



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche

TRABAJO FIN DE GRADO

ANÁLISIS CRÍTICO AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LOS CIUDADANOS DE LA UE EN ESPAÑA

Presentado por **Daviti Shetekauri**

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Dirigido por la prof. Lerdys Heredia

curso 2015/2016

INTRODUCCIÓN	Pág. 3
I. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS POR LAS NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	Pág. 4
Contexto histórico: el sueño de Europa.....	Pág. 4
1.- Derecho de circulación y residencia.....	Pág. 6
2.- Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.....	Pág. 10
3.- Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo.....	Pág. 13
4.- Derecho a la protección diplomática y consular en terceros países.....	Pág. 16
5.- Derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.....	Pág. 19
6.- Derecho a la Seguridad Social dentro de la Unión.....	Pág. 21
7.- Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.....	Pág. 24
8.- Derecho a la reagrupación familiar.....	Pág. 25
II. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS POR EL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA	Pág. 31
Contexto histórico: España del aislamiento a la modernidad.....	Pág. 31
1. DERECHOS EN QUE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA NO HACE GRANDES DISTINCIONES ENTRE ESPAÑOLES Y COMUNITARIOS	Pág. 35
2. DERECHOS EN QUE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA HACE DISTINCIONES ENTRE ESPAÑOLES Y COMUNITARIOS	Pág. 38
2.1.- Derecho de participación pública.....	Pág. 38
2.2.- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.....	Pág. 41
2.3.- Derecho de entrada, salida, circulación y residencia en territorio español.....	Pág. 43
2.4.- Derecho a la reagrupación familiar.....	Pág. 50
2.5.- Derecho a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales.....	Pág. 56
CONCLUSIONES	Pág. 62
BIBLIOGRAFÍA	Pág. 65



INTRODUCCIÓN

A un joven georgiano que ha pasado más de la mitad de su vida en España le surgen diferentes preguntas:

Después de la caída de la URSS, Georgia ha empezado a mirar hacia Europa, ha manifestado su voluntad de integrarse en la OTAN y en la UE independientemente de color del gobierno de turno, pero ¿Que supondría esta integración?, ¿Cuáles son los derechos de ciudadanía europea?, ¿Cómo se armoniza el ejercicio de estos derechos con la legislación de cada uno de los Estados?, ¿Cuál es el equilibrio entre los valores de los diferentes Estados-Nación y la nueva soberanía Europea?, ¿Cómo tendría que ser una Georgia integrada en la UE?. La respuesta a esta última pregunta queda todavía lejana, pero no tanto después de la integración de los países del este de Europa. ¿Cómo analizar las dificultades estos procesos?. En mi caso la respuesta fue obvia, si analizaba por un lado los derechos de ciudadanía tal como los define la UE, y observaba los procesos de transposición a la legislación española, me resultaría mucho más fácil entender el camino a seguir, sus dificultades, sus avances y sus retrocesos.

El objetivo del trabajo, por tanto, es analizar desde una perspectiva crítica el sistema jurídico español en relación con los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión Europea.

Para cumplir con este objetivo he llevado a cabo un análisis de las normas de origen institucional, convencional y de derecho autónomo español, me he apoyado en estudios académicos de diferentes autores y, al hilo de cada tema, he estudiado la jurisprudencia comunitaria y española al respecto.

El trabajo queda estructurado de la siguiente forma: el primer capítulo está dedicado a analizar el contexto histórico de formación de lo que hoy conocemos como la Unión Europea y de cuáles son los derechos básicos para todos los ciudadanos comunitarios y sus familiares; en el segundo capítulo estudiamos los procesos de transposición del derecho comunitario al español.

I

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS POR LAS NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Contexto histórico: El sueño de Europa

Europa, tal como la conocemos hoy en día, es hija de la Ilustración. Es en el siglo XVIII cuando nace el concepto de derechos del ciudadano, un concepto que, en su origen, tiene un carácter universal, por primera vez no adscrito a un territorio ni clase social concreta. Éste es el espíritu de la Revolución francesa, y el imperio napoleónico será el primer gran intento de expandir esta nueva concepción de los derechos a toda Europa. Obviamente la «Europa de Napoleón» está destinada al fracaso; no podemos construir la nueva Europa en base a la guerra y la imposición.

Hasta la segunda guerra mundial del siglo XX éste error será recurrente. Mientras que las ideas ilustradas se van asentando con fuerza en la cultura europea, la forma en que éstas puedan llegar a configurar una gran Europa siempre se llevan a cabo a través del conflicto.

Entre las ruinas de una Europa devastada, y gracias a la colaboración de los EEUU, empieza a tomar fuerza la idea de que sólo se podrá construir una Europa en paz si se van trascendiendo los Estados-Nación para entrar en una nueva era de cooperación y de coordinación de esfuerzos. El enemigo ya no es ahora el vecino sino el pasado.

Seguramente por eso, el Tratado de Roma de 1957, es el hecho revolucionario más trascendente de la historia de Europa, porque es la primera revolución incruenta y acordada entre enemigos irreconciliables. Aunque este Tratado tiene un carácter fundamentalmente económico, en él se asientan la bases de los derechos que conducirán a una ciudadanía europea. Esa Europa aún pequeña, apenas un embrión, reúne a seis de los países más potentes del continente: Alemania, Francia, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo. Los motores de Europa, enemigos ancestrales, unifican sus esfuerzos para crear algo nuevo e inédito. Y eso es no sólo un hecho, sino un modelo a seguir para el resto. En esos momentos aún parece imposible: la guerra fría, el telón de acero, Europa dividida, dictaduras en España, Portugal y Grecia, el Reino Unido mirando a su Imperio que empieza desmoronarse,... pero la rueda ya no se puede parar: En 1965 se firma el Tratado de fusión, por el que se crean la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea; en 1973 se pasa a una Europa a 9, con la adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca; en 1974 y 1975 Grecia, Portugal y España regresan a la democracia tras sus períodos dictatoriales; en 1981 la nueva Grecia democrática entra en la CEE y en 1986 lo hacen Portugal y España; en 1986 la nueva Europa a 12 necesita un nuevo impulso y se firmará el Acta Única Europea; en 1989 ocurre otro hecho fundamental, la caída del muro de Berlín y el final de la guerra fría, las nuevas democracias del este empiezan a mirar hacia el oeste y viceversa, la primera consecuencia será la reunificación alemana con lo que la ex-Alemania Oriental será el primer país del bloque del este que entrará en la CEE dentro de la Alemania unida; otra fecha fundamental es 1992 con la firma del Tratado de Maastricht

por el que la CEE se convierte en la UE, esto supone otra auténtica revolución, por cuanto pasamos de una Europa de los mercaderes a una Europa de los ciudadanos; en 1995 entra en vigor el espacio Schengen para la supresión de los controles fronterizos que, aunque en su origen afecta sólo a 8 países, hoy ya llega a los 26; también en 1995 se amplía la UE a 15 miembros con la entrada de Suecia, Finlandia y Austria; en 2004 se adhieren 10 nuevos miembros hijos del deshielo de la guerra fría y la caída del muro, la UE crece hacia el este: Letonia, Estonia, Lituania, Polonia, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Malta y Chipre, y se redacta el Tratado Constitucional de Roma que, al ser rechazado en algunos referendos nacionales, no entrará nunca en vigor, este hecho es importante porque supone el primer gran traspies de un proceso que parecía imparable; en 2007 entran Rumanía y Bulgaria y a finales de año se firma el Tratado de Lisboa que se convierte en la respuesta al fracaso de la Constitución de 2004, este Tratado supone un paso más en la unificación al crear y potenciar las instituciones centrales para darles más poder y dinamismo; en 2013 Croacia se convierte en el miembro número 28 de la Unión. Pero la crisis económica mundial de 2007 también ha afectado al desarrollo de la UE. Desde ese momento en los diferentes Estados han aparecido voces críticas contra el poder de la Unión que abogan por una renacionalización de Europa: la crisis del euro, el crecimiento de las desigualdades, el empobrecimiento de las clases medias, la deslocalización del tejido industrial, el envejecimiento de la población, la disminución de la productividad, el auge de las nuevas tecnologías con lo que ello supone de amortización de puestos de trabajo, las deficiencias en la formación especializada en muchos estados, el paro, la exclusión social, la inmigración, la crisis de los refugiados, el acceso a la sanidad y los servicios sociales, han favorecido la aparición de movimientos cortoplacistas que ven en Europa y en la globalización los principales enemigos de su antiguo bienestar, sin entender que en Europa no está el problema sino la solución. Esta renacionalización que sueña con pasados paraísos míticos recuerda preocupantemente a la Europa de entreguerras que nació después de la crisis económica de 1929. No volveremos a una Europa en guerra, pero una gran parte de lo que hemos construido durante estos 60 años está en peligro. Hoy, la Europa de los 28 está a punto de convertirse en la Europa de los 27 como consecuencia del Brexit. Sin duda debemos repensar Europa.

