



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2024, n. 3

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTRICE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Presidente della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale†
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bergamo
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania – Giudice dell'ITLOS
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Messina
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna – già Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREES

Bruno Barel, Associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Federico Casolari, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Giuseppe D'Angelo, Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Salerno
Sara De Vido, Ordinario di Diritto Internazionale, Università Ca' Foscari Venezia
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Francesca Graziani, Associato di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, EUI e Ricercatore di Diritto dell'UE, Università dell'Insubria
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Michele Messina, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Criseide Novi, Associato di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Ordinario di Diritto internazionale, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Francesca Perrini, Associato di Diritto Internazionale, Università di Messina
Gisella Pignataro, Associato di Diritto privato comparato, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Anna Pitrone, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Angela Maria Romito, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari
Gianpaolo Maria Ruotolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Ángel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Sara Tonolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Padova
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Valentina Zambrano, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Alessandra Zanobetti, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Anna Iermano, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Daniela Marrani, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Rossana Palladino (Coordinatore), Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di
Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies" www.fsjeurostudies.eu
Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2024, n. 3**

Editoriale

Il cammino delle riforme in Europa: il processo di integrazione europea (non) *facit saltus*? p. 1
Ruggiero Cafari Panico

Saggi e Articoli

El foro especial del art. 7.4 del Reglamento Bruselas I bis y la restitución de bienes culturales p. 10
Celia M. Caamiña Domínguez

La parità di trattamento in materia di prestazioni sociali per i cittadini di Paesi terzi lungo soggiornanti: alcune riflessioni in occasione della sentenza della Corte di giustizia sul reddito di cittadinanza p. 26
Valeria Di Comite

Libre circulación y libre elección de residencia de los ciudadanos europeos (la última configuración jurisprudencial del TJUE) p. 40
Pablo Antonio Fernández Sánchez

Mutuo riconoscimento, leale cooperazione ed effettività dei diritti nel(l'incompiuto) sistema comune d'asilo: spunti critici sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia p. 58
Teresa Maria Moschetta

Commenti e Note

Questioni di cittadinanza e di rispetto dei diritti umani oltre lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia: sugli Stati non riconosciuti nello spazio ex sovietico p. 75
Patricio Ignacio Barbirotto

Il Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria: un'indagine sul diritto applicabile nelle aree concesse dall'Albania e sullo *status* dei migranti ivi trasferiti p. 100
Manuel Mariano Bartiromo

L'intervento dell'Unione europea nella lotta alla corruzione: verso una armonizzazione delle discipline nazionali p. 155
Andrea Castaldo



The past and the future of readmissions in the EU: From the *AFFUM*, *ARIB* and *ADDE* case law to the reform of the Schengen Borders Code p. 188
Stefano Montaldo, Verus Kelch, Connor Mailand, Simone Poncini

New pathways to trafficking victims' protection? Intersection and synergies between the European Pact on Migration and Asylum and directive (EU) 2024/1712 for third-country national victims p. 205
Georgina Rodríguez Muñoz

Access to asylum in times of crises, force majeure and instrumentalization in the EU: Restrictive trends in asylum law and in the case-law p. 226
Chiara Scissa, Francesco Luigi Gatta

FOCUS

Best interests of the child e tutela dei diritti dei minori nell'Unione europea

Il Focus contiene la versione, rivista e integrata, di alcune delle relazioni tenute nel corso del Seminario intitolato "Povertà e diritti dei minori" promosso dai Gruppi di interesse "Diritto internazionale ed europeo dei diritti umani" e "Diritti fondamentali e cittadinanza nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" in occasione del Convegno SIDI 2024 di Palermo

La protezione temporanea dei minori in fuga dall'Ucraina: teoria e pratica di un istituto alla prova della sua prima applicazione p. 263
Angela Festa

Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la compressione delle tutele dei minori migranti alle frontiere esterne dell'Unione europea p. 290
Caterina Fratea

Il principio dei *bests interests of the child* alla prova delle procedure speciali e del trattenimento del minore straniero non accompagnato p. 317
Elisabetta Lambiase

Povertà, tratta di esseri umani e protezione dei minori in fuga dal conflitto in Ucraina p. 342
Daniela Marrani



LIBRE CIRCULACIÓN Y LIBRE ELECCIÓN DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS (LA ÚLTIMA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TJUE)

Pablo Antonio Fernández Sánchez*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La configuración normativa y jurisprudencial del derecho de libre circulación y de libertad de residencia de los ciudadanos europeos. – 3. El último caso ante el TJUE. – 4. Los hechos jurídicos más relevantes. – 5. El procedimiento seguido ante el TJUE. – 6. La normativa primaria europea relacionada con el caso. 7. La normativa derivada europea aplicable al caso. – 8. Conclusiones.

1. Introducción

El pasado 22 de febrero de 2024, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) dictó una sentencia para resolver una cuestión prejudicial que presentó el Tribunal Supremo de Rumanía en relación con el contenido de la libre circulación y la libertad de residencia de los ciudadanos europeos.

A la luz de esta sentencia, he revisado la doctrina y la jurisprudencia, así como la práctica estatal sobre esta cuestión y he podido observar que el TJUE ha ido precisando meticulosamente el ejercicio y el contenido de este derecho, introduciendo elementos muy importantes, como la compatibilidad del ejercicio de este derecho con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y con el derecho derivado.

Esto me ha llevado a una aproximación técnica de este derecho, con todas sus derivaciones jurídicas, para poder enmarcar el tema. En realidad, la sentencia que he mencionado me ha servido sólo como excusa para reflexionar sobre un tema de tanta importancia.

Yo mismo he sufrido algunas cuestiones cuando, disfrutando de una estancia como *Visiting Professor*, en la Universidad de Salerno (Italia), mi compañía telefónica me advirtió que transcurridos los tres meses iniciales de mi estancia (estuvo 4 meses), dejaba de aplicar la descarga de la itinerancia de voz y datos (el conocido como *roaming*)¹.

Double-blind peer reviewed article.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla (España); Visiting Professor, Universidad de Salerno (Italia) (2024). E-mail: pafernandez@us.es.

