos. En este capítulo nos ocuparemos de ellas.

Recordemos que la regla general de libre circulación y residencia se puede excepcionar por motivos de orden público, seguridad pública y salud pública. Cuando se dé alguna de estas circunstancias, aquella libertad puede quedar limitada.

La Directiva 2004/38 establece un conjunto de pautas que deben de ser tenidas en cuenta a la hora de limitar la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión (artículo 27 y siguientes).

Cuando se produzca alguna limitación, esta debe de notificarse al interesado por escrito, y el texto notificado siempre debe permitir entender su contenido e implicaciones. Se comunicarán al interesado con precisión y por extenso las razones que dieron lugar a esta decisión, salvo en el caso de que existan razones de seguridad del Estado. En la notificación deberá señalarse la jurisdicción o instancia ante la que se pueda recurrir, así como el plazo para hacerlo. Ello se debe a que, cuando sea impuesta alguna decisión de limitación de la libertad de circulación, el interesado podrá presentar recursos administrativos o judiciales. El procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como su proporcionalidad. Del mismo modo, se reconoce que los Estados miembros podrán rechazar la presencia del interesado en el territorio, pero no podrán prohibirle su defensa.

En el Capítulo VI del RD 240/2007 se establece que España podrá adoptar por razones de orden público, seguridad y salud pública alguna de las siguientes medidas (artículo 15): impedir la entrada en territorio español, denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros o denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia y, finalmente, ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Conforme a la normativa española, todas estas medidas tienen unas pautas comunes. Estas medidas deben de haber sido adoptadas con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública; es decir, conforme a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia. Asimismo, estas medidas podrán ser revocadas de oficio o a instancia de parte cuando dejen de existir las razones que motivaron su adopción. Además, no podrán ser adoptadas con fines económicos.

Cuando estas medidas se adopten por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas únicamente en el comportamiento personal del afectado “que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. Estas medidas serán valoradas por el órgano competente para resolver, sobre la base de los informes de las autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La sola existencia de antecedentes penales no puede justificar la imposición de esas medidas limitativas [artículo 15.5. c) y d) RD 240/2007].

En las páginas que siguen analizaremos con detalle cada una de las medidas limitativas mencionadas, así como las garantías sustantivas y procedimentales que deberán respetarse para su adopción.

II. LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA

La denegación de entrada es una potestad del Estado de acogida, que le permite regular las normas de entrada y de salida de su territorio, sobre la base del principio de soberanía de los Estados. No obstante, esta potestad está limitada por el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Según el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. Además, este derecho está regulado en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tal y como hemos visto anteriormente en el capítulo 2, para poder entrar en un Estado miembro es necesario cumplir una serie de requisitos.

El único requisito para poder entrar en España para el ciudadano de la Unión, el nacional de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE y Suiza y los miembros de sus familias que posean la nacionalidad de un Estado miembro o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE y Suiza, es estar en posesión de un pasaporte o documento de

identidad válido y en vigor, en el que conste la nacionalidad del titular (artículo 5.1 Directiva 2004/38 y artículo 4.1 RD 240/2007).

Como norma general se establece que la entrada en territorio español del ciudadano de la Unión, a través de una frontera exterior, se efectuará por lugar habilitado, en las horas establecidas y con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor donde conste la nacionalidad del titular. Sin embargo, puede ocurrir que se produzca una resolución denegatoria, aun cuando los interesados presenten la documentación requerida. En el caso de que se deniegue la entrada, los extranjeros estarán obligados a regresar a su punto de origen (artículo 60 LOEX).

La denegación de entrada, o rechazo en frontera, es la consecuencia jurídica de la falta de algunos de los requisitos legales para poder entrar en otro Estado y/o de la concurrencia de la prohibición de entrada⁸⁰⁰. FAJARDO DEL CASTILLO reconoce que la prohibición de entrada ha sido duramente criticada⁸⁰¹.

La Directiva Retorno define la prohibición de entrada como “una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíbe la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un periodo de tiempo limitado, unida a una decisión de retorno” (artículo 3.6). Sin embargo, esta definición no existe en el derecho nacional español, no hay una definición explícita⁸⁰².

Las limitaciones que la legislación española pone en relación con la entrada de un extranjero están recogidas en el artículo 26 LOEX. Así, no podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, ni tampoco aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España [artículo 11.e) RLOEX].

En el caso de haber sido expulsado de España, no se podrá entrar mientras dure tal prohibición. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias específicas de cada caso y no tendrán una vigencia superior a cinco años

⁸⁰⁰ Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Extranjeros inscritos en el Sistema de Información Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados miembros de la Unión”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 13, 2006, p. 40.

⁸⁰¹ Teresa FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva sobre el retorno de de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 33, mayo/agosto, 2009, p. 484.

⁸⁰² Pascual AGUELO NAVARRO, “La prohibición de entrada en España”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS, Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ, (Coords.), *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/200 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, p. 429.

(artículo 58.1 LOEX). Sin embargo, de manera excepcional, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, se podrá imponer una prohibición de entrada de hasta diez años (artículo 58.2 LOEX). La resolución que acuerde la expulsión llevará consigo una prohibición de entrada de hasta diez años. Y esta prohibición se hará extensiva a los territorios con los que España tiene un acuerdo en este sentido (artículo 245.2 RLOEX). Para poder prohibir la entrada, esta prohibición tiene que estar en vigor. De ahí que habrá que tener en cuenta la caducidad del procedimiento, la prescripción de la infracción y la posible revocación [artículo 11.a) RLOEX y artículo 245.2 RLOEX].

En el caso de estar incurso en una prohibición de entrada por una causa legalmente establecida, se prevén varios supuestos de devolución. Primero, aquellos casos que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España [artículo 58.3.a) LOEX y artículo 23.1.a) RLOEX]. Segundo, aquellos casos en los que se pretenda entrar ilegalmente en el país [artículo 58.3.b) LOEX y artículo 23.1.b) RLOEX]. Tercero, aquellos casos en los que el extranjero está reclamado judicial o policialmente. Es decir, cuando se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que el extranjero se encuentra reclamado, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figura reclamado constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en que esta proceda. O cuando hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del titular del Ministerio del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida, sin perjuicio de su detención, en los casos en que esta proceda [artículos 11.c) y 11.d) RLOEX].

La denegación de entrada en el territorio español se basa en una decisión tomada por la autoridad que está a cargo del control fronterizo, siendo competencia de la policía, y siempre, tras haber estudiado detenidamente las circunstancias personales (artículo 3 Directiva 2004/38, artículo 4.3 y la Disposición adicional decimonovena RD 240/2007).

La denegación de entrada para los ciudadanos beneficiarios del régimen europeo, siempre que reúna los requisitos indicados anteriormente, solo se podrá producir por motivos de orden público, seguridad o salud públicas, y según lo establecido en los artículos 27, 29, 32 y 33 de la Directiva 2004/38 y conforme al artículo 15 RD 240/2007. Las medidas adoptadas tienen que ser proporcionales y estar basadas

exclusivamente en la conducta personal del interesado, constituyendo una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés de la sociedad.

Los efectos de la denegación de entrada están recogidos en el artículo 60 LOEX, entre ellos se encuentra la posibilidad del internamiento del ciudadano extranjero. Sin embargo, GARCÍA VITORIA, ha señalado que la medida de internamiento no es aplicable a los ciudadanos de la Unión cuando se dicta contra ellos una orden de expulsión. En este sentido, reconoce que el RD 240/2007 no prevé el internamiento de los ciudadanos de la Unión para llevar a cabo la expulsión⁸⁰³. La detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

Tal y como reconoce FERNÁNDEZ ARÉVALO, España está obligada a dar un tratamiento idéntico a las resoluciones de prohibición de entrada de sus propias Administraciones y las dictadas por las Administraciones de otros Estados miembros. En este sentido, la Directiva 2001/40 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las declaraciones en materia de expulsión de nacionales de terceros países señala como su finalidad permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro⁸⁰⁴.

El TJUE, en la sentencia *Comisión /España*⁸⁰⁵, condenó a España por denegar la entrada a dos nacionales de terceros Estados, argelinos, cónyuges de nacionales españolas residentes en el Reino Unido e Irlanda respectivamente. La Comisión reprochó al Reino de España haber incumplido las disposiciones europeas al denegar la entrada en su territorio y el visado a dos nacionales de Estados terceros, cónyuges de nacionales de un

⁸⁰³ Ignacio GARCÍA VITORIA, “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (de junio de 2011 a junio de 2012)”, *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2013, p. 217.

⁸⁰⁴ Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Extranjeros inscritos...”, *cit.*, pp. 31 y 35.

⁸⁰⁵ Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2006, *Comisión/España*, as. C-503/03, ap. 39. La Comisión inició el procedimiento administrativo a raíz de dos denuncias de nacionales argelinos, los Sres. Farid y Bouchair, a los que las autoridades españolas habían denegado la entrada en el Espacio Schengen. Al Sr. Farid, casado con una ciudadana española y que vivía en Irlanda, le fue denegada la entrada a España a su llegada al aeropuerto de Barcelona en un vuelo procedente de Argelia. Esta denegación fue motivada porque el Sr. Farid había sido inscrito en la lista de no admisibles del SIS a raíz de una declaración de la República Federal de Alemania. Por el mismo motivo se le denegó el visado solicitado en el Consulado de España en Dublín al señor Bouchair, que estaba casado con una nacional española y vivía con ella en Londres (Reino Unido). Con vistas a un viaje turístico y familiar con su esposa, el Sr. Bouchair solicitó en el Consulado de España un visado de entrada en el Espacio Schengen. El visado le fue denegado, alegando que el Sr. Bouchair no reunía los requisitos del artículo 5.1 CAAS. Posteriormente le fue denegada una segunda solicitud. No se le había expedido el visado porque este solicitante había sido inscrito por la República Federal de Alemania en la lista de no admisibles.

tercer Estado e inscritos en el SIS. El TJUE señaló que, según jurisprudencia reiterada⁸⁰⁶, el acceso al territorio de un Estado miembro solo puede ser denegado a un ciudadano de la Unión o a un miembro de su familia cuando el interesado constituye una amenaza real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

Además, el TJUE, en el asunto *Yiadam*⁸⁰⁷, señaló que antes de adoptar la resolución denegatoria de la entrada en su territorio, el Estado de acogida puede reservarse el tiempo que estime necesario para efectuar una verificación administrativa de la situación del afectado.

Conforme a la Directiva 2004/38 (artículo 31.1) y al RD 240/2007 (artículo 15.2), la persona que haya sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en el territorio por razones de orden público, seguridad pública o salud pública podrá presentar una solicitud de levantamiento de la prohibición tras un plazo razonable en función de las circunstancias. Y, en cualquier caso, tres años después de la ejecución de la decisión definitiva de prohibición que haya sido válidamente adoptada a efectos del Derecho de la Unión, alegando motivos que puedan demostrar un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en el territorio⁸⁰⁸. En este sentido se manifestó también el TSJ de Castilla y León, señalando que el afectado por una prohibición de entrada puede, en todo caso, solicitar su levantamiento, lo que viene a ser su revocación, en el plazo de tres años. Ahora bien, dicho plazo se cuenta “desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, ap. 28; Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77, ap. 35.

⁸⁰⁷ Sentencia del TJUE de 9 de abril de 2000, *Yiadam*, as. 357/98, ap. 40. El litigio surgió entre la Sra. Yiadam y el *Secretary of State for the Home Department* por denegarle la autorización para entrar en el territorio británico. La Sra. Yiadam, nacional neerlandesa originaria de Ghana, llegó al Reino Unido con otra mujer de la que afirmó que era su hija, lo cual resultó ser falso. Esta última fue devuelta a Ghana, mientras que la Sra. Yiadam fue admitida con carácter temporal en el Reino Unido, a la espera del examen de su expediente.

⁸⁰⁸ Sentencia del TSJ de Galicia de 25 de enero de 2023, res. 38/2023 (ponente: FERNÁNDEZ CONDE), ECLI:ES:TSJGAL:2023:477. La sentencia confirmó la denegación de la solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada impuesta por haber sido condenado a delito con pena superior a un año de prisión. La sentencia razonó la desestimación del recurso atendiendo a la inexistencia de circunstancias sobrevenidas acaecidas con posterioridad a la resolución firme de expulsión decretada. Se valoró la falta de arraigo familiar a pesar de estar casado con ciudadana española y tener una hija. La sentencia reconocía que no se podía aplicar el artículo 15.2 RD 240/2007 al ciudadano de la República Dominicana, por no haber acreditado la condición de ciudadano de la Unión o familiar. Como no se acreditó que las circunstancias que dieron lugar a prohibición de entrada hubieran cambiado, no resultó procedente la modificación de prohibición de entrada a España.

⁸⁰⁹ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 25 de octubre de 2018, res. 958/2018 (ponente: PARDO MUÑOZ), ECLI:ES:TSJCL:2018:3882.

La solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada será resuelta por la misma autoridad competente que resolvió la prohibición, es decir, la Subdelegación o Delegación del Gobierno. Y existe un plazo de tres meses para resolver desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Durante este periodo de tres meses en que se examina la solicitud de revocación, el extranjero no podrá entrar en España (artículo 15.2 RD 240/2007).

III. LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS

España podrá denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros o denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia [artículo 15.1.b) RD 240/2007].

Como norma general, se establece que los nacionales de un Estado miembro de la Unión o del espacio EEE estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro (artículo 7.5 RD 240/2007). En el caso de no cumplir con todos los requisitos, se producirá la denegación o la no renovación de la solicitud⁸¹⁰.

Junto a la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante, así como la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigibles para la inscripción. En el supuesto de que el pasaporte o el documento nacional de identidad estén caducados, deberá aportarse copia de estos y de la solicitud de renovación (artículo 7.6 RD 240/2007).

⁸¹⁰ Sentencia del TS de 28 de enero de 2022, res. 95/2022 (ponente: OLEA GODOY), ECLI:ES:TS:2018:4336. Por resolución del jefe de la Oficina de Extranjería de Valencia se declaró extinguida la tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la Unión al recurrente, de nacionalidad brasileña. La citada extinción de la tarjeta se fundamentó en no haberse acreditado que el demandante continuaba siendo beneficiario del derecho de residencia, pues el nacional de Estado miembro originario del derecho no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 7.1 RD 240/2007; no constando tampoco que la unidad familiar cumpliera con la exigencia de disponer de recursos suficientes para que el interesado no se convirtiera en una carga para la asistencia social en España durante su residencia. Frente a dicha resolución se formuló recurso contencioso-administrativo que fue estimado. La Delegación de Gobierno de la Comunidad Valenciana impugnó en apelación la referida sentencia.

Además, el capítulo IV del Título XIII RLOEX establece las normas del Registro Central de Extranjeros. Así, el artículo 213 RLOEX recoge una serie de cuestiones de los extranjeros que deben de ser anotadas en el Registro, como, por ejemplo, entrada, prórrogas, autorización de entrada, autorización de trabajo, cambio de nacionalidad, la prohibición de salida, o la expulsión de España, entre otras.

Los extranjeros autorizados a permanecer en España estarán obligados a poner en conocimiento de la Oficina de Extranjería o de la Comisaría de Policía correspondientes al lugar donde residan o permanezcan, los cambios de nacionalidad, de domicilio habitual y de estado civil. Dicha comunicación deberá realizarse en el plazo máximo de un mes desde que se produjese el cambio o modificación y deberá ir acompañada de los documentos que acrediten dichos cambios (artículo 214 RLOEX).

IV. OTRAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Estamos analizando qué medidas restrictivas a la libertad de circulación y residencia pueden ser establecidas por los Estados miembros. Una de ellas es la posibilidad de restricción parcial de la libre circulación en el territorio en un determinado perímetro del Estado miembro de acogida.

Un Estado miembro puede imponer, a un nacional de otro Estado, medidas menos severas que la expulsión o que la prohibición de residencia y que constituyan restricciones parciales de su derecho. Se reconoce de este modo la posibilidad de limitar territorialmente el ejercicio de la libertad de residencia, siempre que tales restricciones resulten igualmente aplicables a los propios nacionales.

La jurisprudencia del TJUE ha reconocido esta posibilidad en dos sentencias fundamentales, *Rutili*⁸¹¹ y *Oteiza Olazabal*⁸¹². Analicemos la primera de ellas.

⁸¹¹ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75. Roland Rutili nació en Francia de padre italiano, estaba casado con una francesa y tenía tres hijos. Al parecer, había residido siempre en Francia desde su nacimiento, aunque había conservado su nacionalidad de origen (italiana) en virtud del *ius sanguinis*. El demandante tenía un empleo y la “tarjeta de residencia para nacional de un Estado miembro de la Comunidad”, conforme al artículo 6.1 Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad. Tras los acontecimientos del mes de mayo del 68 en Francia (al interesado se le imputaban actividades de carácter político y sindical llevadas a cabo durante los años 1967 y 1968, y que su presencia podía perturbar el orden público), el demandante fue objeto de una orden de expulsión, pero no se ejecutó y fue sustituida por su confinamiento en un Departamento del centro de Francia, medida esta última que fue a su vez revocada en noviembre de 1968. Finalmente, su situación fue regularizada en 1970, al concedérsele un permiso de residencia conforme a la Directiva 68/360. Sin embargo, la normativa francesa recogía que los permisos de residencia “serán válidos para todo el territorio francés, salvo resolución individual del Ministro del Interior adoptada por

En el asunto *Rutili* el litigio se suscitó en el marco de un recurso que un nacional italiano con domicilio en la República Francesa interpuso contra la resolución que le atribuía un permiso de residencia correspondiente a un nacional de un Estado miembro, acompañada de una prohibición de residir en determinados departamentos franceses.

El TJUE estableció que, en lo relativo al derecho de desplazarse libremente y de residencia de los nacionales de los Estados miembros, solo serán admisibles las limitaciones que se atengan a las exigencias del Derecho, incluido el Derecho de la Unión (apartado 23).

El TJUE sentenció que un Estado miembro solo podrá imponer a los nacionales de otros Estados miembros medidas restrictivas del derecho de residencia limitadas a una parte del territorio nacional en los casos y en las condiciones en que tales medidas puedan aplicarse a los nacionales del Estado de que se trate (apartado 53). En este caso se constató que el Gobierno de la República Francesa hizo saber que las referidas medidas podían adoptarse contra los propios nacionales, por lo tanto, también se podían aplicar a los extranjeros (apartado 41).

Con posterioridad, el TJUE volvió a pronunciarse sobre esta cuestión en la sentencia *Oteiza Olazábal*. El litigio se suscitó en el marco de un litigio entre el Ministro francés de Interior y el Sr. Oteiza Olazábal, nacional español, en relación con la legalidad de las medidas que limitaban el derecho de residencia de este último a una parte del territorio francés.

El Sr. Oteiza Olazábal, nacional español de origen vasco, abandonó España en julio de 1986 para trasladarse a Francia, donde solicitó el estatuto de refugiado, que le fue denegado. Dos años después, el demandante fue detenido en territorio francés en el marco de un procedimiento seguido como consecuencia del secuestro de un empresario en Bilbao, reivindicado por ETA. En 1991, el tribunal de *grande instance* de París (Francia) le condenó a dieciocho meses de prisión, ocho de ellos con suspensión de la ejecución de la pena, y a cuatro años de prohibición de residencia en treinta y un

razones de orden público”. Esta excepción atribuía al Ministro la facultad de limitar la validez territorial del permiso del nacional de un Estado miembro, excluyendo del derecho de residencia determinadas circunscripciones administrativas. Y fue lo que le ocurrió al demandante, a quien se le impuso una restricción de este tipo. El permiso que se le concedió le prohibía residir en los Departamentos de la Lorena: Moselle, Meurthe-et-Moselle, Meuse y Vosges. El demandante recurrió tal decisión alegando los derechos subjetivos que le conferían las disposiciones del Tratado de Roma y los actos normativos adoptados para su aplicación, que garantizaban la libre circulación y el derecho de residencia de los trabajadores dentro de la Comunidad.

⁸¹² Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2002, *Oteiza Olazábal*, as. C-100/01.

departamentos por asociación ilícita por su pertenencia a un grupo armado y organizado cuya actividad constituía una perturbación del orden público en el territorio francés.

Alegando su condición de nacional comunitario, el Sr. Oteiza Olazábal solicitó que se le expidiera un permiso de residencia. Las autoridades administrativas francesas desestimaron su solicitud, pero le concedieron autorizaciones provisionales de residencia, que incluían la prohibición de residir en nueve departamentos. La validez de esta medida expiró en julio de 1995. En 1996, el Sr. Oteiza Olazábal, que hasta entonces residía en el departamento de Hauts-de-Seine (región de Île-de-France), decidió establecerse en el departamento de Pyrénées-Atlantiques (región de Aquitania), fronterizo con España y, más concretamente, con la Comunidad Autónoma del País Vasco. El Sr. Oteiza Olazábal seguía manteniendo relaciones con ETA, por ello el Ministro del Interior decidió prohibirle residir en treinta y un departamentos, para alejarlo de la frontera española. Además, el prefecto de Hauts-de-Seine le prohibió abandonar dicho departamento sin su autorización. El demandante solicitó al *tribunal administratif* de París la anulación de estas dos órdenes que, sin embargo, fueron confirmadas. El *Conseil d'État* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, por albergar dudas sobre la validez de una medida que limitaba el derecho de residencia de un nacional de otro Estado miembro a una parte del territorio nacional.

El TJUE reiteró, en línea con su pronunciamiento anterior (asunto *Rutili*) que un Estado miembro solo puede imponer a los nacionales de otros Estados miembros medidas restrictivas del derecho de residencia limitadas a una parte del territorio nacional en los casos y en las condiciones en que tales medidas puedan aplicarse a los nacionales del Estado de que se trate (apartado 32).

El TJUE recordó que un Estado miembro no puede, amparándose en la reserva de orden público, adoptar frente a un nacional de otro Estado miembro medidas provocadas por un comportamiento que, de ser realizado por los nacionales del primer Estado miembro, no daría lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento (apartado 42).

Por lo tanto, se deduce que una cosa es el comportamiento que justifica la medida, y otra cosa diferente es la medida en sí. Las medidas limitativas no se pueden basar en comportamientos que, realizados por los propios nacionales, no reciben reproche, sanción, o no se consideren contrarios al orden público. Para adoptar una medida que limite el derecho de libre circulación, el comportamiento que la justifica no puede ser discriminatorio por cuestión de nacionalidad. Ahora bien, la medida adoptada sí puede

ser diferente frente a los propios nacionales. Ya que, por ejemplo, no se puede expulsar a un nacional de su propio Estado.

El TJUE sentenció que ni los artículos 18, 21 y 45 TFUE ni las disposiciones de Derecho derivado que aplican la libertad de circulación de los trabajadores y personas se oponen a que un Estado miembro adopte, respecto a un trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, medidas de policía administrativa que limiten el derecho de residencia de dicho trabajador a una parte del territorio nacional. No se opone, siempre y cuando; primero, ello esté justificado por motivos de orden público o de seguridad pública basados en su comportamiento individual; segundo, si no existe la posibilidad de limitar el derecho de residencia, dichos motivos solo puedan llevar, debido a su gravedad, a una medida de prohibición de residencia o de expulsión respecto a todo el territorio nacional; tercero, que el comportamiento que el Estado miembro interesado quiere evitar dé lugar, cuando los autores sean sus propios nacionales, a medidas represivas o a otras medidas reales y efectivas destinadas a combatirlo (apartado 45).

Según el artículo 60 LOEX, las solicitudes de modificación de la limitación territorial o de ocupación de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo se resolverán y notificarán por la Administración autonómica o estatal competente en el plazo máximo de un mes. Si transcurre dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la solicitud ha sido concedida.

V. LA EXPULSIÓN DE UN CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA DEL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA

Con anterioridad hemos visto que existen dos regímenes de entrada y permanencia en el territorio de la Unión aplicables a los ciudadanos extranjeros. De un lado, está el régimen de los ciudadanos europeos y asimilados (en el que, recordemos, debemos incluir a los miembros de su familia en los términos ya indicados), y de otro el régimen aplicable a los ciudadanos de terceros países. Esta diferenciación supone, también, la existencia de dos regímenes diferentes, el régimen europeo y el régimen de extranjería, cuando nos referimos a la posible expulsión del sujeto del territorio de la Unión.

1. Presupuestos necesarios para acordar la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

Recordemos que, como norma general, se reconoce en los Tratados la libertad de circulación y residencia que los ciudadanos de la Unión tienen en otros Estados miembros. Este principio general tiene límites, ya que es posible la expulsión de un ciudadano de la Unión del Estado de acogida, si bien únicamente si existen motivos

graves de orden público o seguridad pública o salud pública (artículo 15.1 RD 240/2007).

Las autoridades nacionales, cuando apliquen estas excepciones a la libre circulación, deberán hacerlo respetando el principio de proporcionalidad y basándose exclusivamente en la conducta personal del interesado, que deberá representar una “amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (artículo 27.2 de la Directiva 2004/38). Deberán, también, tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen (Considerando 23 y artículo 28 Directiva 2004/38)⁸¹³.

Para GONZÁLEZ TASCÓN, “la expulsión del ciudadano de la Unión Europea y de los miembros de su familia es una potestad que se concede a los Estados de acogida en cuyo ejercicio tienen que observar entre otras limitaciones aquellas que atienden especialmente al tiempo de residencia de estos ciudadanos en el país de acogida previa a la adopción de la decisión”⁸¹⁴.

Para ALASTUEY DOBÓN, la expulsión supone la salida coactiva del territorio nacional, con el efecto aparejado de prohibición temporal de entrada en él⁸¹⁵.

Para el caso de los ciudadanos de la Unión y asimilados habrá que tener en cuenta que, cuanto mayor sea su integración, mayor debería ser la protección contra la expulsión⁸¹⁶. Por tal motivo, se parte de la base de que únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de orden público o seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida (Considerando 24 Directiva 2004/38).

Sobre la base de estos preceptos, el TJUE ha entendido que no cabe expulsar a un ciudadano por el incumplimiento de formalidades administrativas. En los asuntos

⁸¹³ Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018, *Vomero*, as. ac. C-316/16 y C-424/16, aps. 26 y 49.

⁸¹⁴ Marta María GONZÁLEZ TASCÓN, “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI, 2016, p. 183.

⁸¹⁵ Carmen ALASTUEY DOBÓN, “Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho Español”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 56, 2021, p. 64.

⁸¹⁶ Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018, *Vomero*, as. ac. C-316/16 y C-424/16, ap. 25.

*Royer*⁸¹⁷, *Watson*⁸¹⁸ y *Pieck*⁸¹⁹ el TJUE estableció que el mero incumplimiento de las formalidades relativas a la entrada de los extranjeros no puede considerarse, por sí solo, un comportamiento que amenace el orden y la seguridad públicos, sin que, por lo tanto, pueda por sí mismo justificar ninguna medida de expulsión ni penas que supongan una privación de libertad.

⁸¹⁷ Sentencia del TJUE de 8 de abril de 1976, *Royer*, as. 48/75, ap. 48. Las cuestiones se suscitaron en el marco de un proceso penal seguido contra un nacional francés acusado de entrada y residencia ilegales en territorio belga y acusado de proxenetismo. El acusado se reunió con su esposa, de nacionalidad francesa, en territorio belga sin seguir las formalidades administrativas. Las autoridades belgas solicitaron su expulsión del territorio. Posteriormente, tras una breve estancia en Alemania, regresó a Bélgica para reunirse de nuevo con su esposa sin cumplir, una vez más, con los requisitos formales en materia de control de extranjeros exigidas por las autoridades belgas. De nuevo fue descubierto y detenido por la policía, notificándosele su expulsión sobre la base de que “la conducta personal de Royer hace pensar que su presencia constituye una amenaza para el orden público” y que el interesado “no ha respetado los requisitos para la residencia de extranjeros y carece del permiso de establecimiento”. Una de las cuestiones planteadas al TJUE era si tal derecho a entrar y residir libremente en territorio de la UE lo confiere directamente el Tratado u otras disposiciones de Derecho comunitario o si solo se adquiere por la obtención de una autorización de residencia concedida por la autoridad competente de un Estado miembro, por la que se reconoce la situación individual de un nacional de otro Estado miembro con respecto a las disposiciones de Derecho comunitario.

⁸¹⁸ Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1976, *Watson*, as. 118/75, ap. 20. El litigio se suscitó en el marco de unas diligencias penales incoadas contra una ciudadana británica que había viajado a Italia para una estancia de algunos meses y contra un ciudadano italiano que la había albergado. Se acusó a la ciudadana británica de no haber cumplido con la obligación de presentarse a los tres días a partir de su entrada en el territorio de la República Italiana a las autoridades policiales del lugar donde se encontrare, “a fin de darse a conocer y efectuar una declaración de residencia”, obligación impuesta por la legislación italiana a todos los extranjeros salvo a ciertas categorías de trabajadores por cuenta ajena de los otros Estados miembros. Su incumplimiento era sancionado, por una parte, con multa de hasta 80.000 liras, o una pena de privación de libertad de hasta tres meses y, por otra parte, por la posible expulsión del territorio nacional que implicaba la prohibición de retornar al mismo sin la autorización del Ministro del Interior.

⁸¹⁹ Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1980, *Pieck*, as. 157/79, aps. 18 y 20. En este litigio se trató la cuestión de un ciudadano neerlandés residente en Cardiff, donde ejercía una actividad por cuenta ajena, y a quien se le imputaba el haber permanecido voluntariamente en el Reino Unido una vez transcurrido el plazo permitido, sin ser un “patrial” (nacional británico con derecho a residir en el Reino Unido) y habiendo sido autorizado únicamente a entrar o a permanecer en el Reino Unido durante un período limitado. El imputado no tenía tarjeta de residencia; la última vez que entró en territorio británico se estampó en su pasaporte un sello con la mención: “autorización de entrada en el Reino Unido durante un período de 6 meses”. El tribunal nacional se planteó si un nacional comunitario, que permanecía en el territorio de un Estado miembro una vez finalizado el período previsto en la autorización de residencia, puede ser condenado en dicho Estado a penas privativas de libertad o que conlleven una propuesta de expulsión. El TJUE determinó que un nacional comunitario, al cual se aplique el régimen de libre circulación de trabajadores, que no se haya procurado la autorización de residencia especial prevista en el artículo 4 de la Directiva 68/360, no podía ser sancionado con una propuesta de expulsión o con penas que incluyan la privación de libertad.

En este sentido, la normativa española reconoce que no podrá ser considerada como causa de expulsión de España la caducidad del documento de identidad, del pasaporte o de la tarjeta de residencia. Como norma general, los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España (artículo 13 Ley 4/2015 y artículo 3.1 Orden de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de extranjero). El incumplimiento de esta norma solamente supondrá la aplicación de unas sanciones pecuniarias similares a las establecidas para los ciudadanos españoles (artículo 15.7 y artículo 15.8 RD 240/2007). En concreto, según la Ley Orgánica 4/2015, se considera una infracción leve el incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal legalmente exigida, así como la omisión negligente de la denuncia de su sustracción o extravío (artículo 37.10) y son objeto de multa de cien a seiscientos euros (artículo 39).

A) La conducta personal del interesado en la decisión de expulsión. La existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave en la decisión de expulsión.

Recordemos que la Directiva 2004/38 determina que la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad para que pueda adoptarse válidamente la expulsión del territorio de acogida (artículo 27.2 Directiva 2004/38). Y la normativa española añade que la conducta personal tiene que afectar a un interés fundamental de la sociedad, debiendo ser valorada por el órgano competente para resolver, sobre la base de los informes de las autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente [artículo 15.5.d) RD 240/2007].