Aún así el edificio no es fácil de derrumbar, para la mayoría de los jóvenes europeos Europa no es un espacio en construcción, sino el hecho geopolítico en el que han nacido, su mundo, y ese mundo se sustenta en unos derechos de ciudadanía con los que han crecido, unos derechos que no sólo aparecen en las Directivas europeas sino que han sido transpuestos a sus diferentes legislaciones nacionales, unos derechos que son los suyos. Cuáles son estos derechos, cómo han ido evolucionando y en qué punto nos encontramos hoy en día es el objetivo de la primera parte de nuestro trabajo. A pesar de que Europa es un proyecto en proceso de construcción permanente, lleno de altibajos y dificultades, los derechos fundamentales de la ciudadanía son, a día de hoy, hechos consolidados. No cabe duda de que nuevos Tratados y Directivas irán adaptándolos, modificándolos o extendiéndolos a medida que la sociedad europea evolucione, pero en su esencia forman ya parte del ser europeo, y eso no tiene marcha atrás. Si nos fijamos en el pequeño detalle del día a día podremos ver avances, retrocesos y parones en su desarrollo, pero si levantamos la vista para ver la Europa de hace 100, 50 ó 20 años, tomaremos consciencia de la enorme magnitud de nuestra obra. En 1939 casi nadie se hubiera atrevido a soñar en una Europa de los ciudadanos como la que tenemos en el día de hoy.

1.- Derecho de circulación y residencia¹

El derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros nace como consecuencia del Tratado de Maastricht de 1992. Antes de este año existía el derecho de circulación y residencia pero únicamente para los trabajadores, ya fueran por cuenta propia o por cuenta ajena. Dicho tratado no sólo supuso la asunción de los acuerdos de Schengen de 1985 para la eliminación de las fronteras interiores, sino que además introdujo un nuevo concepto fundamental, el de la ciudadanía europea. Los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, así como de los miembros de sus familias, quedó recogido en la Directiva 2004/38/CE².

El concepto de la libre circulación de las personas ha cambiado mucho desde sus orígenes. La normativa del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957³ reconocía el derecho a la libre circulación y residencia de los trabajadores⁴ y el derecho de establecimiento para los que desarrollaran una actividad económica por cuenta propia⁵, es decir, para aquellos que se consideraban económicamente productivos. Sin embargo, el Tratado de Maastricht introdujo modificaciones en este sentido, e incorporó el derecho a la libre circulación y residencia de las personas independientemente de la condición que ostentaran, es decir, incorporó el concepto de ciudadanía europea aplicable a los nacionales de los Estados miembros. De esta forma, hoy en día, cualquier persona que sea nacional de un país miembro de la Unión Europea, puede desplazarse y establecer su residencia libremente en el Estado miembro de su elección.

El derecho a la libre circulación y residencia se fundamenta sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad. Las Directivas Europeas imponen una serie de requisitos a los ciudadanos comunitarios desplazados, para que éstos puedan acceder a los derechos en igualdad de oportunidades que los nacionales del Estado miembro de acogida, lo cual constituye un trato diferenciado entre nacionales y los no nacionales, pero una vez que el ciudadano europeo no nacional cumpla los requisitos impuestos, tendrá derecho a disfrutar de los mismos beneficios que el Estado de acogida extiende para los nacionales de su país. Es decir un trato diferenciado por parte de un Estado miembro hacia un comunitario con respecto a sus nacionales constituye discriminación, o lo que es lo mismo, exigir a un ciudadano de la unión requisitos más allá de los que le exige a sus nacionales es contrario al principio de no discriminación. En este sentido se pronuncia la sentencia del TJCE en el asunto Grzelczyk de 20 de septiembre de 2001:

“Desde que el TUE reconociera al ciudadano de la Unión el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, desvinculándolo del ejercicio de una actividad

1 UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*, Diario Oficial de la Unión Europea, C202, Artículo 21, Luxemburgo, versión consolidada 07/06/2016. A partir de ahora citado como TFUE seguido del número del artículo.

2 PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO: *Directiva 2004/38/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, L158, Estrasburgo, 29/04/2004. A partir de ahora Directiva 2004/38/CE

3 COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA: *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, Roma, 25/03/1957. A partir de ahora TCCEE.

4 *Ibíd.* Título III, capítulo 1.

5 *Ibíd.* Título III, capítulo 2.

económica, el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca de su alcance y contenido, interpretándolo en conexión con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.”⁶

“En el asunto Grzelczyk, el TJCE afirmó por primera vez la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico, en el entendimiento de que ello implica que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica.”⁷

“En dicho asunto, el TJCE declaró la incompatibilidad con el derecho de libre circulación y residencia, interpretado en conexión con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, de una situación como la que se planteaba en el litigio principal, la denegación por las autoridades belgas a un estudiante francés residente en Bélgica del *minimex* (ingreso mínimo de subsistencia), por no poder considerarlo trabajador, cuando dicho requisito no se exigía a los propios nacionales.”⁸

“En su jurisprudencia posterior, el TJCE ha repetido ese razonamiento, que hace incompatible con el Derecho comunitario no sólo todo supuesto de discriminación manifiesta a los ciudadanos de la Unión basada en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca al mismo resultado.”⁹

El camino a la libre circulación y residencia de las personas dio un salto fundamental gracias al acuerdo de Schengen, firmado en 1985. Inicialmente consistió en la creación de un territorio sin fronteras interiores entre cinco países europeos (Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Holanda). Más adelante, en 1990 se firmó un convenio entre los mismos Estados para determinar las condiciones y las garantías de la aplicación de la libre circulación. A partir de 1990 en adelante, fueron adhiriéndose al convenio el resto de los países europeos, que a día de hoy, forman parte del espacio de Schengen. Sin embargo, el convenio no entró en vigor hasta el año 1995.

Hoy son veintiséis los países que forman parte del convenio de Schengen: veintidós Estados miembros de la Unión Europea, tres países que forman parte del Espacio Económico Europeo: Noruega, Islandia y Liechtenstein, y Suiza. Reino Unido e Irlanda no forman parte del espacio Schengen, pero pueden aplicar, por opción voluntaria, determinadas disposiciones del acervo de Schengen. Por lo que respecta a Bulgaria, Rumanía y Chipre están en proceso de integración, ya que todavía existen países europeos que se oponen a que éstos pasen a formar parte del convenio.

Con la supresión de las fronteras interiores desaparecieron los controles para los ciudadanos

6 NAVARRO CRESPO, Elena: *La jurisprudencia del TJCE en materia de la ciudadanía de la Unión: una 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, núm. 28, Madrid, septiembre/diciembre 2007, pág. 899.

7 *Ibíd.*, pág. 900.

8 *Ibíd.*, pág. 900.

9 *Ibíd.*, pág. 901.

que se desplazaban dentro del espacio Schengen, lo que trajo como contrapartida el refuerzo de los controles en las fronteras exteriores comunes y la creación de un visado común para los países terceros.

Recientemente, el espacio Schengen se ha visto amenazado como consecuencia de la alta cifra de refugiados que han huido de su país a causa de diferentes tipos de conflictos armados, y que han llegado sobretudo a las costas griegas, e italianas, con la intención de cruzar la frontera y establecerse en el norte de Europa. Algunos países han aprovechado esta circunstancia para reabrir sus controles fronterizos, violando la Convención de Ginebra de 1951 y el protocolo de Nueva York de 1967 para la protección de los refugiados, con la excusa de que una apertura masiva de fronteras facilitaría el acceso de terroristas a los países del espacio Schengen. Esto supone un gran peligro porque no sólo aparta Europa de sus compromisos internacionales para con los refugiados, sino que además establece un grave precedente para el mantenimiento del espacio Schengen.

Como hemos señalado anteriormente el Tratado de Maastricht trajo consigo un avance de los derechos para los ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, se intentaba superar así la visión economicista para conseguir un sistema más igualitario, extendiendo el derecho de circulación y residencia a toda la ciudadanía europea independientemente de si ejercía o no una actividad económica. Sin embargo, como veremos a continuación, aunque existe un avance con respecto a la visión anterior, no se ha conseguido ni de lejos superar la noción económica de Europa en su totalidad. Los Estados son proclives a defender los intereses propios de su nación, lo cual dificulta el establecimiento de un sistema de bienestar igualitario y de una integración europea más social y justa. El resultado se ve reflejado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo 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. La normativa protege los intereses económicos de los países que forman parte de la Unión Europea, antes que los derechos sociales de los ciudadanos comunitarios velando siempre para que éstos no se conviertan en una carga para los Estados de acogida. A continuación podemos contemplar las limitaciones impuestas por la Directiva 2004/38/CE a la libertad de circulación y residencia:

1.1- Con objeto de reunir la extensa jurisprudencia formada en materia de libre circulación de personas se adoptó la Directiva 2004/38/CE. Ésta incluye tanto el derecho de las personas a circular y residir libremente, como el de sus familiares. Cabe mencionar que la normativa limita el número de familiares beneficiarios de este derecho. Los miembros que pueden hacer uso de este derecho son el cónyuge; la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la relación de pareja registrada al matrimonio; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada; y los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o la pareja registrada.