¹ Reglamento UE 2015/2120, de 25 noviembre *que modifica el Reglamento UE 2012/521 y cuyo propósito es abolir los recargos por el uso de comunicaciones móviles en itinerancia cuando los usuarios viajen dentro del territorio de la Unión Europea*, DOU L-310, 26 de noviembre de 2015, p. 1, y, posteriormente

Obviamente, me apliqué por que eso no sucediera, lo que la compañía telefónica comprendió.

Por tanto, este trabajo va más allá de un mero comentario de una sentencia del TJUE, que, en sí mismo hubiera merecido la pena. Sin embargo, trato de reflexionar sobre la libre circulación y de libre residencia de los ciudadanos europeos, siguiendo el hilo de un caso concreto, como el que nos ocupa.

Ello me ha exigido una metodología singular, incluso me atrevería a decir que un poco acartonada, porque los flecos que se derivan de un tema tan esencial y amplio hubieran constituido abordajes imposibles en un artículo de estas características. Cuando hablo de metodología singular, quiero referirme a que no he utilizado un modelo teórico único de aproximación científica sino de un modelo variado, en función de las aproximaciones que he tenido que ir abordando a lo largo del trabajo. Algunos teóricos llaman a esta aproximación plural, método sincrético (combinación de distintas teorías, actitudes u opiniones), es decir, un método híbrido que permita un análisis puntual en cada situación en el marco de un caso.

Ello redundará en las referencias utilizadas, porque podrá verse que existen referencias a las normas primarias y secundarias, a la jurisprudencia de los tribunales, a los análisis críticos o descriptivos de la doctrina y a esa parte ineludible del mundo contemporáneo, como serían las páginas webs o los blogs que viajan en el ciberespacio.

2. La configuración normativa y jurisprudencial del derecho de libre circulación y de libertad de residencia de los ciudadanos europeos

A pesar de la formulación amplia del artículo 13.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948, en el que se recoge el “derecho de toda persona a circular libremente y elegir su residencia en el territorio del Estado”², la práctica muestra que este derecho está fuertemente condicionado, al ser competencia estatal, a la reglamentación de la entrada, admisión y expulsión de extranjeros en un determinado territorio³.

Con la creación de la CEE en 1957 se inició un camino dirigido a la consecución de un mercado común. Este objetivo iba a requerir un espacio en el que los factores de

el Reglamento (UE) 2022/612 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022 *relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (versión refundida) (Texto pertinente a efectos del EEE)*, DO L 115 de 13.4.2022, pp. 1-37.

² Ver los comentarios de A. GRAHL-MADSEN, *Universal Declaration of Human Rights, Article 13*, en P. MACALISTER-SMITH, G. ALFREDSSON (eds.), *The Land Beyond*, Brill Nijhoff, 2001, pp. 425-434; puede verse una reflexión general sobre el valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el marco de la UE. Véase L. FERRAJOLI, *La Dichiarazione Universale del 1948 e la prospettiva di un costituzionalismo mondiale*, en P. C. BORI, G. GILIBERTI, G. GOZZI (eds.), *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo cinquant'anni dopo*, Bologna, 2000, pp. 1000-1016.

³ M. D. BOLLO AROCENA, *Límites personales y materiales al derecho de los estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el derecho internacional público*, en F. J. QUEL LÓPEZ, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, 2013, pp. 115-186.

producción circularan libremente, por lo que en el corazón de la Comunidad aparecieron las libertades de circulación de mercancías⁴, trabajadores⁵, servicios-establecimiento⁶ y capitales⁷.

La libre circulación de personas aparece ya en la versión original del Tratado de Roma de 1957. El artículo 3 establecía que “la acción de la Comunidad supone, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente tratado (...) la supresión, entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas (...)”.

En esta etapa, el estatuto de las personas favorecidas por la libre circulación estaba dominado por una vertiente principalmente económica. En el Tratado constitutivo de la CEE se regulaba la libre circulación de personas como uno de los fundamentos en el Título III, pero al examinar sus capítulos 1, 2 y 3 se observa una importante restricción en la consideración de “personas”. Los derechos de libre circulación y residencia sólo se reservan a los que cumplen un doble requisito: ser nacional de un Estado Miembro y que el desplazamiento tuviera una finalidad económica⁸.

En el proceso hasta llegar al derecho de libre circulación y de libertad de residencia para los ciudadanos europeos, en esta primera etapa, ha sido estudiado por numerosos autores, en variadas lenguas oficiales de la UE⁹, por lo que me remito a sus análisis.

El Derecho de la UE tendía, normativamente hablando, a establecer dos tipos de medidas y es importante tenerlo presente: eliminar las restricciones a la entrada, permanencia y salida y asegurar el ejercicio de la actividad económica.

Desde los años 70 y, en particular cuando, en 1974, se configura el Consejo Europeo como foro informal de debate entre los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la UE, se comienza a estudiar los derechos que corresponden a los ciudadanos europeos. Sin embargo, habrá que esperar 10 años más, en el Consejo Europeo de Fontainebleau de 1984, para encontrar el impulso a la Europa de los ciudadanos¹⁰.

Esta regulación europea se completaba con la estatal, que es la que sigue determinando quien se puede beneficiar de esta libertad al determinar quienes son sus

⁴ M.A. MUÑOZ SALAZAR, *Prohibición de las restricciones a la libre circulación de mercancías en Unión Europea-análisis jurisprudencial y doctrinal*, 2004.

⁵ Este concepto inicial, que es el que nos interesa aquí, sigue perviviendo, aunque fundamentado en el amplio contenido de la ciudadanía europea. Véase, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *La libre circulación de trabajadores*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2016, vol. 122, pp. 167-182.

⁶ N. GOÑI URRIZA, *La libre circulación de servicios en la Unión Europea: El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, 2023.

⁷ J. DE PAZ MARTÍN, *Libre circulación de capitales*, en *Estudios de la Unión Europea*, 2011, pp. 151-158.

⁸ Véase al respecto M.J.A. ZAMORA, *La evolución histórica de la protección de los derechos en las comunidades europeas: desde el tratado de Roma hasta el tratado de Maastricht*, en *Revista Derecho Constitucional Europeo*, 2005, vol. 4, pp. 1-30.

⁹ E. BALDONI, *The free movement of persons in the European Union: A legal-historical overview*, en *PIONEUR Working Paper*, nº 2, 2003; J. SARRIÓN ESTEVE, *La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea*, en *Panorama Social*, nº 17, 2013, pp. 33-40; M.C. BARUFFI, I. QUADRANTI (Eds.), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012.