Según el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2004/38*⁸²⁰, únicamente pueden restringirse los derechos de las personas si su conducta personal representa una amenaza, es decir, indica la probabilidad de un perjuicio grave a los requisitos de orden público o seguridad pública. Una amenaza que no solamente se supone que es auténtica, sino que es real.

La jurisprudencia tanto europea como española ha reconocido que debe tenerse en cuenta la actitud personal del demandado, y que la expulsión de los ciudadanos extranjeros por razones de orden público o seguridad pública debe estar basada en la

⁸²⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3.2.

conducta personal de los mismos y que esta conducta tiene que suponer una amenaza real, actual y suficientemente grave para ese orden público⁸²¹.

Esta cuestión ya fue analizada anteriormente en el Capítulo 6, por lo que debemos remitirnos a lo allí señalado.

B) La protección reforzada ante la expulsión de residentes de larga duración

Tanto la Directiva 2004/38 (en su artículo 28.2 y 28.3) como el RD 240/2004 (artículo 15) reconocen dos modalidades de protección reforzada. Una denominada protección reforzada sin más y la otra denominada protección ultra-reforzada.

La primera de ellas hace alusión a aquellos casos de ciudadanos con residencia permanente, para los que solo cabe la expulsión “por motivos graves de orden público y seguridad pública”. En estos casos no bastan los simples motivos de orden público o seguridad pública, sino que tiene que estar cualificados, tienen que ser graves.

La segunda protección hacer alusión a la protección ultra-reforzada. En el caso de ciudadanos que lleven más de diez años residiendo en otro Estado miembro, o en el caso de menores, la expulsión solamente será posible si se basa en “motivos imperiosos de seguridad pública”. Estos motivos ya no basta con que sean graves, sino que tienen que ser imperiosos. Además, ya no se hace referencia al orden público, sino solo a la seguridad pública.

a) La protección reforzada simple ante la expulsión para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

Con carácter general, la expulsión de un ciudadano de la Unión por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que puede perjudicar seriamente a

⁸²¹ Sentencia del TSJ de Murcia, de 18 de marzo de 2016, res. 261/2016 (ponente: PÉREZ-CRESPO PAYA), ECLI:ES:TSJMU:2016:594. El TSJ estimó el recurso interpuesto y anuló la resolución en la que se acordaba la expulsión de un ciudadano británico al no constituir su actividad delictiva una amenaza real y actual para el interés de la sociedad. El TSJ afirmó que, habiéndose aplicado el art. 15.5 d) del RD 240/2007, a cuyo tenor podía decretarse la expulsión de un ciudadano comunitario por razones de orden público y seguridad pública, para ello era necesario examinar la conducta personal. En el presente caso, si bien si costaba al recurrente una serie de detenciones, incluso que ingresó en prisión, sin embargo, no existía ninguna condena, conocía el idioma castellano, tenía familiares en España y ha estado dado de alta como trabajador autónomo en los tres años previos a su ingreso en prisión. Por todo ello, se sentenció no se cumplían los requisitos establecidos en el precepto aplicado por la Administración para decretar la expulsión.

las personas que, haciendo uso de los derechos y libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, el legislador de la Unión ha considerado que conviene limitar el alcance de estas medidas, de conformidad con el principio de proporcionalidad, para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen (Considerando 23 y artículo 28 Directiva 2004/38).

Como se ha señalado anteriormente, la Directiva 2004/38 determina que los ciudadanos de la Unión que hayan residido en otro Estado miembro durante un periodo ininterrumpido de cinco años adquieren un derecho de residencia permanente en ese Estado, con los efectos que ello tiene y que ya expusimos. Por tal motivo, el Estado miembro de acogida del ciudadano europeo no puede adoptar una decisión de expulsión contra el ciudadano que haya adquirido ese derecho, a menos que lo justifiquen “motivos graves de orden público o seguridad pública” (artículo 28.2 Directiva 2004/38 y artículo 15 RD 240/2007)⁸²².

b) La protección ultra-reforzada para los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados

Esta modalidad es aquella en la que se encuentran aquellos ciudadanos residentes que lleven de más de diez años residiendo en otro Estado miembro y para el caso de menores.

Por lo tanto, cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión. Por tal motivo, se parte de la base de que únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida (Considerando 24 Directiva 2004/38).

⁸²² Este artículo recoge expresamente la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. C-30/77 y en la sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. C-41/74, al exigir que la conducta personal del interesado suponga una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que puedan argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

a) Titularidad de la protección ultra-reforzada

Un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante “los diez años anteriores” tiene derecho a un nivel de protección aún más reforzado, ya que no se puede adoptar una decisión de expulsión contra él salvo que lo justifiquen “motivos imperiosos de seguridad pública” (artículo 28.3 Directiva 2004/38 y artículo 15.6 RD 240/2007).

A su vez, la misma normativa determina que los nacionales de terceros países que tienen lazos familiares con estos ciudadanos de la Unión gozan de un nivel de protección contra la expulsión más elevado que otras categorías de nacionales de terceros países. Si observamos, existe una laguna ya que el artículo 28.3 Directiva 2004/38 y artículo 15.6 RD 240/2007 no habla de familiares de ciudadanos de la Unión a diferencia de los artículos 28.2 Directiva 2004/38 y artículo 15 RD 240/2007 que sí lo hacen.

El TJUE en los asuntos acumulados que dieron lugar a la sentencia *B y Vomero*⁸²³ se ha pronunciado sobre el beneficio de la protección ultra-reforzada contra la expulsión del territorio de un Estado miembro, prevista en el artículo 28.3.a) Directiva 2004/38.

⁸²³ Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018, *B y Vomero*, as. ac. C-316/16 y C-424/16. El primer asunto se refería a un nacional griego que había llegado a Alemania con su madre, que poseía las nacionalidades griega y alemana, y era titular de un derecho de residencia permanente en este Estado miembro en el sentido del artículo 16 Directiva 2004/38. Salvo breves periodos de vacaciones, el demandante llevaba residiendo de forma ininterrumpida en Alemania desde hacía varios años. El Sr. B fue condenado a cinco años y ocho meses de prisión por robo a mano armada. En estas circunstancias, las autoridades alemanas declararon que había perdido su derecho a entrada y residencia en territorio alemán. Ante esta decisión, el demandante interpuso un recurso alegando que vivía en Alemania desde los tres años y que no tenía ningún vínculo con Grecia y que, por lo tanto, gozaba de la protección reforzada contra la expulsión. El Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo alemán estimó que no podía considerarse que el acto cometido por el Sr. B fuera un motivo imperioso de seguridad pública en el sentido de la Directiva. Por tanto, desde ese punto de vista, el demandante podría gozar de la protección reforzada contra la expulsión. Sin embargo, este tribunal albergaba dudas sobre la posibilidad de conceder dicha protección al Sr. B, dado que estaba en prisión. El segundo asunto se refería a un ciudadano italiano que había sido objeto de varias condenas, pero ninguna privativa de libertad. El demandante, el Sr. Vomero, de nacionalidad italiana, se trasladó al Reino Unido con su esposa, de nacionalidad británica. Tras su separación el Sr. Vomero abandonó el domicilio conyugal y se trasladó a vivir con el Sr. M. El Sr. Vomero mató al Sr. M, siendo condenado a ocho años de prisión por homicidio y puesto en libertad cuatro años después. Las autoridades británicas decidieron expulsar al Sr. Vomero, de conformidad con las disposiciones del Reino Unido, por considerar que el demandante no había adquirido un derecho de residencia permanente antes de ser objeto de la medida de expulsión. Sin embargo, ese tribunal observó que el Sr. Vomero llevaba residiendo en el territorio del Reino Unido desde hace varios años, lo que le llevó a preguntarse si podría estimarse que había residido en dicho Estado miembro “durante los diez años anteriores”, en el sentido de la Directiva, de modo que podría, en su caso, gozar de la protección reforzada contra la expulsión. En estas circunstancias, en el primero de los asuntos, el *Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg*

La sentencia señaló que debían tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto, en particular la duración de cada una de las ausencias del interesado del Estado miembro de acogida, la duración total y la frecuencia de estas ausencias, así como los motivos que llevaron al interesado a abandonar ese Estado miembro, que pueden determinar si estas ausencias implican o no el desplazamiento hacia otro Estado del centro de sus intereses personales, familiares o profesionales. Se entiende, por lo tanto, que si de manera voluntaria el ciudadano se ha trasladado a pasar largas temporadas en su Estado de origen, en el caso de ser expulsado no tendrá dificultades de integración ni de adaptación a la vida local (apartado 33). En concreto, el TJUE concluyó que un ciudadano de la Unión solo puede tener derecho al nivel reforzado de protección vinculado al hecho de haber residido durante diez años en el Estado miembro de acogida cuando cumple previamente el requisito de haber obtenido el derecho a la protección de nivel inferior, a saber, que ya fuera titular de un derecho de residencia permanente tras un período de residencia legal ininterrumpida de cinco años en ese Estado miembro (apartado 54). Por lo tanto, el TJUE dedujo que había dos niveles de protección.

En este sentido, el Abogado General SPUNAR, había reconocido, en el punto 59 de sus conclusiones, que la adquisición de un derecho de residencia permanente constituye un requisito previo para que un ciudadano de la Unión tenga derecho a la protección ultra reforzada contra la expulsión.

De este modo, declaró que el artículo 28.3.a) de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que el derecho a la protección contra la expulsión prevista en esa disposición está sujeto al requisito de que el interesado sea titular de un derecho de residencia permanente en el sentido de los artículos 16 y 28.2 de dicha Directiva (apartado 49). A este respecto, recordó que la Directiva establecía un refuerzo gradual de la protección contra la expulsión vinculado al grado de integración alcanzado por el ciudadano de la Unión de que se trate en el Estado miembro de acogida (apartado 48). Ello justificaría, en opinión del TJUE, que, mientras que el ciudadano con derecho de residencia permanente puede ser expulsado por “motivos graves de orden público

preguntó al TJUE si el establecimiento duradero de un ciudadano de la Unión en un Estado miembro de acogida y la inexistencia de cualquier vínculo con el Estado miembro cuya nacionalidad posee el mencionado ciudadano eran aspectos suficientes para demostrar que este puede tener derecho a la protección reforzada en el sentido de la Directiva. En el segundo de los asuntos, la *Supreme Court of the United Kingdom* preguntó al TJUE, si un ciudadano de la Unión debía haber adquirido necesariamente un derecho de residencia permanente para poder gozar de la protección contra la expulsión conferida por la Directiva. En caso de que el Tribunal de Justicia respondiera en sentido negativo, la *Supreme Court* le solicitó que se pronunciara sobre la interpretación de la expresión “los diez años anteriores” y, en particular, que determinara si los períodos de ausencia y de permanencia en prisión podían considerarse períodos de estancia a efectos del cálculo de esos diez años.

o seguridad pública”, el ciudadano que pueda justificar que ha residido durante los diez años anteriores, por su parte, únicamente puede ser expulsado por “razones imperiosas de seguridad pública” (apartado 56).

El TJUE determinó que un ciudadano de la Unión que, al no ser titular de un derecho de residencia permanente, podía ser objeto de medidas de expulsión si se convertía en una carga excesiva, no podía al mismo tiempo tener derecho a la protección considerablemente ultra-reforzada que establece la Directiva para quienes hayan residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores (apartado 56).

b') El periodo de residencia: “Los diez años anteriores”

Tanto la normativa europea como la española determinan que el periodo para que un ciudadano de la Unión goce de la protección ultra-reforzada es que haya residido “los diez años anteriores” (artículo 28.3 Directiva 2004/38 y artículo 15.6 RD 240/2007). De conformidad con la interpretación ofrecida por el TJUE, este derecho está sujeto a que el interesado sea titular de un derecho de residencia. Por eso, para poder tener esta protección, la residencia ha tenido que ser legal y superar la duración de los cinco años que se exigen para ser beneficiario de la residencia permanente.

Además, en la sentencia *B y Vomero*⁸²⁴ el TJUE examinó el método de cálculo del periodo correspondiente a “los diez años anteriores”. Ese periodo debe, en principio, ser ininterrumpido o continuado (apartado 65), aunque reconoció que la Directiva no decía nada acerca de las circunstancias que podían dar lugar a la interrupción del período de residencia de diez años a efectos de adquirir el derecho a la protección reforzada (apartado 67).

En lo que atañe a los períodos de estancia en prisión, el TJUE estimó que la entrada en prisión del interesado en el Estado miembro de acogida no rompía automáticamente los vínculos de integración que ya había establecido con este Estado y, por tanto, no lo privaba automáticamente de la protección reforzada. Por lo tanto, el TJUE declaró que procedía llevar a cabo un examen global y sistemático de la situación del interesado en el momento exacto en que se plantee la cuestión de la expulsión. Para llevar a cabo este examen, las autoridades nacionales están obligadas a tener en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto y deben comprobar si los períodos de ausencia del interesado del Estado miembro de acogida implican el desplazamiento hacia otro Estado del centro de los intereses personales, familiares o profesionales del interesado (apartado 69). El Abogado General SPUNZAR, había reconocido en sus conclusiones

⁸²⁴ Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018, *B y Vomero*, as. C-316/16 y C-424/16.

(punto 71) que los diez años durante los cuales un ciudadano debe haber residido en el territorio de un Estado miembro distinto del suyo para estar protegido contra la expulsión pueden incluir períodos de ausencia o de estancia en prisión, siempre que ninguno de estos períodos implique la ruptura de los vínculos de integración con dicho Estado miembro.

Además, el TJUE precisó que el examen global de la situación del interesado debía tener en cuenta la fuerza de los vínculos de integración establecidos con el Estado miembro de acogida antes de su ingreso en prisión, así como la naturaleza de la infracción, las condiciones en las que se cometió y la conducta del interesado durante el período de encarcelación. Sobre este particular, el TJUE observó que la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado no solo redonda en interés de dicho ciudadano, sino también en el de la Unión (apartado 83).

Finalmente, el TJUE declaró que para conocer si una persona cumple con los requisitos de “haber residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores” debe de tenerse en cuenta la fecha de la decisión de expulsión inicial. No obstante, el TJUE señaló que, cuando se adopta una medida de expulsión del territorio, pero su ejecución se retrasa durante un cierto periodo de tiempo, es posible que resulte necesario, en su caso, efectuar un nuevo examen para comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para la seguridad pública que representa el interesado (apartado 88).

c) La expulsión “por motivos imperiosos de seguridad pública”

VILLAR FUENTES ha reconocido que “la protección reforzada no se produce de forma automática por el simple hecho formal del transcurso del tiempo, sino que implica que las sucesivas renovaciones de residencia y, más aún, el alcanzar la residencia permanente se producen debido a una convivencia social y pacífica”. La protección reforzada se traduce en la exigencia de que las razones de orden o seguridad pública revistan una mayor gravedad y solo procederá la expulsión por motivos “imperiosos de seguridad pública”⁸²⁵. Es decir, existe una excepción a la protección reforzada, los casos en los que la expulsión se produzca por “motivos imperiosos de seguridad pública”.

⁸²⁵ Isabel María VILLAR FUENTES, “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el Estado de acogida”, *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, n.º 4, diciembre 2013, pp. 7 y 8.

Las sentencias más significativas a la hora de determinar cómo debe de interpretarse el concepto “motivos imperiosos de seguridad pública” en el caso de la protección ultra-reforzada son la sentencia *Tsakouridis*⁸²⁶ y la sentencia *P.I*⁸²⁷.

La sentencia *Tsakouridis* planteó ante el TJUE los problemas asociados a las condiciones de expulsión de un ciudadano de la Unión que disfruta de un derecho de residencia permanente y que ha residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores.

El TJUE determinó que, tal y como se desprende del considerando 24 de la Directiva 2004/38, la Directiva establece un régimen de protección frente a medidas de expulsión que se basa en el grado de integración de las personas afectadas en el Estado miembro de acogida, de modo que cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión (apartado 25).

La sentencia señaló que las autoridades nacionales encargadas de la aplicación del artículo 28.3 Directiva 2004/38 están obligadas a tener en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto, en particular la duración de cada una de las ausencias del interesado del Estado miembro de acogida, la duración total y la frecuencia de estas ausencias, así como los motivos que llevaron al interesado a abandonar ese Estado miembro. En efecto, hay que examinar si tales ausencias implican el desplazamiento hacia otro Estado miembro del centro de los intereses personales, familiares o profesionales del sujeto en cuestión (apartado 33).

El TJUE precisó que una medida de expulsión debía basarse en un examen individual de la situación del interesado, teniendo en cuenta criterios tales como la edad, el estado de salud, el centro de sus intereses personales, familiares y profesionales, la duración de las ausencias del Estado miembro de acogida y la intensidad de los vínculos con el país de origen (apartados 26 y 49). El criterio decisivo para la concesión de una protección reforzada contra la medida de expulsión es la residencia en el Estado miembro de acogida durante los diez años previos a la medida de expulsión el criterio (apartado 38).

El TJUE señaló que, en este caso, la medida de expulsión solo podía justificarse por “motivos imperiosos de seguridad pública”, en el sentido del artículo 28 Directiva 2004/38, si, habida cuenta de la excepcional gravedad de la amenaza, tal medida era necesaria para protegerlos intereses que se pretenden garantizar, a condición de que dicho objetivo no pueda alcanzarse con medidas menos estrictas, teniendo en cuenta la

⁸²⁶ Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, as. C-145/09.

⁸²⁷ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, as. *P. I*, as. C-348/09.

duración de la residencia en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión (apartado 49).

El TJUE consideró que el concepto “motivos imperiosos de seguridad pública”, era un concepto considerablemente más limitado que el de “motivos graves” (apartado 40). Y determinó que el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” suponía no solo la existencia de un ataque a la seguridad pública, sino, además, que tal ataque presentase un nivel particularmente elevado de gravedad, como lo refleja el uso de la expresión “motivos imperiosos” (apartado 41). La seguridad pública solo comprende la seguridad interior y exterior de un Estado miembro y, por lo tanto, es un concepto más limitado que el orden público, que comprende así mismo el orden penal interno (apartados 20 y 40).

De acuerdo con estas premisas, el TJUE consideró que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada, infracción por la que el interesado había sido condenado, podía estar comprendida en el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” a efectos del mismo artículo 28 de dicha Directiva y podía justificar una medida de expulsión de un ciudadano de la Unión que hubiera residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores (apartado 56).

Posteriormente, el TJUE en la sentencia *P.I.*⁸²⁸ determinó que los “motivos imperiosos de seguridad pública” a los que se refiere el artículo 28.3 Directiva 2004/38 deben entenderse referidos, únicamente, a los riesgos de seguridad interior y exterior del Estado, entendida como la permanencia del Estado con sus instituciones y sus servicios públicos fundamentales, la supervivencia de la población, las relaciones exteriores y la convivencia pacífica de los pueblos (apartado 14).

El TJUE recordó, basándose en la sentencia *Tsakouridis*, que las infracciones penales correspondientes a ámbitos delictivos de especial gravedad, como la explotación sexual de los menores, pueden justificar una medida de expulsión de un ciudadano de la Unión que ha vivido más de diez años en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, en el asunto enjuiciado se planteaba la duda de que la lucha contra una clase de delincuencia distinta de la de una banda organizada en relación con la droga pudiera constituir también un “motivo imperioso de seguridad pública” en el sentido del artículo 28.3 Directiva 2004/38 (apartado 16).

En este sentido, el Abogado General BOT, reconoció en sus conclusiones “que, aunque es innegable que el abuso sexual de un menor de catorce años, la agresión sexual y la

⁸²⁸ Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, *P.I.*, as. C-348/09.

violación constituye un ataque especialmente grave a un valor fundamental de la sociedad, no considero que esta clase de actos estén comprendidos en el concepto de seguridad pública, en el sentido del artículo 28.3 Directiva 2004/38” (punto 28). El Abogado General reconoció, en el punto 44, que “aunque el Sr I. constituye innegablemente un peligro en la esfera familiar, no está acreditado por la naturaleza de los actos cometidos que constituya una amenaza para la seguridad de los ciudadanos de la Unión”.

Sin embargo, y a pesar de lo señalado por el Abogado General, el TJUE declaró que los Estados miembros pueden considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83 TFUE⁸²⁹ constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población y que, en consecuencia, cabe incluirlas en el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública”. No obstante, dichas infracciones únicamente pueden justificar una medida de expulsión si la forma en que se cometieron presenta características especialmente graves (apartado 33).

Con esta interpretación, el TJUE amplió el concepto “motivos de seguridad pública” al vincular directamente la gravedad de la infracción cometida, y no su naturaleza, con la tranquilidad y seguridad física de la población, como elemento integrante de la seguridad interior del Estado⁸³⁰.

Según RODRÍGUEZ MESA, la sentencia *P.I.* estableció “un precedente”, al declarar que las infracciones penales extremadamente graves, como las mencionadas en el artículo 83.1.2 TFUE, constituían un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad y, en consecuencia, son susceptibles de ser incluidas, con independencia de cuál sea su naturaleza, en el concepto de motivos imperiosos de seguridad pública a efectos de justificar la medida de expulsión de un residente de más de diez años.

AZOLULAU ha indicado que “en estos casos la conducta personal del ciudadano resulta de particular importancia en relación con la proporcionalidad de la orden de expulsión, sobre todo si se demuestra la existencia de una especial energía criminal persistente en

⁸²⁹ Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

⁸³⁰ María José RODRÍGUEZ MESA, “Sentencia de 22 de mayo de 2012, *P.I.*, as. C 348/09, Libre circulación de personas, Directiva 2004/38, artículo 28.3, a) Expulsión - Condena penal - Razones imperiosas de seguridad pública - Conductas incluidas en el concepto motivos imperiosos de seguridad pública”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 43, septiembre/diciembre, 2012, p. 960.

el tiempo, la voluntad de causar sufrimientos añadidos a las víctimas, y la falta de arrepentimiento o culpa”⁸³¹.

También la jurisprudencia española ha tratado esta cuestión. Recientemente, la TSJ de Castilla y León de 28 de julio de 2023, res. 908/2023 (ponente: CID PERRINO), sentenció que el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” supone no solo la existencia de un ataque a la seguridad pública, sino, además, que tal ataque presente un nivel particularmente elevado de gravedad, como lo refleja el uso de la expresión “motivos imperiosos”⁸³². Y el TS en su sentencia de 3 de junio de 2019, res. 747/2019 (ponente: HERRERO PINA), recogió toda la jurisprudencia del TJUE sobre qué significa “motivos imperiosos de seguridad pública”⁸³³.

2. El procedimiento para adoptar la orden de expulsión

Con anterioridad a que se produzca la resolución de expulsión se deberá presentar un informe previo de la Abogacía del Estado en la provincia correspondiente. Esta exigencia queda exceptuada en aquellos casos en los que concurren razones de urgencia debidamente motivadas (artículo 16.1 RD 240/2007).

Conforme a lo establecido en el artículo 18 RD 240/2007, las pautas que se deben de seguir para la orden de expulsión son las siguientes.

⁸³¹ Dimitri KOCHENOV y Benedikt PIRKER, “Deporting the Citizens with in the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, PI V Oberburgermeisterinder Stadt Remscheid”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 19, 2012, pp. 369-389. *Apud.* “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, 2014, p. 800.

⁸³² ECLI:ES:TSJCL:2023:3235. Se desestimó el recurso presentado por el demandante, nacional rumano, contra la decisión de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid por la que se ordenó su expulsión del territorio nacional español con prohibición de entrada por un plazo de cinco años, como responsable de una conducta contraria al orden público y a la seguridad pública que constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectaba a la convivencia social.

⁸³³ ECLI:ES:TS:2019:1810. El TS desestimó el recurso presentado contra la decisión en la que se acordó la expulsión del territorio español del recurrente, ciudadano comunitario de nacionalidad belga con origen dominicano, al hallarse incurso en los supuestos de expulsión previstos en el artículo 15 del RD 240/2007, con la consiguiente prohibición de entrada en España por el periodo de cinco años. Véanse también la Sentencia del TSJ de Asturias de 24 de febrero de 2022, rec. 342/2021 (ponente: MARGARETO GARCÍA), ECLI:ES:TS:2019:1810 y la Sentencia del TSJ de Asturias de 13 de mayo de 2021, res. 440/2021 (ponente: RUBIERA ÁLVAREZ), ECLI:ES:TSJAS:2021:1594.

La orden de expulsión tiene que ser dictada por el subdelegado del Gobierno o el delegado del Gobierno, en el caso de Comunidades Autónomas uniprovinciales. Esta orden debe estar motivada.

En la notificación donde se limita la libertad de circulación y residencia se indicará la jurisdicción o instancia administrativa ante la cual el interesado puede interponer recurso, así como el plazo establecido para ello y, cuando proceda, el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado miembro. Excepto en casos urgentes debidamente justificados, dicho plazo no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de notificación (artículo 30.3 Directiva 2004/38 y artículo 18.2 RD 240/2007).

La sentencia del TS de 1 de junio de 2010, rec. 4259/2010 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE)⁸³⁴, anuló parte de la redacción del artículo 18 RD 240/2007. En su alegación señaló que debía prosperar la impugnación que se realizó en relación con un inciso del artículo 18.2 del Real Decreto. Este artículo regulaba la resolución de la expulsión del territorio español. Dicho precepto disponía que: “Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata, en los demás supuestos se concederá al interesado un plazo para abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar”.

El TS determinó que la regla general para proceder a la materialización de la citada expulsión es la concesión al interesado de un plazo que no podrá ser inferior a un mes. Pero, contiene una excepción, que es la que se contiene en el inciso que se impugna: "Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata". El TS concluyó que dicha urgencia no podía anular las expresadas garantías de motivación de la resolución, notificación con información de recursos (con indicación de plazo y de la autoridad ante la que se pueden formular), y, sobre todo, posibilidad de su ejercicio. Aun exigiéndose una debida justificación de la urgencia, la misma no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y su posibilidad de suspensión cautelar.

Ante la resolución de expulsión caben los recursos administrativos y judiciales correspondientes (artículo 16.2 RD 240/2007). En este sentido el TJUE ha manifestado que cuando se tome una decisión que suponga una limitación por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, el interesado podrá interponer los recursos

⁸³⁴ ECLI:ES:TS:2010:4259.

judiciales y, en su caso, administrativos que ofrezca el Estado miembro de acogida o solicitar la revisión de la misma. Se debe contar con un recurso judicial efectivo para impugnar la decisión adoptada y que permita controlar, de hecho y de Derecho, la legalidad de tal decisión en relación con el Derecho de la Unión⁸³⁵.

En ningún caso el período de tiempo previsto para abandonar el territorio nacional puede implicar impedimento alguno para el control de la resolución de la expulsión en vía administrativa y/o judicial. Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar, excepto si se da una de las siguientes circunstancias recogidas en el artículo 17.1 RD 240/2007: cuando la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior, cuando las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial, y cuando la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública en el sentido de los artículos 15.5.a) y d) del RD 240/2007.

Las resoluciones de expulsión ponen fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la interposición de un recurso potestativo de reposición ante el órgano que dictó la resolución (artículo 123 Ley 39/2015).

Si la orden de expulsión se ejecuta más de dos años después de haberse adoptado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa en ese momento para el orden público o la seguridad pública (artículo 15.4 RD 240/2007).

3. Las consecuencias de la orden de expulsión

La consecuencia directa de la orden de expulsión es la prohibición de entrada en el Estado miembro de acogida.

El Considerando 27 de la Directiva 2004/38 señala que se prohíbe a los Estados miembros denegar de por vida la entrada a su territorio a los beneficiarios de la Directiva. Y reconoce que conviene confirmar el derecho del ciudadano de la Unión o del miembro de su familia que haya sido expulsado del territorio de un Estado miembro a presentar una nueva solicitud después de un plazo razonable y, en cualquier caso, una

⁸³⁵ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, C-430/10, ap. 41; Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2018, *Banger*, as. C-89/17, aps. 44 y 48.

vez transcurrido tres años desde la ejecución de la medida de expulsión definitiva, lo que acabó consagrándose en el artículo 32 de la Directiva.

Según reconoce el artículo 64.4 LOEX, cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.

La expulsión de España llevará consigo la prohibición de entrada al territorio español (artículo 245 RLOEX). La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años. Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años, previo informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

4. La decisión de expulsión como medida sustitutiva a la pena de prisión

La Directiva 2004/38 en su artículo 33 reconoce que el Estado miembro de acogida solo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27, 28 y 29. Recordemos que tiene que existir una razón de orden público, seguridad pública o salud pública, que estas medidas tienen que ser proporcionales y que deben estar basadas exclusivamente en la conducta personal del interesado, constituyendo una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés de la sociedad.

Además, cuando una orden de expulsión como pena o medida accesoria a una pena privativa de libertad vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión (artículo 33.2 Directiva 2004/38 y artículo 15.4 RD 240/2007).

En este sentido, la Circular 7/2015 de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, recuerda que la resolución judicial que acuerda la

expulsión no es inamovible, porque si una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la expulsión de un extranjero es que no resulte desproporcionada, las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar.

La demora en la ejecución puede obedecer, simplemente, al tiempo invertido en el cumplimiento de la pena de prisión cuando la sustitución es parcial, o cuando la sentencia ha exigido el cumplimiento de toda la pena, pero no ha excluido la operatividad de la expulsión por ministerio de la ley.

A) *Ámbito subjetivo*

Desde 2015, el artículo 89 CP permite la expulsión de un ciudadano de la Unión cuando haya sido condenado a una pena de prisión superior a un año y sea considerado una amenaza para la seguridad pública o el orden público. Una de las cuestiones más importantes de la nueva redacción de esta figura es que no hay referencia a la residencia legal o no del extranjero. Esto ha sido criticado por una parte de la doctrina, ya que la expulsión no estará vinculada a la carencia de la residencia legal del extranjero en España, sino a la falta de nacionalidad⁸³⁶.

Aunque no debemos olvidar que la expulsión de extranjeros del territorio nacional ha sido una práctica habitual desde tiempos remotos⁸³⁷, hay que señalar que la nueva regulación y su mantenimiento en el ordenamiento penal han supuesto hacer caso omiso a los partidarios de la eliminación de esta figura⁸³⁸.

Conforme a lo establecido en el artículo 2 bis LOEX, la expulsión de los ciudadanos extranjeros prevista en el artículo 89 CP es una medida sustitutiva de la pena de prisión por la que se restringen los derechos a entrar, residir o transitar por territorio nacional

⁸³⁶ Adoración CANO CUENCA, “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)” en GONZÁLEZ CUSSAC José Luis (dir.), Ángela MATALLÍN EVANGELIO; Elena GÓRIZ ROYO (Coords.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 346; Margarita ROIG TORRES, “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, p. 501.

⁸³⁷ Francisco BUENO ARUS, “Expulsión de Extranjeros”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VIII, Vol. 2º, *El extranjero y la legislación penal española*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988, pp. 1041 y 1042.

⁸³⁸ Enrique ORTS BERENGUER y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª Edición actualizada conforme a la L.O. 5/2010, Valencia, 2019.

para favorecer la realización de los fines de la política migratoria que corresponde al Gobierno. El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, LO 1/2015), dispone que la sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38. Una amenaza de menor intensidad quedaría extramuros del ámbito de aplicación del artículo 89.4.2 CP, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse en el plano administrativo de la aplicación de los artículos 15 y siguientes del RD 240/2007 (Circular 1/2015, apartado 5.1.1).