1.2.- Los ciudadanos comunitarios tienen unos derechos y unas obligaciones en relación al uso de la libre circulación, variando las condiciones en función de los casos en los que se encuentren:

a.- Para estancias inferiores a tres meses: Los ciudadanos europeos que quieran desplazarse a otro Estado miembro por un periodo inferior a tres meses, únicamente tendrán que

proveerse de un documento de identidad o del pasaporte, para acreditar su ciudadanía europea.

b.- Para estancias superiores a tres meses: en caso de que el ciudadano europeo desplazado a otro Estado miembro no esté trabajando, tendrá que acreditar suficiencia económica y la posesión de un seguro médico, con el fin de no convertirse en una carga para la asistencia social del país en que se encuentre. Algunos de los Estados pueden exigir que el ciudadano se registre ante las autoridades y que cumpla una serie de requisitos. Los miembros de la familia del ciudadano comunitario que sean nacionales de terceros países, tendrán la obligación de solicitar un permiso de residencia de familiares de ciudadanos de la UE.

c.- Derecho de residencia permanente: este es un derecho que adquiere el ciudadano después de haber residido por un periodo de cinco años en el Estado miembro de acogida. El mismo derecho se aplica a los familiares de los ciudadanos comunitarios que no sean nacionales de un Estado miembro. Solamente se perderá este derecho por una ausencia continuada de dos años del país perteneciente a la UE en el cual se adquirió el derecho.

1.3.- Este derecho está restringido por motivos de orden, salud y seguridad pública, que sí que permitirían la expulsión del individuo. En ningún caso, podrá adoptarse dicha decisión de expulsión por carencia de recursos económicos. Las medidas que afecten a la libertad de circulación y de residencia deben cumplir con el principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del individuo al que se apliquen. Dicha conducta deberá representar una amenaza real y suficientemente grave para los intereses fundamentales del Estado. La existencia de condenas penales previas no justifica de forma automática la expulsión. La mera caducidad del documento de identidad utilizado por la persona en cuestión al entrar en el Estado tampoco constituye motivo suficiente para su expulsión. Si un ciudadano de la Unión Europea ha residido en el país de acogida durante diez años o si es menor de edad, solo podrá adoptarse una decisión de expulsión contra él en circunstancias excepcionales, por motivos imperiosos de seguridad pública. En ningún caso se podrá denegar de por vida la entrada en el territorio y las personas objeto de una prohibición de entrada pueden solicitar una revisión al cabo de tres años. También pueden recurrir ante los tribunales, así como, si procede, presentar un recurso administrativo en el Estado miembro de acogida.¹⁰

“Tras la descripción del procedimiento de codecisión y el resultado que finalmente se adopta, puede apreciarse que la Directiva 2004/38/CE continúa reflejando aquello que viene siendo característico en la construcción del modelo de coordinación social europeo, esto es, la diferencia de trato entre el ciudadano comunitario que se traslada dentro del espacio de la Unión con el objetivo de ejercer una actividad económica y el ciudadano europeo cuyo traslado no tiene origen en una finalidad estrictamente económica o laboral. En esta dirección, de alguna manera la ciudadanía europea de pleno derecho (al menos en términos de pleno acceso a los derechos sociales) se reconoce únicamente a los nacionales de un Estado miembro trasladados al territorio de otro Estado miembro siempre que sean económicamente activos, generalmente mediante el desempeño de una

10 Información extraída de:
NEVILLE, Darren: *La libre circulación de personas*, dentro de “Fichas técnicas de la Unión Europea – 2016”, Parlamento Europeo, mayo 2016: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.3.html

actividad laboral (conexión inmediata). Dicho de otra manera, la igualdad de condiciones en materia social se otorga a los contribuyes 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 alcanzara la residencia de larga duración una vez transcurridos cinco años de residencia en el nuevo Estado (conexión mediata), lo cual relativiza o como mínimo pospone la efectividad del principio de igualdad en materia de beneficios sociales entre ciudadanos comunitarios.”¹¹

En este sentido conviene resaltar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014 (Asunto C-333/13) donde podemos ver la postura de la Unión Europea, permitiendo a los Estados miembros la negación de determinadas prestaciones no contributivas a los ciudadanos comunitarios que no sean nacionales del Estado en cuestión.

El litigio es sobre Elisabeta Dano y su hijo Florin. Esta ciudadana, que vive en Alemania desde 2010 y que percibía “por su hijo Florin, prestaciones por hijo a cargo («Kindergeld»), abonadas por la Caja de prestaciones familiares de Leipzig en nombre de la Agencia Federal de Empleo, por importe de 184 euros al mes. El Servicio de asistencia social a la juventud y a la infancia de Leipzig abona, además, un anticipo sobre la pensión alimenticia por importe de 133 euros al mes por dicho niño, de padre desconocido.” Posteriormente presentó una solicitud para que se le pagara un seguro básico, llamado Hartz IV, pero le fue denegada. Presentó demanda contra las autoridades y el Tribunal Social de Leipzig derivó el caso al tribunal de la Unión Europea en Luxemburgo. El Tribunal de Justicia determinó que la negación, por parte de Alemania, a conceder prestaciones sociales a la ciudadana en cuestión no contraviene la normativa europea. La posición del Tribunal de Justicia es que los ciudadanos comunitarios que se desplazan a otro Estado miembro de la Unión Europea deben contar con medios económicos suficientes para sobrevivir ; en caso contrario, el Estado miembro de acogida podrá negar el pago de un seguro básico a los ciudadanos nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Por lo tanto, de acuerdo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea los Estados miembros podrán denegar prestaciones sociales para la supervivencia a los ciudadanos comunitarios desplazados.

2.- Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales¹²

Se trata de un derecho fundamental que reconoce la Unión Europea para todos los ciudadanos nacionales de los Estados miembros. El objetivo es que puedan participar en la vida política de la Unión en todos sus niveles y, de esta forma, reforzar el principio de igualdad y no

11 CAICEDO CAMACHO, Natalia (Profesora ayudante del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona): *La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de la prestaciones sociales: ¿Freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?*, Revista d'Estudis Autonòmics i Federals (REAF), núm. 19, Barcelona, abril 2014, pág. 123.

12 TFUE, Artículo 22.1.

discriminación entre los ciudadanos nacionales y los no nacionales. Complementa el derecho a la libre circulación y residencia, el cual está recogido en el artículo 8.B del Tratado de Maastricht; actualmente se contiene con parecida redacción en el artículo 22 del TFUE y en los artículos 39 y 40 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La esencia del Tratado de Maastricht es la creación del concepto de ciudadanía europea, la pretensión de crear una Europa de los ciudadanos, una Europa donde los nacionales de un país miembro de la unión europea no tengan más derechos que los ciudadanos comunitarios de otros estados miembros residentes en dicho país.

Es así como nace la cuestión del derecho de voto en las elecciones municipales de los ciudadanos residentes en un estado miembro del que no son originarios. Como ciudadano europeo, residente en un municipio europeo, éste tiene el derecho al sufragio activo y pasivo en su actual residencia. Dicho de otra forma, después de Maastricht, Europa, a nivel municipal, es solamente una, sin distinción de nacionalidad, porque solamente se considera una nacionalidad que es la europea. Por eso todo ciudadano europeo tiene que poder elegir y/o ser elegido en el municipio europeo donde resida, porque ese es el derecho que le otorga su “nueva” nacionalidad.

A pesar del razonamiento anterior, se tuvo que recorrer un largo camino hasta reconocer este derecho. Todo comenzó en la Cumbre de París del año 1978, donde los jefes de Estado y del gobierno acordaron la formación de un grupo de trabajo que determinara las condiciones de concesión de los “derechos especiales” de los ciudadanos comunitarios.

El informe propuso el reconocimiento del derecho de voto en las elecciones municipales, es decir, que los ciudadanos comunitarios pudieran participar en las elecciones locales del municipio donde residieran, independientemente de su nacionalidad. Sin embargo se destacaron dos problemas fundamentales que dificultaban el ejercicio de este derecho: el primero que no existía ningún tratado que diera poder de acción en materia de derechos políticos, y el segundo que, de los nueve estados miembros, seis, en su constitución, ligaban el derecho de voto a la nacionalidad.