¹⁰ Véanse las Conclusiones de este Consejo Europeo, específicamente las relativas a la Europa de los Ciudadanos, en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/28599rie011002307.pdf>.

nacionales¹¹, lo que ha sido reconocido expresamente por el TJUE, indicando claramente que corresponde a cada Estado miembro establecer las condiciones de adquisición y pérdida de su nacionalidad¹². Eso sí, también ha dejado claro que la pérdida del estatuto de ciudadano europeo se pierde con la salida de un Estado del marco jurídico de la UE¹³.

El derecho de la UE, como veremos en el objeto de este trabajo, lo que si exige es que no se produzca discriminación alguna entre los nacionales que entorpezcan el ejercicio de libre circulación y de libre elección de residencia de los ciudadanos europeos en territorio de los Estados miembros de la UE¹⁴. Para ello, tanto la normativa, sobre todo derivada, como la jurisprudencia, se han ocupado de ir precisando esta adecuación de la normativa nacional a la normativa europea. Los obstáculos que las normas nacionales han establecido han sido numerosos por lo que muchos de ellos han requerido de la intervención del propio TJUE¹⁵.

Ante la delimitación económica de la libre circulación de personas, los Informes Adonnino pretendieron extender esta libertad a todos los ciudadanos europeos y eliminar todas las fronteras entre los Estados Miembros haciendo de la comunidad un espacio abierto sin fronteras interiores tal como lo conocemos hoy día¹⁶. Es decir, la verdadera fundamentación de la libre circulación de personas tenía que ser la ciudadanía europea y no el fin económico del mercado único.

Con base a estas ideas se ha hecho una interpretación y una aplicación extensiva de esta libertad. En esto han colaborado, como ya he dicho, el Derecho derivado y una interpretación audaz y progresista realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad

¹¹ A título de ejemplos, pueden verse los casos de Italia y España. Respecto a Italia, véase L. PANELLA, *L'attribuzione della cittadinanza italiana e la sua compatibilità con il diritto europeo ed internazionale*, en A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (eds.), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 41-66. Respecto a España, puede verse directamente la normativa española: 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, «BOE» núm. 51, de 28/02/2007, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184>.

¹² Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia de 5 de septiembre de 2023, *Udländinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)*, asunto C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626.

¹³ Tribunal de Justicia, sentencias de 15 de junio de 2023 en los asuntos C-499/21 P, *Silver y otros/Consejo*, ECLI:EU:C:2023:479, C-501/21 P, *Shindler y otros/Consejo*, ECLI:EU:C:2023:480, y C-502/21 P, *Price/Consejo*, ECLI:EU:C:2023:482.

¹⁴ Esta exigencia de no discriminación viene de lejos, no sólo desde la puesta en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales, donde se concretará de forma definitiva. Véase, por ejemplo, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Reflexiones en torno al concepto de discriminación: los obstáculos fiscales a la libre circulación de personas en la CE*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol.1.2, 1997, pp. 511-548.

¹⁵ Véanse algunos ejemplos como las restricciones sobre exigencia de seguridad social, de impuestos o de reconocimiento de diplomas en E. BALDONI, *The Free Movement of Persons in the European Union: A Legal-historical Overview*, en PIONEUR Working Paper, n°2, 2003. También, por ejemplo, en relación con los nuevos modelos de familia, véase el análisis de M.J. SÁNCHEZ CANO, *La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n° 2, septiembre 2022, pp. 1223-1233.

¹⁶ Estos informes pueden verse en M.D. BLÁZQUEZ PEINADO, *La ciudadanía de la Unión*, Universitat de València, Valencia, 1998 (<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/europa/introduccion/adonnino.htm>).

Europea, hoy de la UE, hasta el límite de lo compatible con el Tratado, como veremos enseguida.

En la jurisprudencia del Tribunal de los años 80 es donde se plasman las primeras extensiones de las categorías de personas sin una relación directa con una actividad económica.

La entrada en vigor, en noviembre de 1993, del Tratado de la Unión Europea supuso un nuevo impulso a la libre circulación de personas, al consagrarse los derechos de la ciudadanía europea. Es, precisamente, a consecuencia de una propuesta española como se introduce el concepto de ciudadanía europea¹⁷. Se parte de una base mínima de derechos civiles y políticos en la que se recoge la libre circulación, la libre elección de residencia y la participación política en el lugar de residencia a las elecciones al Parlamento Europeo y a la Administración municipal. Esta regulación recogía puntos ya elaborados en Derecho derivado, por lo que puede decirse que consagra el acervo comunitario.

La diversidad de fuentes normativas producía disfunciones y lagunas, por lo que se hacía necesaria una regulación global que se llevó a cabo en el Tratado de Ámsterdam. La libre circulación de personas pasó a regularse en el marco de la Unión Europea, desde el momento en el que se recogió como uno de sus objetivos la realización de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (artículo 2 párrafo tercero del Tratado de la Unión Europea introducido en Ámsterdam)¹⁸.

Respecto a la fundamentación del nuevo Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Alejandro del Valle Gálvez considera que es la efectividad del mercado interior, habiendo quedado relegado el derecho de ciudadanía¹⁹. Por lo tanto, se fundamenta en el artículo 14²⁰ y no en el 18 TCE²¹, debido a causas de técnica jurídica. Si se tomaba como

¹⁷ https://elpais.com/diario/1990/05/06/internacional/641944810_850215.html.

¹⁸ A. DEL VALLE GÁLVEZ señala lo grandilocuente de la expresión y lo estima como consecuencia de la reciente técnica recogida en las Conferencias Intergubernamentales de incluir conceptos amplios que son delimitados posteriormente. La denominación fue sugerencia de la delegación española. M. LÓPEZ ESCUDERO (Coordinador), J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coordinador) Y OTROS, *Derecho Comunitario Material*, Madrid, 2000, p. 44 y 45.

¹⁹ M. LÓPEZ ESCUDERO, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES Y OTROS (Coordinadores), *Derecho Comunitario Material*, Madrid, 2000, p. 45 y siguientes.

²⁰ “1. La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, de conformidad con las disposiciones del presente artículo, de los artículos 15 y 26, del apartado 2 del artículo 47 y de los artículos 49, 80, 93 y 95 y sin perjuicio de lo establecido en las demás disposiciones del presente Tratado. 2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado. 3. El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados”.