En este sentido, el artículo 89.1 CP señala que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquel acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

Como ya se ha indicado, los ciudadanos de la Unión reciben un tratamiento específico en el párrafo segundo del artículo 89.4 CP, cuando se indica que la expulsión de un ciudadano de la Unión solo procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza del delito, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales (Circular 7/2015, apartado 5.1.1). Este artículo del CP vuelve a hacer una diferenciación entre el ciudadano de la Unión y el de terceros países.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa anuló la sentencia donde se concluyó que no había lugar a la sustitución de la pena por expulsión, porque el penado era un ciudadano de la Unión, y su expulsión solo podía tener lugar cuando concurriesen circunstancias excepcionales, tal y como prevé el artículo 89.4 CP, que en este caso no concurrían. La Audiencia estimó el recurso y revocó la decisión, y acordó la sustitución del resto de la pena de prisión que aún no había cumplido el recurrente por

su expulsión del territorio español, con prohibición de regresar a España en un plazo de siete años⁸³⁹.

Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Madrid acordó dejar sin efecto la sustitución de parte de la pena privativa de libertad impuesta por expulsión del territorio nacional acordada, debiendo cumplirse en su integridad la pena impuesta⁸⁴⁰. Igualmente, la Audiencia Provincial de Granada acordó estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de sustitución de parte de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional, resolución que quedó revocada tan solo en lo relativo al plazo de la expulsión. El plazo de expulsión pasó de estar fijado en diez años a fijarse en seis años⁸⁴¹.

El TS señaló que la reforma operada por LO 1/2015 siguió dejando en manos del arbitrio judicial que exista una adecuada correlación entre la carga que entraña la expulsión para el condenado y el gravamen que resulta inherente a la pena prevista para el injusto cometido. Además, el TS reconoció que la libre ponderación se ha visto constreñida por el legislador para dos supuestos concretos, el primero, cuando el extranjero sea ciudadano de la Unión, y el segundo supuesto, cuando el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores. En este segundo caso se constata un asentamiento de tan singular importancia que lleva al legislador, precisamente por la regla de proporcionalidad, rectora de esta cuestión, a exigir la concurrencia de un marcado interés de seguridad colectiva que lo justifique, bien porque concurra una responsabilidad criminal por delitos contra la vida, la libertad, la integridad física o la libertad e indemnidad sexual y que estén castigados con pena máxima superior a los cinco años de prisión, penalidad en abstracto y en los que, en todo caso, se aprecie un

⁸³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de diciembre de 2022, res. 633/2022 (ponente: MAESO VENTUREIRA), ECLI:ES:APSS:2022:1094A. El recurrente fue condenado como autor de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes a cuatro años de prisión. La sentencia estableció que el penado no tenía arraigo ninguno en España, donde nunca había residido, ni tenía familia.

⁸⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2022, res. 390/2022 (ponente: HERNÁNDEZ GARCÍA), ECLI:ES:APM:2022:9700. El Tribunal estimó el recurso y acordó dejar sin efecto la sustitución de parte de la pena privativa de libertad impuesta por expulsión del territorio nacional. El acusado tenía reconocida la residencia legal en España desde el año 2010 y, al menos, hasta el año 2020, y además tenía demostrado el arraigo familiar dado que sus padres y cuatro hermanos tenían residencia legal en España.

⁸⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 30 de junio de 2021, res. 452/2021 (ponente: GONZÁLEZ NIÑO), ECLI:ES:APGR:2021:650A. El penado, de nacionalidad británica, fue condenado, como autor de un delito de tráfico de drogas, a las penas de cuatro años y dos meses de prisión más cuatro meses de responsabilidad personal subsidiaria en régimen de privación de libertad por impago de la multa proporcional. Se dictó auto denegando al penado la sustitución de la totalidad de las penas privativas de libertad por su expulsión del territorio nacional, ordenando en su lugar el cumplimiento de dos tercios de la pena y la sustitución del resto por la expulsión por el plazo de diez años.

riesgo de reiteración delictiva, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

GONZÁLEZ TASCÓN ha criticado que el artículo 89.4 CP haya omitido el deber de revisión y de valoración de los cambios que se hubieran podido producir en las circunstancias entre el momento en que se emitió la orden de expulsión y el momento en el que se ejecuta⁸⁴².

Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de ordenar la expulsión del Estado de acogida se aplica no solo al ciudadano de la Unión sino también a los miembros de su familia, tal y como se desprende del artículo 28.2 Directiva 2004/38 y del artículo 15.1 RD 240/2007. Además, se recoge que el Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o de seguridad pública. Lo que supone que, aunque en el CP no se especifica a los familiares de la Unión, sí se tienen que tener en cuenta a la hora de aplicar este precepto.

En el caso de los ciudadanos de la Unión que hubieran residido en España durante los diez años anteriores, se procederá a la expulsión en dos casos. Primero, si hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, la libertad, la integridad física y la libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundamentalmente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. Y segundo, cuando el extranjero hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal (artículo 89.4 CP)⁸⁴³.

B) Ámbito objetivo

En relación con el ámbito objetivo de esta norma, quedan excluidos de la expulsión judicial los casos en que los reos hayan sido condenados por delitos de trata de seres humanos, los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos por emigración

⁸⁴² Marta María GONZÁLEZ TASCÓN, “La cuarta reforma...”, *cit.*, p. 190.

⁸⁴³ Noticias publicadas el 29 de julio de 2023.

Diario Sur <https://www.diariosur.es/sucesos/acuerdan-sustituir-pena-carcel-expulsion-pais-padre-abuso-hija-20230729142652-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

La Voz del Sur: https://www.lavozdelsur.es/ediciones/malaga/ciudadano-holandes-residente-en-malaga-expulsado-espana-por-abusar-su-hija-seis-anos-cuando-estaba-dormida_299490_102.html

fraudulenta y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Esta prohibición legal no admite excepciones (artículo 89.9 CP).

Además, se reconoce que, en función de la naturaleza de la pena, quedan excluidas las que no sean privativas de libertad, y aquellas privativas de libertad distintas de la prisión (localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria). La norma discrimina supuestos en función de la duración concreta de la pena impuesta en sentencia y jerarquiza tres tramos: hasta un año de prisión, entre uno y cinco años y más de cinco años. En el primero no es posible la expulsión, en los otros dos sí, total o parcial en ambos casos, aunque con un régimen diferenciado. A efectos meramente orientativos se sugiere la siguiente escala de medición: por penas de hasta dos años de prisión, cinco años de prohibición de regreso; por penas a partir de dos años de prisión y hasta cinco años, un plazo de prohibición de regreso de entre seis y nueve años; finalmente, por penas de prisión de más de cinco años, una prohibición de regreso de diez años (Circular 7/2015, apartado 7).

C) Las consecuencias de la medida de expulsión sustitutiva

¿Qué implica la medida de expulsión sustitutiva? La expulsión de un extranjero como sustitución de una pena de prisión tiene dos consecuencias. De un lado, supone la salida del territorio español y, de otro lado, la consecuente prohibición de entrada por un tiempo determinado, que será como máximo de diez años. En la actualidad, el periodo oscila entre los cinco y diez años en función de la pena sustituida y las circunstancias personales del extranjero a contar desde la fecha en que la expulsión se materialice (artículo 89.5 CP). Además, se producirá el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto la autorización para residir o trabajar en España (artículo 89.3 CP).

La prohibición de entrada se extenderá por los países que tengan acuerdo con España en este sentido, y en todo caso por los países parte del acuerdo Schengen (Directiva 2001/40 de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, artículo 89.2 CP y artículo 96 CFS 2016).

En los casos en que se haya producido una expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión, si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. Ello salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al

tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento (artículo 89.7 CP párrafo primero).

En este último caso pueden producirse dos situaciones. Una, si el extranjero es sorprendido en la frontera. En este caso, será expulsado automáticamente en el puesto fronterizo por la autoridad gubernativa y empezaría a computarse un nuevo plazo de prohibición de entrada (artículo 89.7 CP párrafo segundo). Una segunda situación, si el extranjero es localizado en territorio español. En el caso de incumplimiento de la prohibición de entrada, el artículo 89.7 CP exige también valorar las circunstancias que rodean el incumplimiento. En esto sentido, se establece que las circunstancias pueden ser de la más variada naturaleza. No será lo mismo si el extranjero quebranta esta medida por móviles espurios como puede ser cometer un nuevo delito, que cuando el extranjero actúe movido por razones socialmente admisibles, entre las que se puede incluir visitar a un familiar enfermo, acudir a un entierro de un ser querido, nacimiento de un hijo, etc.

D) Presupuestos para adoptar la orden de expulsión como medida sustitutiva a la pena de prisión

La sustitución de una pena por la expulsión “se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”. Por lo tanto, “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada” (artículo 89.4 CP y Preámbulo de la LO 1/2015).

La proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado.

En relación con la primera cuestión, será preciso atender al tiempo de residencia en suelo español del penado. De este modo, a mayor tiempo de residencia, mayor arraigo cabrá esperar en razón de los vínculos sociales, laborales y familiares que habrá establecido. No obstante, no es descartable que un residente legal no haya llegado a establecer vínculos efectivos con el país de acogida, de modo que no es posible establecer una presunción general de arraigo, sino que será preciso realizar un examen caso por caso.

A su vez, habrá que tener en cuenta el tipo de migrante, ya que hay situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país. Esto se refiere a los inmigrantes de segunda generación, a inmigrantes llegados en

la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde hayan sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales.

Del mismo modo, habrá que valorar el estado de salud del expulsado. La expulsión no debe implicar nunca un riesgo añadido en este aspecto. La expulsión del extranjero será desproporcionada cuando se encuentre en un estado físico o psíquico de tal entidad que la aplicación de la medida le deje en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación.

Asimismo, se tendrá que considerar la situación familiar. No se considerará la expulsión proporcionada cuando se produzca la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia. En este sentido, debe tratarse, en todo caso, de relaciones con parientes próximos: cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos, sin descartar otros parientes en situación de dependencia material del penado (artículo 3.2 Directiva 2004/38). Las relaciones deben ser genuinas, que entrañen convivencia, para cuya acreditación no basta la alegación de un vínculo formal. Por ello, debe haber una relación de convivencia real y estable, no basta alegar la existencia de una relación de parentesco. Para el caso del cónyuge, no basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja. Y en el caso de que se tenga hijos hay que probar que hay constancia de una efectividad de relaciones paterno-filiales.

El TS se ha manifestado en varias ocasiones sobre el arraigo de permanencia. Y ha determinado que la experiencia acredita que quien ha vivido largos años de su existencia en un país de acogida es porque ha alcanzado un elevado nivel de integración social, laboral y familiar en él⁸⁴⁴. Igualmente, el TS se ha manifestado sobre la convivencia familiar, por existir esta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado⁸⁴⁵,

⁸⁴⁴ Sentencia del TS de 16 de marzo de 2007, res. 200/2007 (ponente: ANDRÉS IBAÑEZ), ECLI:ES:TS:2007:1487. El recurrente, ciudadano de El Congo, fue condenado por un delito de estafa. El TS estimó el recurso y dejó sin efecto la medida de expulsión porque el interesado tenía años de permanencia e hijos nacidos en España. En la sentencia del TS de 26 de abril de 2021, res. 344/2021 (ponente: DEL MORAL GARCÍA), ECLI:ES:TS:2021:1698, por su parte, el TS concluyó que veinte años de residencia continuada en España eran muchos.

⁸⁴⁵ Sentencia del TS de 4 de diciembre de 2008, res. 792/2008 (ponente: BERMUDO GÓMEZ DE LA TORRE), ECLI:ES:TS:2008:6749. Y sentencia del TS de 28 de septiembre de 2010, res. 791/2010 (ponente: BERMUDO GÓMEZ DE LA TORRE), ECLI:ES:TS:2010:4840. El TS concluyó que los requisitos necesarios que han de concurrir para justificar la expulsión no se daban, al implicar esta una ruptura de la

sobre la unidad familiar⁸⁴⁶, sobre la convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado o sobre la vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión⁸⁴⁷.

La situación familiar del penado hay que considerarla en el momento en que se dicta sentencia, y también en el momento en que se ejecuta la decisión de expulsión, si entre ambos ha transcurrido un periodo de tiempo relevante, según la Circular 7/2015, o más de dos años, según el artículo 33.2 Directiva 2004/38.

También debe valorarse el impacto de la medida en los miembros del núcleo familiar del penado. De este modo, habrá que tener en cuenta los efectos negativos que la expulsión produciría como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar. En concreto, la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. Si los familiares íntimos del extranjero se ven precisados a seguirle, también ellos sufren la expulsión; y si no pueden seguirle, se verán imposibilitados para ejercer de forma efectiva el derecho a la vida privada y familiar. Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión, deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad, sobre todo cuando la separación es inevitable al no existir la posibilidad de instalarse juntos en un tercer país⁸⁴⁸.

convivencia familiar, por existir esta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.

⁸⁴⁶ Sentencia del TS de 21 de abril de 2010, res. 379/2010 (ponente: DELGADO GARCÍA), ECLI:ES:TS:2010:2183. El TS ratificó la condena por un delito de estafa.

⁸⁴⁷ Sentencia del TS de 28 de septiembre de 2010, res. 791/2010 (ponente: BERMUDO GÓMEZ DE LA TORRE), ECLI:ES:TS:2010:4840. El TS sentenció dejar sin efecto la sustitución de las penas impuestas por la expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años acordada en la sentencia recurrida. Y se basó en que se había acreditado la situación de arraigo en España al existir esa convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión.

⁸⁴⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha valorado el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión, el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión, o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad. Ello porque el transcurso de un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad. El TEDH ha afirmado que “excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8.1º, de la Convención” (STEDH de 22 de mayo de 2008, *Emre c. Suiza*). Del mismo modo, cuando hay hijos, el TEDH ha declarado que la expulsión de un argelino de Francia podría ser desproporcionada cuando provocase la separación de su mujer e hijo menor de edad, de nacionalidad francesa, que tampoco había vivido nunca en Argelia y que no tenía lazo alguno con ese país (STEDH de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi contra Francia*, STEDH de 15 de julio de 2003 *Mokrani contra Francia*. O STEDH 2 de septiembre de 2001, *Boultif contra Suiza* en la que se trató la expulsión de un ciudadano casado con una

Igualmente, se valorará la relación de dependencia. Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar. Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario estado de salud o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social.

Finalmente, deberá de ser tenida en cuenta la vinculación del afectado con el país de donde procede. Es decir, los vínculos del afectado con su nación de origen, si carece o no de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen.

Junto a estas pautas, se recogen otras circunstancias personales que pueden afectar al juicio de proporcionalidad. En concreto hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Y hay que finalizar aludiendo a que la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados tendrán igualmente un peso específico en la decisión. Por ello, cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de inseguridad y zozobra en la población, pudiera no ser desproporcionada la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero aunque hubiera acreditado una situación de arraigo personal.

Si una vez finalizada la ejecución de la pena se determina la orden de expulsión, será necesario poner de manifiesto la tendencia a reincidir y las circunstancias por las que esa decisión no supone un perjuicio para la reinserción social del condenado⁸⁴⁹.

En atención a todo lo anterior, el TS ha declarado que “El arraigo no es sino la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo. Usado como instrumento de medida para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión, el arraigo obliga a contemplar dos vectores: 1) Principalmente, los perjuicios que para el penado puede suponer la expulsión del país. Eso involucra el esfuerzo vital (medido en años y calibrado por la expectativa de futuro) que el condenado haya consumido en asentarse en nuestro país; así como el agravio que la medida de expulsión entraña para su vida familiar o afectiva, para su actividad laboral o para otros intereses patrimoniales que pueden resultar afectados. Como ya hemos adelantado, no puede hablarse de

ciudadana helvética. O la STEDH 11 de julio de 2002 *Amrollahi contra Dinamarca*, en la que se trató la expulsión de un ciudadano casado una esposa de nacionalidad danesa y varios hijos pequeños, resultando difícil para ella trasladarse a Irán y siendo imposible para los dos establecerse en otro país.

⁸⁴⁹ Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, as. C-145/09, ap. 50.

proporcionalidad sin contemplar singularmente esta afectación de la medida. 2) En todo caso, existe una consideración colectiva del arraigo, que tampoco puede eludirse cuando la norma penal apela al arraigo como marcador de la proporcionalidad de la medida de expulsión. Esa dimensión del arraigo hace referencia a si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia. Ambos factores -el personal y el colectivo- permiten mesurar el arraigo y ponderar el grado de afectación de una eventual decisión de expulsión, desvelando si puede resultar o no desproporcionada como respuesta punitiva, en atención al delito cometido y a las circunstancias por las que se impone”⁸⁵⁰.

A la vista de todo ello, el TS rechazó, en un caso distinto, la expulsión, por desproporcionada, del extranjero casado con una nacional y con un hijo también en España. El TS concluyó que “en todo caso, la expulsión debe ser siempre una medida proporcionada y nunca automática. Se trata de una decisión en la que deben ponderarse los intereses y derechos en juego, entre los que se encuentran las concretas circunstancias personales y de arraigo del penado (STC 113/2018, de 29 de octubre), tales como tiempo de residencia en España, situación de arraigo familiar en función de convivencia, tipo de parentesco y obligaciones de dependencia material y económica, entre otras. También habrá de valorarse el arraigo laboral, profesional o cultural, la vinculación con el país de procedencia, los riesgos que pueda comportar la expulsión y, en general cualesquiera circunstancias que permiten una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto...”⁸⁵¹.

Del mismo modo, el TS en 2023 confirmó la orden de expulsión y la prohibición de entrada de un ciudadano extranjero. En esta sentencia el TS reiteró la doctrina jurisprudencial sobre el arraigo familiar, definiéndolo como “la existencia de unos lazos de parentesco cualificados (matrimonio o pareja de hecho, hermanos, padres o hijos), que la relación sea con españoles o extranjeros residentes y, finalmente, por la

⁸⁵⁰ Sentencia del TS de 29 de marzo de 2017, res. 221/2017 (ponente: LLARENA CONDE). ECLI:ES:TS:2017:1177. La sentencia trató el enaltecimiento del terrorismo y la interpretación del artículo 89 CP, sobre la expulsión de un extranjero del territorio nacional. Aunque el recurrente era un ciudadano de un tercer Estado, es importante citar esta sentencia porque habla del arraigo en general. Véase también la sentencia del TS de 29 de noviembre de 2007, res. 1116/2007, (ponente: GARCÍA PÉREZ), ECLI:ES:TS:2007:8776. Los recurrentes, de nacionalidad holandesa, fueron condenados por un delito contra la salud pública. El TS se manifestó sobre la necesidad de respetar los derechos vinculados al proceso debido, como la motivación y la previa audiencia, y de ponderar otros derechos como los relacionados con el arraigo personal y familiar.

⁸⁵¹ Sentencia del TS de 3 de marzo de 2021, res. 213/2021, (ponente: SÁNCHEZ MELGAR), ECLI:ES:TS:2021:900. El recurrente, nacional de la República Dominicana, fue condenado por un delito contra la salud pública en relación con el tráfico de drogas. Estaba casado con una española y era padre de un español de origen, además había sido residente legal en España durante muchos años.

existencia de una convivencia que justifique la invocación del arraigo”. Asimismo, afirmó también que “el arraigo familiar para ser apreciado exige la concurrencia de un requisito determinante cual es la convivencia bajo el mismo techo, si esa convivencia no se da, la Sala entiende que el arraigo familiar no se produce”⁸⁵².

El TC reclamó la necesidad de comprobar, en concreto, los rasgos que presenta el arraigo familiar, relacionando este con el principio de proporcionalidad. El TC sentenció que “los jueces ordinarios han de tener especialmente presentes esos derechos al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 LOEX, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue”⁸⁵³.

VI. LA PROHIBICIÓN DE SALIDA

1. La regla general: la salida voluntaria

Tal y como hemos señalado anteriormente y sobre la base de la Declaración de los Derechos Humanos, el derecho de salida de un Estado constituye la regla general. El derecho a salir de España se reconoce como un derecho pleno y en condiciones de libertad⁸⁵⁴. Por lo tanto, limitar la prohibición de salida es algo excepcional⁸⁵⁵.

Según FAJARDO DEL CASTILLO, este derecho está marcado tanto por su naturaleza de derecho humano necesario para el disfrute de derechos tales como el derecho a buscar asilo o refugio, como por las restricciones que los Estados pueden imponer por razones de seguridad, orden público y control de la migración. La misma autora reconoce que el

⁸⁵² Sentencia del TS de 4 de septiembre de 2023, res. 1006/2023, (ponente: OLEA GODOY), ECLI:ES:TS:2023:3611. Aunque no incumbe a un ciudadano de la Unión, esta sentencia es importante porque hace referencia al arraigo familiar. Se produjo la expulsión del recurrente, ciudadano de Ecuador, del territorio nacional, con la prohibición de entrada en el mismo por un periodo de ocho años, como consecuencia de haber sido condenado en España por un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

⁸⁵³ Sentencia del TC 186/2013, de 4 de noviembre.

⁸⁵⁴ Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, “España: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y asimilados”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 13, p. 93.

⁸⁵⁵ Pascual AGUELO NAVARRO, “Artículo 28. De la salida de España”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (Coords.), *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/200 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, p. 451.

derecho a abandonar un país no constituye un título jurídico suficiente para la elección del país de destino⁸⁵⁶.

Los ciudadanos de la Unión pueden salir voluntariamente de sus Estados miembros de origen y de sus Estados de acogida. La Directiva 2004/38 determina que todo ciudadano de la Unión, así como su familia (con independencia de su nacionalidad) siempre que esté en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válido, tendrá derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro. No será posible establecer ningún visado de salida ni obligación equivalente (artículo 4 puntos 1 y 2 Directiva 2004/38). Sin perjuicio de esto, los Estados miembros podrán limitar la circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Pero estas medidas nunca podrán imponerse por razones económicas (artículo 27.1 Directiva 2004/38).

Las salidas voluntarias del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el CP y en la LOEX (artículo 28 LOEX artículo 21 RLOEX).

En el caso de los ciudadanos españoles, para salir de España deberán de hacerlo a través de los puestos habilitados para ello y previa presentación del documento nacional de identidad, pasaporte o documento de viaje (artículo 5 RD 240/2007).

También es posible salir del Estado con documentación defectuosa, o incluso sin ella, siempre y cuando no haya prohibición de salida ni impedimento alguno (artículo 20.2 RLOEX).

Para poder abandonar España, será necesario presentar a los funcionarios responsables del control de los puestos fronterizos habilitados la documentación necesaria. Si la documentación fuera hallada conforme y se comprueba que no hubiese ninguna prohibición ni impedimento para salir, se autorizará la salida, con la consiguiente estampación del sello de salida. Se prevé la posibilidad de que las autoridades españolas, con el objetivo de controlar la permanencia de los extranjeros en España, registren las entradas y las salidas en territorio nacional de los extranjeros de terceros países (artículo 21 RLOEX).

⁸⁵⁶ Teresa FAJARDO DEL CASTILLO, “El derecho humano a abandonar un país, incluido el propio las excepciones a la regla”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 73, n.º 2, 2021, p. 85.

2. La excepción: la prohibición de salida

El Ministro del Interior, de manera excepcional, podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública, o en los casos previstos en el CP (artículo 28 LOEX y artículo 19.1 RLOEX).

El artículo 22 RLOEX recopila los casos en los que está prohibido salir del territorio español. Se prohibirá la salida de los extranjeros incurso en un procedimiento judicial, por la comisión de delitos en España, salvo los supuestos del artículo 57.7 LOEX, cuando la autoridad judicial autorizase su salida o expulsión. Se prohibirá la salida de los extranjeros en los casos de los condenados por la comisión de delitos en España a pena de privación de libertad y reclamados, cualquiera que fuera el grado de ejecución de la condena, salvo los supuestos del artículo 57.7 LOEX, y los de aplicación de Convenios en los que España sea parte, sobre cumplimiento de penas en el país de origen. Los casos de los reclamados y, en su caso, detenidos para extradición por los respectivos países, hasta que se dicte la resolución procedente. Asimismo, también se prohibirá la salida en los supuestos de padecimiento de enfermedad contagiosa que, con arreglo a la legislación española o a los Convenios Internacionales, impongan la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.

Además, se establece que las prohibiciones de salida se adoptarán con carácter individual por el titular del Ministerio del Interior, según los casos, a iniciativa propia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, del delegado o subdelegado del Gobierno, de las autoridades sanitarias o a instancias de los ciudadanos españoles y de los extranjeros residentes legales en España que pudieran resultar perjudicados, en sus derechos y libertades, por la salida de los extranjeros del territorio español. Las prohibiciones de salida deberán notificarse formalmente al interesado (artículo 22.2 RLOEX).

Recordemos, que en relación con la prohibición de salida se pronunció el TJUE en las sentencias *Aladzhov*⁸⁵⁷, *Gaydarov*⁸⁵⁸ y *Byankov*⁸⁵⁹. Estas tres sentencias trataban la

⁸⁵⁷ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Aladzhov*, as. C-434/10. La cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Aladzhov, nacional búlgaro, uno de los gerentes de una sociedad, y el Director adjunto de la Dirección de los asuntos de Sofía en el Ministerio del Interior, acerca de la decisión de este de prohibir al Sr. Aladzhov la salida del territorio nacional hasta el pago del crédito fiscal del Estado búlgaro frente a dicha sociedad o hasta la constitución de una garantía del pago íntegro de ese crédito. El recurrente alegó que esta medida le imposibilitaba su libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión.

⁸⁵⁸ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, as. C-430/10, aps. 34 y 42. El litigio fue entre el Sr. Gaydarov, nacional búlgaro, y el Director de la Dirección General “Policía de la seguridad” del Ministerio búlgaro del Interior, en relación con una medida de prohibición de salida del territorio y de

prohibición de salida de tres ciudadanos búlgaros de Bulgaria. En el primer caso por tener deudas económicas con el fisco de ese país, en el segundo por haber sido condenado en Serbia por tráfico de estupefacientes y en el tercero como consecuencia de una deuda contraída por el Sr. Byankov con una persona jurídica de Derecho privado búlgaro.

En el asunto *Aladzhov* el TJUE sentenció que el Derecho de la Unión no se opone a una disposición legislativa de un Estado miembro que permite a la autoridad administrativa prohibir a un nacional de ese Estado la salida de este debido a que no se ha pagado una deuda fiscal. Con la doble condición de que, de un lado, esta medida tenga por objeto responder a una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (lo que podría derivar de la naturaleza o importancia de la deuda). Y, por otro lado, que el objetivo pretendido con la medida adoptada no obedezca solo a fines económicos.

En el asunto *Gaydarov* el TJUE señaló que, para limitar el derecho a la libertad de circulación y residencia, esta limitación debía estar basada exclusivamente en la conducta personal del interesado, sin que quepan justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. Además, la existencia de condenas penales no puede motivar por sí misma medidas automáticas que limitan el ejercicio del derecho a la libre circulación. El TJUE reconoció que la resolución controvertida adoptada contra el demandante en el litigio principal se basaba exclusivamente en la condena penal de este en Serbia, con exclusión de cualquier apreciación específica del comportamiento personal del interesado. Por lo tanto, el TJUE sentenció que la Directiva 2004/38 no se opone a una normativa nacional que permite restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido condenado penalmente en otro Estado por tráfico de estupefacientes. Pero para ello deberá tener en cuenta,

expedición de pasaporte u otro documento similar adoptada por el Director de la Policía contra el Sr. Gaydarov. La denegación se basaba en que el demandante había sido condenado en Serbia por tráfico de estupefacientes y se alegaba el control de fronteras.

⁸⁵⁹ Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, as. C-249/11. Mediante una resolución del director de la Dirección Regional del Ministerio de Interior, fechada el 17 de abril de 2007 se dictó contra el Sr. Byankov, de nacionalidad búlgara, una medida administrativa coercitiva por la que se le imponía la prohibición de abandonar el territorio y se prohibía que se le expidieran pasaportes o documentos de identidad sustitutivos. La resolución de 2007 fue adoptada a instancias de un agente judicial como consecuencia de una deuda contraída por el Sr. Byankov con una persona jurídica de Derecho privado búlgaro. Más de tres años después de la adopción de la resolución de 2007, el Sr. Byankov solicitó la revocación de la prohibición de abandonar el territorio objeto del litigio principal invocando su condición de ciudadano de la Unión y su derecho de circular y residir libremente en la Unión. Esta petición fue desestimada.

siempre, las siguientes cuestiones. En primer lugar, que la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En segundo lugar, que la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo. Y, en tercer lugar, que dicha medida pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo que permita comprobar su legalidad de hecho y de Derecho en relación con las exigencias del Derecho de la Unión.

CAPÍTULO 8. GARANTIAS PROCEDIMENTALES COMUNES A LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

Para que se produzca una limitación a la libertad de circulación y residencia de un ciudadano europeo basada en motivos de orden público, seguridad pública o salud pública, es necesario que esta se haga cumpliendo determinados requisitos a lo largo del procedimiento o proceso judicial correspondiente. Se trata de un conjunto de exigencias establecidas en las normas (fundamentalmente, en los artículos 30 a 33 de la Directiva 2004/38 y 17 del RD 240/2007) y cuyo incumplimiento supondrá una infracción del ordenamiento jurídico. Para referirnos a este conjunto de requisitos o exigencias usamos habitualmente la expresión “garantías procedimentales y procesales” que, como veremos, se conectan a los principios básicos del derecho a la tutela judicial efectiva.

En realidad, estas garantías procedimentales deben cumplirse en todo caso, incluyendo aquellas situaciones en las que la expulsión no se refiera a cuestiones de orden, seguridad o sanidad pública⁸⁶⁰.

I. LOS REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN AL INTERESADO DE LAS DECISIONES LIMITATIVAS ADOPTADAS

El artículo 30.1 de la Directiva 2004/38 establece la obligación de notificar al interesado las decisiones limitativas de su libertad. Notificación que deberá hacerse por escrito y en condiciones tales que le permitan entender su contenido e implicaciones.

Por su parte, el segundo párrafo del mencionado precepto determina que deberán comunicarse al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público en las que se base la decisión que le afecte, a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado (artículo 30.2 Directiva 2004/38). Sobre esta cuestión de la necesidad de motivación volveremos en un apartado posterior.

Finalmente, en el apartado tercero se añade la obligación de que la notificación indique la jurisdicción o instancia administrativa ante la cual el interesado puede interponer recurso, así como el plazo establecido para ello y, cuando proceda, el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado miembro.

⁸⁶⁰ Augusto AGUILAR CALAHORRO, “Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos europeos vs. orden público: el caso francés”, en Francisco Javier GARCÍA CASTAÑO y Nina KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, p. 1709.

Igualmente, el artículo 26.2 LOEX establece que cuando no proceda autorizar la entrada, se dictará “resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”. Como es fácil de intuir, se trata de claras manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de asistencia jurídica gratuita⁸⁶¹.

II. EL DERECHO A UNA VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

El artículo 31.1 de la Directiva reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellas personas sobre quienes se imponga una medida limitativa de su derecho de circulación y residencia por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública, al señalar que tendrán derecho a interponer “los recursos judiciales y, en su caso, administrativos del Estado miembro de acogida o solicitar la revisión de la misma”.