En junio de 1984 el Consejo Europeo creó un Comité *ad hoc*, encabezado por Pietro Andonnino, para que abordara temas relacionados con la Comunidad Europea. El informe, que se emitió en junio de 1985, recomendaba al Consejo Europeo la promoción del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales para todos los ciudadanos comunitarios.

En 1988 la Comisión adoptó una propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho de voto de los nacionales comunitarios en las elecciones municipales en los Estados miembros de residencia. En ella se establecía que «los Estados miembros concederán a los nacionales de los restantes Estados miembros que residan de forma regular en su territorio el derecho a ser elector y a ser elegible en las elecciones municipales en el municipio en el que residan». (Propuesta de Directiva del Consejo 88/C246/04, Título II, Art. 2).

El 23 de octubre de 1989 la Comisión Europea presentó una nueva propuesta de Directiva con las modificaciones que se habían sugerido en sede parlamentaria destacando tres puntos: en primer lugar, se entendía por elecciones municipales las que fueran definidas como tales por parte de los estados miembros, en segundo lugar, no se consideraba interrumpida la residencia en caso de

ausencia por vacaciones o por motivos de fuerza mayor, y, por último, se podía limitar por parte de los estados miembros el número de los concejales no nacionales, al menos en las dos primeras legislaturas, a un 25% de los miembros de la corporación municipal.

Este proceso concluye con el Tratado de Maastricht de 1992 que crea la ciudadanía europea y, junto a ella, una serie de derechos inherentes, entre los cuales encontramos el derecho de voto en las elecciones municipales para los ciudadanos comunitarios residentes en un Estado miembro distinto al suyo.

La legislación vigente actual la encontramos en la Directiva 94/80, según la cual, para tener el derecho a voto, se exige :

a) Ser ciudadano de la Unión Europea, es decir, tener la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión.

b) Tener la residencia en un Estado miembro del que no se es nacional.

c) Cumplir las condiciones a las que la legislación del Estado miembro de residencia supedita el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales.

¿Pero cuáles son estas condiciones?

Hay que tener en cuenta que para los ciudadanos de la Unión se trata de un derecho complementario que no les priva, en principio, de participar en las elecciones municipales de su país de origen. Por eso para ejercer el derecho de voto en el Estado miembro de residencia, el elector debe manifestar su voluntad de ejercer su derecho de sufragio solicitando la inscripción en el censo electoral.

Ésta inscripción es automática en Alemania, Austria (excepto Burgenland) Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Rumanía y Suecia.

En los Estados miembros en los que la inscripción en el censo electoral no es automática, éstos deben tomar las medidas necesarias, con suficiente antelación a las elecciones, para que los electores puedan inscribirse a tiempo en los padrones electorales. En cuanto a los requisitos para la inscripción, el ciudadano europeo deberá presentar las mismas pruebas que un elector nacional, si bien, el Estado miembro de residencia podrá además exigir que el elector no nacional presente un documento de identidad en vigor, así como una declaración formal en la que conste su nacionalidad y su domicilio en el Estado miembro de residencia.

Por lo que se refiere a las condiciones para votar, serán las mismas que las aplicables a los nacionales del Estado miembro de residencia. En este sentido, la edad requerida para votar en 27 Estados miembros es de 18 años cumplidos en el momento de la votación, mientras que en Austria es de 16 años.

Por lo que se refiere a la condición de un período determinado de residencia continuada en el territorio del Estado miembro de residencia, aquélla sólo será exigible si también es una condición para los nacionales de dicho Estado. Ahora bien, en este caso, se computará también para

los ciudadanos europeos el tiempo que hayan residido en otros Estados miembros, distintos del nacional, durante un período equivalente.

No obstante lo dicho, la Directiva 94/80/CE establece en su artículo 12.1 una excepción en virtud de la cual cuando la proporción de ciudadanos de la Unión en edad de votar residentes en un Estado miembro, sin ostentar su nacionalidad, sobrepase el 20% del conjunto de los ciudadanos de la Unión en edad de votar y residentes en él, dicho Estado miembro puede reservar el derecho de sufragio activo a los electores europeos no nacionales que lleven residiendo en dicho Estado miembro un período mínimo que no podrá ser superior a la duración de un mandato. El único Estado miembro que desde 1996 (fecha de entrada en vigor de la Directiva) sigue acogido a esta excepción es Luxemburgo.

Por otra parte, en los Estados miembros donde el voto es obligatorio (Bélgica, Chipre, Grecia, y Luxemburgo) los ciudadanos europeos que se inscriban en el censo electoral estarán obligados a votar al igual que los nacionales de dichos Estados.¹³

“Todos los ciudadanos europeos son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo, cualquiera que sea su Estado miembro de residencia en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Sin embargo, los esfuerzos constantes de la Comisión y especialmente del Parlamento Europeo por armonizar las legislaciones electorales nacionales siguen chocando con las resistencias de los Estados miembros”¹⁴

Como podemos observar existe una discrepancia entre las diversas legislaciones nacionales de los Estado miembros que forman la Unión Europea. Parece ser que existe una tendencia por parte de los países a dificultar el trámite por el cual tienen que pasar los ciudadanos comunitarios que no sean originarios para poder ejercer el derecho a voto. Como el asunto tiene que ver con el voto y la participación pública de los ciudadanos que no sean nacionales, los Estados miembros parecen reacios a conceder facilidades para que los ciudadanos puedan participar en las elecciones municipales de su país.

3.- Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo¹⁵

Con anterioridad al Tratado de Maastricht de 1992, los ciudadanos comunitarios sólo podían votar y/o ser votados en las listas de sus respectivos países de origen, independientemente del país en el que residieran.

13 Información extraída de:

MELLADO PRADO, Pilar (Profesora Titular de Derecho Constitucional UNED): *El derecho de sufragio en las elecciones municipales y europeas: las resistencias a la armonización de las legislaciones nacionales*, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm 28, Madrid, enero – junio 2015, págs. 281-300.

14 MELLADO PRADO, Pilar (Profesora Titular de Derecho Constitucional UNED): *El derecho de sufragio en las elecciones municipales y europeas: las resistencias a la armonización de las legislaciones nacionales*, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm 28, Madrid, enero – junio 2015, pág. 299.

15 TFUE, Artículo 22.2.

El derecho a elegir y ser elector en las elecciones al Parlamento Europeo en cualquier Estado miembro en que resida el ciudadano comunitario, quedó consagrado en el artículo 8.B.2 del Tratado de Maastricht, que actualmente se contiene con semejante redacción en el artículo 22.2 del TFUE y en el artículo 39 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Cabría mencionar una cuestión importante a este respecto que se deriva de la sentencia del TJCE sobre el caso de España y Reino Unido.¹⁶ La cuestión es que España denunció ante Europea que Reino Unido infringía la ley Europea al conceder el derecho a voto en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de Gibraltar, alegando que este era un derecho exclusivo de los ciudadanos de la Unión vinculado a la nacionalidad de uno de los Estados miembros. Sin embargo, la el TJCE determinó que “la titularidad del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al PE, es competencia de cada Estado miembro, lo que significa admitir la posibilidad de que un Estado miembro reconozca ese derecho no sólo a sus nacionales o a los no nacionales que sean ciudadanos de la Unión, sino también a nacionales de terceros Estados con los que tenga un estrecho vínculo.”¹⁷

Como consecuencia de lo anterior, actualmente pueden votar en las elecciones al Parlamento Europeo los ciudadanos de países de la Commonwealth, como australianos, canadienses o ciudadanos de islas del Caribe o de algunos estados africanos, siempre y cuando estén inscritos en el censo electoral del Reino Unido. Así mismo, podrán votar en las elecciones europeas los ciudadanos de las islas de Guadalupe, Martinica y Reunión o la Guayana francesa.

La Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993 desarrolló el ejercicio del derecho de participación en las elecciones al parlamento europeo de los ciudadanos comunitarios residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, tanto para el sufragio activo como para el pasivo.

En líneas generales el contenido de esta Directiva es el mismo que hemos visto en el apartado anterior, ya que en sus aspectos fundamentales la Directiva 94/80 se inspira en la Directiva 93/109. Por eso aquí sólo nos vamos a centrar en los puntos diferenciales.