²¹ “1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. 2. Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción al respecto, el Consejo podrá adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1. Decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251. 3. El apartado 2 no se aplicará a las disposiciones referentes a los pasaportes, los documentos de identidad, los permisos de

base sólo el artículo 18 se ligaba la libre circulación a la ciudadanía, negándose a los ciudadanos extracomunitarios.

Después de la actuación jurisprudencial, la aplicación de la libre circulación a estas personas pasó a estar regulado por directivas. En la regulación aplicable se exigió que estas personas informasen a los Estados Miembros de acogida de que no iban a suponer una carga extra, así debían poseer un seguro de enfermedad o pensión o beca para subsistir, o se estableció el derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo²² o el derecho de protección consular²³.

Conforme al artículo 67 TCE, en el Tratado de Ámsterdam se fijó un periodo transitorio de cinco años para hacer efectivo el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Este periodo empezó a contar desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 y concluyó en 2004. Es a partir de 2001 cuando se produce un incremento sustancial de la jurisprudencia del TJUE en relación con el contenido de la ciudadanía europea hasta convertirse en un estatus fundamental de los nacionales de los Estados miembros²⁴.

El reforzamiento del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia ha sido uno de los principales objetivos del Tratado de Lisboa (el artículo 3-2º lo estableció como uno de los objetivos de la Unión²⁵). La base fundamental de la ciudadanía europea se encuentra en los arts. 2,3, 7 y 9 a 12 del TUE, en los arts. 18 a 25 del TFUE y los arts. 39 a 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Esto quiere decir que ya no se necesita tanto, insisto, tanto, de la jurisprudencia porque se han ido clarificando y llenando de contenido, a nivel normativo, los derechos de los ciudadanos europeos.

Consecuentemente, el contenido, en relación con la ciudadanía europea, ha ido progresando en relación con la activa jurisprudencia del TJUE, que ha dejado posiciones

residencia o cualquier otro documento asimilado, ni a las disposiciones referentes a la seguridad social o la protección social²⁷.

²² 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*, DO L 329, 30.12.1993, p. 34; 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*, DO L 368, 31.12.1994, p. 38.

²³ Directiva (UE) 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*, DO 106/1, de 24 de abril de 2015.

²⁴ C. MORVIDUCCI, *La cittadinanza dell'Unione europea come status fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Dalla sentenza Grzelczyk alla sentenza JY*, en A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (eds.), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 213-240.

²⁵ “2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia 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”.

muy claras respecto a la igualdad de derechos de los ciudadanos europeos, en cuanto a la libre circulación y a la libre elección de residencia²⁶.

3. El último caso ante el TJUE

El Tribunal Supremo de Rumania (*Înalta Curte de Casație și Justiție*) solicitó el 11 de mayo de 2021 una petición de decisión prejudicial (artículo 267 del TFUE) al Tribunal de Justicia de la UE, con objeto de interpretar el artículo 26 TFUE, apartado 2, así como los artículos 20, 21-1º y 45-1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «Carta»), así como de los artículos 4 a 6 de 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 miembros²⁷.

El demandante, llamado en el procedimiento WA, es un nacional rumano, que ejerce su actividad profesional, tanto en Francia como en Rumanía, al que el Ministerio del Interior rumano le deniega la expedición de un DNI por haber establecido su residencia en un Estado distinto de Rumanía.

Esta cuestión prejudicial trata de conocer la interpretación de una norma del TFUE, en conexión con otra norma de la “Carta”, y de la normativa específica de la UE, en relación también con la normativa de desarrollo, a nivel nacional, de Rumanía.

En realidad, se trata de saber cuáles son los límites de la libre circulación y libertad de residencia de los ciudadanos europeos y de las posibles penalizaciones, a su ejercicio, en el ámbito nacional.

Obviamente, el objeto de este análisis es la identificación del contenido del derecho de la libre circulación y de libre residencia de los ciudadanos europeos²⁸, a la vista de la Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024 (C-491/21), que aclara algunos aspectos que suponían una vulneración del derecho.

Teniendo como eje esta Sentencia del TJUE, no podría sostenerse los argumentos del caso sin tener en cuenta, como hace el propio TJUE, todas las normas jurídicas en su conjunto, por ello se va a requerir un método sistémico que recoja todas las normas aplicables, en el ámbito del Derecho de la UE, tanto a nivel primario como derivado y la

²⁶ B. BAREL, *Orientamenti della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sui limiti alla disciplina nazionale della cittadinanza per effetto della cittadinanza dell'Unione*, en A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (eds.), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 381-408.

²⁷ Esta Directiva modifica el Reglamento (CEE) no. 1612/68 y deroga las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DO 2004, L 158, p. 77. Véase, a los efectos italianos, A. LANG, B. NASCIBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2007, 2, pp. 43-63.

²⁸ Véase al respecto I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *El derecho del ciudadano de la Unión a una libertad de circulación y residencia*, en M.D. ADAM MUÑOZ, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coords.), *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea*, Madrid, 2005, pp. 175-197.

normativa nacional, para identificar la adecuación o no de ésta última en la aplicación del Derecho de la UE.

Voy a partir del conocimiento de esta Sentencia, como fuente primaria, así como de las normas existentes al caso, pero, también tendré en cuenta las opiniones académicas y doctrinales en torno a las cuestiones de derecho, que me permitirán afirmar científicamente, las coincidencias o posibles divergencias con la interpretación del TJUE.

4. Los hechos jurídicos más relevantes

El recurrente, WA, es un abogado de nacionalidad rumana que trabaja tanto en Francia como en Rumanía, aunque desde 2014 se ha domiciliado en Francia, ejerciendo su derecho de libre residencia, en Francia.

La documentación necesaria para poder ejercer su libertad de circulación y de residencia ha sido expedida por la autoridad competente rumana, teniendo en cuenta su propia nacionalidad.

Dispone de un pasaporte simple electrónico, donde consta su domicilio en Francia y dispone también de un DNI provisional pero que, sin embargo, no le permite viajar al extranjero. Necesitaría el pasaporte, cuando la normativa europea permite a libre circulación de los ciudadanos europeos con una carta de identidad nacional.