El TJUE ha sentenciado que la Directiva 2004/38 exige la existencia de una vía de recurso que permita al juez nacional ejercer un control tanto de hecho como de Derecho sobre la legalidad de cualquier decisión que restrinja la libertad de circulación y residencia, se haya basado esta en motivos de orden público, seguridad pública, salud pública o en motivos de otro tipo⁸⁶².

El recurso debe permitir, en definitiva, el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida adoptada. En cuanto al control judicial del margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales competentes, el juez nacional debe comprobar, en particular, si la resolución impugnada tiene una base fáctica suficientemente sólida. Además, este control debe centrarse en el respeto de las garantías procedimentales, que reviste una importancia fundamental para que el juez pueda comprobar si concurrían los elementos de hecho y de Derecho de los que depende el ejercicio de la facultad de apreciación⁸⁶³.

⁸⁶¹ María LEÓN MARTÍNEZ-LOSA, “El estatuto jurídico del inmigrante extracomunitario”, *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 13, 2008, p. 60.

⁸⁶² Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, as. C-430/10, ap. 41. La sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012, *Rahman*, as. C-83/11, ap. 25, añade que los beneficiarios de la aplicación de la Directiva 2004/38 tienen el derecho a que un órgano jurisdiccional compruebe si la normativa nacional y la aplicación de esta Directiva han respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva.

⁸⁶³ Sentencia del TJUE de 12 de julio 2018, *Banger*, as. C-89/17, ap. 51; Sentencia del TJUE de 4 de abril de 2017, *Fahimian*, as. C-544/15, aps. 45 y 46.

En España, las decisiones de las autoridades nacionales en materia de extranjería (incluyendo las resoluciones sancionadoras) son susceptibles de recurso administrativo y/o judicial, de conformidad con las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico español (artículo 21 y 65 LOEX)⁸⁶⁴. Por su parte, el artículo 20 LOEX reconoce de forma expresa el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, señalando seguidamente que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 LOEX, que hace referencia a los visados. Esto significa, por lo tanto, que a quienes sean interesados en los procedimientos en materia de extranjería se le reconocen, entre otros, los derechos de los interesados en cualquier procedimiento administrativo, hoy recogidos en el artículo 53 de la Ley 39/2015.

Según ARANA GARCÍA, este artículo 20 LOEX regula la aplicación de algunas de las garantías jurídicas más importantes de nuestro ordenamiento jurídico. Es un derecho que se reconoce al margen del requisito de la residencia y supone la confirmación de que este derecho se aplica en igualdad de condiciones a los españoles y a los extranjeros, sin diferenciar si están en situación legal o no, por lo que su regulación debe ser igual para ambos⁸⁶⁵.

En el ámbito del procedimiento administrativo se han planteado algunas cuestiones de interés en relación con el trámite de audiencia. En este sentido, el TS se manifestó sobre

⁸⁶⁴ Merece la pena destacar, en este sentido, dos sentencias del TS que ya en 1993 pusieron de relieve la importancia del respeto a los derechos procesales para lograr una plena eficacia de los derechos sustantivos. Esto se reflejaba por el TS al manifestar que “la medida que examinamos, para que repercuta en la libertad de circulación de personas, ha de fundarse en una Ley y aplicarse en forma razonable y razonada y, por ello, al no respetarse el mínimo esencial de garantías procedimentales que enuncia el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 13, 19 y 24 de la Constitución, es necesario concluir, en este punto, que la Administración no puede expulsar a un extranjero, o ciudadano, en este caso, de la Comunidad Europea, sin haber resuelto en forma motivada si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia, pues de lo contrario, se vulnera también el artículo 19 de la Constitución, sin perjuicio de reconocer que el recurrente se hallaba en España, antes de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas y la aplicación del RD 1099/1986, de 26 mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”. Sentencia del TS del 17 de diciembre de 1993 (ponente: BURÓN BARBA), ECLI:ES:TS:1993:8878 y Sentencia del TS de 17 de diciembre de 1993, rec. 8576/1991 (ponente: BURÓN BARBA), ECLI:ES:TS:1993:17205.

⁸⁶⁵ Estanislao ARANA GARCÍA, “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (Coords.), *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/200 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 315-316.

la falta de audiencia y la falta de motivación en la sentencia 52/56 de 6 de julio de 2011⁸⁶⁶.

El TS, reconoció que, según la normativa alegada en la sentencia, se podrá prescindir de trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, como había sido el caso.

En este sentido el TS consideró que el trámite de la previa audiencia del interesado no era exigible en la medida que la Administración únicamente ponderó para adoptar su decisión los documentos adjuntados por el recurrente. Y ello porque no figuraba incorporada en el expediente ninguna otra actuación ajena a dicha aportación y valoración de los elementos documentales del interesado en sustento de su solicitud. Finalmente, el TS añadió que, para que un defecto de motivación determine la anulabilidad de la resolución administrativa, es preciso que haya dado lugar a la indefensión del interesado. El TS reconoció que se entendía como tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa por no haber podido conocerla *ratio decidendi* de la decisión administrativa.

Por otro lado, el artículo 65 LOEX establece que cuando un extranjero no se encuentre en España tiene la posibilidad de cursar los recursos que procedan, tanto si son de carácter administrativo como judicial. Esto se hará a través de las representaciones diplomáticas y consulares, quienes se remitirán al organismo correspondiente. Según LUJÁN ALCARAZ, este artículo remite de manera expresa a la normativa general en materia de recursos, a la vez que predica la ejecutividad inmediata de las resoluciones administrativas sancionadoras y garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Sentencia del TS de 6 de julio de 2011, rec. 6159/2007 (ponente: PERELLÓ DOMENECH), ECLI:ES:TS:2011:5256. La sentencia impugnada desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a tres resoluciones de la Embajada de España en Ghana, que denegaban el visado de reagrupación familiar a los naturales de dicho país, el demandante y su hermano, para reunirse con su supuesto padre en España. Véase la Sentencia del TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2022, res. 838/2022 (ponente: IRANZO CEREZO), ECLI:ES:TSJM:2022:13023. Se presentó un recurso ante la falta de audiencia de un ciudadano de Ecuador solicitante de un visado de corta duración. Se instó la anulación de la misma y, consiguientemente, la concesión del visado que no es otro que el de familiar de ciudadano de la Unión. El Tribunal desestimó el recurso presentado por el demandante. En todos los casos se trataba de familiares de ciudadanos de la Unión.

⁸⁶⁷ José LUJÁN ALCARAZ, “Artículo 65. Carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (Coords.), *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/200 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, p. 1036.

Los extranjeros deben cumplir los mismos requisitos para comparecer en juicio que los nacionales, pues el ordenamiento no establece exoneración o dispensa alguna, y, la prestación de la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales solo se justifica si consta de manera indubitada la voluntad del extranjero de impetrar la actuación de los mismos.

III. EN PARTICULAR, LA MOTIVACIÓN DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS

Toda decisión que suponga una limitación al derecho de libertad y circulación debe estar motivada, indicando todas las razones específicas de hecho y de derecho por las que se adopta, de modo que la persona en cuestión pueda tomar medidas efectivas para garantizar su defensa⁸⁶⁸ y los tribunales nacionales puedan revisar el caso de conformidad con el derecho a un recurso efectivo, que es un principio general del Derecho de la Unión reflejado en el artículo 47 de la CDFUE⁸⁶⁹.

Toda restricción al derecho de libre circulación deberá notificarse al interesado en la forma establecida en el artículo 30 Directiva 2004/38, es decir, comunicando los motivos de aquella con precisión y por extenso, indicando las razones en las que se base la decisión que le afecte, a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado. En cumplimiento de ello, el RD 240/2007 determina, en sus artículos 16.1 y 18.2, que las resoluciones de expulsión deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ellas, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se deben formalizar.

En este sentido la Comunicación *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro* también insistió en la necesidad de motivación de las medidas limitativas. Es el Estado correspondiente el que deberá comunicar al interesado, en el momento en que se le notifique la medida restrictiva adoptada contra él, los motivos exactos y completos de la decisión, a fin de darle la posibilidad de llevar a cabo eficazmente su defensa⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, aps. 37, 38 y 39.

⁸⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3.6.

⁸⁷⁰ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75, ap. 39.

Como recuerdan SANTOLAYA MACHETTI y GARCÍA VITORIA, con la motivación se otorga racionalidad a la actividad administrativa, facilitando la fiscalización del acto por parte de los tribunales⁸⁷¹.

Junto a la doctrina, el TJUE se ha manifestado sobre la necesidad de motivación de cualquier acto desfavorable, declarando que “el control jurisdiccional debe limitarse a comprobar la observancia de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder”⁸⁷².

En este sentido se pronunció el TJUE en la sentencia *Banger*⁸⁷³. En ella el TJUE declaró que las decisiones vinculadas a la Directiva 2004/38 en relación con la libertad de circulación y residencia tienen que estar basadas en un estudio detenido de sus circunstancias personales y que, en caso de denegación, tiene que estar motivada. Anteriormente, el TJUE había hecho la misma afirmación en la sentencia *Rahman*⁸⁷⁴.

Como ya hemos indicado, la denegación de entrada indicará las razones de esta decisión, ya sea por no cumplir con los requisitos de entrada o por razones de orden público, seguridad o salud públicas. Sin embargo, esta norma tiene una excepción en la que debemos detenernos: cuando dar a conocer estas razones al interesado sea contrario a la seguridad del Estado (artículo 30.2 Directiva 2004/38; artículo 4.3 RD 240/2007).

Sobre la excepción de la obligación de motivar por concurrir cuestiones relacionadas con la seguridad del Estado se pronunció el TJUE en la sentencia *ZZ*⁸⁷⁵. En este caso, el

⁸⁷¹ Pablo SANTOLAYA MACHETTI e Ignacio GARCÍA VITORIA, “Las garantías del procedimiento de la ley de extranjería en la jurisprudencia, julio 2006-junio 2007”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, n.º 0, 2008 (Ejemplar dedicado a: La inmigración en la encrucijada), p. 210.

⁸⁷² Sentencia del TJUE de 24 de enero de 1992, *La Cinq/Comisión*, as. T-44/90, ap. 85.

⁸⁷³ Sentencia del TJUE de 12 de julio 2018, *Banger*, as. C-89/17, ap. 41. La Sra. Banger tenía nacionalidad sudafricana. Su pareja, el Sr. Philip Rado, era nacional del Reino Unido. De 2008 a 2010 convivieron en Sudáfrica. En mayo de 2010, el Sr. Rado aceptó un puesto de trabajo en los Países Bajos, Estado miembro en el que convivió con la Sra. Banger hasta 2013 y en el que se expidió a esta una tarjeta de residencia como “miembro de la familia extensa” de un ciudadano de la Unión. Ese mismo año la Sra. Banger y el Sr. Rado decidieron instalarse en el Reino Unido. La Sra. Banger solicitó al Ministerio del Interior de este Estado miembro que se le expidiese una tarjeta de residencia, la cual le fue denegada por ser la pareja no casada del Sr. Rado. La demandante impugnó la resolución por la que se le denegó la expedición de una tarjeta de residencia.

⁸⁷⁴ Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2015, *Rahman*, as. C-83/11, ap. 22.

⁸⁷⁵ Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013, *ZZ*, as. C-300/11. El demandante poseía la doble nacionalidad francesa y argelina. Estaba casado con una nacional del Reino Unido y se le concedió un derecho de residencia permanente en el Reino Unido. Tras un viaje a Argelia, las autoridades del Reino Unido decidieron revocar su derecho de residencia permanente y prohibirle la entrada en el territorio del Reino Unido, basándose en que su presencia era perjudicial para el interés general, haciéndose constar en

TJUE confirmó que las autoridades debían comunicar al interesado, con precisión y por extenso, las razones en las que habían basado su decisión de denegarle la entrada al Reino Unido, a menos que a ello se opusieran razones de seguridad del Estado. Al determinar si las autoridades podían abstenerse de divulgar determinada información por motivos de seguridad del Estado, el TJUE observó que era necesario encontrar un equilibrio entre la seguridad del Estado y el derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 CDFUE. Y determinó que es el tribunal nacional el que debe velar por que, en todo caso, se comunique al interesado el contenido esencial de tales razones de una manera en que se tenga debidamente en cuenta la necesaria confidencialidad de las pruebas (apartados 46 y 51).

El TJUE precisó que no existe una presunción en favor de la existencia y fundamento de las razones invocadas por una autoridad nacional para denegar la comunicación de dichas razones (apartado 61). Por lo tanto, es el juez competente el que ha de llevar a cabo un examen independiente de todos los elementos de hecho y de Derecho invocados por la autoridad nacional y quien debe determinar si la seguridad del Estado se opone a que se comuniquen al interesado las razones en las que se basa la resolución de prohibición de entrada (apartado 60). El juez que ejerce el control de la legalidad de la resolución de prohibición de entrada ha de conocer todos los motivos y elementos de prueba en los que se basó la adopción de la decisión. El TJUE puso de relieve que es la autoridad nacional competente la que debe de aportar la prueba de que la seguridad del Estado se vería seriamente comprometida en caso de que se comunicaran al interesado los motivos de la decisión.

En el supuesto de que la seguridad del Estado se oponga efectivamente a tal comunicación, el control judicial de la legalidad de la resolución debe efectuarse en el marco de un procedimiento en el que se ponderen las exigencias derivadas de la

la resolución que el Sr. ZZ no disponía de recurso alguno contra la referida revocación. La Comisión Especial de recursos sobre inmigración (SIAC) del Reino Unido había desestimado un recurso interpuesto por el demandante contra una resolución de prohibición de entrada en el territorio del Reino Unido, basada en razones de seguridad pública. La SIAC dictó una resolución “confidencial” con una motivación exhaustiva y una resolución “pública” con una motivación sucinta. Solamente se comunicó al demandante esta última resolución. El demandante interpuso un recurso contra la resolución de prohibición de entrada, siendo esta desestimada, basándose en que la resolución impugnada se justificaba por razones imperiosas de seguridad pública, oponiéndose la autoridad competente a que se comunicaran al recurrente determinados elementos en los que aquel había basado su oposición al recurso del Sr. ZZ. En la resolución pública se llegó a la conclusión de que, “por razones explicadas únicamente en la resolución confidencial”, se tenía “el convencimiento de que la conducta personal de ZZ representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectaba a un interés fundamental de la sociedad, a saber, la seguridad pública, que prevalece sobre el derecho del recurrente y el de su familia a disfrutar de su vida familiar en el Reino Unido”. Ante esta decisión el demandante interpuso un recurso de apelación.

seguridad del Estado y las consustanciales al derecho a la tutela judicial efectiva, limitando al mismo tiempo a lo estrictamente necesario las eventuales limitaciones al ejercicio de este derecho (apartado 64). La necesaria protección de la seguridad del Estado no puede tener como efecto privar al interesado de su derecho a ser oído ni hacer inefectivo su derecho a interponer los recursos oportunos. No obstante, esta ponderación no es válida de la misma manera en lo que atañe a las pruebas en que se fundamentan los motivos expuestos ante el juez nacional competente, dado que la comunicación de tales pruebas puede comprometer de modo directo y particular la seguridad del Estado (apartado 66).

Finalmente, el TJUE concluyó que el tribunal del Estado de acogida que examine la decisión de las autoridades de no divulgar las razones en las que ha basado su negativa debe ser competente para garantizar que la falta de divulgación se limite a lo estrictamente necesario. Y, en cualquier caso, se ha de informar al interesado de la esencia de los motivos en que se ha basado la decisión, de un modo que tenga debidamente en cuenta la necesaria confidencialidad de las pruebas (apartado 69).

Al margen de esta concreta excepción, y con carácter general, la jurisprudencia española ha determinado en qué consiste la motivación de los actos administrativos.

El TC ha manifestado que la motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica. Ha señalado que la motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad⁸⁷⁶. Del mismo modo, la jurisprudencia ha reconocido que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ Sentencia del TC 77/2000, de 27 de marzo.

⁸⁷⁷ Sentencia del TC 150/1993, de 3 de mayo; Sentencia del TC 119/2003, de 16 de junio; Sentencia del TC 66/2022, de 2 de junio.

Asimismo, el TC ha declarado que la motivación “no está necesariamente reñida con la brevedad y concisión”⁸⁷⁸ y que “la doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad”⁸⁷⁹. Y ha concluido que la suficiencia de la motivación “no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito”⁸⁸⁰.

En este mismo sentido el TS se ha pronunciado en varias sentencias.

En 1999, el TS sentenció que el administrado debe conocer el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que “debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa”, con lo que “la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa”⁸⁸¹.

La sentencia del TS de 30 de enero de 2001 definió que la motivación de un acto administrativo consiste en una explicación o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de estos en una norma jurídica, por lo que no solo es una “elemental cortesía”, sino que se trata de un requisito de fondo e indispensable, cuando se exige legalmente. El TS señaló que solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que “justifican” el acto. Además, añadió que los motivos son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración. Y señaló que solo expresando los motivos de una decisión administrativa puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución. Del mismo modo, el TS sentenció que se entiende cumplido el requisito con la motivación *in aliunde* mediante la aceptación e incorporación al texto

⁸⁷⁸ Sentencia del TC 109/1996, de 13 de junio; Sentencia del TC 26/1997 de 11 de febrero; Sentencia del TC 108/2001 de 23 de abril.

⁸⁷⁹ Sentencia del TC 36/1982 de 16 de junio.

⁸⁸⁰ Sentencia del TC 116/1998, de 2 de junio.

⁸⁸¹ Sentencia del TS de 12 de mayo de 1999, rec. 10363 (ponente: DELGADO-IRIBARREN NEGRAO), ECLI:ES:TS:1999:3272; Sentencia del TS de 25 de junio de 1999, rec. 9284/1992 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), ECLI:ES:TS:1999:4522.

de la resolución de informes o dictámenes previos⁸⁸². Además, el TS sentenció que la Administración ha de dar siempre y en todo caso, razón de sus actos⁸⁸³.

En el mismo sentido, el TS ha sentenciado que “[...] la motivación de una resolución puede hacerse bien directamente, bien por referencias a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones. En consecuencia, no cabe confundir la brevedad y concisión de términos de los actos administrativos resolutorios con la falta de motivación, ni es necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido ese requisito con que, aun sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución. En verdad, la motivación del acto administrativo no depende del grado de suficiencia considerado necesario por los particulares interesados, sino que basta con que se pueda conocer con la mayor certeza posible la verdadera voluntad del órgano actuante para que se entienda suficientemente motivado. En suma, la motivación escueta o sucinta de todo acto administrativo, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación ni acarrea su nulidad, pues la sucinta referencia motivadora no requiere una exhaustiva y completa referencia fáctica y jurídica del proceso conformador de la voluntad administrativa”⁸⁸⁴.

En 2020, el TS manifestó que “la motivación constituye un requisito imprescindible en todo acto administrativo en la medida en que supone la exteriorización de las razones que sirven de justificación o fundamento a la concreta solución jurídica adoptada por la Administración. Este requisito, de obligado cumplimiento..., resulta de especial relevancia desde la perspectiva de la defensa del administrado ya que es la explicitación o exteriorización de las razones de la decisión administrativa la que le permita articular los concretos medios y argumentos defensivos que a su derecho interese y, además, permite que los tribunales puedan efectuar el oportuno control jurisdiccional. La exigencia de motivación no exige, empero, una argumentación extensa, sino que, por contra, basta con una justificación razonable y suficiente que contenga los presupuestos de hecho y los fundamentos de Derecho que justifican la concreta solución adoptada”⁸⁸⁵.

En relación, específicamente, con las decisiones restrictivas de la libertad de circulación y residencia, el TS ha afirmado que “se requiere y exige un alto nivel de motivación por

⁸⁸² Sentencia del TS de 30 de enero de 2001, rec.23/1998(ponente: GONZÁLEZ RIVAS), ECLI:ES:TS:2001:523.

⁸⁸³ Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2002, rec.451/2001 (ponente: LECUNBERRI MARTI), ECLI:ES:TS:2002:8073.

⁸⁸⁴ Sentencia del TS de 19 de diciembre de 2018, res. 1819/2018 (ponente: OLEA GODOY), ECLI:ES:TS:2018:4336.

⁸⁸⁵ Sentencia del TS de 9 de junio de 2020, res. 713/2020 (ponente: TOLEDANO CANTERO), ECLI:ES:TS:2020:1716.

parte de la Administración (...) y que el expresado alto nivel de motivación debe llevarse a cabo por la Administración y controlarse por los órganos jurisdiccionales”⁸⁸⁶.

En el caso de que la medida limitativa sea la expulsión del territorio nacional, el TSJ de Andalucía ha declarado que un acuerdo de expulsión debe de cumplir con lo establecido en el artículo 35 LPACAP. Este artículo establece una relación de actos administrativos que han de ser motivados obligatoriamente, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. Entre estos actos se encuentran los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos⁸⁸⁷.

Del mismo modo, varias sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de España han determinado que es necesaria la motivación de la orden de expulsión. Es decir, que la motivación debe de quedar clara a la hora de determinar la decisión de expulsión y que debe de ser correcta la aplicación del artículo 15 RD 240/2007⁸⁸⁸. En consecuencia, la jurisprudencia ha señalado que, en el caso de que sea necesario, debe subsanarse el defecto de la motivación de una orden de expulsión⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2020, res. 1668/2020 (ponente: HUET DE SANDE), ECLI:ES:TS:2020:4055. La sentencia se pronunció sobre la decisión que acordó la expulsión del demandante del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de diez años al amparo del artículo 57.2 LOEX, como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones. Insistió en esta idea la Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2020, res. 1774/2020 (ponente: OLEA GODOY), ECLI:ES:TS:2020:4492 relativa a la expulsión con prohibición de entrada por cinco años de un nacional de Nigeria. Aunque esta sentencia habla de un nacional de Nigeria, es interesante porque hace referencia a la obligación por parte de la Administración de la obligación de la motivación.

⁸⁸⁷ Sentencia del TSJ de Andalucía 23 de marzo de 2023, res. 620/2023 (ponente: GALINDO SACRISTÁN), ECLI:ES:TSJAND:2023:2547; Sentencia del TSJ de Madrid 21 de julio de 2023, res. 497/2023 (ponente: CANABAL CONEJOS), ECLI:ES:TSJM:2023:919.

⁸⁸⁸ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 11 septiembre 2015, res. 172/2015 (ponente: GONZÁLEZ GARCÍA), ECLI:ES:TSJCL:2015:4116. La sentencia apelada estaba basada en una resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Ávila por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del recurrente, ciudadano rumano, y la prohibición de entrada en territorio nacional por período de cinco años, de acuerdo con el artículo 15 RD 240/2007. Véase también la Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 16 de marzo 2015, res. 510/2015 (ponente: LALLANA DUPLA), ECLI:ES:TSJCL:2015:1292. La sentencia objeto de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el demandante, nacional de Rumanía, contra la resolución dictada por Subdelegación de Gobierno en León por la que se acordó la expulsión del territorio nacional con una prohibición de entrada por un periodo de tres años.

⁸⁸⁹ Sentencia del TSJ de Andalucía, de 26 de mayo de 2014, res. 1483/2014 (ponente: MONTALBÁN HUERTAS), ECLI:ES:TSJAND:2014:4787. La sentencia objeto de apelación ordenó la retroacción del expediente administrativo al momento previo al dictado del acuerdo de expulsión, con el objetivo de que la Administración subsanase el defecto de motivación detectado acerca de las consecuencias que para el interesado - ciudadano marroquí residente de larga duración comunitario - y para los miembros de su familia (si los hubiere) tendría la expulsión; así como sobre los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

Del mismo modo se ha manifestado la jurisprudencia española en el caso de errónea motivación. El TSJ de Madrid, en cuanto a la posible falta de motivación del acto administrativo, recordó que el artículo 20.2 LOEX dispone que en los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería se respetarán en todo caso “las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones”. Del mismo modo, el TSJ indicó que el artículo 27.6 LOEX recoge que “la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito”. Asimismo, recordó que el artículo 35 LPACAP prevé que la Administración está obligada a aportar una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada y que esta resulte asequible al destinatario de la misma, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos, aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa. Desde el punto de vista del TSJ, este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de esta a los fines que la justifican, según se recoge en el artículo 106.1 de la Constitución. El TSJ finalizó señalando que el cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado prevista en el artículo 48.2 LPACAP. Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser ya un vicio invalidante, ya una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa⁸⁹⁰.

En relación con el orden público y la expulsión del territorio nacional la jurisprudencia española ha determinado que la Administración ha de justificar por qué la existencia de una condena penal constituye una amenaza actual para el orden público para poder

⁸⁹⁰ Sentencia del TSJ de Madrid de 6 de octubre 2023, res. 593/2023 (ponente: CANABAL CONEJOS), ECLI:ES:TSJM:2023:11209. El TSJ desestimó la impugnación de la resolución dictada por la Embajada de España en La Paz que denegaba la solicitud de visado de reagrupación familiar en régimen comunitario para reunirse con su madre. Por su parte, la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de junio de 2022, res. 430/2022 (ponente: CANABAL CONEJOS), ECLI:ES:TSJM:2022:7060, desestimó el recurso contra la denegación de una solicitud de visado de reagrupación familiar en régimen comunitario para reunirse con su padre. La parte recurrente impugnó la resolución aduciendo que resultaba errónea la motivación, dado que la solicitante era mayor de veintiún años e hija de familiar comunitario, habiendo acreditado su dependencia paterna a través de las remesas de dinero recibidas. La Administración demandada, la embajada de España en Nueva Delhi, se opuso sobre la base de las apreciaciones del Consulado en función del contenido de los documentos aportados y rechazó la falta de motivación.

expulsar a un familiar de ciudadano de la Unión⁸⁹¹. El TSJ de Castilla y la Mancha estimó el recurso interpuesto contra la resolución por la que se acordó la expulsión del recurrente, familiar de ciudadano de la Unión. El TSJ señaló que, conforme a la jurisprudencia y los artículos 15 y 18.2.1 RD 240/2007, las razones que da la Administración para concluir que la actuación del recurrente constituye una amenaza para el orden público y la seguridad ciudadana eran estereotipadas. Y ello porque en ningún momento se justificó por qué la existencia de la condena penal por un delito de robo con fuerza en las cosas constituía una amenaza actual para el orden público, acudiéndose a otros datos, como los antecedentes policiales, y a otras circunstancias que, por sí solas, tampoco justificarían la expulsión, como la de no acreditar medios lícitos de subsistencia.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como norma general la posibilidad de establecer algún límite a la libertad de circulación y residencia no debe exceder de lo que es considerado legítimo en virtud del principio de proporcionalidad y de las condiciones y límites establecidos en los Tratados de la Unión.

El artículo 27 de la Directiva 2004/38 establece que las medidas adoptadas por razón de orden público, seguridad pública o salud pública deberán basarse en dos parámetros: la proporcionalidad y la conducta personal de interesado. Sin embargo, el principio de proporcionalidad no se recoge explícitamente en la transposición al ordenamiento español (artículo 15 RD 240/2007).

En una Comunicación de 2009, la Comisión hizo unas apreciaciones en relación con la evaluación de la proporcionalidad⁸⁹².

Por una parte, determinó que los Estados deben llevar a cabo un análisis de las características de la amenaza. Y estableció una serie de factores que deben tenerse en cuenta, como es el grado de peligro social resultante de la presencia de la persona en cuestión en el territorio de ese Estado miembro; la naturaleza de las actividades delictivas, su frecuencia, peligro acumulativo y daños causados; y el tiempo

⁸⁹¹ Sentencia del TSJ de Castilla y La Mancha de 9 de marzo de 2016, res. 10052/2016 (ponente: ESTÉVEZ GOYTRE), ECLI:ES:TSJCLM:2016:575.

⁸⁹² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009. Punto 3.3.

transcurrido desde la comisión de los actos y el comportamiento de la persona en cuestión.

Conjuntamente, la Comunicación determinó que la situación personal y familiar del individuo en cuestión debía evaluarse cuidadosamente con objeto de establecer si la medida prevista era apropiada y no iba más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo perseguido, y si había medidas menos restrictivas para lograrlo.

Como sintetiza REBOLLO PUIG, el principio de proporcionalidad comprende las siguientes reglas. En primer lugar, la idoneidad o exigencia de adecuación al fin y congruencia con los motivos. Esto quiere decir que el principio de proporcionalidad prohíbe medidas limitativas que no sean adecuadas al fin que persiguen o que sean incongruentes con el problema que quiere resolver. Lo que se persigue es que la medida que se adopte sea idónea para el fin que se persigue, es decir, que sea útil para su fin. En segundo lugar, comprende la necesidad o elección de la medida menos restrictiva. Es decir, se impone que entre las diferentes medidas se escoja la más suave⁸⁹³. Y, en tercer lugar, incluye también la proporcionalidad en sentido estricto lo que implica que el beneficio debe compensar el perjuicio. Es decir, que haya un cierto equilibrio entre el beneficio que la medida puede causar en el interés público y los perjuicios que comporta para otros intereses⁸⁹⁴.

Para MARTÍN MARTÍNEZ, la evaluación de la proporcionalidad se efectúa una vez se haya determinado la existencia de una amenaza y su finalidad es comprobar que la limitación impuesta no exceda de lo necesario para lograr el fin perseguido. Para hacer esta comprobación es necesario analizar el grado de peligro social que representa el destinatario de esa medida, la naturaleza y frecuencia de las actividades delictivas, el tiempo transcurrido y el comportamiento posterior de la persona en cuestión⁸⁹⁵.

Al igual que la doctrina, el TJUE en su jurisprudencia se ha pronunciado sobre el principio de proporcionalidad a la hora de limitar el derecho de circulación y residencia en la Unión. Entre las sentencias más destacadas deben mencionarse las sentencias *MRAX*, *Zhu y Chen* y *Bausmbast*. Analicémoslas.

⁸⁹³ Insiste en esta idea de que la proporcionalidad debe valorar si existen medios menos lesivos para evitar los daños a la seguridad pública Isabel María VILLA FUENTES, “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el Estado de cogida”, *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, n.º 4, diciembre 2013, p. 12.

⁸⁹⁴ Manuel REBOLLO PUIG, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo III*, Tecnos, 2017, pp. 23-24. En sentido similar también José Ignacio LÓPEZ GONZÁLEZ, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, septiembre/diciembre 1998, p. 158.

⁸⁹⁵ Magdalena María MARTÍN MARTÍNEZ, “Límites a la libre circulación...”, *cit.*, p. 778.

En la sentencia *MRAX*⁸⁹⁶, el TJUE señaló que el principio de proporcionalidad debía regir a la hora de aplicar las medidas que limiten la libertad de circulación y residencia. En este sentido, el TJUE determinó que un Estado miembro no puede denegar en la frontera la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, utilizando otros medios.

Especialmente significativa sobre los límites a la libertad de circulación y residencia y el principio de proporcionalidad fue la sentencia *Zhu y Chen*⁸⁹⁷. En esta sentencia el TJUE reconoció que la menor tenía derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio del país de acogida, ya que cumplía con los requisitos que la normativa europea establecía. Es decir, disponía de un seguro de enfermedad y de recursos suficientes para no ser una carga para el erario del país de acogida. Asimismo, reconoció que la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupaba del cuidado efectivo de una menor al que se le reconocía un derecho de residencia, resida con la menor en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último.