3.1.- El sufragio activo:

a.- Al inscribirse para participar en las elecciones al Parlamento Europeo es imprescindible firmar una declaración comprometiéndose a no votar más de una vez en la misma convocatoria. Esto es así porque los días de votación no son los mismos en todos los Estados miembros. En la mayoría de los Estados miembros el día de votación es el domingo, salvo en Países Bajos y Reino Unido. (jueves); Irlanda (viernes); Letonia, Malta y Eslovaquia (sábado); República Checa (viernes y sábado); Italia (sábado y domingo).

b.- Además, la normativa europea prohíbe expresamente la publicación de los resultados en un Estado miembro antes del cierre de los colegios electorales en todos los Estados miembros, con

16 Sentencia de 12 de septiembre de 2006: *España/Reino Unido*, C-145/04.

17 NAVARRO CRESPO, Elena: *La jurisprudencia del TJCE en materia de la ciudadanía de la Unión: una 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, núm. 28, Madrid, septiembre/diciembre 2007, pág. 894.

el objetivo de evitar que los votantes se vean influidos por los resultados de los Estados miembros donde ya ha finalizado la votación.

c.- Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de sufragio activo de los nacionales de la Unión Europea que no residen en su país de origen, pero desean votar en él, Austria, Dinamarca, Estonia, Alemania, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido permiten a sus nacionales votar por correo. Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Rumanía, Eslovenia, España y Suecia permiten a sus nacionales votar en las Embajadas o Consulados dentro del territorio de la Unión Europea. Y sólo Austria, España, Finlandia, Países Bajos y Suecia permiten a sus nacionales ejercer su derecho de voto por correo o en las Embajadas y Consulados cualquiera que sea su Estado de residencia. Por el contrario, Irlanda, Malta y Eslovaquia sólo permiten votar en las elecciones al Parlamento Europeo si se ejerce en su territorio nacional.

d.- Y por último una controversia: hay algunos Estados de la Unión Europea, como Chipre, Polonia, Rumanía, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia y Lituania, en donde la Comisión ha observado que se están exigiendo una serie de condiciones para la inscripción en el censo electoral que exceden las fijadas en la Directiva 93/109.

3.2- El sufragio pasivo:

a.- El derecho a ser elegido (sufragio pasivo) corresponde a todo ciudadano de la Unión que haya cumplido 25 años (en Italia, Grecia y Chipre), 23 años (en Rumanía), 21 años (en Bélgica, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Irlanda, y Polonia), y 18 años en el resto de Estados miembros, que goce de la plenitud de este derecho en su país de origen y no se halle incurso en alguna de las causas de inelegibilidad previstas en la ley electoral del país en el que vaya a ser candidato.

b.- El hecho de que los trámites que demostrasen la elegibilidad del ciudadano recayesen sobre él mismo, podía dificultar su acceso a las candidaturas, aunque fuera por motivos puramente burocráticos. Por eso la Directiva 2013/1/UE de 20 de diciembre de 2012 ha modificado la Directiva 93/109/CE, y ahora tendrá que ser el Estado miembro de residencia el que exija al Estado miembro de origen una certificación, que deberá ser recibida a su debido tiempo, de que el elector no ha sido privado de su derecho de sufragio pasivo.

c.- Por lo que respecta a las modalidades de las candidaturas, cada Estado aplicará su normativa legal (partidos políticos, agrupaciones de electores, candidaturas individuales, etc.). Y evidentemente, sólo se puede presentar la candidatura en un Estado miembro, el de origen o el de residencia.

d.- Al igual que sucedía con las elecciones municipales, para evitar el riesgo de polarización entre listas de candidatos nacionales y no nacionales, en aquellos Estados miembros en los que el porcentaje de ciudadanos no nacionales y en edad de votar supera el 20%, se podrán aplicar medidas restrictivas con una duración máxima de 5 años (un mandato), la Directiva 93/109 permite a Luxemburgo seguir acogido a la reserva del derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos europeos

que lleven residiendo en su territorio un mínimo de 10 años.

Cabe mencionar que existe una gestión múltiple y ambigua por parte de los Estados miembros del derecho de voto de los ciudadanos comunitarios en relación con las elecciones al Parlamento Europeo, es decir, algunos países no sólo dificultan el acceso a voto de los ciudadanos comunitarios, sino que además se extralimitan en la transposición a sus ordenamientos internos de la Directiva europea que regula la participación en las elecciones al Parlamento Europeo, como es el caso de Chipre, Polonia, Rumanía, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia y Lituania, que tal y como la Comisión ha observado exigían una serie de condiciones para la inscripción en el censo electoral que eran contrarias a la establecida en la Directiva 93/109, por eso estos países ya han tenido que modificar sus legislaciones internas para adaptarlas a los preceptos establecidos por la mencionada Directiva.¹⁸

4.- Derecho a la protección diplomática y consular en terceros países¹⁹

El artículo 8 C del Tratado de Maastricht de 1992 diseña el derecho a la protección diplomática y consular de los nacionales de los Estados miembros. Cuando en el territorio de un tercer país en el que se encuentre un ciudadano europeo no haya una embajada de su Estado de origen, podrá acudir a la autoridad diplomática y consular de cualquier Estado miembro para pedir la protección. Este derecho está asociado a la ciudadanía europea, y, por lo tanto, cada vez más alejado del concepto de la nacionalidad. Una autoridad diplomática y consular de un Estado miembro se convierte automáticamente en una representación europea, ya que no sólo protege a sus nacionales, sino, además, a todos los ciudadanos europeos que lo necesiten, exceptuando a los que tienen una embajada de su nacionalidad. Además este artículo establece la obligación de que los diferentes Estado miembros implementen las normas necesarias para su desarrollo funcional.

Por eso, en base al artículo 8 C del Tratado de Maastricht se creó la *Decisión 95/553 del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares*, con el objeto de determinar el funcionamiento de este derecho. En el artículo 1 se establece que los ciudadanos comunitarios tendrán derecho a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, siempre y cuando el territorio en el que se encuentren, no tenga una representación de su país ni Cónsul honorario. La protección, tal y como se enumera en el artículo 5, consistía en la asistencia a los destinatarios en casos de accidentes o enfermedad grave, detención, fallecimiento, víctima de actos de violencia, socorro y repatriación. Asimismo, el gobierno de del país del solicitante, reembolsará todos los gastos al gobierno del Estado que le haya extendido la protección.

18 Información extraída de:

MELLADO PRADO, Pilar (Profesora Titular de Derecho Constitucional UNED): *El derecho de sufragio en las elecciones municipales y europeas: las resistencias a la armonización de las legislaciones nacionales*, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm 28, Madrid, enero – junio 2015, págs: 281-300.

19 TFUE, Artículo 23.

Sin embargo, la Decisión 95/553 fue criticada por su carácter desvaído y poco innovador, pues el derecho de los ciudadanos a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares, en el territorio de un tercer país en situaciones urgentes y necesarias, ya existía en el ordenamiento de la UE, por lo que, posteriormente a la mencionada Decisión, la comisión publicó el 28 de noviembre de 2006 el *Libro Verde sobre la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en países terceros*, así como *El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, dos textos que servirán para hacer más efectivo el ejercicio de este derecho.

Como consecuencia del fracaso del proceso constitucional 2004/2005 se produjo El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. En este Tratado se pretenden salvaguardar algunos de los principios avanzados que ya preveía la Constitución. Entre ellos, y muy destacadamente, el de la representación exterior de la Unión Europea. Por eso es en este Tratado donde encontramos tres ejes fundamentales que pretenden dar un impulso a la presencia de Europa, como tal, en países terceros:

a.- En primer lugar, el Tratado de Lisboa traslada el desarrollo normativo desde los Estados al Consejo, como queda claramente reflejado en el segundo párrafo del artículo 23 de la TFUE.

b.- En segundo lugar, incorpora al Tratado la *Carta de Derechos fundamentales de la UE de 2000* (art. 46), que ahora alcanza su plena eficacia jurídica.

c.- Y finalmente, el Tratado de Lisboa es determinante de la creación del *Servicio Europeo de Acción Exterior* (SEAE).

Hija de este espíritu renovador es la Propuesta de Directiva de 2011, donde se plantea abiertamente la tensión entre un modelo centralizador de Europa y el tradicional modelo estatalizado.