El 17 de septiembre de 2017 presentó una solicitud formal ante las autoridades competentes rumanas para que se le expidiera el DNI electrónico definitivo, que le fue denegado, teniendo en cuenta su domicilio fuera de Rumanía.

Ante la negativa administrativa, el recurrente interpuso el 18 de diciembre de 2017 un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Bucarest para que se instara a la Dirección del Registro a que se expidiera el documento solicitado.

El Tribunal Superior de Bucarest, mediante sentencia de 28 de marzo de 2018, desestimó el recurso presentado por el recurrente, considerando que la Dirección del Registro había aplicado correctamente la normativa rumana que establece claramente que solo se les expedirá el DNI electrónico a los rumanos domiciliados en Rumanía. No se producía discriminación porque las autoridades rumanas habían expedido el pasaporte electrónico que le habilitaba para viajar al extranjero.

El recurrente interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Rumanía por considerar que se vulneraban normas de la UE, como el propio TFUE, la Carta de Derechos Fundamentales y la Directiva 2004/38.

Al plantearse dudas sobre la compatibilidad de las normas nacionales rumanas con el Derecho de la UE, el Tribunal Supremo de Rumanía decide solicitar una cuestión prejudicial al TJUE, en el siguiente sentido:

“¿Deben interpretarse el artículo 26 TFUE, apartado 2, los artículos 20, 21, apartado 1, y 45, apartado 1, de la [Carta], y los artículos [4 a 6] de la Directiva [2004/38] en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que no permite que a un ciudadano de un Estado miembro se le expida un documento de identidad con valor de

documento de viaje dentro de la Unión Europea basándose en que dicho ciudadano ha fijado su domicilio en otro Estado miembro?”²⁹.

La pregunta casi prejuzga la respuesta porque esta poniendo en duda que pueda darse esa discriminación entre los rumanos, por el sólo hecho de su domicilio, nacional o en un Estado miembro de la UE.

5. El procedimiento seguido ante el TJUE

El 10 de agosto de 2021, el Tribunal de Justicia de la UE recibe la petición de decisión prejudicial, de conformidad con el artículo 267 TFUE, por parte del Tribunal Supremo de Rumanía.

De acuerdo con el citado artículo: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

En este sentido, el TJUE acredita que:

“la situación del recurrente en el procedimiento principal está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, en particular, de las normas que regulan el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión”³⁰.

El Tribunal Supremo de Rumanía es el órgano supremo en materia de justicia, establecido por la ley rumana, de jurisdicción obligatoria, que aplica el estado de derecho y es independiente, por tanto, tiene plena legitimidad para presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE.

De conformidad con el Reglamento de Procedimiento del TJUE, el Tribunal debe dar por admitido a trámite la cuestión prejudicial y proceder a establecer todo lo indicado en el procedimiento.

²⁹ Tribunal de Justicia, sentencia de 22 de febrero de 2024, *WA contra Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne*, asunto C-491/21, ECLI:EU:C:2024:143, parr. 22.

³⁰ *Ibidem*, parr. 24.

Tal como es preceptivo³¹, para proteger los datos personales de las personas implicadas, el Tribunal Supremo de Rumanía estableció las iniciales del solicitante, para sustituir el nombre real.

La Sala Primera del TJUE, compuesta por el Presidente, el Vicepresidente, en funciones de Juez de la Sala Primera y tres Jueces, ejerciendo A. Kumin como ponente, asistida por el Abogado General y la Secretaria, celebra la vista el 8 de febrero de 2023, habiendo recibido observaciones por el abogado del demandante, por el Gobierno rumano y por la Comisión Europea. El Abogado General presenta sus conclusiones en la audiencia pública establecida por el TJUE el 27 de abril de 2023.

Estas audiencias, orales y públicas se celebran a instancias de las partes y por decisión de la Sala. Finalmente, se da por terminado el caso, con la publicación de la sentencia, que se produjo el 22 de febrero de 2024.

6. La normativa primaria europea relacionada con el caso

Obviamente, el recurso de la acción prejudicial pretende conocer la compatibilidad del derecho rumano con el derecho de la UE. A este respecto, no voy a analizar el derecho rumano porque el objeto de esta reflexión es precisamente ver el contenido de la norma europea en relación con la libre circulación y el derecho de libre residencia de los ciudadanos europeos³², en el territorio de la UE y la incompatibilidad de toda norma nacional que se oponga a este derecho. Ello no significa que no vaya a explorar dicho derecho, a la luz de la propia exploración que hace el TJUE.

En este sentido, pues, voy a referirme a la normativa europea, que es en la que se apoya y fundamenta el TJUE para resolver esta cuestión prejudicial.

En primer lugar, me gustaría tener en cuenta el artículo 26 TFUE, apartado 2, que es contundente en cuanto a la construcción del mercado interior, teniendo en cuenta a las cuatro grandes libertades en las que se fundamenta la UE:

“El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

En este texto jurídico aparece la libre circulación de personas, que es la que nos interesa en este caso. No es el momento de señalar la evolución que ha llevado a esta gran libertad, profundamente analizada en la doctrina europea³³, ni las restricciones puntuales

³¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*, DO L 119 de 4.5.2016, p. 1.

³² J. SARRIÓN ESTEVE, *La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea*, en *Panorma Social*, 2013, nº 17, pp. 33-40.

³³ A. MANGAS, Y D. J. LIÑÁN, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2024; N.N. SHUIBHNE, (ed.), *Revisiting the Fundamentals of the Free of Movement of Persons in EU Law*, Oxford, 2023; S. GASTALDI, *Citoyenneté de l'Union et libre circulation du critère économique au statut unique*, Halbing

que haya habido en este largo proceso³⁴. Si nos fijamos bien, esta libertad surge en el marco del mercado interior que, como se dice en el texto del TFUE implica un espacio sin fronteras interiores. Por tanto, esa libre circulación afecta a todos, es decir, a ciudadanos europeos y a ciudadanos no europeos.

En este sentido, quiero dejar claro que el análisis de este trabajo tiene relación con los ciudadanos europeos y con el marco del derecho de libre elección de residencia de los ciudadanos europeos, por lo que el marco de “Schengen” no tiene cabida en esta reflexión, aunque ha sido amplia y perfectamente analizada por la Prof^a Angela Di Stasi quien ha estudiado este marco de la libre circulación de personas y, sobre todo, de la residencia a largo plazo, en relación con los ciudadanos no europeos, por lo que me remito a su trabajo, en este sentido³⁵.