⁸⁹⁶ Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, as. C-459/99, ap. 62. Las cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL* y el Estado belga relativo a un recurso de anulación contrala circular de los Ministros de Interior y de Justicia, de 28 de agosto de 1997, sobre el procedimiento de publicación de los edictos matrimoniales y sobre los documentos que debían aportarse para obtener un visado con objeto de contraer matrimonio en el Reino de Bélgica o para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero.

⁸⁹⁷ Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, as. C-200/02, aps. 32 y 44. El litigio surgió entre el Gobierno británico y la demandante. La Sra. Chen y su marido trabajaban en una empresa china con domicilio social en China. El primer hijo de la pareja nació en China. Con el deseo de dar a luz a un segundo hijo, la Sra. Chen entró en el territorio del Reino Unido en el mes de mayo de 2000, estando embarazada de seis meses. En julio del mismo año se trasladó a Belfast, donde nació su segunda hija. Con posterioridad, la madre y la niña se mudaron a Cardiff, en el País de Gales (Reino Unido). Irlanda permitía adquirir la nacionalidad irlandesa a toda persona nacida en la isla de Irlanda. La ciudadana china había acudido a dar a luz en Irlanda a su hija para que esta pudiera obtener la nacionalidad irlandesa (por *ius soli*), de este modo, invocando la libertad de desplazamiento de su hija en virtud de las reglas comunitarias, la madre pretendía establecerse en Inglaterra. Se discutió la autorización de residencia de la menor (C. Zhu), ciudadana irlandesa por nacimiento en Belfast, y de su madre (M. Chen), de nacionalidad china, dentro del régimen de libre circulación de nacionales, con exclusión de la aplicación del régimen general de extranjería previsto en el Reino Unido. Las autoridades administrativas británicas consideraron que la petición de residencia de la niña y de su madre debía encuadrarse en el régimen general de extranjería. El *Secretary of State for the Home Department* negó conceder a las dos demandantes un permiso de residencia de larga duración basándose en que la menor no había ejercido ningún derecho derivado, y en que la Sra. Chen no estaba autorizada a residir en el Reino Unido con arreglo a la normativa británica.

El TJUE determinó que era evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implicaba necesariamente que el niño tuviera derecho a ser acompañado por la persona que se encargaba de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pudiera residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia. Por lo tanto, era necesario permitir que el progenitor que se encargaba del cuidado efectivo de dicho nacional residiera con él en el Estado miembro de acogida.

El TJUE sentenció que las limitaciones y condiciones establecidas debían realizarse respetando los límites impuestos por el Derecho de la Unión y de conformidad con los principios generales de este, en particular, el principio de proporcionalidad. En definitiva, el TJUE sentenció que, si no se le reconocía este derecho a la madre de la menor, y conforme al principio de proporcionalidad, la menor no podría disfrutar de la libertad de circulación y residencia que se le reconoce a todo ciudadano de la Unión. Es decir, no era proporcional la decisión de negar el permiso de residencia de larga duración a la madre con la consecuencia que esta decisión pudiera tener en la menor, ya que no podría ejercer su derecho a la libertad de circulación y residencia en otro Estado miembro.

El TJUE reconoció así un derecho de residencia derivado a progenitores de hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, en territorio de esta última, con objeto de garantizar así el efecto útil y disfrute efectivo del derecho de residencia de esos hijos y procurarles la adecuada compañía para su cuidado.

Posteriormente, el TJUE, en la sentencia *Baumbast y R*⁸⁹⁸, reconoció un derecho autónomo de libre circulación a los particulares no activos económicamente, y sentenció

⁸⁹⁸ Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2012, *Baumbast y R*, as. 413/99, aps. 82 y 91. El litigio tuvo lugar entre, de un parte, el Sr. y la Sra. Baumbast y las Srtas. María Fernanda Sarmiento e Idanella y R, por otro lado, el *Secretary of State for the Home Department* con motivo de la denegación por parte de este último de permisos de residencia en el territorio del Reino Unido.

En el primero de los casos, la Sra. Baumbast, de nacionalidad colombiana, se casó en el Reino Unido con el Sr. Baumbast, de nacionalidad alemana. Su familia estaba compuesta por dos hijas, la mayor de las cuales tenía nacionalidad colombiana y, la menor, doble nacionalidad alemana y colombiana. Años más tarde, los miembros de la familia Baumbast obtuvieron una tarjeta de residencia válida por cinco años. La Sra. Baumbast solicitó un permiso de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido para ella y los demás miembros de su familia, pero la solicitud de renovación de la tarjeta de residencia del Sr. Baumbast y de los documentos de residencia de la Sra. Baumbast y sus hijas fueron denegadas. Los motivos alegados en relación con el Sr Baumbast fueron que no era un trabajador ni una persona que tuviera un derecho general de residencia. Respecto a las hijas, el *Immigration Adjudicator* decidió que disfrutaban de un derecho de residencia propio. Además, reconoció a la Sra. Baumbast el derecho de residencia por el mismo período durante el cual sus hijas disfrutaran de este derecho. Según el *Immigration Adjudicator*, los derechos de la Sra. Baumbast derivaban de la obligación impuesta a los

que, en cuanto a las limitaciones al derecho de residencia, el Estado miembro ha de respetar los principios generales del Derecho de la Unión y en particular el principio de proporcionalidad. Aunque en la sentencia no se mencionaron criterios concretos para proceder a esa valoración.

En este sentido, el TJUE determinó que la denegación de un permiso de residencia al progenitor que tuviera efectivamente la custodia del hijo que ejercía su derecho a proseguir su escolaridad en el Estado miembro de acogida supondría una vulneración de este derecho. El TJUE concluyó que la denegación al Sr. Baumbast del ejercicio del derecho de residencia por el hecho de que el seguro de enfermedad de que disponía no cubría los cuidados médicos de urgencia prestados en el Estado miembro de acogida constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio de este derecho.

Sobre la concurrencia de un peligro actual y su relación con el principio de proporcionalidad hay que recordar lo que el TJUE observó en la sentencia *Ziebell*⁸⁹⁹. En ella, el TJUE recordó que los órganos jurisdiccionales debían tener en cuenta en el momento de analizar la legalidad de una medida los momentos posteriores que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza. Y sopesar los factores de integración que permitan la reinserción en la sociedad del Estado de acogida. Cuando se decide adoptar alguna medida por razón de seguridad pública, según ha determinado el TJUE⁹⁰⁰, conviene limitar el alcance de estas medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su

Estados miembros, en virtud de esta disposición, de fomentar las iniciativas que permitan a los hijos cursar estudios en el Estado miembro de acogida en las mejores condiciones.

En el segundo caso, R, de nacionalidad americana, tenía dos hijas de su primer matrimonio con un nacional francés, las cuales tenían la doble nacionalidad francesa y americana. En 1990, se estableció en el Reino Unido como esposa de un nacional comunitario y fue autorizada a residir en el Reino Unido hasta octubre de 1995. R se separó de su primer marido y siguió viviendo en el Estado de acogida con sus hijas. Posteriormente la demandante contrajo matrimonio con un ciudadano del Reino Unido. Ese mismo año, R y sus dos hijas solicitaron un permiso de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido. Se concedió el derecho de residencia por tiempo indefinido en el Reino Unido a las hijas, como miembros de la familia de un trabajador migrante. Sin embargo, se rechazó la solicitud de R, pues el *Secretary of State* no estaba convencido de que la situación familiar fuese tan excepcional como para justificar el ejercicio de sus facultades discrecionales. En su opinión, las hijas eran suficientemente jóvenes para adaptarse a la vida en Estados Unidos si tuviesen que acompañar a su madre a dicho país. Los demandantes consideraron que tratándose de hijos menores que habían pasado toda su vida con su madre y continuaban viviendo con ella, la negativa a conceder a esta el derecho de residencia mientras durara la escolaridad de los hijos constituía una violación de los derechos de éstos, que hace vano su ejercicio. Alegaron, además, que esta denegación constituía un perjuicio desproporcionado a la vida familiar.

⁸⁹⁹ Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011, *Ziebell*, as. C-371/08, aps. 84 y 85.

⁹⁰⁰ Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, as. C-145/09, aps. 5, 8, 25 y 26. Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, *P.I.*, as. C-348/09, aps. 3 y 4.

edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen. Además, cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección.

Además, el TJUE, en la sentencia, *Oteiza Olazabal*⁹⁰¹, recordó que una medida restrictiva de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado solo puede justificarse si respeta el principio de proporcionalidad.

Del mismo modo, para determinar si la decisión de expulsión se considera proporcionada al fin legítimo perseguido deben tenerse en cuenta, en particular, el carácter y la gravedad de la infracción cometida, la duración de la residencia del interesado en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde que se cometió la infracción y la conducta del interesado durante este período, así como la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado miembro de acogida. En el caso de un ciudadano de la Unión que haya pasado legalmente la mayor parte, o incluso la totalidad, de su infancia y de su juventud en el Estado miembro de acogida, habrá que apuntar razones muy sólidas para justificar la medida de expulsión⁹⁰².

La sentencia del TJUE, *Rendón Marín*⁹⁰³, señaló que para apreciar si una medida de expulsión es proporcionada al objetivo legítimo perseguido, en este caso la protección del orden público o de la seguridad pública, deben tenerse en cuenta los criterios del artículo 28.1 de la Directiva 2004/38. Estos criterios son: la duración de la residencia del interesado en el territorio del Estado miembro de acogida, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. Igualmente, el TJUE reconoció que, en el marco del principio de proporcionalidad, es importante tomar en consideración el grado de gravedad de la infracción.

Sobre la base de estos preceptos, el TJUE ha entendido que no cabe expulsar a un ciudadano por el incumplimiento de formalidades administrativas. En los asuntos

⁹⁰¹ Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2020, *Oteiza Olazábal*, as. C-100/01, ap. 43.

⁹⁰² Sentencia del TS de 3 de junio de 2019, res. 747/2019 (ponente: HERRERO PINA), ECLI:ES:TS:2019:1810. La sentencia recurrida acordó la expulsión del territorio español del recurrente, ciudadano de la Unión de nacionalidad belga con origen dominicano, al hallarse incurso en los supuestos de expulsión previstos en el artículo 15 RD 240/2007, con la consiguiente prohibición de entrada en España por el periodo de cinco años. El demandante era residente en España desde hace más de diez años, con desarraigo en Bélgica, padre de tres hijas menores, dos nacidas en República Dominicana y una en España, y había desempeñado trabajos en España.

⁹⁰³ Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14, ap. 62.

*Royer*⁹⁰⁴ y *Pieck*⁹⁰⁵ el TJUE estableció que el mero incumplimiento de las formalidades relativas a la entrada de los extranjeros no puede considerarse, por sí solo, un comportamiento que amenace el orden y la seguridad públicos, sin que, por lo tanto, pueda por sí mismo justificar ninguna medida de expulsión ni penas que supongan una privación de libertad. Subyace, en el fondo de la argumentación del TJUE, la idea de que tal medida sería absolutamente desproporcionada en supuestos como estos.

En este sentido, la normativa española reconoce que no podrá ser considerada como causa de expulsión de España la caducidad del documento de identidad, del pasaporte o de la tarjeta de residencia. Como norma general, los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España (artículo 13 Ley 4/2015 y artículo 3.1 Orden de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de extranjero). Pero el incumplimiento de esta norma solamente supondrá la aplicación de unas sanciones pecuniarias similares a las establecidas para los ciudadanos españoles (artículo 15.7 y artículo 15.8 RD 240/2007). En concreto, según la Ley Orgánica 4/2015, se considera una infracción leve el incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal legalmente exigida, así como la omisión negligente de la denuncia de su sustracción o extravío (artículo 37.10) y son objeto de multa de 100 a 600 euros (artículo 39).

Otra cuestión importante para determinar si la medida de expulsión adoptada es proporcionada o no, es el arraigo y la situación sociofamiliar del sujeto.

Además de todo lo ya señalado anteriormente y en relación con la conducta personal del interesado, antes de adoptarse la decisión de expulsión se tendrá en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen (artículo 28.1 Directiva 38/2204 y artículo 15.1 RD 240/2007).

En este sentido, la Comisión Europea ha aclarado que deben tenerse en cuenta cuestiones como el impacto de la expulsión en la situación económica, personal y familiar del individuo (incluyendo el impacto en los otros miembros de la familia que tengan derecho a permanecer en el Estado miembro de acogida); la gravedad de las dificultades a que el cónyuge o pareja y cualquiera de sus hijos se enfrentarían en el país de origen de la persona en cuestión; la importancia de los vínculos (parientes, visitas, conocimientos lingüísticos) - o falta de vínculos - con su país de origen y con el Estado

⁹⁰⁴ Sentencia del TJUE de 8 de abril de 1976, *Royer*, as. 48/75, ap. 48.

⁹⁰⁵ Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1980, *Pieck*, as. 157/79, aps. 18 y 20.

miembro de acogida (por ejemplo, si la persona en cuestión nació en el Estado miembro de acogida o vivió allí desde una edad temprana); la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida (la situación de un turista es diferente de la situación de alguien que ha vivido durante muchos años en el Estado miembro de acogida); así como la edad y el estado de salud⁹⁰⁶.

Igualmente, la jurisprudencia española insiste en que se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen. En este sentido, pues, no basta con que un sujeto haya sido condenado por la comisión de un delito castigado con más de un año de cárcel, sino que debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que para él y los miembros de su familia tendría la expulsión. Se trata de ponderar cuál de los intereses merece en el caso concreto mayor protección, pudiendo llegarse a la conclusión de que la preservación del orden público o la seguridad nacional deben primar sobre los otros intereses. Pero a esta conclusión solo se podrá llegar tras un análisis minucioso de las particulares circunstancias del caso concreto y de la conducta personal del interesado. Lo que nos sitúa en la necesidad de examinar las concretas circunstancias que rodean la presencia del ciudadano extranjero en España, para concluir si la misma merece o no la medida de expulsión al constituir una amenaza grave, real y efectiva para el orden público⁹⁰⁷.

En definitiva, es importante destacar, a la luz de cuanto se ha señalado, que la motivación de la decisión de expulsión (o de cualquier otra medida limitativa) no debe atender exclusivamente a la valoración de la actividad delictiva del afectado, sino también a una evaluación de la integración del interesado en España. Limitarse a valorar la gravedad de los delitos y detenciones policiales, atribuyéndole la condición de única

⁹⁰⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro*. COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009.

⁹⁰⁷ Sentencia del TSJ de Asturias, de 24 de febrero de 2022, res. 514/2022 (ponente: MARGARETO GARCÍA), ECLI:ES:TSJBAL:2020:21. Se presentó recurso contra la sentencia que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente, ciudadano búlgaro, contra la resolución dictada por la Delegación de Gobierno en Asturias, que acordó su expulsión del territorio nacional conforme a lo establecido en el artículo 15.1 y 2 RD 240/2017, por un período de diez años. El recurrente había sido condenado en varias ocasiones, tenía nulo arraigo en España, no había desarrollado actividad laboral alguna, ni tenía domicilio estable. Su actividad delictiva suponía un peligro para la sociedad y suponía una amenaza real, actual y grave contra el orden y la seguridad pública, atacando valores fundamentales de nuestra convivencia no solo por la afectación al derecho de propiedad, sino por el menoscabo a la tranquilidad y seguridad a la intimidad en el domicilio, siendo su duración proporcional a los hechos cometidos y las penas impuestas. La sentencia confirmó la expulsión impuesta al recurrente, por razones de orden pública atendiendo a las condenas penales que le constaban al recurrente.

causa justificativa de la expulsión de un ciudadano de la Unión, supone una errónea interpretación de la Directiva 2004/38 y del propio RD 240/2007, pues la comisión de tales delitos no es causa suficiente, por sí sola, para justificar la expulsión. Si se justifica la decisión de expulsión solo con la comisión de delitos, la expulsión podría no estar justificada en caso de que quede acreditada la integración sociolaboral y familiar en España. Por lo tanto, no puede eludirse la valoración de estas circunstancias y de las otras mencionadas en el artículo 15.1.c) del RD 240/2007⁹⁰⁸.

V. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

Aunque el Derecho de la Unión establece la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, en el caso de ejercer el derecho a la libertad de circulación y residencia, el TJUE ha matizado ciertas diferencias en la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros de un Estado miembro.

En este sentido se manifestó el TJUE en la sentencia *Van Duyn*⁹⁰⁹, cuando sentenció que un Estado miembro, por razones de orden público, puede, dado el caso, denegar a un nacional de un Estado miembro el beneficio del principio de la libre circulación de los trabajadores, con miras al ejercicio de una actividad asalariada determinada, aun cuando no imponga una restricción análoga a los propios nacionales.

El litigio surgió entre el *Home Office* y una nacional neerlandesa a la que fue denegado el permiso de entrada en el Reino Unido para ejercer un empleo como secretaria de la *Church of Scientology*. La denegación se había basado de acuerdo con la política del Gobierno del Reino Unido respecto a dicha organización, cuyas actividades considera socialmente peligrosas. El TJUE sentenció que el artículo 48 del Tratado CEE y el artículo 3.1 de la Directiva 64/221 deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que imponga limitaciones justificadas por razones de orden público, puede tener en cuenta, como una cuestión relativa al comportamiento personal del interesado el hecho de que esté afiliado a una asociación u organización cuyas actividades sean consideradas socialmente peligrosas por el Estado miembro, aunque sin embargo no estén prohibidas, y ello a pesar de que no se imponga ninguna limitación a los

⁹⁰⁸ Sentencia del TSJ de Baleares, de 5 de febrero de 2020, res. 38/2020 (ponente: SOCIAS FUSTER), ECLI:ES:TSJBAL:2020:21. La resolución impugnada acordó la expulsión del demandante, ciudadano búlgaro, del territorio nacional con la prohibición de entrada por un período de cinco años. La expulsión se fundamentó en razones de orden público o de seguridad pública, y se constató que además de antecedentes policiales pendientes de pronunciamiento judicial, existían varias condenas. Se valoró el hecho de tener un hijo menor español, cuya relación de dependencia no había sido acreditada, no podía considerarse que tuviera el suficiente peso para contrarrestar la mencionada situación delictiva.

⁹⁰⁹ Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, aps. 20 y 23.

nacionales del citado Estado miembro que deseen ejercer un empleo semejante en las propias asociaciones u organizaciones.

En esta sentencia el TJUE admitió una diferenciación de trato entre un nacional y un nacional de otro Estado miembro.

Sin embargo, posteriormente, esta sentencia fue matizada por el mismo TJUE. La sentencia *Adoui y Cornuaille*⁹¹⁰ partió de la base de que los Estados miembros pueden establecer límites para los ciudadanos europeos que no impongan a sus nacionales, pero afirmó que tales medidas no pueden ser arbitrarias, sino que siempre tienen que tener una base en la amenaza real y suficientemente grave que afecte al interés fundamental de la sociedad. Y concluyó que el margen de apreciación de los Estados miembros tiene un límite preciso que es que no podrá invocarse la cláusula de orden público cuando el Estado no imponga medidas restrictivas a sus nacionales con respecto de la misma actividad. El TJUE admitió que las medidas impuestas a los nacionales y a los no nacionales puedan ser diferentes, pero, en cualquier caso, las medidas restrictivas han de imponerse tanto a los nacionales como a los no nacionales.

Con posterioridad, en la sentencia *Calfa*⁹¹¹, el TJUE reconoció que la sanción de expulsión de por vida del territorio griego de la ciudadana italiana, aplicable a los nacionales de los demás Estados miembros en caso de ser condenados por adquisición y tenencia de estupefacientes para su consumo personal, constituía manifiestamente un obstáculo a la libre prestación de servicios, ya que es la negación misma de dicha libertad. Aunque matizó que hay que examinar si tal sanción no podría estar justificada por la excepción de orden público. El TJUE concluyó que la normativa europea se opone a una normativa nacional que, dejando a salvo algunas excepciones, en particular de índole familiar, obliga al juez nacional a decretar la expulsión de por vida del territorio de los nacionales de los demás Estados miembros a los que se haya declarado culpables de los delitos de adquisición y tenencia de estupefacientes únicamente para su consumo personal.

El TJUE señaló que se permitía a los Estados miembros adoptar, con respecto a los nacionales de otros Estados miembros, especialmente por razones de orden público, medidas que no podrían aplicar a sus propios nacionales, en el sentido de que no pueden expulsar a estos del territorio ni prohibir su acceso a él⁹¹².

⁹¹⁰ Sentencia del TJUE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, as. ac. 115/81 y 116/81, ap. 8.

⁹¹¹ Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, as. C-348/96, aps. 18, 19, 20, 27 y 29.

⁹¹² Véase, en este sentido, Sentencia del TJUE de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, aps. 22 y 23; Sentencia del TJUE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, as. ac. 115/81 y 116/81, ap. 7; y Sentencia del TJUE de 17 de junio de 1997, *Shingara y Radiom*, as. ac. C-65/95 y C- 111/95, ap. 28.

CONCLUSIONES

1. Inicialmente, el Derecho originario careció de bases jurídicas que recogieran la noción de ciudadanía, no siendo hasta 1992 cuando se creó el concepto de ciudadanía europea en el Tratado de la Unión Europea. Desde entonces, tanto el Derecho originario como el Derecho derivado han ido desarrollando el estatuto de ciudadano de la Unión, que ha pasado de ser un concepto meramente económico a convertirse en un concepto propiamente político. En este proceso, la jurisprudencia del TJUE ha desempeñado un papel central al interpretar y desarrollar el concepto de ciudadanía de la Unión.

2. En la actualidad, es ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. Este estatuto se origina por ser nacional de un Estado miembro y se atribuye automáticamente, otorgando una serie de derechos. La ciudadanía de la Unión es complementaria y no sustitutiva de la nacionalidad estatal, a la que no elimina, por lo que nacionalidad estatal y ciudadanía europea coexisten.

3. Los Estados miembros mantienen la competencia exclusiva para determinar quiénes son sus nacionales y, por consiguiente, quiénes son ciudadanos de la Unión. Esta afirmación ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE. Sin embargo, han surgido diferentes conflictos a la hora de interpretar el Derecho de los Estados miembros en esta materia. En este sentido, el TJUE ha ido modulando el alcance de la competencia exclusiva de los Estados sobre la nacionalidad cuando sus decisiones tienen incidencia sobre la ciudadanía de la Unión y ha concluido que aún siendo la nacionalidad una competencia exclusiva de los Estados miembros, es necesario interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión y, llegado el caso, inaplicarlo.

5. Además, el TJUE ha desarrollado una importante labor para aclarar quiénes son los titulares de los derechos de la ciudadanía europea y ha determinado que los beneficios de la ciudadanía europea no son exclusivos de los ciudadanos europeos, pudiendo ser reconocidos también a ciudadanos de terceros Estados.

6. En el Derecho español existen dos regímenes jurídicos distintos en relación con la entrada, permanencia y salida en nuestro territorio de personas extranjeras, dependiendo de la nacionalidad del sujeto sobre el que se vaya a aplicar. Así, en primer lugar, encontramos lo que podríamos llamar régimen general, relativo a aquellos ciudadanos que carecen de la nacionalidad española. Y, como excepción a este régimen general, encontramos en segundo lugar un régimen especial, que hemos denominado europeo, vinculado a la ciudadanía de la Unión y que se aplica a los nacionales de los Estados miembros de la Unión, de Suiza y de los Estados EEE. Se trata de una distinción

jurídicamente relevante, pues las normas que se aplican, así como los requisitos de entrada, estancia y salida, o el régimen sancionador aplicable varían en función de uno u otro.

7. Los ciudadanos sometidos al régimen europeo disfrutan de un derecho a entrar, salir, circular y residir libremente por el territorio de los Estados miembros. En estos casos, solo se comprobará que poseen un documento de viaje válido, el pasaporte o documento de identidad en vigor que acredite la nacionalidad y se verificará que no constan en la base de datos Schengen. En estos casos, y por lo que respecta a nuestro país, una vez acreditada la nacionalidad no se podrá exigir ningún otro requisito para permanecer en España por un periodo inferior a tres meses, siendo irrelevante el motivo por que se ha decidido entrar en nuestro territorio: empleo, turismo, estudios, etc.

No ocurre lo mismo para los ciudadanos extranjeros, ya que deben de justificar el motivo de entrada. Además, deben acreditar que poseen medios económicos, que no están sujetos a la prohibición de entrada, que cumplen con las exigencias sanitarias y, en el caso de que sea obligatorio, disponer de visado.

8. Desde sus primeras sentencias, el TJUE ha puesto de relieve que la realización efectiva del derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión exige reconocer a los familiares del ciudadano europeo el derecho a acompañarle o a reunirse con él. Sin este reconocimiento serían ciertamente muy pocos los ciudadanos europeos que aceptarían desplazarse.

Este derecho alcanza a los familiares del ciudadano europeo con absoluta independencia de su nacionalidad, que puede, por ello mismo, ser la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la Unión. En el caso de que los familiares sean ellos mismos ciudadanos de la Unión o asimilados, este derecho es un derecho propio. Por el contrario, en el caso de que los familiares sean de terceros Estados, este derecho es un derecho derivado.

9. En el caso de los familiares del ciudadano europeo que sean nacionales de terceros Estados, el Derecho de la Unión establece una diferenciación entre familia nuclear y “otros familiares”. La familia nuclear incluye al cónyuge, pareja de hecho registrada, descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y ascendientes directos a cargo. En “otros familiares”, por su parte, se incluye cualquier otro miembro de la familia que esté a su cargo o viva con él, así como también la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable.

Esta distinción es de gran importancia, pues en el caso de la familia nuclear, los Estados miembros tienen la obligación de reconocer el derecho de entrada y circulación. Sin

embargo, en el caso de “otros familiares” solo se exige que los Estados miembros “faciliten”, conforme a la legislación interna, la entrada y residencia. En estos casos, el margen de apreciación y discrecionalidad es mayor y los Estados no están obligados a acceder a todas las peticiones de entrada o residencia. La jurisprudencia del TJUE ha puesto de relieve la diferencia entre ambas categorías de familiares, sin que, sin embargo, haya definido lo que significa el término “facilitar”.

10. Con carácter general, la regulación europea del derecho de estancia y residencia se activa cuando ha habido un desplazamiento entre Estados por parte de un ciudadano europeo. En caso contrario, esto es, si el ciudadano no se ha movido, nos encontramos ante lo que el TJUE ha denominado “situaciones puramente internas”, que se rigen por el derecho del Estado miembro de que se trate (asunto *Saunders*). Sin embargo, con el paso del tiempo, es cierto que el TJUE ha ido matizando su jurisprudencia al respecto, llegando a admitir la existencia de un vínculo suficiente con el Derecho de la Unión incluso cuando no se ha ejercido la libertad de circulación (asunto *Ruiz Zambrano*).

11. Por lo que se refiere al derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro, los ciudadanos de la Unión y asimilados, así como los miembros de su familia, tendrán derecho a salir del territorio siempre que estén en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válido, sin que sea posible imponer la obligación de contar con ningún visado de salida o documento equivalente. En cuanto a los extranjeros sometidos al régimen general, estos podrán abandonar el territorio de España cuando lo consideren oportuno en el ejercicio de su libertad de circulación. Sin embargo, esta libertad tiene como excepción los casos establecidos en el Código Penal y en la LOEX, así como aquellos casos en los que la salida sea obligatoria o, la inversa, cuando se requiera una autorización judicial.

12. Una divergencia significativa que diferencia el régimen europeo del régimen general para extranjeros es la exigencia del visado como documento esencial para poder acceder a un Estado miembro. Mientras que para los ciudadanos europeos existe una prohibición de exigencia de visado para poder ejercer el derecho a la libertad de circulación y residencia, no ocurre así con los ciudadanos extranjeros, a quienes en ocasiones sí se les podrá exigir la tenencia de un visado para el acceso al territorio de los Estados miembros. Así, en aquellos casos en los que se exija visado, este habilitará al extranjero a entrar en el territorio de la Unión de una manera legal y conforme al Derecho de la Unión, y acreditará su estancia legal.

Tanto el Derecho de la Unión como el Derecho español regulan distintos tipos de visado, en función de las diversas circunstancias que motivan el deseo de entrar en el territorio. Es preciso destacar, en este sentido, que los tipos de visado recogidos en

nuestro ordenamiento jurídico no siempre encajan con los regulados en la normativa europea. En cualquier caso, la solicitud, tramitación y expedición del visado es competencia de los Estados miembros, que deberán hacerlo de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos, en su caso, en su normativa nacional y en la normativa de la Unión europea.

13. La regulación del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos y asimilados, así como de los miembros de sus familias, varía según estemos hablando de una residencia de duración determinada o de una residencia permanente. Igualmente, la regulación también varía, dentro de la residencia de duración determinada, según dicha residencia sea menor o mayor de tres meses.

14. El derecho de residencia por un periodo superior a tres meses o residencia temporal es un derecho reconocido a los ciudadanos de la Unión y a los ciudadanos del EEE y Suiza que se trasladen a o residan en un Estado miembro distinto del Estado del que es nacional, siempre y cuando cumplan una serie de requisitos.

A diferencia de lo que ocurría en el pasado, actualmente este derecho no es ya exclusivo de los trabajadores, sino que se reconoce a todos ciudadanos de la Unión al margen de su actividad, es decir, sean ciudadanos económicamente activos o inactivos. De esta forma, actualmente se reconoce a los trabajadores por cuenta propia y a los trabajadores por cuenta ajena (lo que se conoce, en ambos casos, como residencia lucrativa), pero también a los ciudadanos que disponen para sí y para los miembros de su familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España (lo que se conoce como residencia no lucrativa). Junto a ellos se le reconoce ese mismo derecho también a los familiares, cualquiera que sea su nacionalidad, que acompañen o se reúnan con los ciudadanos de la Unión, del EEE o Suiza que hayan ejercido su derecho de libre circulación y residencia.

15. La residencia temporal lucrativa se basa en la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión (artículo 45 TFUE), así como en la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

Los familiares de los ciudadanos europeos y asimilados tienen que acreditar la existencia de parentesco, vínculo matrimonial, pareja registrada o de unión de hecho registrada o aportar una prueba de descendencia o ascendencia directa y de dependencia respecto al ciudadano de la Unión. En el caso, además, de que no sean ciudadanos de la Unión, la normativa europea impone la obligación de solicitar y obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

16. La residencia temporal no lucrativa reconoce el derecho que todo ciudadano de la Unión o asimilado tiene a residir en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses sin necesidad de trabajar. Para ello es preciso contar con un seguro de enfermedad y garantizar que se poseen recursos suficientes para sí mismo y para los miembros de su familia, al objeto de no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia.

Al igual que en el caso anterior, los familiares de los ciudadanos europeos y asimilados deberán acreditar la existencia de parentesco, vínculo matrimonial, pareja registrada o de unión de hecho registrada, o aportar una prueba de descendencia o ascendencia directa y de dependencia respecto al ciudadano de la Unión. Igualmente, si son ciudadanos de terceros Estados deberán solicitar y obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

17. El mantenimiento del derecho de residencia exige, con carácter general, el mantenimiento de los requisitos que permitieron su ejercicio (trabajo por cuenta ajena o propia, suficientes recursos económicos, seguro médico, etc., en función de los casos). No obstante, tanto la normativa europea como las normas españolas reconocen que existen circunstancias en las que la pérdida de uno de los requisitos no afecta al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de uno de los Estados miembros, como por ejemplo la pérdida temporal de empleo.