El resultado final se decanta claramente del lado del modelo estatalizado, aunque se consiguen mantener algunos instrumentos que permitan en el futuro el camino hacia un modelo centralizado. Veamos ahora algunos ejemplos en ambos sentidos:

a.- En la Propuesta de Directiva de 2011 son los Estados miembros los titulares de la obligación de dispensar la protección diplomática y consular en los términos previstos. Es el triunfo del modelo basado en el «Estado líder», sostenido por los Estados grandes, como Francia y Reino Unido, frente al modelo propuesto por la Comisión, orientado a atribuir funciones consulares a sus oficinas de representación o incluso a las delegaciones de la UE. En la opción entre un modelo horizontal frente a un modelo centralizado, por el momento triunfa el primero.

b.- En cambio, se introdujeron aspectos novedosos, como el del artículo 3.1, que equipara la representación inaccesible con la falta de representación, o el artículo 3.2: “Se considerará que una embajada o un consulado establecidos con carácter permanente en un tercer país son accesibles si pueden prestar una protección efectiva y se puede llegar a ellos con seguridad tras un trayecto y un tiempo de viaje razonables”. (el subrayado es mío)

c.- Tal vez el concepto más importante que pretendía introducir esta propuesta era el de la preeminencia de la ciudadanía sobre la nacionalidad, en el caso de los familiares de ciudadanos de

la unión europea de países terceros. Ya que cualquiera de estos familiares sin definir su rango (con excepción de las parejas de hecho), recibiría el tratamiento de un ciudadano europeo independientemente de su nacionalidad. Un hecho realmente revolucionario dentro de la legislación internacional, centrada siempre en el estrecho marco de los Estados-Nación.

d.- Supone también una novedad fundamental la incorporación del artículo 46 a la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE*. Ya que les concede la posibilidad a los ciudadanos europeos de someterse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de los Estados miembros que estos elijan, en las mismas condiciones que los nacionales de dichos Estados.

e.- Asimismo, se introduce el llamado “Mecanismo del Estado principal”, para las situaciones de crisis, el cual consiste en que uno o varios Estados declaran su voluntad de ser Estado principal y asumen la función de coordinar y dirigir la asistencia, así como la evacuación en los casos que sea necesario.

f.- El gran intento fracasado de esta propuesta fue la potenciación de la SEAE. El objetivo inicial de su creación era convertirse, a la larga, en auténticas embajadas europeas en el mundo, pero aquí los Estados ganaron, y relegaron esta institución a un mero agente de coordinación, siempre con funciones secundarias, detrás del Estado líder.

Actualmente está en vigor la Directiva 2015/637 del Consejo de 20 de abril de 2015. En ella podemos apreciar claramente que se ha impuesto la perspectiva estatalizada, es decir, todas las propuestas que caminaban hacia una visión unitaria de la diplomacia europea o bien desaparece, o bien adquieren un puro carácter simbólico. Definitivamente, los encargados de gestionar la diplomacia en el exterior serán los Estados.

Aún así, se conservan algunos principios de soberanía europea:

a.- Queda claramente definido el derecho de los ciudadanos europeos, no representados en el territorio de un país tercero, a ser atendidos en cualquiera de las delegaciones diplomáticas de los otros Estados miembros representados en ese país.

b.- Aunque introduce peligrosamente el papel consular de los cónsules honorarios, no considera que éstos sean funcionales a no ser que puedan aportar soluciones eficaces.

c.- Por lo que se refiere a los familiares, da un enorme paso atrás, ya que desmonta totalmente el concepto de ciudadanía europea. Ahora, dice, el trato a los familiares será el mismo que dictamine la legislación del país a la embajada del cual el ciudadano se acoja. Es decir, pone por delante la legislación estatal a la comunitaria.

d.- El resto de la Directiva se limita a definir la actuación de las embajadas en situaciones de crisis, y la gestión económica de los costos derivados.²⁰

Cabe destacar además los problemas generados por la falta de uniformidad terminológica que dificultan la óptima armonización de este derecho: “llama la atención la variedad terminológica

²⁰ Información extraída de:

GUZMÁN ZAPATER, Mónica (Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED): *La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía*, Revista de derecho de la Unión Europea, núm 28, Madrid, enero– junio 2015, págs: 259-280.

con la que se alude a este derecho, haciendo difícil una aproximación rápida a su contenido y efectos. Las locuciones «derecho a la protección diplomática y consular», «derecho a la protección consular», «asistencia consular», los ciudadanos «se beneficiaran de la protección diplomática y consular» «derecho a la protección por las autoridades diplomáticas y consulares» (esta última la más próxima a la noción), se utilizan con tal falta de rigor jurídico, sobre todo en los documentos de trabajo, que ponen en la pista sobre las dificultades políticas para alcanzar un acuerdo entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión en lo relativo al contenido y alcance con el que dotar a este derecho de la Ciudadanía”.²¹

5.- Derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión²²

El derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión nace con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea²³. Es bien cierto que, como el Tratado tenía carácter económico, los trabajadores no eran considerados como personas, sino como factores de producción, esto es, instrumentos necesarios para contribuir al desarrollo económico de Europa. Más adelante esta concepción cambia y se sustituye por lo que hoy en día se conoce con el nombre de ciudadanía europea, establecido con el Tratado de Maastricht de 1992. Los trabajadores pasan de ser considerados factores de producción por el ordenamiento jurídico, a ser considerados personas que tienen libertad para circular y residir en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y, por supuesto, ejercer el derecho al trabajo.

El derecho a la libre circulación de los trabajadores permite a los nacionales de los Estados miembros y a sus familiares desplazarse a cualquier país europeo, así como establecer su residencia y trabajar en igualdad de condiciones que los nacionales del país, esto es, prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores desplazados y los trabajadores originarios.

Por lo tanto, el trabajador comunitario puede desempeñar cualquier profesión u oficio en el territorio de la Unión Europea, en condiciones de igualdad de trato, en cuanto al acceso al trabajo, las condiciones de trabajo y la protección social del país de acogida.

Los Estados miembros deben armonizar las condiciones de residencia, concretamente para la reagrupación familiar, de modo que puedan garantizar la intimidad familiar de los trabajadores; así mismo, deberán eliminar todas las trabas administrativas con respecto al reconocimiento de títulos o de cualificaciones profesionales equivalentes; y finalmente, mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores fronterizos.

Cabe mencionar que el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores es competencia exclusiva de los Estado miembros, a través de su legislación laboral y los convenios

21 GUZMÁN ZAPATER, Mónica (Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED): *La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía*, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm 28, Madrid, enero – junio 2015, pág. 260.

22 TFUE, Artículo 45.

23 TCCEE, Título III, capítulo 1, arts. 48-51.

colectivos.

La no 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 implica, en consecuencia, el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo; de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; de 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; de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión. Al propio tiempo, los trabajadores migrantes se beneficiarán de un sistema de seguridad social que les permita garantizar, a ellos y a sus derechohabientes, la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; y el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.²⁴

Un ciudadano comunitario desplazado a otro Estado miembro de la Unión europea tiene derecho a buscar trabajo, ser atendido en la oficina nacional de empleo, al igual que los nacionales del Estado de acogida, y permanecer en el país durante un tiempo razonable para encontrar un empleo. La norma se aplica igual para todos los trabajadores, ya sean fijos, estacionales o fronterizos. También queda prohibida toda discriminación a los trabajadores por razones lingüísticas, a no ser que éstas sean imprescindibles para el puesto de trabajo a desempeñar.

El derecho a la libre circulación y residencia de los trabajadores puede restringirse por motivos de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Las medidas restrictivas tiene que estar debidamente fundamentadas y tiene que guardar relación con el comportamiento personal del sujeto al que se apliquen. Por otro lado, no pueden aplicarse dichas medidas a cualquier tipo de comportamiento del individuo, sólo las que supongan un amenaza grave y real para los intereses del Estado. En este sentido, la Directiva 2004/38/CE recoge una serie de garantías procesales.

La libre circulación de los trabajadores también podrá aplicarse a los empleos en la Administración Pública, pudiéndose restringir este derecho para aquellos puestos que tengan una relación con el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado (por ejemplo, la seguridad interior o exterior).

Asimismo, podrá limitarse la libre circulación de los trabajadores, durante un período transitorio, para aquellos Estados que se haya adherido recientemente a la Unión Europea. Estas restricciones no afectan a los viajes al exterior ni a la actividad por cuenta propia, y pueden variar entre los distintos Estados miembros. Los períodos transitorios relacionados a la adhesión de Bulgaria y Rumanía en 2007 se eliminaron el 1 de enero de 2014. Actualmente hay períodos de transición para los ciudadanos croatas, que deben finalizar, como mucho, en julio de 2020.²⁵

24 Información extraída de:

PALOMIQUE, Manuel Carlos (Catedrático de Derecho del Trabajo): *La libre circulación de los trabajadores comunitarios*, Proyecto social: Revista de relaciones laborales, núm 1, Zaragoza, 1993, págs. 125-142.

25 Información extraída de:

SCHMID-DRÜNER, Marion,: *La libre circulación de trabajadores*, dentro de “Fichas técnicas de la Unión

6.- Derecho a la Seguridad Social dentro de la Unión²⁶

Los Reglamentos 3 y 4 de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero fueron las primeras normas en materia de coordinación de las seguridades sociales, entrando en vigor en 1959. Estas normas tenían como objetivo garantizar los derechos de los trabajadores migrantes (del carbón y acero).

El Reglamento 1408/71 y su Reglamento de aplicación 574/72 sustituyeron los Reglamentos 3 y 4. Su objetivo era adecuarse a la normativa de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Económica Europea que completaba el principio básico de la libre circulación de trabajadores.