Como puede verse claramente, el artículo 26-2º del TFUE se limita a mencionar el derecho de libre circulación, es decir, salir y entrar libremente de un Estado de la UE a otro Estado de la UE, sea el propio del que es nacional, o no.

Otra normativa europea que repercute en el caso que se analiza es la Carta de Derechos Fundamentales de la UE³⁶, en cuyo artículo 45-1º se recoge este derecho de los ciudadanos europeos:

“1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

No puede ser expresado de forma más absoluta. Además, el TJUE conecta este derecho con los artículos 20 (principio de igualdad ante la ley) y 21-1º (no discriminación) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁷.

Como se señala en la propia sentencia que se comenta, “cualquier restricción de los derechos previstos en el artículo 21 TFUE, apartado 1, infringiría necesariamente el artículo 45, apartado 1, de la Carta, en la medida en que el derecho de todo nacional de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, previsto por la Carta, refleja el derecho conferido por el artículo 21 TFUE, apartado 1”³⁸.

Lichtenhahn, 2013; L. ASSENI, *Il diritto alla libera circolazione ed al soggiorno dei cittadini U.E. prima e dopo la Brexit*, Youcanprint, 2021.

³⁴ Véase, por ejemplo, M. MARTÍN MARTÍNEZ, *Las restricciones a la libre circulación de personas en la UE durante la era COVID-19: hacia un futuro incierto*, en *Araucaria*, 2020, 3, nº 45, pp. 311-335. En inglés: L. DAMAY AND H. MERCENIER, *Free movement and EU citizenship: a virtuous circle?*, en A.R. YOUNG (ed.), *The European Union at an Inflection Point*, Routledge, 2018, pp. 31-49.

³⁵ A. DI STASI, *L’(in)effettività dello statuto del soggiornante di lungo periodo. Verso la riforma della direttiva 2003/109/CE fra criticità applicative e prassi giurisprudenziale*, en *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 2, pp. 9-44.

³⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C 202 de 7.6.2016, pp. 389-405. Esta Carta tiene carácter jurídico de derecho originario. Véase S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford, 2015.

³⁷ Para conocer el ámbito de aplicación de la Carta, véase A. DI STASI, *L’ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell’Unione europea: ancora a proposito dell’interpretazione dell’art. 51 paragrafo 1*, en *Studi sull’integrazione europea*, 2014, n. 3, pp. 445-464.

³⁸ Párr. 50. Véase Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia de 21 de junio de 2022, *Ligue des droits humains*, asunto C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491.

La constatación de esta restricción refleja claramente la violación también del artículo 45-1º de la Carta.

7. La normativa derivada europea aplicable al caso

Hay algunos requisitos que no tienen repercusión con el caso, como las exigencias de visados o permisos de residencia para los familiares no europeos y otras variables. Por ello, la UE reguló esta cuestión, mediante 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 miembros³⁹, a la que luego me voy a referir.

Como puede comprobarse, esta Directiva no sólo regula las cuestiones relacionadas con la libre circulación de los ciudadanos europeos y de sus familiares, sino otra cuestión diferente como es la libertad de residencia, es decir, fijar su domicilio para vivir, trabajar, estudiar, etc. en otro Estado de la UE.

Quizás la parte más concreta del derecho violado invocado tiene que ver con los artículos 4 a 6 de 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 (en adelante, la Directiva 2004/38/CE).

El artículo 4 de esta Directiva señala claramente que “todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido, tendrán derecho a salir del territorio de un Estado miembro *para trasladarse a otro Estado miembro*” (cursivas añadidas).

Retengamos a los efectos de la sentencia de referencia, la idea de estar en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válido, que será importante tener en cuenta.

Como puede verse, del texto concreto se deduce que es para trasladarse, no se dice si es de forma permanente o temporal, no se dice si es simplemente como turista o para fijar la residencia en el otro Estado, etc. Eso habrá que ir precisándolo.

El apartado 3 de ese artículo 4 de la Directiva 2004/38/CE señala algo relevante para el caso:

“3. Los Estados miembros expedirán o renovarán a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad”.

³⁹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE*, DOUE 158 de 30.4.2004, pp. 77-123.

Como puede verse el marco obligacional señala la expedición o renovación, “de acuerdo con su legislación” de un “documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad”. Debo decir que hay muchos Estados de la UE que no disponen de Registros de Nacionalidad, más que para los naturalizados. Por ejemplo, en España el DNI o el Pasaporte no indica la nacionalidad del portador, aunque se llama DNI (documento nacional de identidad) para los nacionales y NIE (número de identidad de extranjero). En cuanto al pasaporte, cuando se trata de refugiados, protección subsidiaria y apátridas, se llaman documentos de viaje.

La exigencia de la Directiva 2004/38/CE está clara. Hay discrecionalidad en cuanto a la legislación y puede ser un documento de identidad o un pasaporte (en principio, no es necesario que se expidan ambos documentos).

De hecho, el apartado 4 del citado artículo 3 señala expresamente:

“En caso de que la legislación de un Estado miembro no prevea la expedición de un documento de identidad, la validez del pasaporte, desde el momento de su expedición o renovación, no podrá ser inferior a cinco años”.

Es bien conocido que, en el Reino Unido, entonces Miembro de pleno derecho de la UE, no se expide documento de identidad. Sólo expide pasaportes o documentos de viaje. Entre los actuales Estados miembros de la UE, Irlanda o Dinamarca tampoco expiden cartas de identidad a sus ciudadanos. Irlanda emite pasaportes y Dinamarca emite tarjetas de identidad que no sirven como documentos de viajes.

La Directiva 2004/38/CE regula posteriormente la diferencia entre un periodo de estancia de tres meses o un periodo más largo, pero esta cuestión, en principio, no es de interés en este caso, aunque volveré a ella en cuanto necesite analizar algunos aspectos de la sentencia de referencia.

La violación de esta norma de expedición de un documento de identidad es lo que ha motivado el litigio, dado que la Dirección del Registro Civil y para la Administración de las Bases de Datos del Ministerio de Interior⁴⁰, de Rumanía, se negó a expedir un documento de identidad al ciudadano rumano WA, por haber fijado su domicilio en un Estado diferente a Rumanía.