18. En el caso de fallecimiento, salida de España, divorcio, anulación del matrimonio o cancelación de la inscripción como pareja registrada del ciudadano del Estado miembro, las circunstancias varían según se trate de familiares ciudadanos de la Unión o familiares ciudadanos de terceros países. En el caso de los familiares europeos, esta ruptura puede afectar a la duración de su tarjeta de residente; sin embargo, podrán ejercer por ellos mismo el derecho a la libertad de circulación si cumplen con los requisitos establecidos. Para los familiares que sean nacionales de terceros Estados, en cambio, la pérdida del vínculo familiar implica su sometimiento a la normativa de extranjería.

19. Los ciudadanos extranjeros a los que se les aplica el régimen general se hallan en situación de residencia temporal cuando se encuentran autorizados a permanecer en un Estado miembro de acogida por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Estos ciudadanos tienen que ser titulares de una autorización para poder residir legalmente en el Estado de acogida. En el ordenamiento jurídico español existe un amplio abanico de autorizaciones. Cada una de estas autorizaciones exige una serie de requisitos que deben de ser cumplidos para que la residencia sea legal.

20. El derecho a la residencia permanente o residencia de larga duración es un derecho que se reconoce al ciudadano que ha decidido instalarse de forma duradera en otro Estado miembro de acogida. Este régimen presenta diferencias según se aplique el régimen europeo o el régimen de extranjería.

21. El estatuto de residente permanente para ciudadanos europeos se reconoció por primera vez con la entrada en vigor de la Directiva 2004/38, relativa al derecho de circulación de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Este estatuto se otorga a aquellos nacionales de un Estado miembro que hayan residido legalmente en cualquier otro Estado de la Unión durante un periodo continuado de cinco años, siempre y cuando dicha residencia sea legal y continuada. No obstante, esta norma general de los cinco años se flexibiliza en tres supuestos. En el caso de jubilación, en caso de incapacidad permanente del trabajador por cuenta propia o ajena que haya residido en España durante más de dos años ininterrumpidos y en caso de los trabajadores transfronterizos.

22. Como regla general, los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, del EEE o Suiza, cualquiera que sea su nacionalidad, podrán adquirir el estatuto de residente permanente cuando la haya adquirido el ciudadano de la Unión, del EEE o de Suiza del que sean familiar. Sin embargo, los familiares no se beneficiarán de las reglas especiales que permiten adquirir la residencia permanente antes de haber transcurrido los cinco años.

23. En el caso de los ciudadanos extranjeros a los que se aplica el régimen general, el requisito principal para el reconocimiento del estatuto de residente de larga duración es también la duración de la residencia en el territorio de un Estado miembro. Pero debe tratarse de una residencia sea legal e ininterrumpida durante un periodo de cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud, por lo que se permite que los Estados miembros puedan denegar este estatuto a aquellos nacionales de terceros países que carezcan de un permiso de residencia legal o cuya residencia no haya tenido una duración ininterrumpida.

24. La legalidad de la residencia vendrá dada por que el ciudadano extranjero pruebe que dispone, para sí mismo y para los miembros de su familia que estuvieran a su cargo, de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate, pudiendo incluir la exigencia de un alojamiento adecuado. Junto a ello, debe probar que dispone, para él y para su familia, de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos y que cumple con las medidas de integración previstas en cada

ordenamiento interno. Además, el nacional de un tercer país no debe constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública.

25. El régimen de extranjería aplicable en España reconoce dos formas de residencia de larga duración: la residencia de larga duración otorgada conforme al Derecho español y con efectos únicamente en España y la residencia de larga duración-UE, otorgada conforme al Derecho de la Unión y con efectos en todo el territorio de la Unión. Estos dos tipos de residencia tienen diferencias a la hora de su adquisición, en sus trámites y en el contenido de derechos que conlleva la concesión de cada una de ellas. La residencia de larga duración-UE implica que estos ciudadanos puedan ejercer el derecho de movilidad a otro Estado miembro.

26. Con carácter general, el derecho de residencia de larga duración de los ciudadanos europeos o asimilados y el derecho de residencia de larga duración-UE de ciudadanos de terceros Estados se pierde como consecuencia de la ausencia del Estado miembro de acogida durante un determinado periodo de tiempo. Este periodo de ausencia varía según estemos en el régimen europeo (dos años) o en el régimen general (doce meses), aunque en ninguno de los dos casos se computarán las ausencias debidas a determinadas circunstancias, como puede ser el cumplimiento de obligaciones militares o la realización de estudios, entre otras.

27. Una de las consecuencias del estatuto de residencia permanente es que el ciudadano de la Unión, asimilado o miembro de su familia que sea beneficiario tiene derecho a una serie de derechos sociales. Los derechos sociales que incluye este estatuto han sido y siguen siendo una cuestión muy controvertida, pues existe una diferenciación entre los derechos vinculados a la seguridad social y a lo que denominamos prestaciones contributivas y los derechos vinculados a la asistencia social y a las prestaciones no contributivas. Es en el primer grupo donde se aplica de forma estricta el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, mientras en el segundo los Estados miembros pueden establecer diferencias por ese motivo. Lo cierto, sin embargo, es que la distinción entre ambas categorías no es fácil, a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia del TJUE han tratado estas cuestiones en numerosas ocasiones y han tratado de esclarecer la diferencia entre seguridad social y asistencia social.

28. El estatuto de residente permanente o de larga duración conlleva también una serie de derechos para los ciudadanos de terceros Estados. En principio, aquellos extranjeros a los que se les otorgue este estatuto gozan de los mismos derechos que los nacionales en relación al empleo, seguridad social, educación, etc. No obstante, los Estados miembros pueden limitar derechos esenciales y restringir la aplicación de la igualdad de trato en relación con los nacionales. Entre otros ámbitos, esta limitación se podrá

producir en cuestiones como beneficios fiscales, acceso a bien y servicios, prestaciones familiares, seguridad social, educación o becas.

29. La libertad de circulación y residencia en los Estados de la Unión Europea está muy vinculada a la supresión de los controles de fronteras entre los Estados miembros. En este sentido, los primeros intentos para suavizar los controles fronterizos tuvieron lugar durante las décadas de los setenta y ochenta, aunque no se lograron los objetivos perseguidos. La falta de acciones concretas en el seno de la cooperación intergubernamental dio lugar a que varios Estados firmaran, en 1985, un acuerdo internacional, el Acuerdo Schengen, que supuso un impulso a la libertad de circulación y residencia a través de la desaparición gradual de las fronteras interiores, implicando una zona común con regulaciones comunes en diferentes materias (asilo, visado, control de fronteras exteriores, etc.). Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam de 1997 supuso la comunitarización casi íntegra de esta regulación, lo que dio lugar a que el denominado “acervo Schengen” se incorporara en buena medida al Derecho de la Unión. Finalmente, con el Tratado de Lisboa se creó un nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que englobó toda la regulación previa.

30. La creación del espacio Schengen supuso la desaparición de las fronteras interiores entre los Estados que lo conforman, lo que implica la renuncia por parte de estos a controlar tales fronteras. Esta renuncia al control de fronteras interiores es, sin embargo, compatible con las competencias de policía de las autoridades competentes de los Estados miembros en virtud de su derecho interno, siempre que dicho ejercicio no tenga un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas, así como con las inspecciones de seguridad en los puertos o aeropuertos, efectuadas sobre las personas por las autoridades competentes también en virtud del derecho interno de cada Estado miembro.

Al mismo tiempo, el espacio Schengen supuso la aparición de una frontera exterior común y el ejercicio de competencias, por parte de la Unión, para el control de dichas fronteras exteriores. Tanto las fronteras interiores, incluyendo la posibilidad de su eventual restablecimiento temporal, como las fronteras exteriores, están actualmente reguladas por normas de Derecho de la Unión, que son, por lo tanto, comunes a todos los Estados miembros.

31. Actualmente, en el Derecho de la Unión existen tres procedimientos que permiten el restablecimiento de controles en las fronteras interiores: el restablecimiento de fronteras en casos previsibles; el restablecimiento en el caso de que haya una situación imprevista que requiera una respuesta inmediata; y el restablecimiento de fronteras interiores cuando circunstancias excepcionales pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen. En los dos primeros casos, el restablecimiento es acordado por el

Estado afectado de manera unilateral. En el tercer caso, por contraposición, la decisión es adoptada por el Consejo.

Todos los procedimientos previstos para el restablecimiento de fronteras interiores suponen limitaciones a la libertad de circulación y residencia en la Unión y, en consecuencia, un debilitamiento de esta libertad vinculada a la ciudadanía de la Unión. Precisamente por ello, el restablecimiento de fronteras interiores debe tener siempre carácter excepcional. Se ha discutido si, ante el restablecimiento temporal de las fronteras interiores, estas pasan a tener, también temporalmente, la consideración de fronteras exteriores de la Unión. El TJUE ha rechazado tajantemente esta posición, sobre la base de que el CFS 2016 se opone a que, a efectos de la Directiva de Retorno, una frontera interior en la que se han restablecido los controles se asimile a una frontera exterior, independientemente del motivo que hubiera dado lugar a tal restablecimiento.

32. El restablecimiento de las fronteras interiores en situaciones imprevistas, y siguiendo las pautas del TJUE, resulta posible cuando se presenta una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro. En tales circunstancias, este Estado puede restablecer los controles en sus fronteras con otros Estados miembros, pero sin sobrepasar una duración total máxima de seis meses. Y únicamente podrá aplicar de nuevo tal medida cuando se produzca una nueva amenaza grave.

33. El restablecimiento de las fronteras interiores cuando circunstancias excepcionales pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio Schengen se producirá como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores, y en la medida en que dichas circunstancias representen una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior en el espacio sin controles en las fronteras interiores o en partes del mismo. En este caso, el Consejo permite que los Estados puedan restablecer los controles por un tiempo máximo de seis meses. En el caso de que subsistan las circunstancias, este periodo se podrá prolongar en tres ocasiones como máximo, por nuevos periodos de hasta seis meses.

Este procedimiento supone que el restablecimiento de fronteras internas ya no lo decide el Estado miembro afectado, unilateralmente, sino que lo decide el Consejo.

34. En el ámbito europeo, la declaración de pandemia como consecuencia de la COVID-19 supuso la introducción de ciertas limitaciones al derecho de circulación y el restablecimiento de las fronteras interiores en el territorio Schengen. En concreto, se establecieron controles temporales en las fronteras interiores y se produjo el cierre de las fronteras exteriores; además, se aplicaron restricciones a los viajes no esenciales en

las fronteras exteriores de la Unión. Los Estados miembros fueron los competentes para adoptar estas medidas y se coordinaron entre sí para tomar la decisión de restablecer los controles de fronteras.

Estas restricciones debían adoptarse con la idea de que los controles fronterizos internos sobre la circulación de personas fueran proporcionales y ajustados a la protección de la salud pública y no obstaculizaran, o lo hicieran en la mínima medida, a la libre circulación de mercancías.

A la vista de todo lo ocurrido, parece posible afirmar que la pandemia de la COVID- 19 puso en entredicho uno de los logros más importantes de la Unión, es decir, la libertad de circulación y residencia de sus ciudadanos, constituyendo, quizás, un punto de inflexión en la historia de la Unión. De cómo los Estados actúen y de las decisiones que se tomen, y de cómo siga avanzando la integración de la Unión, dependerá la libertad de circulación y residencia en la Unión.

35. El derecho de residencia de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro no es incondicional. Por el contrario, como no puede ser de otro modo, se trata de un derecho sometido a lo establecido en los Tratados y el Derecho derivado. Las tres principales razones que justifican las limitaciones a la libertad de circulación y residencia son el orden público, la seguridad pública y la salud pública.

36. El TJUE se ha declarado competente para controlar cómo los Estados miembros aplican e imponen las mencionadas excepciones a la libertad de circulación y residencia. Unas excepciones que, según jurisprudencia reiterada del TJUE, no pueden imponerse sobre la base de fines económicos y que deben ser siempre interpretadas de forma restrictiva.

37. El principio en torno al que se articula la imposición de medidas limitativas de la libertad de circulación y residencia es que su adopción debe siempre basarse en la conducta personal e individual del interesado. De ello se desprende que no se admiten ni expulsiones colectivas (a grupos de personas) ni expulsiones preventivas (con la finalidad, por ejemplo, de disuadir a otros ciudadanos de realizar determinadas conductas). Por el contrario, será siempre necesario realizar un análisis individual, caso por caso, de la conducta del sujeto.

38. La conducta personal e individual del interesado debe, además, suponer una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida. Para la determinación de dicha amenaza no es suficiente la mera existencia de condenas penales previas del sujeto; estas pueden

constituir un indicio, pero en todo caso siempre será preciso demostrar que la conducta del sujeto constituye una amenaza suficientemente grave y real en el momento actual, no en el pasado, ni tampoco en un hipotético futuro.

39. No existe un concepto de “orden público” europeo, esto es, común a todos los Estados miembros. Por el contrario, son los Estados miembros, atendiendo a sus concretas circunstancias históricas, sociales y políticas en cada tiempo y lugar, quienes deben determinar qué conductas suponen una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público. Como consecuencia, el concepto de orden público varía de unos Estados miembros a otros.

Ahora bien, esta situación no entraña una libertad absoluta para los Estados miembros en la configuración de sus respectivos conceptos de orden público, pues, como ya hemos señalado, el TJUE podrá controlar cómo los Estados miembros aplican la excepción de orden público en cada caso concreto y el respetado a los límites y principios establecidos por el Derecho de la Unión y antes indicados (que no se adopte con fines económicos, que la amenaza sea real, que no se trate de una expulsión colectiva o que se respeten el principio de proporcionalidad o las garantías procedimentales).

40. Existe un indeseable solapamiento entre los conceptos de seguridad pública y de orden público, no siendo infrecuente que el TJUE los utilice conjuntamente. También son los Estados quienes deben determinar, atendiendo a sus circunstancias históricas, sociales y políticas en cada tiempo y lugar, qué conductas pueden suponer un riesgo para la seguridad pública. En este sentido, se han alegado y aceptado como conductas que ponen en riesgo la seguridad, tanto interior como exterior de un Estado, la perturbación de las relaciones exteriores con otros Estados, el ataque al funcionamiento de las instituciones y servicios públicos esenciales, la interrupción del abastecimiento de productos petrolíferos, el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes o armas, la explotación sexual de mujeres y menores, la trata de seres humanos, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada, así como el terrorismo. La aplicación nacional de esta excepción de seguridad pública está igualmente sujeta al control del TJUE, en los mismos términos señalados en la conclusión anterior.

41. Pese al indicado solapamiento entre los conceptos de orden público y seguridad pública, es necesario establecer una delimitación entre ambos, pues la Directiva 2004/38 los distingue para establecer una protección gradual frente a la expulsión de ciudadanos de la Unión. Así, aquellos ciudadanos europeos que tengan la residencia permanente solo podrán ser expulsados por “motivos graves de orden público o de seguridad

pública” (lo que se denomina “protección reforzada”), mientras que quienes lleven residiendo en dicho Estado más de diez años solo podrán serlo “por motivos imperiosos de seguridad pública” (protección ultra-reforzada); un concepto que el TJUE ha considerado aún más restrictivo que el de “motivos graves de orden público o seguridad pública”.

42. El tercer límite, relativo a la salud pública, tiene contornos mucho más nítidos que los dos anteriores, aunque apenas ha tenido aplicación práctica. Debe identificarse con el riesgo sanitario de enfermedades epidémicas recogidas por la OMS.

43. Además del orden público, la seguridad pública y la salud pública, un ciudadano de la Unión o sus familiares pueden también ser expulsados del Estado miembro de acogida por la pérdida sobrevenida de los requisitos para ejercer el derecho de circular y residir libremente en la Unión.

En primer lugar, si se trata de ciudadanos cuya residencia es no lucrativa, si se evidencia que han dejado de tener recursos económicos suficientes o el seguro médico obligatorio para no constituir una carga para el sistema social del Estado de acogida.

En segundo lugar, el familiar de un ciudadano de la Unión puede también perder su derecho de residencia en caso de fallecimiento, salida de España, divorcio, anulación, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada de un ciudadano de la Unión. Si el familiar es él mismo ciudadano de la Unión, podrá ejercer por sí mismo el derecho a la libertad de circulación y residencia cumpliendo los requisitos establecidos. En cambio, para los familiares que sean nacionales de terceros Estados la pérdida del vínculo familiar implicará su sometimiento a la normativa de extranjería.

44. Finalmente, existe un último supuesto excepcional en el que podría limitarse también la libertad de circulación y residencia de un ciudadano europeo: ostentar un cargo oficial o ejercer ciertas funciones públicas en otro Estado miembro. Aun sin base clara en los Tratados, el TJUE ha determinado que el Derecho internacional permite imponer limitaciones legítimas al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos; por ejemplo, frente a un Jefe de Estado que pretende entrar en el territorio nacional de otro Estado miembro sin el consentimiento de este (asunto *Hungría/Eslovaquia*).

45. Las medidas limitativas de la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión pueden adoptar una de las siguientes modalidades: prohibición de entrada en el territorio de la Unión, denegación de la inscripción en el Registro Central de

Extranjeros, denegación de la expedición o de la renovación de las tarjetas de residencia, expulsión del territorio y prohibición de salida.

46. La medida seguramente más gravosa es la expulsión del ciudadano del territorio del Estado de acogida. De conformidad con lo ya expuesto, esta medida solo se podrá adoptar si está basada en motivos graves de orden público, seguridad pública o salud pública y en una conducta del interesado que suponga una amenaza actual, real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. De ello cabe concluir que el incumplimiento de las formalidades relativas a la entrada de ciudadanos de la Unión no puede justificar, por sí solo, una medida de expulsión.

47. El Derecho de la Unión intenta reducir las medidas de expulsión de ciudadanos de la Unión del territorio de otro Estado miembro a casos excepcionales y extraordinariamente graves. Además, brinda una protección especial a aquellos ciudadanos europeos que cuenten con un fuerte arraigo e integración en el Estado miembro de acogida. A tal efecto, se han establecido dos niveles sucesivos de protección para ciudadanos europeos que sean residentes de larga duración: una protección reforzada para quienes ostenten la condición de residente permanente (que solo podrán ser expulsados por “motivos graves de orden público y seguridad pública”) y una protección ultra-reforzada para quienes hayan residido en el país de acogida durante al menos diez años (que solo podrán ser expulsados por “imperiosos motivos de seguridad pública”). La lógica que subyace es que cuanto mayor sea la integración, mayor debe de ser el nivel de protección ante la expulsión.

48. Las autoridades nacionales pueden limitar la libertad de circulación de un ciudadano de la Unión a ciertas partes del territorio del Estado de acogida. Estas medidas han sido admitidas por el TJUE bajo condición de que el tipo de conducta que motive su adopción conlleve también algún tipo de medida desfavorable (aunque no sea necesariamente la misma) en caso de que sea realizada por un nacional de dicho Estado.

49. La consecuencia directa de la orden de expulsión es la prohibición de entrada en el Estado miembro de acogida por el tiempo que se haya establecido. No obstante, el TJUE ha rechazado la posibilidad de que los Estados miembros puedan prohibir a un ciudadano de la Unión la entrada en su territorio de por vida.

50. Con carácter general, los ciudadanos de la Unión pueden salir voluntariamente de sus Estados miembros de origen y de sus Estados de acogida, no siendo posible imponer un visado de salida ni obligación equivalente. No obstante, el TJUE ha admitido que pueden adoptarse medidas de prohibición de salida cuando existan razones de orden público, seguridad nacional o salud pública que lo justifiquen.

51. La adopción de medidas limitativas de la libertad de circulación y residencia debe respetar las garantías procedimentales y procesales establecidas por el Derecho de la Unión y las correspondientes legislaciones nacionales. En especial, deben destacarse las exigencias que estos imponen en materia de notificación de tales medidas limitativas y de derecho a la tutela judicial.

52. Toda medida limitativa de la libertad de circulación y residencia debe contar con una motivación suficiente, en la que se contengan las razones específicas que han dado lugar a su adopción. Solo excepcionalmente, cuando hacer públicas dichas razones en su integridad pueda poner en riesgo la seguridad del Estado, será posible no dar a conocer al interesado la totalidad de los motivos que han conducido a tal decisión. De la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión cabe concluir que los Estados miembros están habilitados para encontrar un equilibrio adecuado entre su seguridad y el derecho a una tutela judicial efectiva (asunto ZZ).

53. Las medidas limitativas de la libertad de circulación y residencia deben respetar también el principio de proporcionalidad. En este sentido, las autoridades nacionales deben llevar a cabo un análisis exhaustivo y minucioso con el objeto de establecer si la medida prevista es apropiada y no va más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo perseguido, o si hay medidas menos restrictivas para lograr ese objetivo.

En dicho análisis las autoridades nacionales deberán tomar en consideración un amplio conjunto de factores, entre ellos: el grado de peligro social resultante de la presencia de la persona en el territorio de ese Estado miembro; la naturaleza de las actividades delictivas, su frecuencia, peligro acumulativo y daños causados; el tiempo transcurrido desde la comisión de los actos y su comportamiento; su situación personal y familiar, el grado de integración en el país de acogida, el arraigo, la duración de la residencia, su estado de salud o su edad, entre otros elementos de juicio.

54. Finalmente, las medidas de limitación de la libertad de circulación y residencia deben respetar también el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad. No obstante, el TJUE ha admitido que los Estados miembros pueden limitar la libertad de circulación y residencia de ciudadanos de la Unión no nacionales mediante la adopción de medidas limitativas que no adoptarían frente a sus nacionales. Tales medidas solo serán admisibles, sin embargo, cuando el Estado prevea otras medidas desfavorables para sus nacionales, aunque no sean exactamente las mismas, por la realización de la misma conducta o actividad (asunto *Adoui y Cornuaille*).

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, Ana Paloma, Belén ALONSO-OLEA GARCÍA, Juan Manuel LACRUZ LÓPEZ, Isidoro MARTÍN DÉGANO, Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Inmigración y Extranjería, Régimen Jurídico*, Colex, Madrid, 2011.

ABARCA JUNCO, Ana Paloma, y Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El Estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 23, 2012, pp. 1-22.

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, Blanca VILÁ COSTA y Andreu OLESTI RAYO, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, 2011.

ACOSTA PENCO, Teresa, “El restablecimiento de controles fronterizos en el Espacio Schengen, una equiparación inexacta entre fronteras interiores y exteriores: la STJUE de 19 de marzo de 2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2019, pp. 1-8.

ACOSTA PENCO, Teresa, “Primer caso de restablecimiento de controles fronterizo en circunstancias excepcionales que ponen en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen: Comentario a la decisión de ejecución UE n.º 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017, pp. 252-273.

ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel, “Gibraltar, Trabajadores Fronterizos y Controles de Fronteras”, *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, n.º 2, 2016-2017, pp. 97-122.

ADROHER BIOSCA, Salomé, “El principio de proporcionalidad en la pérdida de la nacionalidad estatal y de la ciudadanía europea. STJUE (Gran Sala) de 12 de marzo de 2019, *Tjebbes y otros C. Minister Van Buitenlandse Zaken*”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 38, diciembre 2019, pp. 2-8.

AGUELO NAVARRO, Pascual, “Artículo 28. De la salida de España”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (Coords.), *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/200 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012.

AGUILAR CALAHORRO, Augusto, “Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos europeos vs. orden público: el caso francés”, en Francisco Javier GARCÍA CASTAÑO y Nina KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, pp. 1709-1720.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen, “Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho Español”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 56, 2021, pp. 63-127.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, y Rafael CASADO RAIGÓN (Coords.), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, tercera edición, Tecnos, Madrid, 2019.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 102, 2022, pp. 1-15.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, “La entrada en vigor de la libre circulación de personas en siete de los quince países de la Unión Europea”, *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, 1996, pp. 53-59.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, “La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Documentos CIBOD*, n.º 8, marzo, 2006, pp. 1-122.

ÁLVAREZ, María Victoria, “La pandemia de Covid-19 y la Unión Europea: el Estado, la democracia, la decepción, ¿y la esperanza?”, *Revista Temas y Debates*, año 24, n.º especial, julio/diciembre, pp. 387-394.

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando, “Libre circulación de ciudadanos y prestaciones sociales en la Unión Europea: configuración legal y juicio de validez (El caso Dano analizado con moderado optimismo)”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 30, enero/junio 2016 y n.º 31 julio/diciembre 2016, pp. 335-362.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz, Javier A. GONZÁLEZ VEGA y Bernardo FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1996.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz, “¿Ciudadano o Presidente? El caso Hungría c. República Eslovaca o el uso político del recurso por incumplimiento: análisis de la STJUE de 16 de octubre de 2012 (asunto C-364/10)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 1, 2013, pp. 5-11.

ANGELINI, Francesca, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europe*, CEDAM, Padova, 2007.

ARANA GARCÍA, Estanislao, "Derecho a la tutela judicial efectiva", en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (Coords.), *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/200 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012.

ARRESE IRIONDO, María Nieves, "La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia", *Revista de Administración Pública*, n.º 194, mayo/agosto 2014, pp. 179-208.

BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores, *La Ciudadanía de la Unión: Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.E*, Universidad de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores, "El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: La Directiva 2004/38/CE de 29 de abril", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 233, septiembre/octubre 2004, pp. 18-32.

BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores, "La transposición en Derecho Español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 27, mayo/agosto 2007, pp. 595-622.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, "La Ciudadanía Europea: una aproximación a su significado y alcance desde el TT de Maastricht hasta el TT por el que se constituye una Constitución para Europa", *Revista Jurídica UCES*, n.º 9, 2005, pp. 141-163.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, "Aportaciones del estatuto de residente de larga duración hacia una igualdad de tratamiento el derecho de circulación y residencia en otro Estado miembro", en Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, María Luisa Rodríguez COPÉ y Rafael JIMÉNEZ ALCAIDE (Coords.), *Seminario sobre Movimientos Migratorios Transnacionales y Mercado de trabajo*, Córdoba, Conserjería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2006, pp. 33-52.

BOELAERT-SUOMINEN, Sonja, “Non EU Nationals and Council Directive 2003/109/CE on the Status of Third-Country Nationals who are Long-term Residents: five forward and possibly three paces back”, *Common Market Law Review*, Vol. 42, pp. 1011-1052.

BRU, Carlos María, *La Ciudadanía Europea*, Sistema, Madrid, 1994.

BUENO ARUS, Francisco, “Expulsión de Extranjeros”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VIII Vol. 2º: “El extranjero y la legislación penal española”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988.

CABEZA PEREIRA, Jaime, “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social Derecho social Internacional y Comunitario*, n.º 122, pp. 19-39.

CAICEDO CAMACHO, Natalia, “La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 19, abril 2014, pp. 96-143.

CANO CUENCA, Adoración, “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)” en GONZÁLEZ CUSSAC José Luis. (dir.), Ángela MATALLÍN EVANGELIO; Elena GÓRIZ ROYO (Coords.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CARMONA CONTRERAS, Ana, *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión europea: manual de uso*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

CARMONA CONTRERAS, Ana, “El estado autonómico y la gestión jurídica de la pandemia”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 21, 2021, pp. 37-53.

CARMONA CONTRERAS, Ana, “El estado de alarma y la emergencia sanitaria Covid-19: un análisis desde la perspectiva constitucional”, en María José RODRÍGUEZ RAMOS y José Manuel GÓMEZ MUÑOZ (Coords.), *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID 19*, Bomarzo, 2021, pp. 29-64.

CARMONA LUQUE, María del Rosario, “El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 38, enero/abril 2011, pp. 185-202.

CARMONA LUQUE, María del Rosario, “Últimas oportunidades para la ciudadanía europea en el Reino Unido. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2022, asunto C-247/20: Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs”, *La Ley Unión Europea*, n.º 105, julio 2022, pp. 185-202.

CARRASCOSA BERMEJO, Dolores, “Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social Derecho social Internacional y Comunitario*, n.º 127, 2017, pp. 195-226.

CARRERA, Sergio y Ngo CHUN LUK, “In the Name of COVID-19: An Assessment of the Schengen Internal Border Controls and Travel Restrictions in the EU”. *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies*, September 2020, pp. 1-175.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27, 1990, pp. 9-26.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando y Petra NEMECKOVA, “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, septiembre/diciembre 2011”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, mayo/agosto 2012, pp. 607-690.

CHUECA SANCHO, Ángel G., “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 1, 2002, pp. 9-36.

CONDE BELMONTE, José Enrique, y Ana María HUESCA GONZÁLEZ, “Estudio comparado de las limitaciones producidas a la libertad de movimiento de la Unión Europea durante la crisis del Coronavirus”, *Revista Internacional de Cultura Visual*, 2023, pp. 1-9.

CORNELOUP, Sabine, “Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité”, *Journal du droit international*, n.º 3, 2011, pp. 495-516.

CRAIG, Paul y Gráinne de Búrca, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2015.

CREMONA, Marise, "Citizens of third countries: movement and employment of migrant worker within the European Union", *Legal Issues of Economic Integration*, 1995, Vol. 22, n.º 2, pp. 87-113.

CRESPO NAVARRO, Elena, "La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 18, mayo/agosto 2004, pp. 531-552.

CRESPO NAVARRO, Elena, "La jurisprudencia del TJCE en materia de Ciudadanía de la Unión: Una integración generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, septiembre/diciembre 2007, pp. 883-912.

CRESPO NAVARRO, Elena, "La protección por afinidad de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros países", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, septiembre/diciembre 2016, pp. 1019-1063.

CRESPO NAVARRO, Elena, "La libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 49, octubre 2019, pp. 52-130.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 2008.

DE GROOT, Gerard-René, "Towards a European Nationality Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8.3, October 2004, pp. 1-37.

DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, "El derecho de residencia como derecho a tener derechos en los sistemas políticos compuestos", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 87, septiembre/diciembre 2009, pp. 109-154.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, "La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 109, enero/abril 1986, pp. 321-362.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, “Los conceptos de “orden público” y de “seguridad ciudadana” en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y su incidencia sobre policías autonómicas y municipal”, *Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, n.º 234, 1987, pp. 289-313.

DE SOMER, Marie, “Schengen and Internal Border Controls”, en *From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a new European consensus on migration*, DE BRUYCKER, Philippe et altri (eds), *European Policy Centre*, 2020, pp. 119-131.

DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero/junio 1998, pp. 41-78.

DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “Las fronteras de la Unión. El modelo europeo de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europea*, n.º 12, 2002, pp. 299-341.

DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 55, septiembre/diciembre, 2016, pp. 759-777.

DÍAZ CREGO, María, “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2011-2012”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, n.º 2013, pp. 254-304.

DÍAZ CREGO, María, “Los derechos fundamentales de los nacionales de terceros Estados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 50, 2008, pp. 35-55.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores (dir.), María Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Paz POUS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, *Derecho Civil de la Unión Europea*, Colex, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis, y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Parte general del Derecho Civil y personas jurídicas*, decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2016.

ECHEZARRETA FERRER, Mayte, “De la nacionalidad a la residencia e inversa. Búsqueda del mejor estatuto jurídico para el ejercicio de los derechos de sufragio en los extranjeros”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2016, p. 43-73.

ELVIRA PERALES, Ascensión, “Libertad de circulación comunitaria y orden público en España”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 30, 2007, pp. 35-52.

ELVIRA PERALES, Ascensión, *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea. Límites por razón de orden público*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2017.

ESPINAR VICENTE, José María y Montserrat GUZMÁN PECES, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2017.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, “De la autorización de estancia y residencia. Artículo 32. Residencia de larga duración”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares.

FACH GÓMEZ, Katia, “Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, marzo 2004, pp. 53-64.