Las normas tenían un doble cometido: por un lado, favorecer la libre circulación de los trabajadores permitiendo que estos se desplazasen por el territorio de la Comunidad Europea para atender a ofertas efectivas de trabajo, y, por otro, garantizar a los trabajadores los derechos de seguridad social adquiridos.

En 1994, Los ciudadanos de Islandia, Liechtenstein y Noruega también pactaron la aplicación del Reglamento en virtud del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE) y los de Suiza en virtud del acuerdo entre la UE y dicho país. Actualmente son 31 Estados los que aplican las normas de coordinación de la Comunidad Europea.

Los Reglamentos 1408/71 y 574/72 han sido modificados en varias ocasiones, comúnmente para mejorar los preceptos de los Reglamentos en favor de la protección de los derechos de los trabajadores.

Hoy en día estos Reglamentos han sido sustituidos por los Reglamentos 883/04 y 987/09, que entraron en vigor en 2010. Las nuevas normas no modifican los principios fundamentales de coordinación, sino que mejoran los métodos para llevar a cabo la realización de un sistema de coordinación más eficaz. En este sentido, la novedad se encuentra en la incorporación de un nuevo sistema obligatorio de intercambio electrónico de información en materia de seguridad social, para tener acceso de datos sobre la cotización o vida laboral del trabajador.

“Los nuevos Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009, mediante los que se moderniza la coordinación de la seguridad social en la UE, se basan en esta valiosa experiencia para simplificar y mejorar la legislación de la UE, de manera que repercuta favorablemente en los derechos de las personas afectadas. Con esta coordinación modernizada de la seguridad social en la UE, las normas europeas han pasado de centrarse en facilitar la movilidad de los trabajadores a hacer hincapié en potenciar los derechos de todos los ciudadanos, independientemente de que ejerzan una actividad laboral o no. Estos cambios en la coordinación de la seguridad social pretenden facilitar la vida de los europeos que viajan, residen o trabajan fuera de sus países de origen.

Europea – 2016”, Parlamento Europeo, mayo 2016:

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.3.html

26 TFUE, Artículo 48.

La coordinación modernizada constituye un avance esencial en la protección de los ciudadanos en general, y no solo de los aproximadamente 10,5 millones de europeos que viven en Estados miembros distintos del que nacieron (alrededor del 2,1 % de la población total de la UE). Esta coordinación simplificará la vida de las 250 000 personas que han trabajado en más de un Estado miembro y deben exportar una parte de sus derechos de pensión todos los años. También servirá para mejorar la protección de más de un millón de personas que cruzan fronteras a diario en la UE para acudir a su lugar de trabajo.”²⁷

Las normas de coordinación de la seguridad social sirven para determinar en qué país debe estar asegurado el ciudadano de la Unión Europea, puesto que cada Estado Miembro goza de libertad para trazar su sistema de seguridad social. Por lo común, la prestación de servicio de la seguridad social corresponde al país en el que trabaje la persona o, en caso de desempleo, al país de residencia. El Reglamento de coordinación se fundamenta en los cuatro principios básicos siguientes:

a.- Igualdad de trato

Los trabajadores por cuenta ajena o propia de otros Estados miembros deben tener los mismos derechos y estar sujetos a las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida. El Tribunal de Justicia considera que este principio es aplicable tanto a la discriminación directa como a la indirecta. Este derecho es aplicable a todo trabajador con ciudadanía europea que haya permanecido otro Estado miembro durante un período concreto de tiempo.

b.- Totalización

El principio de totalización significa que el Estado de acogida es competente a efectos de determinar si al trabajador le corresponde el derecho a una prestación de la seguridad social, de cerciorarse que cumple con el período mínimo de cotización conforme a la legislación de dicho Estado, y para ello tendrá que tener en cuenta todos los períodos de cotización que ese trabajador haya realizado en el resto de países que forman parte de la Unión Europea.

c.- No acumulación de prestaciones

Con este principio lo que se pretende es evitar que alguien abuse del derecho a la libre circulación de personas, esto es, cotizar en dos o más Estados miembros al mismo tiempo no da derecho al sujeto a cobrar varias prestaciones de la misma naturaleza simultáneamente.

d.- Exportabilidad

El principio de exportabilidad garantiza que los beneficiarios de una prestación de la seguridad social puedan cobrar la cantidad que les corresponda en cualquier país de la Unión Europea, por lo tanto, queda prohibido por parte de los Estados miembros ligar la concesión de la prestación a los beneficiarios en función del lugar de residencia.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA: *Normativa de la Unión Europea en materia de seguridad social*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010, pág. 10.

Inicialmente sólo se reservaba este derecho a una determinada categoría de personas, sin embargo, a lo largo de los años, y mediante las modificaciones de los reglamentos aplicables a esta materia, se ha ido ampliando paulatinamente la lista de beneficiarios de prestaciones de la seguridad social. Actualmente las personas que contempla la normativa son las siguientes: trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia, familias de ambos tipos de trabajadores y personas que estén a su cargo, así como apátridas y refugiados, estudiantes y personas sin empleo remunerado, nacionales de terceros países, siempre que residan legalmente en el territorio de la UE y, finalmente, nacionales de terceros países que residan legalmente en la UE y en situación transfronteriza y los miembros de sus familias y sus supervivientes, siempre que se encuentren en la UE.

En el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 883/2004 se enumeran las prestaciones de seguridad social incluidas en él: prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas; prestaciones de vejez, de supervivencia y de invalidez; prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; subsidios de defunción; prestaciones de prejubilación; prestaciones de desempleo; prestaciones familiares; prestaciones especiales en metálico no contributivas, no exportables en virtud del artículo 70 del Reglamento de coordinación.

Los ciudadanos europeos que viajen dentro del Espacio Económico Europeo (EEE) pueden utilizar la tarjeta sanitaria europea. Esta tarjeta facilita el acceso a asistencia médica durante una estancia temporal en otro país del EEE, tanto por motivos personales como profesionales.

El 16 de abril de 2014, tras años de negociaciones, se aprobó la Directiva 2014/50/UE 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. Solo se aplica a los regímenes de pensión del mercado de trabajo y, por lo tanto, no se aplica a las contribuciones voluntarias a los regímenes individuales de pensión ni a las pensiones estatales, que se rigen por el Reglamento de coordinación. Los regímenes de garantía en caso de insolvencia y otros regímenes no relacionados con la jubilación tampoco están cubiertos. La Directiva establece que los períodos de carencia o de espera no deben ser superiores a tres años y que los derechos de pensión consolidados de los trabajadores salientes pueden permanecer en el régimen en que se hayan consolidado («derechos de pensión latentes») o abonarse al trabajador en forma de capital. Los derechos de pensión latentes deben tratarse conforme al valor de los derechos de los afiliados activos o las prestaciones que se paguen en ese momento. En caso de que un trabajador saliente no haya adquirido aún derechos de pensión consolidados cuando haya finalizado la relación laboral, el régimen complementario de pensión reembolsará las contribuciones abonadas por el trabajador saliente.²⁸

7.- Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios²⁹

28 Información extraída de:

SCHMID-DRÜNER, Marion,; *La cobertura social en otros Estados miembros de la Unión*, dentro de “Fichas técnicas de la Unión Europea – 2016”, Parlamento Europeo, octubre 2016:
http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.4.html

29 TFUE, Artículos 49-55 y 56-62.

7.1.- El derecho de establecimiento dentro de la Unión nace con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea³⁰), y prácticamente no ha variado desde entonces, ya que la TFUE recoge los principios de los Tratados fundacionales de forma literal.

El derecho de establecimiento es el derecho que, todo trabajador por cuenta propia o profesional autónomo nacional de un Estado miembro, y toda empresa o sociedad constituida y con sede en un Estado miembro, tienen a establecerse en el territorio de otro Estado miembro para realizar actividades no asalariadas en las mismas condiciones que el Estado receptor exige a sus nacionales, o a las empresas y sociedades constituidas y con sede en su territorio, incluido el derecho a abrir agencias, filiales o sucursales sin discriminación por razón de nacionalidad. El concepto de “establecimiento” no se define en los Tratados constitutivos. Una vez más ha sido la jurisprudencia del Tribunal la que ha llenado el vacío de los Tratados constitutivos, definiendo el Tribunal el establecimiento como el “ejercicio efectivo de una actividad económica, por medio de una instalación permanente, en un Estado diferente al de origen”. Este establecimiento podrá ser principal o secundario (los Tratados constitutivos aluden a “agencias, sucursales o filiales”), pero, en cualquier caso, el Tribunal exige que debe tener carácter permanente. Éste es un hecho fundamental, ya que, con frecuencia, será este carácter permanente, con la vocación de integración en la vida económica en el Estado receptor, la que diferenciará el “establecimiento” de la “libre prestación de servicios”.