En el marco del derecho rumano, el Decreto-ley nº 97/2005, sobre el Registro, el Domicilio, la Residencia y los Documentos de Identidad de los Ciudadanos Rumanos⁴¹, exige que a todo rumano mayor de 14 años se le expida un documento de identidad. Sin embargo, sólo “el documento de identidad y el documento de identidad electrónico constituyen documentos de viaje en los Estados miembros de la Unión”.

El artículo 20-1º-C del Decreto-ley nº 97/2005, en concreto, señala textualmente que a los nacionales rumanos residentes en el extranjero:

“Se expedirá un documento de identidad provisional:

c) [...] a los ciudadanos rumanos domiciliados en el extranjero que residan temporalmente en Rumanía”.

⁴⁰ Su nombre oficial es: “*Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne*”.

⁴¹ *Monitorul Oficial al României*, parte I, n.o 719, de 12 de octubre de 2011.

Esto es discriminatorio en relación con los nacionales rumanos residente en Rumanía y puede dificultar el ejercicio de libre circulación de personas.

En el artículo 61-1º de la Ley nº 248/2005, sobre el Régimen de Libre Circulación de los Ciudadanos Rumanos en el Extranjero⁴², se señala que:

“A efectos de la presente Ley, el documento de identidad, el documento de identidad simple y el documento de identidad electrónico válidos constituyen un documento de viaje que permite a los nacionales rumanos viajar a los Estados miembros de la Unión y a los Estados terceros que los reconozcan como tal documento de viaje”.

En el caso que nos ocupa, el ciudadano rumano recurrente, abogado domiciliado en Francia, aunque también en Rumania, como consecuencia de su trabajo, por lo que disponía de un pasaporte simple electrónico y un documento de identidad provisional, que no le da derecho a viajar al extranjero.

El recurrente solicita a la Dirección General de Registro de Rumanía, en septiembre de 2017, que su documento de identidad provisional se transforme en un documento de identidad definitivo, sea físico o electrónico, lo que le es denegado por la autoridad rumana, dado que el recurrente no está domiciliado en Rumanía sino en Francia.

En diciembre de 2017 recurre ante el Tribunal Superior de Bucarest, quien el 28 de marzo de 2018 emite una sentencia confirmando la posición de la Dirección General de Registros.

El recurrente recurrió esta sentencia, como ya he comentado, ante el Tribunal Supremo de Rumanía considerando que se infringían varias disposiciones del derecho de la UE, contempladas en el Tratado TFUE, en la Carta de Derechos Fundamentales y en la Directiva 2004/38.

Este alto tribunal se cuestiona si no es discriminatorio, desde el punto de vista del derecho de la UE, condicionar la expedición de un documento de identidad por el hecho de no disponer de domicilio oficial en Rumania.

Por ello, el Tribunal Supremo de Rumanía suspende el procedimiento y decide plantear un recurso prejudicial ante el TJUE para que responda a la siguiente pregunta:

“«¿Deben interpretarse el artículo 26 TFUE, apartado 2, los artículos 20, 21, apartado 1, y 45, apartado 1, de la [Carta], y los artículos [4 a 6] de la Directiva [2004/38] en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que no permite que a un ciudadano de un Estado miembro se le expida un documento de identidad con valor de documento de viaje dentro de la Unión Europea basándose en que dicho ciudadano ha fijado su domicilio en otro Estado miembro?»”

La respuesta fue coherente con el derecho de la UE y con la reiterada jurisprudencia del TJUE. La ciudadanía europea es inherente a la nacionalidad de un Estado miembro

⁴² *Monitorul Oficial al României*, parte I, n.o 682 de 29 de julio de 2005.

de la UE⁴³, por lo que el recurrente puede invocar los derechos de la citada ciudadanía europea⁴⁴.

¿Es contraria la diferencia de trato entre nacionales de un Estado miembro de la UE, en razón a su residencia en un Estado miembro de la UE, diferente del que se es nacional?

Para ello, ya hemos señalado que habría que dilucidar si esta diferencia de trato es contraria al artículo 21 TFUE, al artículo 45, apartado 1, de la Carta y al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/38.

Voy a retener, de nuevo, el objeto de la Directiva, en relación con el artículo 21 TFUE. El espíritu de la Directiva es reforzar los derechos de los ciudadanos europeos para poder ejercer su derecho de libre circulación y de libre residencia en cualquier Estado de la UE⁴⁵.

El TJUE es plenamente consciente de que el derecho de la UE no exige un determinado documento para el ejercicio de la libre circulación y residencia, que es competencia exclusiva de los Estados. Sin embargo, sea la decisión que sea, no se pueden vulnerar los derechos inherentes a la ciudadanía europea, determinando una diferenciación documental en función de la residencia del nacional fuera de su propio Estado, dado que crea una diferenciación de trato, como ya he dicho.

La interpretación correcta de la Directiva 2004/68, en relación con el artículo 21 TFUE es que no se “puede permitir a los Estados miembros efectuar esa elección tratando de manera menos favorable a aquellos de sus nacionales que han ejercido su derecho de libre circulación y residencia dentro de la Unión y restringiendo ese derecho, sin una justificación basada en consideraciones objetivas de interés general”⁴⁶.

En este sentido, toda medida nacional que resulte desfavorable para un sector de nacionales por el solo hecho de residir fuera del Estado del que son nacionales es una restricción a la libre circulación y de residencia de la UE⁴⁷.

Los efectos prácticos de los hechos que se comentan pueden comprenderse perfectamente porque el recurrente requirió un visado de un Estado tercero, por lo que tuvo que entregar su pasaporte en la Embajada de ese Estado tercero y durante 12 días no pudo viajar fuera de Rumania por no disponer del documento de identidad, como documento de viaje. Eso, en sí mismo, constituye un obstáculo a la libre circulación y de residencia⁴⁸.

Es verdad que el recurrente disponía de un pasaporte válido pero la exigencia de éste como único documento de viaje, plantea diferencias discriminatorias con el resto de los ciudadanos rumanos que residen legalmente en Rumania, que disponen o pueden disponer

⁴³ Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia de 9 de junio de 2022, *EP contra Préfet du Gers e Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)*, asunto C-673/20, ECLI:EU:C:2022:449.