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, “El derecho humano a abandonar un país, incluido el propio las excepciones a la regla”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 73, n.º 2, 2021, pp. 85-100.

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, “La Directiva sobre el retorno de de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 33, mayo/agosto 2009, pp. 453-499.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, “Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 13, 2006, pp. 31-55.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, *Nociones Básicas de Derecho de la UE*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck, “El nuevo reglamento regulador de la iniciativa ciudadana europea: un instrumento de participación de la ciudadanía europea poco conocido y de gran potencial democrático e integrador”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 51, 2020, pp. 1-3.

FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, Javier, “Permiso de residencia y antecedentes penales de extranjeros, Comentario a la STS de 5 de julio de 2018”, *Revista CEFLEGAL CEF*, n.º 213, octubre 2018, pp. 145-150.

FERRER LLORET, Jaume, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of State for the Home Department, asunto C-200/02)”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 6, 2005, pp. 93-106.

GARCÍA VITORIA, Ignacio, “La Directiva de Retorno y las garantías del procedimiento en la jurisprudencia española”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 50, 2008, pp. 93-106.

GARCÍA VITORIA, Ignacio, “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (de junio de 2011 a junio de 2012)”, *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2013, pp. 214-233.

GAROT, Marie José, “Desde Schengen hasta Ámsterdam, pasando por Maastricht: un espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Autonomies*, n.º 24, febrero de 1999, pp. 279-296.

GAROT, Marie José, “La ciudadanía de la UE: novedades desde Lisboa y Luxemburgo”, *Revista Direito GV*, n.º 16, 2012, pp. 745-768.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Matrimonio infantil y derecho de reunificación familiar. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 noviembre 2022, as. C- 230/21: Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 110, 2023.

GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, “TJCE-Sentencia de 12.09.2006, España/Reino Unido, C-145/04, Parlamento Europeo– Elecciones – Derecho de voto – Ciudadanos de la Commonwealth residentes en Gibraltar y que no poseen la ciudadanía de la Unión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 29, enero/abril 2008, pp. 215-232.

GONZÁLEZ TASCÓN, Marta María, “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXVI, pp. 131-197.

GUERRERO PADRÓN, Thais, “El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de seguridad social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 49, 2018, pp. 259-293.

GUILD, Elspeth, “Seguridad, terrorismo y asilo en el espacio Schengen”, *CIDOB, Anuario CIBOD de la inmigración 2015-2016*, pp. 58-77.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica, “La Protección Consular como derecho derivado de la ciudadanía”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 27-28, 2014-2015, pp. 259-280.

HANDOLL, John, “The long-term residence Directive”, en Jean-Yves CARLIER y Philippe de BRUYCKER (Coords), *Immigration and asylum law in the EU: current debates, Actualité du droit européen de l’immigration et de l’asile*, Bruylant, 2005.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín (dir.), *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2008.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, “La ciudadanía europea: ¿un sueño al alcance de la mano?”, *Autonomies*, n.º 29, noviembre 2003, pp. 53-77.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, REUS, Madrid, 2010.

ILLAMOLA DAUSÁ, Mariona, “Hacia una gestión integrada de las Fronteras. El Código de Fronteras”, *Migraciones*, n.º 15, 2008, pp. 1-100.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2000.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad”, *REALA Nueva Época* – n.º 7, (2022), pp. 6-30.

IZQUIERDO SANS, Cristina, “Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2000, pp. 133-189.

JANER TORRENS, Joan David, “El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 61, 2018, pp. 899-932.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 1, 1993, pp. 1020-1063.

JOVER RAMÍREZ, Carmen, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 relativa al concepto de “miembros de la familia” y su relación con la libre circulación de trabajadores (asunto C-802/18)”, *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)*, 2020, Vol V, n.º1, pp. 312-323.

JUÁREZ PÉREZ, Pilar, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, n.º 2, octubre 2010, pp. 261-289.

JUÁREZ PÉREZ, Pilar, “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (Ruiz Zambrano)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 2, octubre 2011, pp. 249-266.

KIRKPATRICK DE LA VEGA, Álvaro y Gil GONZÁLEZ GARCÍA, *Los visados en el Derecho Español y Comunitario*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2019.

KOCHENOV, Dimitry, y Benedikt PIRKER, “Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, PI V Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 19, 2012, pp. 369-389.

LARRALDE, Jean-Manuel, “La constitutionnalisation de l’ordre public”, en Marie Joëlle REDOR (dir.), *L’ordre public ; ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux : actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 231-246

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, Tomo Primero, vigesimoprimera edición, Marcial Pons, Madrid, 2015.

LEÓN MARTÍNEZ-LOSA, María, “El estatuto jurídico del inmigrante extracomunitario”, *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 13, 2008, pp. 35-75.

LIEBSCHER, Christoph, “European Public Policy. A Black Box?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 17, 2000, pp. 73-88.

LINDE PANIAGUA, Enrique, Mariano BACIGALUPO SAGGESE y Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, UNED, Colex, 2012.

LIROLA DELGADO, Isabel, “Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, septiembre/diciembre, 2014, pp. 733-766.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, septiembre/diciembre 1998, pp. 143-158.

LUJÁN ALCARAZ, José, “Artículo 65. Carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros”, en José Luis MONEREO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ (Coords.), *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/200 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012.

MANGAS MARTÍN, Araceli, (Coord.), Luis Norberto GONZÁLEZ ALONSO (Coord.), “El compromiso de los derechos fundamentales”, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario Artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 1-931.

MANGAS MARTÍN, Araceli y Diego Javier LIÑÁN NOGUERAS. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016.

MARÍN CONSARNAU, Diana, “Nacionalidad y pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión. Un recorrido por la jurisprudencia del TJUE escalón a escalón”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 58, 2022, pp. 292-340.

MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena María, “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 767-804.

MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena María, “Las restricciones a la libre circulación de personas en la UE durante la era COVID-19: hacia un futuro incierto” *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 22, n.º 45, Tercer cuatrimestre de 2020, pp. 311- 335.

MARTÍN VIDA, María Ángeles, “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, julio/diciembre 2007, pp. 95-137.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, “Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos de Francia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92, mayo/agosto 2011, pp. 11-40.

MARZAL YETANO, Toni, “From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, n.º 2, 2017, pp. 626-629.

MELLADO PRADO, Pilar, Enrique LINDE PANIAGUA y Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, *Instituciones de Derecho Comunitario*, Colex, 2009.

MENGOZZI PAOLO, *Derecho Comunitario y de la UE*, Tecnos, Madrid, 2000.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, Elena ARCE JIMÉNEZ y Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.

MONTALDO, Stefano, “The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste”, *Europeans Paper*, Vol. 5, 2020, n.º 1, p. 523-531.

MORCILLO MORENO, Juana, “El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 227, 2011, pp. 234-236.

MORCILLO MORENO, Juana, “Prejudicialidad comunitaria y proceso administrativo: ¿un supuesto más de devolutividad prejudicial? Especificidades de la cuestión prejudicial comunitaria y consecuencias de su no planteamiento por el juez español (STC 58/2004, de 19 de abril)”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 247-248, pp. 81-96.

MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos Javier, “El juez nacional de medidas cautelares y la tutela del orden público y del interés público de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 54, 2016, pp. 473-516.

MORENEO PÉREZ, José Luís, y Carmen BURGOS GOYE, “Derecho a la libertad de circulación”, en José Luis MONEREO PÉREZ, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, 2013.

MOYA ESCUDERO, Mercedes, “Un código de derechos para los nacionales de terceros estados residentes legales en la UE. Un avance en derecho antidiscriminatorio”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 34, 2017, pp. 1-27.

MURIEL PALOMINO, José María, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados de Ámsterdam y Niza: La libre circulación de las personas y la integración de los acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de derecho europeo*, n.º1, 2001, pp. 189-220.

OLESTI RAYO, Andreu, “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/19 del Consejo de 25 de noviembre de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 4, 2003, pp. 1-10.

OLESTI RAYO, Andreu, “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 10, julio/diciembre 2008, pp. 13-48.

OLESTI RAYO, Andreu, “El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 15, abril 2012, pp. 44-84.

ORSÒLIC DALESSIO, Tina, “The Social Dimension of EU Citizenship—A Castle in the Air or Construction Gone Wrong?”, *German Law Journal*, Vol.14, 2013, n.º 7, pp. 869-888.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “España: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y asimilados”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 13, pp. 87-107.

ORTIZ VIDAL, María Dolores, “Ilonka Furstin Von Sayn-Wittgenstein: Una princesa en el derecho internacional privado” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2011, Vol. 3, n.º 2, pp. 304-316.

ORTS BERENGUER, Enrique, y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª Edición actualizada conforme a la L.O. 5/2010, Valencia, 2019.

PALERMO, Francesco, “Is there a space for federalism in times of emergency?”, *Vertblog*, mayo 2020, pp. 1-6.

PALOS NADAL, Margarita, “La extinción de las tarjetas de familiar de residente comunitario a nacionales de terceros países en virtud de separación de derecho o divorcio. Principales consecuencias jurídicas”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 13, 2006, pp. 199-207.

PASCUA MATEO, Fabio, *Derecho de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa*, Civitas, Madrid, 2013.

PAZOS-VIDAL, Serafín, “El Coronavirus como test de resistencia de la integración europea: límites del diálogo constitucional”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 18, abril/septiembre 2020, pp. 154-183.

PÉREZ MARTÍN, Elena, “El estatuto de residente de larga duración y la reagrupación familiar en la Unión Europea”, en Enrique ÁLVAREZ CONDE y Elena PÉREZ MARTÍN (dirs.): *Estudios sobre derecho de extranjería*, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005.

PERRUCHOUD, Richard, “L’expulsion en masse d’étranges”, *Annuaire Francais de Droit International*, Vol. 34, 1988, pp. 677-693.

PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 48, mayo/agosto 2014, pp. 577-599.

PLANTEY, Alain, *Définition et principes de l’ordre public*, en R. POLIN (dir.): *L’ordre public*, PUF, 1996.

RAIMONDI, Salvatore, *Per l’affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, Diritto Amministrativo, Giuffré, 2006.

RAMÍREZ FRÍAS, Isabel, “La ciudadanía de la Unión y el derecho de residencia”, *Cuadernos Cantabria Europa*, n.º 14, 2015, pp. 10-30.

RAMS RAMOS, Leonor, “El derecho de acceso a archivos y registros administrativos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 182, 2010, pp. 285-309.

REBOLLO PUIG, Manuel, “Prólogo”, en Miguel CASINO RUBIO, *Seguridad pública y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2015.

REBOLLO PUIG, Manuel, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo III*, Tecnos, 2017.

REQUENA CASANOVA, Millán, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: Consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 62, 2019, pp. 41-79.

RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa, “La seguridad ciudadana como función del estado”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62/2, julio/diciembre 2014, pp. 319-346.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Elementos de Derecho Comunitario*, Fundación Mapfre Estudios, Instituto de Ciencias del Seguro, Colección Universitaria, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ CRESPO, María José, “El derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Comentarios de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 16, 2008, pp. 1-30.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, y Diego LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1993.

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, Pilar JIMÉNEZ BLANCO y Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

RODRÍGUEZ MESA, María José, “Sentencia de 22 de mayo de 2012, P.I., as. C 348/09, Libre circulación de personas, Directiva 2004/38, artículo 28.3, a) Expulsión - Condena penal - Razones imperiosas de seguridad pública - Conductas incluidas en el concepto motivos imperiosos de seguridad pública”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 43, septiembre/diciembre, 2012, pp. 953-968.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Identidad y nacionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, AFDUAM, n.º17, 2013, pp. 207-235.

ROIG TORRES, Margarita, “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, pp. 423-505.

SALAMANCA AGUADO, María Esther, “La restricción a la libertad de circulación del jefe de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16 de octubre de 2012, en el asunto Hungría C. República Eslovaca”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, 2013, pp. 1-30.

SÁNCHEZ CANO, María Jesús, “La aplicación de la Directiva 2004/38/CE en supuestos de kafala internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, Vol. 12, n.º 1, pp. 713 y 727.

SÁNCHEZ CANO, María Jesús, “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (septiembre 2022), Vol. 14, n.º 2, pp. 1223-1233.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, e Ignacio GARCÍA VITORIA, “Las garantías del procedimiento de la ley de extranjería en la jurisprudencia, julio 2006/junio 2007”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, n.º 0, 2008 (Ejemplar dedicado a: La inmigración en la encrucijada), pp. 206-220.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 26, 2008, pp. 211-227.

SOTO MOYA, Mercedes, “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LX, 2008, pp. 163-178.

SOTO MOYA, Mercedes, “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Vol. 20, n.º 40, 2018, pp. 453-481.

TOADER, Camelia y Andrei FLOREA, “Free movement of workers and the European citizenship”, *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, n.º 3, 2011, pp. 1-30.

VALLES CAVIA, José Antonio, “La determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. A propósito de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos C-145/04 y C-300/04”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, 2007, pp. 10-17.

VAN OUIRIVE, Lode, “Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen”, *Afers Internacionals*, n.º 53, pp. 43-61.

VICENTE, José María, y Montserrat GUZMÁN PECES, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2017.

VILLAR FUENTES, Isabel María, “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el Estado de cogida”, *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, n.º 4, diciembre 2013, pp. 1-16.

VIRUELA, Rafael, “Trabajadores fronterizos en Europa: Causas y consecuencias de un fenómeno en expansión”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2019, Vol. 9 (2), pp. 329-353.

WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand, “Jobseekers’ residence rights and access to social benefits: EU Law and its implementation in the Member States”, *Online Journal on Free Movement of workers within the European Union*, n.º 7, 2014, pp. 8-14.

ANEXO NORMATIVO

TRATADOS INTERNACIONALES

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.

Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas y celebrado, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad Económica Europea por el Reglamento (CEE) 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por el que se celebra el Protocolo Adicional, así como el Protocolo Financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor.

Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, Consejo de Asociación constituido en virtud del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, Decisión 1/80, de 19 de septiembre de 1980.

Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. 1985.

Acuerdo sobre el EEE, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 29 de noviembre de 1993, entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia suponía la extensión del régimen de entrada, residencia y trabajo previsto para los nacionales comunitarios a los nacionales de dichos países.

Protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea. DOCE C 340 de 10 de noviembre 1997.

Acuerdo de 18 de mayo de 1999 celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen.

Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999.

Acuerdo de 26 de octubre de 2004 entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen.

Protocolo n.º 19 sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión, anejo al TUE y al TFUE.

Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. DOUE 31 de enero 2020.

Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, aneja al Acuerdo de Adhesión de España al CAAS, según la cual el régimen previsto en el acuerdo no es aplicable y se mantienen los controles previstos en la legislación española.

NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad en su versión modificada por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

Reglamento (CEE) 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por el que se celebra el Protocolo Adicional, así como el Protocolo Financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor.

Reglamento (CE) 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras.

Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Reglamento (CE) 1030/2002, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.

Reglamento (CE) 1030/2002, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.

Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia

matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000/CE del Consejo de 29 de mayo de 2000.

Reglamento (CE) 2004/883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

Reglamento (CE) 2252/2004 del Consejo, del 13 de diciembre de 2004, sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados Miembros.

Reglamento (CE) 1931/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen.

Reglamento (CE) 296/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, que modifica el Reglamento (CE) 562/2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

Reglamento (CE) 380/2008 del Consejo, de 18 de abril de 2008, que modifica el Reglamento (CE) 1030/2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.

Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).

Reglamento (CE) 1186/2009 del Consejo, de 16 de noviembre de 2009, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras.

Reglamento (UE) 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración, así como para las autorizaciones de residencia.

Reglamento (CE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. DOUE L 343 de 29 de diciembre de 2010.

Reglamento (UE) 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Reglamento (UE) 1051/2013 de 22 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales.

Reglamento (UE) 1288/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el programa “Erasmus+”, de educación, formación, juventud y deporte de la Unión y por el que se derogan las Decisiones 1719/2006/CE, 1720/2006/CE y 1298/2008/CE.

Reglamento (UE) 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria.

Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos 492/2011 y (UE) 1296/2013.

Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de marzo de 2017 por el que se modifica el Reglamento 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.

Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento y del Consejo, de 30 de noviembre de 2017, por el que se establece un Sistema de Entradas y Salidas para registrar los datos de entrada y salida y de denegación de entrada relativos a nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros, se determinan las

condiciones de acceso al SES con fines policiales y se modifican el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y los Reglamentos 767/2008 y 1077/2011.

Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento 1987/2006.

Reglamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal, por el que se modifica y deroga la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y se derogan el Reglamento 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión.

Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea.

Reglamento (UE) 2021/888 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se establece el Programa del Cuerpo Europeo de Solidaridad y se derogan los Reglamentos (UE) 2018/1475 y (UE) 375/2014.

Reglamento 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

Reglamento (UE, Euratom) 2021/1163 del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, por el que se fijan el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo (Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo) y por el que se deroga la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom.

REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN

Reglamento de Ejecución (UE) 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

DIRECTIVAS

Directiva 64/221/CE del Consejo, de 25 de 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.

Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estado miembros y de sus familias dentro de la Comunidad.

Directiva 72/194/CEE del Consejo, de 18 de mayo de 1972, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado Miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva de 25 de febrero de 1964 sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y estancia dentro de la Comunidad de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios.

Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia.

Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional.

Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado Miembro del que no sean nacionales.

Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de las nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministro.

Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional Texto pertinente a efectos del EEE.

Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre los Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Directiva 2015/637/UE del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE.

Directiva 2016/801/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.

Directiva 2018/957/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Texto pertinente a efectos del EEE).

Directiva 2021/1883/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo.

DECISIONES

Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, relativa a la celebración del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía.

Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 20 de septiembre de 1976.

Decisión 2/76, de 20 de diciembre de 1976, adoptada por el Consejo de Asociación instituido mediante el Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado en Ankara, el 12 de septiembre de 1963, por la República de Turquía, por una parte, y los Estados miembros de la CEE y la Comunidad, por otra, y concluido, aprobado y confirmado en nombre de esta última mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963.

Decisión 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía.

Decisión del Consejo, de 22 de febrero de 1988, relativa a la celebración del Protocolo complementario del Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía.

Decisión (CE) 95/553 de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares.

Decisión 96/409/PESC de los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativa al establecimiento de un documento provisional de viaje

Decisión del Consejo, de 17 de mayo de 1999, relativa a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen.

Decisión 1999/435/CE del Consejo de, 20 mayo 1999, sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo
Decisión 2000/751/CE del Consejo, de 30 de noviembre de 2000, relativa a la desclasificación de determinadas partes del Manual Común adoptado por el Comité ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

Decisión 2002/353/CE del Consejo, de 25 de abril de 2002, relativa a la desclasificación de la parte II del Manual Común adoptado por el Comité ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002, por la que se modifica el Acto relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, anejo a la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom.

Decisión del Consejo 2008/381/CE, de 14 de mayo de 2008, por la que se crea una Red Europea de Migración.

Decisión del Consejo 2008/903, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo Schengen a la Confederación Suiza.

Decisión del Consejo de 7 de marzo de 2011 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, sobre la supresión de controles en las fronteras internas y la circulación de personas.

Decisión (UE) 2012/714 de la Comisión, de 21 de noviembre de 2012, por la que se confirma la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Decisión (UE) 2014/39 de la Comisión, de 27 de enero de 2014, por la que se confirma la participación de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

DECISIONES DE EJECUCION

Decisión de Ejecución de la Comisión C (2014) 8377, de 14 de noviembre de 2014, por la que se establece el programa de evaluación anual de visitas *in situ* realizadas sin previo aviso para 2015 de conformidad con el artículo 6 del Reglamento 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo Schengen.

Decisión de Ejecución del Consejo por la que se establece una Recomendación relativa a las deficiencias graves detectadas en la evaluación correspondiente a 2015 de la aplicación del acervo de Schengen en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores por Grecia, de 12 de febrero de 2016.

Decisión de Ejecución de la Comisión por la que se establece una recomendación de las medidas específicas que ha de adoptar la República Helénica a raíz del informe de evaluación de 2 de febrero de 2016 C (2016) 1219, de 24 de febrero de 2016.

Decisión de Ejecución 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016, por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen.

Decisión de ejecución 2016/1989 del Consejo, de 11 de noviembre de 2016, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global de espacio Schengen.

Decisión de ejecución 2017/246 del Consejo, de 7 de febrero de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global de espacio Schengen.

Decisión de ejecución 2017/818 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global de espacio Schengen

RECOMENDACIONES

Recomendación 2013/142/UE de la Comisión, de 12 de marzo de 2013, con vistas a reforzar el desarrollo democrático y eficaz de las elecciones al Parlamento Europeo.

Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 2013, relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados miembros.

Recomendación 2020/1475 del Consejo, de 13 de octubre de 2020, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19.

Recomendación 2020/2243 de la Comisión de 22 de diciembre de 2020 sobre un enfoque coordinado en materia de viajes y transportes en respuesta a la nueva variante del SARS-COV-2 detectada en el Reino Unido.

Recomendación 2021/119 del Consejo de 1 de febrero de 2021 por la que se modifica la Recomendación 2020/1475 sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19.

Recomendación 2021/816 del Consejo de 20 de mayo de 2021 por la que se modifica la Recomendación 2020/912 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción.

Recomendación 2021/961 del Consejo de 14 de junio de 2021 por la que se modifica la Recomendación 2020/1475, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19.

Recomendación UE 2022/290 del Consejo de 22 de febrero de 2022 por la que se modifica la Recomendación UE 2020/912 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea y el posible levantamiento de dicha restricción.

NORMATIVA ESPAÑOLA

LEYES ORGÁNICAS

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

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

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

OTRAS LEYES Y NORMAS CON RANGO DE LEY

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.

Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria democrática.

NORMAS REGLAMENTARIAS E INSTRUCCIONES

Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el régimen de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE.

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Instrucciones DGM 2/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/80: Estudiantes.

Instrucciones DGM 2/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801: Estudiantes.

Instrucciones DGM 3/20018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801: Investigadores.

Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Corte Internacional de Justicia

Sentencia del CIJ de 6 de abril de 1955, Asunto *Nottebohm*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del TEDH de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi contra Francia*.

Sentencia del TEDH de 2 de septiembre de 2001, *Boultif contra Suiza*.

Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002, *Amrollahi contra Dinamarca*.

Sentencia del TEDH de 15 de julio de 2003, *Mokrani contra Francia*.

Sentencia del TEDH de 22 de mayo de 2008, *Emre c. Suiza*.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74. ECLI:EU:C:1974:133.

Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, as. 67/74. ECLI:EU:C:1975:34.

Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, as. 36/75. ECLI:EU:C:1975:137.

Sentencia del TJUE de 8 de abril de 1976, *Royer*, as. 48/75. ECLI:EU:C:1976:57.

Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1976, *Watson*, as. 118/75. ECLI:EU:C:1976:106.

Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77. ECLI:EU:C:1977:172.

Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 1979, *Saunders*, as. 175/78. ECLI:EU:C:1979:88.

Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 1979, *Francia/Reino Unido*, as. C-141/78. ECLI:EU:C:1979:225.

Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 1980, *Mario Santillo*, as. C-131/79. ECLI:EU:C:1980:131.

Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1980, *Pieck*, as. 157/79. ECLI:EU:C:1980:179.

Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 1982, *Levin*, as. C-53/81. ECLI:EU:C:1982:105.

Sentencia del TJUE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, as. ac. 115/81 y 116/81. ECLI:EU:C:1982:183.

Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1982, *Morson*, as. ac. C-35/82 y C-36/82. ECLI:EU:C:1982:368.

Sentencia del TJUE de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone*, as. ac. 286/82 y 26/83. ECLI:EU:C:1984:35.

Sentencia del TJUE de 10 de julio de 1984, *Campus Oil y otros*, as. 72/83. ECLI:EU:C:1984:256.

Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1985, *Aissatou*, as. 267/83. ECLI:EU:C:1985:67.

Sentencia del TJUE de 3 de junio de 1986, *Kempf*, as. C-139/85. ECLI:EU:C:1986:223.

Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, as. C-66/85. ECLI:EU:C:1986:284.

Sentencia del TJUE de 27 de abril de 1989, *Comisión/Bélgica*, as. 321/87. ECLI:EU:C:1989:176.

Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1991, *Roux*, as. C-363/89. ECLI:EU:C:1991:41.

Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1991, *Antonissen*, as. C-292/89. ECLI:EU:C:1991:80.

Sentencia del TJUE de 24 de enero de 1992, *La Cinq/Comisión*, as. T-44/90. ECLI:EU:T:1992:5.

Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1992, *Steen*, as. C-332/90. ECLI:EU:C:1992:40.

Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1992, *Micheletti*, as. C-369/90. ECLI:EU:C:1992:295.

Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1992, *Singh*, as. C-370/90. ECLI:EU:C:1992:296.

Sentencia del TJUE de 6 de junio de 1995, *Bozkurt*, as. C-434/93. ECLI:EU:C:1995:168.

Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1995, *Werner*, as. C-70/94. ECLI:EU:C:1995:328.

Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 1995, *Nolte*, as. C-317/93. ECLI:EU:C:1995:438.

Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, as. C-415/93. ECLI:EU:C:1995:463.

Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 1996, *Bernini*, as. C-3/90. ECLI:EU:C:1992:89.

Sentencia del TJUE de 5 de junio de 1997, *Uecker*, as. ac. C-64/96 y C-65/96. ECLI:EU:C:1997:285.

Sentencia del TJUE de 17 de junio de 1997, *Shingara y Radiom*, as. ac. C-65/95 y C-111/95. ECLI:EU:C:1997:300.

Sentencia del TJUE de 30 de abril de 1998, *Comisión/Alemania*, as. C-24/97. ECLI:EU:C:1998:184.

Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, as. C-348/96. ECLI:EU:C:1999:6.

Sentencia del TJUE de 26 de enero de 1999, *Terhoeve*, as. C-18/95. ECLI:EU:C:1999:22.

Sentencia del TJUE de 15 de junio de 1999, *Heinonen*, as. C-394/97. ECLI:EU:C:1999:308.

Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1999, *Wijsenbeek*, as. C-378/97. ECLI:EU:C:1999:439.

Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1999, *Laara*, as. C-124/97. ECLI:EU:C:1999:435.

Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 1999, *Zenatti*, as. C-67/98. ECLI:EU:C:1999:514.

Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1999, *Sirdar*, as. C-273/97. ECLI:EU:C:1999:523.

Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1999, *Mesbah*, as. C-179/98. ECLI:EU:C:1999:549.

Sentencia del TJUE de 11 de enero de 2000, *Kreil*, as. C- 285/98. ECLI:EU:C:2000:2.

Sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2000, *Nazli*, as. C-340/97. ECLI:EU:C:2000:77.

Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, as. C-54/99. ECLI:EU:C:2000:124.

Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, as. C-7/98. ECLI:EU:C:2000:164.

Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2000, *Kaba*, as. C-356/98. ECLI:EU:C:2000:200.

Sentencia del TJUE de 11 de mayo de 2000, *Renault*, as. C-38/98. ECLI:EU:C:2000:225.

Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2000, *Albore*, as. C-423/98. ECLI:EU:C:2000:401.

Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2000, *Yiandom*, as. C-357/98. ECLI:EU:C:2000:604.

Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 2001, *Kaur*, as. C-192/99. ECLI:EU:C:2001:106.

Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, as. C-184/99. ECLI: ECLI:EU:C:2001:458.

Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2001, *Comisión/Grecia*, as. C-398/98. ECLI:EU:C:2001:565.

Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, as. C-60/00. ECLI:EU:C:2002:434.

Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, as. C-459/99. ECLI:EU:C:2002:461.

Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, as. C-413/99. ECLI:EU:C:2002:493.

Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2002, *Oteiza Olazábal*, as. C-100/01. ECLI:EU:C:2002:712.

Sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2003, *Petersen*, as. C-544/11. ECLI:EU:C:2013:124.

Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2003, *Kaba*, as. C-466/00. ECLI:EU:C:2003:127.

Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2003, *Dory*, as. C-186/01. ECLI:EU:C:2003:146.

Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) y otros*, as. C-6/01. ECLI:EU:C:2003:446.

Sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, as. C-109/01. ECLI:EU:C:2003:491.

Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, as. ac. C-148/02 y C-192/99. ECLI:EU:C:2003:539.

Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, *Ninni-Orasche*, as. C-413/01. ECLI:EU:C:2003:600.

Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2004, *Collins*, as. C-138/02. ECLI:EU:C:2004:172.

Sentencia del TJUE de 24 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, as. C-482/01 y C-493/01. ECLI:EU:C:2004:262.

Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, as. C-456/02. ECLI:EU:C:2004:488.

Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. C-36/02. ECLI:EU:C:2004:614.

Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, as. C-200/02. ECLI:EU:C:2004:639.

Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2004, *Cetinkaya*, as. C-467/02. ECLI:EU:C:2004:708.

Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2005, *Oulane*, as. C-215/03. ECLI:EU:C:2005:95.

Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2005, *Bidar*, as. C-209/03. ECLI:EU:C:2005:169.

Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2005, *Comisión contra el Reino de España*, as. C-157/03. ECLI:EU:C:2005:225.

Sentencia del TJUE de 7 de julio de 2005, *Dogan*, as. C-383/03. ECLI:EU:C:2005:436.

Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2005, *Ioannidis*, as. C-258/04. ECLI:EU:C:2005:559.

Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2006, *Comisión/España*, as. C-503/03. ECLI:EU:C:2006:74.

Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2006, *Comisión/Bélgica*, as. C-408/03. ECLI:EU:C:2006:192.

Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, *España/Reino Unido*, as. C-145/04. ECLI:EU:C:2006:543.

Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, *Eman y Sevinger*, as. C-300/04. ECLI:EU:C:2006:545.

Sentencia del TJUE de 22 de marzo de 2007, *Comisión/Bélgica*, as. C-437/04. ECLI:EU:C:2007:178.

Sentencia del TJUE de 7 de junio de 2007, *Comisión/Países Bajos*, as. C-50/06. ECLI:EU:C:2007:325.

Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2007, *Polat*, as. C-349/06. ECLI:EU:C:2007:581.

Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2008, *Comisión/Países Bajos*, as. C-398/06. ECLI:EU:C:2008:214.

Sentencia del TJUE de 10 julio de 2008, *Jipa*, as. C-33/07. ECLI:EU:C:2008:396.

Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, as. C-127/08. ECLI:EU:C:2008:449.

Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*, as. 353/06. ECLI:EU:C:2008:559.

Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2008, *Föster*, as. C-158/07. ECLI:EU:C:2008:630.

Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y otros*, as. ac. C-22/08 y C-23/08. ECLI:EU:C:2009:344.

Sentencia del TJUE de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, as. C-135/08. ECLI:EU:C:2010:104.

Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdell*, as. ac. C-188/10 y C-189/10. ECLI:EU:C:2010:363.

Sentencia del TJUE de 7 de octubre de 2010, *Lassal*, C-162/09. ECLI:EU:C:2010:592.

Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, as. C-145/09. ECLI:EU:C:2010:708.

Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn Wittgenstein*, as. C-208/09. ECLI:EU:C:2010:806.

Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Bozkurt*, as. C-303-08. ECLI:EU:C:2010:800.

Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, as. C-34/09. ECLI:EU:C:2011:124.

Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, as. C-434/09. ECLI:EU:C:2011:277.

Sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, *Dias*, as. C-325/09. ECLI:EU:C:2011:498.

Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, as. C-256/11. ECLI:EU:C:2011:734.

Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Aladzhev*, as. C-434/10. ECLI:EU:C:2011:750.

Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, as. C-430/10. ECLI:EU:C:2011:749.

Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011, *Ziebell*, as. C-371/08. ECLI:EU:C:2011:809.

Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, *Ziolkowski y Szeja*, as. ac. C-424/10 y C-425/10. ECLI:EU:C:2011:866.

Sentencia del TJUE de 24 de abril de 2012, *Servet Kamberaj*, as. C-571/10. ECLI:EU:C:2012:233.

Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, *Comisión/Países Bajos*, as. C-508/10. ECLI:EU:C:2012:243.

Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2012, *P.I.*, as. C-348/09. ECLI:EU:C:2012:300.

Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, *Comisión/Países Bajos*, as. C-542/09. ECLI:EU:C:2012:346.

Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012, *Adil*, as. C-278/12. ECLI:EU:C:2012:508.

Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012, *Rahman y otros*, as. C-83/11. ECLI:EU:C:2012:519.

Sentencia del TJUE 4 de octubre de 2012, *Comisión/Austria*, as. C-75/11. ECLI:EU:C:2012:605.

Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, as. C-249/11. ECLI:EU:C:2012:608.

Sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría/Eslovaquia*, as. C-364/10. ECLI:EU:C:2012:630.

Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2012, *Prete*, as. C-367/11. ECLI:EU:C:2012:668.

Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012, *Iida*, as. C-40/11. ECLI:EU:C:2012:691.

Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, *N.*, as. C-46/12. ECLI:EU:C:2013:97.

Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y Ymeraga-Tafarshiku*, as. C-87/12. ECLI:EU:C:2013:291.

Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013, *ZZ*, as. C-300/11. ECLI:EU:C:2013:363.

Sentencia del TJUE de 23 de junio de 2013, *Giersch y otros*, as. C-20/12. ECLI:EU:C:2013:411.

Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, as. C-140/12. ECLI:EU:C:2013:565.

Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014, *Reyes*, as. C-423/12. ECLI:EU:C:2014:16.

Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2014, *S y G*, as. 457/12. ECLI:EU:C:2014:136.

Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2014, *Saint Prix*, as. C-507/12. ECLI:EU:C:2014:2007.

Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014, *Dogan*, as. C-138/13. ECLI:EU:C:2014:2066.

Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, *Noorzia*, as. C-338/13. ECLI:EU:C:2014:2092.

Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, *Tahir*, as. C-469/13. ECLI:EU:C:2014:2094.

Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, as. C-333/13. ECLI:EU:C:2014:2358.

Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, as. C-202/13. ECLI:EU:C:2014:2450.

Sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2015, *Z. Zh y O*, as. C-554/13. ECLI:EU:C:2015:377.

Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015, *Martens*, as. C-359/13. ECLI:EU:C:2015:118.

Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2015, *P y S*, as. C-579/13. ECLI:EU:C:2015:369.

Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2015, *H.T.*, as. C-373/13. ECLI:EU:C:2015:413.

Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, *Singh y otros*, as. C-218/14. ECLI:EU:C:2015:476.

Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2015, *Rahman*, as. C-83/11. ECLI:EU:C:2012:519.

Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2015, *Alimanovic*, as. C-67/14. ECLI:EU:C:2015:597.

Sentencia del TJUE de 15 de febrero de 2016, *N*, as. C-601/15. ECLI:EU:C:2016:84.

Sentencia del TJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, as. C-47/15. ECLI:EU:C:2016:408.

Sentencia del TJUE de 30 de junio de 2016, *NA*, as. C-115/15. ECLI:EU:C:2016:487.

Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14. ECLI:EU:C:2016:675.

Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2016, *Bragança Linares Verruga y otros*, as. C-238/15. ECLI:EU:C:2016:949.

Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2016, as. *Depesme y Kerrou*, C-401/15 y C-403/15. ECLI:EU:C:2016:955.

Sentencia del TJUE de 4 de abril de 2017, *Fahimian*, as. C-544/15. ECLI:EU:C:2017:255.

Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2017, *Chavez-Vilchez y otros*, as. C-133/15. ECLI:EU:C:2017:354.

Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2017, *E*, as. C-193/16. ECLI:EU:C:2017:542.

Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, as. C-165/16. ECLI:EU:C:2017:862.

Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2017, *Wilber López Pastuzano/Delegación del Gobierno en Navarra*, as. C-636/16. ECLI:EU:C:2017:949.

Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018, *Vomero*, as. ac. C-316/16 y C-424/16. ECLI:EU:C:2018:256.

Sentencia del TJUE de 2 de mayo de 2018, *K (Derecho de residencia y alegaciones de crímenes de guerra)*, as. ac. C-331/16 y C-366/16. ECLI:EU:C:2018:296.

Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2018, *K.A. y otros (Reagrupación familiar en Bélgica)*, as. C-82/16. ECLI:EU:C:2018:308.

Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, as. C-673/16. ECLI:EU:C:2018:385.

Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2018, *Diallo*, as. C-246/17. ECLI:EU:C:2018:499.

Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2018, *Banger*, as. C-89/17. ECLI:EU:C:2018:570.

Sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, *Yön*, as. C-123/17. ECLI:EU:C:2018:632.

Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2019, *Tjebbes y otros*, as. C-221/17. ECLI:EU:C:2019:189.

Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, *Y.Z y otros*, as. C-557/17. ECLI:EU:C:2019:203.

Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2019, *Préfet des Pyrénées- Orientales c Abdelaziz Arib*, as. C-444/17. ECLI:EU:C:2019:220.

Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, *SM (Menor sometido a “kafala” argelina)*, as. 129/18. ECLI:EU:C:2019:248.

Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2019, *Austria/Alemania*, as. C-591/17. ECLI:EU:C:2019:504.

Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2020, *Eslovenia/Croacia*, as. C-457/18. ECLI:EU:C:2020:65.

Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2020, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real (Cónyuge de un ciudadano de la Unión)*, as. C-836/18. ECLI:EU:C:2020:119

Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, *Caisse pour l'avenir des enfants (Hijo del cónyuge de un trabajador transfronterizo)*, as. C-802/18. ECLI:EU:C:2020:269.

Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, *Landkreis Südliche Weinstraße*, as. C-830/18. ECLI:EU:C:2020:275.

Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2020, *WT c/ Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*, as. C-448/19. ECLI:EU:C:2020:467.

Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2020, *UQ y SI contra la Subdelegación del Gobierno en Barcelona*, as. ac. C-503/19 y C-592/19. ECLI:EU:C:2020:629.

Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021, *Land Oberösterreich (Aide au logement)*, as. C-94/20. ECLI:EU:C:2021:477.

Sentencia del TJUE de 2 de septiembre de 2021, *Estado belga (Droit de séjour en cas de violence domestique)*, as. C-930/19. ECLI:EU:C:2021:657.

Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2021, *República Checa/Polonia (Mine de Turów)*, as. C-121/21. ECLI:EU:C:2021:752.

Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, *Stolichnaobshtina, rayon Pancharevo*, as. C-490/20. ECLI:EU:C:2021:1008.

Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2022, *Wiener Landesregierung (Révocation d'une assurance de naturalisation)*, as. C-118/20. ECLI:EU:C:2022:34.

Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2022, *Landeshauptmann von Wien (Perte du statut de résident de longue durée)*, as. C-432/20. ECLI:EU:C:2022:39.

Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2022, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Assurance maladie complète)*, as. C-247/20. ECLI:EU:C:2022:177.

Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2022, *Landes polizeidirektion Steiermark (Durée maximale du contrôle aux frontières intérieures)*, as. ac. C-368/20 y 369/20. ECLI:EU:C:2022:298.

Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Séjour d'un membre de la famille – Ressources insuffisantes)*, as. ac. C-451/19 y C-532/19. ECLI:EU:C:2022:354.

Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2022, *Préfet du Gers y Institut national de la statistique y des études économiques*, as. C-673/20. ECLI:EU:C:2022:449.

Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Nature du droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE)*, as. C-624/20. ECLI:EU:C:2022:639.

Tribunal Constitucional

Sentencia del TC 33/1982, de 8 de junio.

Sentencia del TC 36/1982, de 16 de junio.

Sentencia del TC 19/1985, de 13 de febrero.

Sentencia del TC 150/1993, de 3 de mayo.

Sentencia del TC 109/1996, de 13 de junio.

Sentencia del TC 26/1997, de 11 de febrero.

Sentencia del TC 116/1998, de 2 de junio.

Sentencia del TC 77/2000, de 27 de marzo.

Sentencia del TC 46/2001, de 15 de febrero.

Sentencia del TC 108/2001, de 23 de abril.

Sentencia del TC 119/2003, de 16 de junio.

Sentencia del TC 186/2013, de 4 de noviembre.

Sentencia del TC 42/2020, de 9 de marzo.

Sentencia del TC 66/2022, de 2 de junio.

Tribunal Supremo

Sentencia del TS de 20 de junio de 1988 (ponente: GARAYO SÁNCHEZ).
ECLI:ES:TS:1988:4697.

Sentencia del TS de 20 de enero de 1989 (ponente: GARCÍA ESTRATUS).
ECLI:ES:TS:1989:13300.

Sentencia del TS de 17 de diciembre de 1993 (ponente: BURÓN BARBA).
ECLI:ES:TS:1993:8878.

Sentencia del TS de 17 de diciembre de 1993, rec. 8576/1991 (ponente: BURÓN BARBA).
ECLI:ES:TS:1993:17205.

Sentencia del TS de 12 de mayo de 1999, rec. 10363 (ponente: DELGADO-IRIBARREN
NEGRAO). ECLI:ES:TS:1999:3272.

Sentencia del TS de 25 de junio de 1999, rec. 9284/1992 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-
BORDONA). ECLI:ES:TS:1999:4522.

Sentencia del TS de 30 de enero de 2001, rec. 23/1998 (ponente: GONZÁLEZ RIVAS).
ECLI:ES:TS:2001:523.

Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2002, rec. 451/2001 (ponente: LECUNBERRI
MARTI). ECLI:ES:TS:2002:8073.

Sentencia del TS de 11 de diciembre de 2003, rec. 5181/1999 (ponente: PUENTE
PRIETO). ECLI:ES:TS:2003:7979.

Sentencia del TS de 1 de abril de 2005, rec. 1706/2002 (ponente: FERNÁNDEZ
VALVERDE). ECLI:ES:TS:2005:1965.

Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2005, rec. 444/2003 (ponente: FERNÁNDEZ
VALVERDE). ECLI:ES:TS:2005:7811.

Sentencia del TS de 16 de marzo de 2006, rec. 412/2003 (ponente: YAGÜE GIL).
ECLI:ES:TS:2006:1445.

Sentencia del TS de 28 de abril de 2006, rec. 3091/2003 (ponente: YAGÜE GIL).
ECLI:ES:TS:2006:2665.

Sentencia del TS de 16 de marzo de 2007, res. 200/2007 (ponente: ANDRÉS IBAÑEZ).
ECLI:ES:TS:2007:1487.

Sentencia del TS de 27 de abril de 2007, rec. 10194/2003 (ponente: YAGÜE GIL).
ECLI:ES:TS:2007:3062.

Sentencia del TS de 27 de abril de 2007 rec. 8866/2003 (ponente: YAGÜE GIL).
ECLI:ES:TS:2007:3150.

Sentencia del TS de 29 de noviembre de 2007, res. 1116/2007 (ponente: GARCÍA
PÉREZ). ECLI:ES:TS:2007:8776.

Sentencia del TS de 29 de octubre de 2008, rec. 3144/2005 (ponente: FERNÁNDEZ
VALVERDE). ECLI:ES:TS:2008:6201.

Sentencia del TS de 4 de diciembre de 2008, res. 792/2008 (ponente: BERMUDO GÓMEZ
DE LA TORRE). ECLI:ES:TS:2008:6749.

Sentencia del TS de 21 de abril de 2010, res. 379/2010 (ponente: DELGADO GARCÍA).
ECLI:ES:TS:2010:2183.

Sentencia del TS 1 de junio de 2010, rec. 114/2007 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE).
ECLI:ES:TS:2010:4259.

Sentencia del TS de 28 de septiembre de 2010, res. 791/2010 (ponente: BERMUDO
GÓMEZ DE LA TORRE). ECLI:ES:TS:2010:4840.

Sentencia del TS de 9 de junio de 2011, rec. 5112/2007 (ponente: PERELLÓ
DOMENECH). ECLI:ES:TS:2011:3835.

Sentencia del TS de 13 de junio de 2011, rec. 5427/2007 (ponente: PERELLÓ
DOMENECH). ECLI:ES:TS:2011:4078.

Sentencia del TS de 6 de julio de 2011, rec. 6159/2007 (ponente: PERELLÓ DOMENECH).
ECLI:ES:TS:2011:5256.

Sentencia del TS de 20 de julio de 2011 rec. 4669/2008 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-
BORDONA). ECLI:ES:TS:2011:5215.

Sentencia del TS de 29 de septiembre de 2011, rec. 94/2009 (ponente: PERELLÓ DOMENECH). ECLI:ES:TS:2011:6184.

Sentencia del TS de 26 de octubre de 2011, rec. 479/2008 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT). ECLI:ES:TS:2011:6814.

Sentencia del TS de 28 de octubre de 2011, rec. 730/2010 (ponente: PERELLÓ DOMENECH). ECLI:ES:TS:2011:7462.

Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2011, rec. 365/2009 (ponente: PERELLÓ DOMENECH). ECLI:ES:TS:2011:7428.

Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2011, rec. 3025/2009 (ponente: PERELLÓ DOMENECH). ECLI:ES:TS:2011:7616.

Sentencia del TS de 24 de febrero de 2012, rec. 6090/2010 (ponente: PERELLÓ DOMENECH). ECLI:ES:TS:2012:1088.

Sentencia del TS de 28 de febrero de 2012, rec. 6214/2010 (ponente: YAGÜE GIL). ECLI:ES:TS:2012:1485.

Sentencia del TS de 6 de junio de 2012, rec. 5247/2011 (ponente: ESPÍN TEMPLADO). ECLI:ES:TS:2012:4616.

Sentencia del TS de 18 de diciembre de 2015, rec. 4136/2014 (ponente: PERELLÓ DOMENECH). ECLI:ES:TS:2015:5436.

Sentencia del TS de 18 de diciembre de 2015, rec. 4136/2014 (ponente: PERELLÓ DOMENECH). ECLI:ES:TS:2015:5436.

Sentencia del TS de 17 de enero de 2017, rec. 2695/2015 (ponente: YAGÜE GIL). ECLI:ES:TS:2017:33.

Sentencia del TS de 29 de marzo de 2017, res. 221/2017 (ponente: LLARENA CONDE). ECLI:ES:TS:2017:1177.

Sentencia del TS de 18 de julio de 2017, res. 1298/2017 (ponente: HUERTA GARICANO). ECLI:ES:TS:2017:2966.

Sentencia del TS de 5 de julio de 2018, res. 1150/2018 (ponente: TOLOSA TRIBIÑO).
ECLI:ES:TS:2018:2771.

Sentencia TS de 19 de diciembre de 2018, res. 1819/2018 (ponente: OLEA GODOY).
ECLI:ES:TS:2018:4336.

Sentencia del TS de 1 de febrero de 2019, res. 110/2019 (ponente: HUERTA GARICANO).
ECLI:ES:TS:2019:220.

Sentencia del TS de 3 de junio de 2019, res. 747/2019 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2019:1810.

Sentencia del TS de 9 de octubre de 2019, res. 1334/2019 (ponente: HUERTA GARICANO).
ECLI:ES:TS:2019:3321.

Sentencia del TS de 12 de noviembre de 2019, res. 7723/2018 (ponente: OLEA GODOY).
ECLI:ES:TS:2019:11405.

Sentencia del TS de 2 de marzo de 2020, res. 303/2020 (ponente: HUERTA GARICANO).
ECLI:ES:TS:2020:801.

Sentencia del TS de 9 de junio de 2020, res. 713/2020 (ponente: TOLEDANO CANTERO).
ECLI:ES:TS:2020:1716.

Sentencia del TS de 1 de julio de 2020, res. 900/2020 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE).
ECLI:ES:TS:2020:2488.

Sentencia del TS de 20 de julio de 2020, res. 1047/2020 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE).
ECLI:ES:TS:2020:2732.

Sentencia del TS de 20 de julio de 2020, res. 1048/2020 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE).
ECLI:ES:TS:2020:2654.

Sentencia del TS de 23 de julio de 2020, res. 1092/2020 (ponente: HUET DE SANDE).
ECLI:ES:TS:2020:2655.

Sentencia del TS de 13 de octubre de 2020, res. 1280/2020 (ponente: HUERTA GARICANO).
ECLI:ES:TS:2020:3317.

Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2020, res. 1668/2020 (ponente: HUET DE SANDE).
ECLI:ES:TS:2020:4055.

Sentencia del TS de 14 de diciembre de 2020, res. 1719/2020 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2020:4175.

Sentencia de TS de 15 de diciembre de 2020, res. 1735/2020 (ponente: HUET DE SANDE).
ECLI:ES:TS:2020:4348.

Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2020, res. 1774/2020 (ponente: OLEA GODOY).
ECLI:ES:TS:2020:4492.

Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2020, res. 1775/2020 (ponente: OLEA GODOY).
ECLI:ES:TS:2020:4494.

Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2020, res. 1765/2020 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2020:4393.

Sentencia del TS de 3 de marzo de 2021, res. 213/2021 (ponente: SÁNCHEZ MELGAR).
ECLI:ES:TS:2021:900.

Sentencia del TS de 17 de marzo de 2021, res. 2870/2020 (ponente: OLEA GODOY).
ECLI:ES:TS:2021:1181.

Sentencia del TS de 26 de abril de 2021, res. 344/2021 (ponente: DEL MORAL GARCÍA).
ECLI:ES:TS:2021:1698.

Sentencia del TS de 29 de septiembre de 2021, res. 1188/2021 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2021:3741.

Sentencia de TS de 15 de diciembre de 2021, res. 1480/2021 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2021:4918.

Sentencia del TS de 19 de enero de 2022, res. 32/2022 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2022:64.

Sentencia del TS de 28 de enero de 2022, res. 95/2022 (ponente: ROMÁN GARCÍA).
ECLI:ES:TS:2022:280.

Sentencia del TS de 14 de febrero de 2022, res. 180/2022 (ponente: OLEA GODOY).
ECLI:ES:TS:2022:589.

Sentencia del TS de 11 de mayo de 2022, res. 558/2022 (ponente: ROMÁN GARCÍA).
ECLI:ES:TS:2022:1843.

Sentencia del TS de 13 de julio de 2022, res. 973/2020 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2022:2884.

Sentencia del TS de 7 de septiembre de 2022, res. 1118/2022 (ponente: HERRERO PINA).
ECLI:ES:TS:2022:3254.

Sentencia del TS de 13 de septiembre de 2022, res. 1124/2022 (ponente: HUERTA
GARICANO). ECLI:ES:TS:2022:3293.

Sentencia del TS de 8 de febrero de 2023, rec. 7208/2022 (ponente: ROMÁN GARCÍA).
ECLI:ES:TS:2023:3242A.

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de marzo de 2004, res. 381/2004 (ponente: SANCHO CUESTA). ECLI:ES:TSJM:2004:2712.

Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de julio de 2004, res. 1098/2004 (ponente: GALLARDO MARTÍN DE BLAS). ECLI:ES:TSJM:2004:10193.

Sentencia del TSJ de Extremadura de 23 de junio de 2005, res. 0565/2005 (ponente: OLEA GODOY). ECLI:ES:TSJEXT:2005:961.

Sentencia del TSJ de Madrid 16 de octubre de 2006, res. 1392/2003 (ponente: DELGADO VELASCO). ECLI:ES:TSJM:2006:14669.

Sentencia del TSJ de Madrid de 16 de octubre de 2006, res. 1393/2006 (ponente: DELGADO VELASCO). ECLI:ES:TSJM:2006:14671.

Sentencia del TSJ de Madrid de 16 de octubre de 2006, res. 1397/2006 (ponente: DELGADO VELASCO). ECLI:ES:TSJM:2006:14667.

Sentencia del TSJ de Madrid de 19 de marzo del 2010, res. 277/2010 (ponente: MARTÍN CORREDERA). ECLI:ES:TSJM:2010:3523.

Sentencia del TSJ de Murcia, 18 de febrero de 2013, res. 119/13 (ponente: MARTÍN SÁNCHEZ). ECLI:ES:TSJMU:2013:419.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de julio de 2013, rec. 17/2013 (ponente: BONET FRIGOLA). ECLI:ES:TSJCAT:2013:7730.

Sentencia del TJ de Andalucía de 26 de mayo de 2014, res. 1483/2014 (ponente: MONTALBÁN HUERTAS). ECLI:ES:TSJCL:2015:1292.

Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2015, res. 131/2015 (ponente: CANABAL CONEJOS). ECLI:ES:TSJM:2015:2636.

Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de marzo de 2015, res. 233/2015 (ponente: GARRIDO GONZÁLEZ). ECLI:ES:TSJM:2015:4413.

Sentencia del STJ de Madrid de 4 de marzo de 2015, res. 163/2015 (ponente: ROSAS CARRIÓN). ECLI:ES:TSJM:2015:2084.

Sentencia de TSJ de Castilla y León de 16 de marzo 2015, res. 510/2015 (ponente: LALLANA DUPLA). ECLI:ES:TSJCL:2015:1292.

Sentencias del TSJ de Madrid de 27 de marzo de 2015, res. 327/2015 (ponente: GARRIDO GONZÁLEZ). ECLI:ES:TSJM:2015:4511.

Sentencias del TSJ de Madrid de 27 de marzo de 2015 res. 330/2015 (ponente: GARRIDO GONZÁLEZ). ECLI:ES:TSJM:2015:4514.

Sentencias del TSJ de Madrid de 27 de marzo de 2015 res. 334/2018 (ponente: GARRIDO GONZÁLEZ). ECLI:ES:TSJM:2015:4518.

Sentencia del TSJ de Canarias de 27 de julio de 2015, res. 173/2015 (ponente: ALONSO DORRONSORO). ECLI:ES:TSJICAN:2015:1522.

Sentencia del TSJ de Castilla y León de 11 septiembre de 2015, res. 172/2015 (ponente: GONZÁLEZ GARCÍA). ECLI:ES:TSJCL:2015:4116.

Sentencia del TSJ de Galicia de 28 de octubre de 2015, res. 582/2015 (ponente: GALINDO GIL). ECLI:ES:TSJGAL:2015:7898.

Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2015, res. 1161/2015 (ponente: FERNÁNDEZ GARCÍA). ECLI:ES:TSJM:2015:14259.

Sentencia del TSJ de Castilla y La Mancha de 9 de marzo de 2016, res. 10052/2016 (ponente: ESTÉVEZ GOYTRE). ECLI:ES:TSJCLM:2016:575.

Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 29 de julio de 2016, res. 10262/2016 (ponente: LOZANO IBAÑEZ). ES:TSJCLM:2016:2542.

Sentencia del TSJ de Madrid de 9 de febrero de 2017, res. 90/2017 (ponente: FERNÁNDEZ GARCÍA). ECLI:ES:TSJM:2017:1314.

Sentencia del TSJ de Madrid de 19 de abril de 2017, rec. 872/2016 (ponente: GARCÍA RUIZ). ECLI:ES:TSJM:2017:3421.

Sentencia del TSJ Galicia de 18 de octubre de 2017, res. 495/2017 (ponente: RIVERA FRADE). ECLI:ES:TSJGAL:2017:6449.

Sentencia del TSJ Castilla y León de 27 de octubre de 2017, res. 208/2017 (ponente: REVILLA REVILLA). ECLI:ES:TSJCL:2017:3839.

Sentencia del TSJ Castilla y León de 27 de octubre de 2017, res. 1206/2017 (ponente: LALLANA DUPLA). ECLI:ES:TSJCL:2017:4217.

Sentencia del TSJ de Casilla y León de 3 de noviembre de 2017, res. 130/2017 (ponente: ALONSO MILLÁN). ECLI:ES:TSJCL:2017:4006.

Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de febrero de 2018, rec. 182/2018 (ponente: FERNÁNDEZ GARCÍA). ECLI:ES:TSJM:2019:1736.

Sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 24 de julio de 2018, res. 383/2018 (ponente: DELFONT MAZA). ECLI:ES:TSJBAL:2018:682.

Sentencia del TSJ de Cantabria de 13 de septiembre de 2018, rec. 116/2018 (ponente: CASTENADO GARCÍA). ECLI:ES:TSJCANT:2018:419.

Sentencia de TSJ de Castilla y León de 25 de octubre de 2018, res. 958/2918 (ponente: PARDO MUÑOZ). ECLI:ES:TSJCL:2018:3882.

Sentencia de TSJ de Castilla y León de 22 de febrero de 2019, res. 58/2019 (ponente: ALONSO MILLÁN). ECLI:ES:TSJCL:2019:462.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 10 de abril de 2019, res. 200/2019 (ponente: ALBERDI LARIZGOITIA). ECLI:ES:TSJPV:2019:389.

Sentencia del TSJ de Andalucía de 19 de mayo de 2019, res. 1417/2014 (ponente: VIDERAS NOGUERAS). ECLI:ES:TSJAND:2014:4762.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2019, res. 255/2019 (ponente: ALBERDI LARIZGOITIA). ECLI:ES:TSJPV:2019:1747.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de julio de 2019, res. 32/2019 (ponente: GARRIDO BENGOCHEA). ECLI:ES:TSJPV:2021:2812.

Sentencia del TSJ de Baleares de 5 de febrero de 2020, res. 38/2020 (ponente: SOCIAS FUSTER). ECLI:ES:TSJBAL:2020:21.

Sentencia del TSJ de Comunidad Valenciana de 1 de junio de 2020, res. 454/2020 (ponente: NARVÁEZ BERMEJO). ECLI:ES:TSJCV:2020:1477.

Sentencia del TSJ de Asturias de 13 de mayo de 2021, res. 440/2021 (ponente: RUBIERA ÁLVAREZ). ECLI:ES:TSJAS:2021:1594.

Sentencia del TSJ de Extremadura de 16 de septiembre de 2021, res. 157/2021 (ponente: ROJAS POZO). ECLI:ES:TSJEXT:2021:1090.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2021, res. 349/2021 (ponente: RODRÍGUEZ DE NOZAL). ECLI:ES:TSJPV:2021:2812.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de noviembre de 2021, rec. 384/2021 (ponente: GARRIDO BENGOCHEA). ECLI:ES:TSJPV:2021:2960.

Sentencia del TSJ de Asturias de 22 de noviembre de 2021, rec. 287/21 (ponente: CHÁVEZ GARCÍA). ECLI:ES:TSJAS:2021:37859.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de enero de 2022, res. 3/2022 (ponente: PRIETO FRANCOS). ECLI:ES:TSJPV:2022:40.

Sentencia del TSJ de Murcia de 2 de febrero de 2022, res. 40/2022 (ponente: Alonso DÍAZ-MARTA). ECLI:ES:TSJMU:2022:120.

Sentencia del TSJ de Asturias de 24 de febrero de 2022, res. 514/2022 (ponente: MARGARETO GARCÍA). ECLI:ES:TSJBAL:2020:21.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2022, rec.222/2021 (ponente: SOSPEDRA NAVAS). ECLI:ES:TSJCAT:2022:2951.

Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de abril de 2022, rec. 53/2022 (ponente: RUBIERA ÁLVAREZ). ECLI:ES:TSJAS:2022:1233.

Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de junio de 2022, res. 430/2022 (ponente: CANABAL CONEJOS). ECLI:ES:TSJM:2022:7060.

Sentencia del TSJ de Asturias de 13 de junio de 2022, res. 264/2022 (ponente: ZAPATA HIJAR). ECLI:ES:TSJAR:2022:856.

Sentencia del TSJ de Asturias de 24 de junio de 2022, res. 241/2022 (ponente: HIDALGO BERMEJO). ECLI:ES:TSJCANT:2022:741.

Sentencia del TSJ de Canarias de 15 de septiembre de 2022, res. 264/2022 (ponente: BOSCH BENÍTEZ). ECLI:ES:TSJICAN:2022:3697.

Sentencia del TSJ de Valencia 14 de septiembre de 2022, res. 677/2022 (ponente: GALATTO LÓPEZ). ECLI:ES:TSJCV:2022:4683.

Sentencia del TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2022, res. 838/2022 (ponente: IRANZO CEREZO). ECLI:ES:TSJM:2022:13023.

Sentencia del TSJ de Valencia de 19 de octubre de 2022, res. 7081/2022 (ponente: GALATTO LÓPEZ). ECLI:ES:TSJCV:2022:5436.

Sentencia del TSJ de Aragón de 14 de noviembre de 2022, res. 348/2022 (ponente: GALINDO MORELL). ECLI:ES:TSJAR:2022:1514.

Sentencia del TSJ de Asturias de 23 de diciembre de 2022, res. 1084/2022 (ponente: MARGARETO GARCÍA). ECLI:ES:TSJAS:2022:3973.

Sentencia del TSJ de Andalucía de 20 de enero de 2023, res. 59/2023 (ponente: SALAS GALLEG0). ECLI:ES:TSJAND:2023:167.

Sentencia del TSJ de Galicia de 25 de enero de 2023, res. 38/2023 (ponente: FERNÁNDEZ CONDE). ECLI:ES:TSJGAL:2023:477.

Sentencia del TSJ Castilla y León de 14 de marzo de 2023, res. 337/2023 (ponente: CID PERRINO). ECLI:ES:TSJCL:2023:1057.

Sentencia del TSJ de Andalucía 23 de marzo de 2023, res. 620/2023 (ponente: GALINDO SACRISTÁN). ECLI:ES:TSJAND:2023:2547.

Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de abril de 2023, res. 340/2023 (ponente: VÁZQUEZ CASTELLANOS). ECLI:ES:TSJM:2023:4095.

Sentencia del TSJ de Castilla y León de 21 de abril de 2023, res.79/2023 (ponente: REVILLA REVILLA). ECLI:ES:TSJCL:2023:1861.

Sentencia del TSJ de Valencia de 13 de junio de 2023, res. 410/2023 (ponente: NARBON LAINEZ). ECLI:ES:TSJCV:2023:2659.

Sentencia del TSJ de Madrid 21 de julio de 2023, res. 497/2023 (ponente: CANABAL CONEJOS). ECLI:ES:TSJM:2023:919.

Sentencia del TSJ de Castilla y León de 28 de julio de 2023, res. 908/2023 (ponente: CID PERRINO). ECLI:ES:TSJCL:2023:3235.

Sentencia del TS de 4 de septiembre de 2023, res. 1006/2023 (ponente: OLEA GODOY). ECLI:ES:TS:2023:3611.

Sentencia del TSJ de Madrid de 6 de octubre de 2023, res. 593/2023 (ponente: CANABAL CONEJOS). ECLI:ES:TSJM:2023:11209.

Audiencia Provincial

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 7 de abril de 2016, res. 75/2016 (ponente: MARTELO PÉREZ). ECLI:ES:APC:2016:1052.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2017, res. 132/2017 (ponente: SUAREZ LEOZ). ECLI:ES:APM:2017:5388.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de marzo de 2017, res. 113/2017 (ponente: SOBRINO BLANCO). ECLI:ES:APM:2017:4139.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 30 de junio de 2021, res. 452/2021 (ponente: GONZÁLEZ NIÑO). ECLI:ES:APGR:2021:650A.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2022, res. 390/2022 (ponente: HERNÁNDEZ GARCÍA). ECLI:ES:APM:2022:9700.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2 de diciembre de 2022, res. 633/2022 (ponente: MAESO VENTUREIRA). ECLI:ES:APSS:2022:1094A.