⁴⁴ Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia de 14 de diciembre de 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

⁴⁵ Tribunal de Justicia, sentencia de 11 de abril de 2019, *Neculai Tarola y Minister for Social Protection*, asunto C-483/17, ECLI:EU:C:2019:309.

⁴⁶ Parr. 39.

⁴⁷ Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de noviembre de 2020, *ZW*, asunto C-454/19, ECLI:EU:C:2020:947.

⁴⁸ Parr. 45.

de los dos documentos. Las medidas administrativas y burocráticas para la obtención, renovación, copias, etc. de los pasaportes son más gravosas y podrían resultar perjudiciales en momentos puntuales de la vida. La propia Comisión Europea, presente en el procedimiento, lo aseguró: “la posesión de un segundo documento de esta naturaleza puede resultar necesaria o incluso indispensable para ellos”⁴⁹.

La argumentación del Gobierno rumano es que el documento de identidad recoge el domicilio del portador y en el caso de que el domicilio sea fuera del territorio nacional, ni se puede garantizar la veracidad, ni se tienen competencias para su determinación, ni se pueden asumir responsabilidades de certificación, además de la carga administrativa desproporcionada, cuando no imposible, que le supondría al Estado⁵⁰.

En este sentido, ya el TJUE ha tenido oportunidad de establecer que no pueden invocarse trabas administrativas para justificar excepciones a las normas de la UE. En este sentido, el TJUE ya señaló expresamente:

“consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho comunitario, máxime cuando la referida excepción equivalga a excluir o restringir el ejercicio de una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario”⁵¹.

Consecuentemente, la sentencia de referencia señala que:

“una normativa como la controvertida en el litigio principal constituye una restricción a la libertad de circulación y de residencia en el interior de la Unión, en el sentido del artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/38, interpretado a la luz del artículo 21 TFUE, apartado 1, y del artículo 45, apartado 1, de la Carta, respecto de los nacionales rumanos domiciliados en otro Estado miembro, que no puede justificarse ni por la necesidad de conferir valor probatorio a la dirección del domicilio indicado en el documento de identidad ni por la eficacia de la identificación y del control de esa dirección por la Administración nacional competente”⁵².

8. Conclusiones

La libre circulación de personas ya estaba recogida en el Tratado de Roma, por lo que podemos considerar que está en el ADN de la Unión Europea. Es verdad que, en sus inicios, se estaba pensando en las actividades económicas, pero luego devino un concepto más humano, por lo que el derecho de la UE ha venido evolucionando a través, primero de normativas de derecho derivado, luego de cambios sustanciales en los tratados primarios y, simultáneamente, con una jurisprudencia del TJUE que ha ido sentando las

⁴⁹ Párr. 47.

⁵⁰ Párr. 55.

⁵¹ Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, asunto C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575.

⁵² Párr. 60.

bases de lo que hoy es la libre circulación y elección de residencia de los ciudadanos europeos.

El TJUE ha dejado claro que las normas para regular la nacionalidad es competencia de cada Estado, ahora bien, ha venido también señalando que esa competencia está limitada por el propio Derecho de la UE, dado que no puede afectar a la esencia regulada en la normativa europea. Por tanto, todo Estado tiene un amplio margen de regulación de sus nacionales, sin embargo, esta regulación no puede ser contraria a las normas europeas, especialmente las que regulan el derecho de no discriminación.

En el caso que nos ha servido de eje, Rumanía había regulado la entrega de un DNI, con validez como documento de viaje, para aquellos nacionales rumanos que están domiciliados en Rumanía y la entrega de pasaporte (además de estos mismos a los que me he referido) a los nacionales rumanos residentes en aquellos Estados miembros de la UE, como documentos de viaje.

Esto discrimina a unos nacionales de otros porque puede afectar al derecho de libre circulación y elección de residencia porque hay periodos en los que no está en vigor el pasaporte o esta retenido en alguna Embajada extranjera para trámites de visados, y al no disponer del DNI, como documento de viaje, no puede ejercer su derecho de libre circulación durante esos periodos. Esto es contrario al Derecho de la UE, por lo que el TJUE reconoce que es contrario a las normas europeas.

La fundamentación jurídica que recoge el TJUE se basa tanto en el derecho originario como en el derecho derivado, así como en la propia jurisprudencia del TJUE cuando ha enjuiciado temas relacionados con la libertad de circulación de personas y libre residencia de los ciudadanos europeos.

ABSTRACT: El objeto central de este artículo es mostrar como la jurisprudencia europea ha ido configurando, al tiempo que la normativa, el contenido concreto de la libertad de circulación y la libre residencia de los ciudadanos europeos, en el territorio de los Estados miembros de la UE. El eje central para esta reflexión ha sido la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024, en la que se analiza, por parte del TJUE si un Estado miembro puede restringir la emisión de un documento de viaje a sus nacionales que han ejercido el derecho de libre circulación y de libre residencia, por el mero hecho de residir fuera de su territorio nacional, creando un trato discriminatorio entre los nacionales residentes en su propio Estado y los nacionales residentes en otros Estados de la UE. Para ello, ha sido preciso, comprender cómo ha razonado el TJUE el contenido de este derecho deducido de la normativa actual, tanto primaria como secundaria, teniendo en cuenta los datos del caso y el procedimiento seguido.

KEYWORDS: Ciudadanía europea – libre circulación – libre elección de residencia – derecho de no discriminación – derecho a disponer de un documento de viaje.

FREE MOVEMENT AND FREE CHOICE OF RESIDENCE OF EUROPEAN CITIZENS (THE LATEST CASE LAW CONFIGURATION OF THE CJEU)

ABSTRACT: The main aim of this article is to show how European jurisprudence has shaped, at the same time as the regulations, the specific content of the freedom of movement and the free residence of European citizens in the territory of the EU Member States. The focus of this reflection is the ruling of the CJEU of 22 February 2024, in which the CJEU analyses whether a Member State can restrict the issuance of a travel document to its nationals who have exercised the right of free movement and free residence, for the mere fact of residing outside its national territory, creating discriminatory treatment between nationals resident in its own State and nationals resident in other EU States. To do so, it is necessary to understand how the CJEU has shaped this right deduced from the current regulations, both primary and secondary, taking into account the case and the procedure followed.

KEYWORDS: European citizenship – free movement – free choice of residence – right to non-discrimination – right to have a travel document.