Otro objetivo de los Tratados constitutivos es su preocupación por facilitar que los trabajadores asalariados migrantes se establezcan por cuenta propia en el territorio del Estado miembro donde han ejercido una actividad por cuenta ajena.

7.2.- Tampoco ha sufrido grandes transformaciones el derecho a la libre prestación de servicios dentro de la Unión³¹.

Esta libertad se traduce en el ejercicio por los nacionales de los Estado miembros, establecidos en un Estado miembro, de actividades y profesiones, por cuenta propia y con fines lucrativos, en cualquier otro Estado miembro distinto del de establecimiento, sin que ese otro Estado Miembro exija más requisitos o condiciones de los exigidos a los propios nacionales.

La libre circulación de servicios se caracteriza por tres rasgos:

a.- En primer lugar, porque presupone que el prestador del servicio está ya establecido en el territorio de la Unión, no importa en qué Estado miembro, sea el Estado del que es nacional u otro.

b.- En segundo lugar, porque, a diferencia del derecho de establecimiento, se trata de la prestación temporal de un servicio, que por tanto no es una prestación que tenga vocación de permanencia, como el profesional tampoco tiene vocación de integración en la vida económica del Estado miembro en el que presta el servicio. Es significativo que los propios Tratados constitutivos prevean que se extienda el beneficio de la libre prestación de servicios a los prestadores de servicios

30 TCCEE, Título III, capítulo 2, arts. 52-58.

31 TCCEE, Título III, capítulo 3, arts. 60-66.

que sean nacionales de un tercer Estado, pero se hallen establecidos dentro de la Unión.

c.- En tercer lugar, la prestación de servicios debe, en cualquier caso, implicar el ejercicio de la actividad de manera transnacional, si bien esto no prejuzga que sea siempre el prestador el que se deba trasladar a otro Estado miembro para prestar el servicio, sino que cabe también que se desplace el destinatario.

Se consideran como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en particular actividades de carácter industrial o mercantil, actividades artesanales o actividades propias de las profesiones liberales. Los diferentes Tratados y Directivas posteriores han ido identificando y definiendo algunos de estos diferentes servicios en nuevas regulaciones de libertades (mercancías, capitales, trabajadores, transportes). Hoy, cuando el Tribunal encuentra una dificultad de encaje en determinadas actividades no claramente reguladas, tiende a calificarlas como prestación de servicios.

Por lo que se refiere a las excepciones al derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, éstas están dentro de los supuestos habituales, es decir, aquellas que va ligadas a las razones de orden público, seguridad y salud públicas. Existe una peculiaridad: la directiva 64/221 excluyó los fines meramente económicos para el uso de esta posibilidad y estableció la necesidad de valorar el comportamiento personal concreto del individuo al que se pretende aplicar alguna de estas diferentes medidas. No obstante, el concepto de orden público es nacional, y cada Estado miembro lo puede interpretar como entienda más oportuno, con la única limitación del respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, pueden existir servicios cuya prestación esté prohibida en unos Estados miembros y, en las mismas circunstancias, no esté prohibido en otros, con las consecuencias legales que ello conlleva.³²

8.- Derecho a la reagrupación familiar³³

No cabe duda que la familia constituye un pilar fundamental en la vida de las personas. La unidad y reunificación de la familia es un derecho fundamental de cualquier persona. Es por ello que la familia es objeto de protección en varios textos internacionales y actualmente, también, en los Tratados y la legislación europea. La misma *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), definen la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y como tal, debe ser necesaria su protección por parte del Estado. La *Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (1950) reconoce el derecho de cualquier persona al respeto de su vida privada y familiar, este derecho fue introducido en la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* (2000, revisada en 2007, en su artículo 7), y tenía que ser incorporada al Tratado de Lisboa. Finalmente, no

32 Información extraída de:

ARCOS VARGAS, Marycruz, et al.: *Curso de derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.

33 *Directiva 2004/38/CE*, artículo 3.

se incorporó pero en virtud de la remisión del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se hizo vinculante para todos los Estados con la excepción del Reino Unido y Polonia. Así se reconoce el derecho al respeto de la vida familiar de toda persona, como derecho fundamental, tanto para ciudadanos comunitarios como para los nacionales de terceros países, y por ello, tiene que ser garantizado a todos en el territorio de la Unión Europea por todos los Estados Miembros, con las excepciones antes mencionadas.³⁴

Como ya hemos visto, la libre circulación y residencia de personas es uno de los pilares básicos de la Unión Europea, es por ello imprescindible garantizar el derecho a la unidad familiar de los ciudadanos comunitarios dentro del territorio Schengen. La reagrupación contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural de los ciudadanos que gozan del derecho a la libre circulación y residencia en los Estados miembros, y esto permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, que es sin duda el principal objetivo de la Unión Europea. Actualmente es la Directiva 38/2004/CE la que se encarga de regular el derecho a la unidad y reunificación de la familia de los ciudadanos comunitarios, dentro del territorio de la Unión Europea. Por lo tanto vamos a proceder a analizar el artículo 2 de la mencionada Directiva.

En principio la ley distinguía los miembros de la familia que podían ser reagrupados por parte de los ciudadanos de la Unión de los que dependían en función del estatus o la categoría que ostentaran. Así por ejemplo, por lo que respecta a los ciudadanos que ostentan la condición de trabajador, el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento CEE núm. 1612/1968 les reconocía el derecho a reagrupar al cónyuge y a sus descendientes menores o ascendientes y descendientes que estuvieran a su cargo. La mencionada ley cita expresamente entre los familiares beneficiarios de este derecho a los siguientes:

“1. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro:

- a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo;
- b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado.”^{35 36}

Por lo que se refiere a los ciudadanos comunitarios que pertenecen a la categoría de

³⁴ Información extraída de:

ZABALO ESCUDERO, Elena (Catedrática de Derecho Internacional Privado): *Derecho comunitario, vida familiar y desplazamiento de personas en la Unión Europea*, Aequalitas. Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, núm. 16, págs. 28-33, Zaragoza, 2005: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1229599.pdf>

³⁵ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia: *El derecho de extranjería en la Unión Europea y en el derecho comparado: La reagrupación familiar como vehículo de integración de los inmigrantes*, Imagen y Tecnología Gráfica, S.L., Madrid, 2005, Pág. 213.

³⁶ Para la cita legal:

Reglamento CEE núm. 1612/1968 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, artículo 10.1. Este artículo ha quedado derogado por la *Directiva 2004/38/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

trabajadores por cuenta propia, ya sea en régimen de establecimiento o de libre prestación de servicios, así como incentivos y jubilados, la normativa reconocía el mismo derecho que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, los ciudadanos comunitarios residentes en un Estado miembro con condición de estudiantes gozaban solamente del derecho a instalar junto con ellos al cónyuge y a los descendientes a cargo, excluyendo de esta forma, el mismo derecho sobre los ascendientes que estuvieran a cargo (Directiva 93/96/CE).

Estas disposiciones han sido modificados 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 su familia, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que debió ser incorporada al derecho interno de los Estados miembros a más tardar el 30 de abril de 2006. En el art. 3.1 de esta Directiva, se dispone que:

“La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él.

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

Miembro de la familia:

- a) el cónyuge;
- b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado 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;
- c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b);
- d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).

3. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:

- a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia;
- b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales

y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas.”^{37 38}

Como vemos, claramente existen cambios y novedades entre el art. 10.1 del Reglamento 1612/1968 y las letras a), b), c) y d) de párrafo 2 del art. 2 de la Directiva. Por un lado, junto con el cónyuge aparece un conocido fenómeno social representado por las parejas de hecho, aunque sólo para los países que lo admitan en su propia legislación, que por cierto, actualmente se registra en prácticamente todos los países europeos; en lo que se refiere a los descendientes y ascendientes sólo van a beneficiarse los directos y se mantiene el límite de edad y la necesidad de vivir a cargo del titular del derecho a la libre circulación.

Observamos que tanto la Directiva vigente como la modificada del Reglamento 1612/1968 no imponen ninguna obligación extra a esos familiares, salvo los mencionados, de tal forma que para poder disfrutar de este derecho y residir en otro país Estado miembro de la Unión Europea, los familiares necesitan acreditar el vínculo de parentesco, única y exclusivamente. En cuanto al cónyuge, ostentará dicha condición mientras no se disuelva el vínculo matrimonial, independientemente de la situación real del matrimonio. Lógicamente, los asuntos de la convivencia de la pareja y la existencia o no de relaciones estables forma parte del ámbito de la intimidad de la pareja, por lo que las autoridades administrativas no pueden indagar sobre la situación de la pareja para determinar si esa persona tiene derecho o no a disfrutar de la libre circulación.

En cuanto a los descendientes y ascendientes beneficiarios serán sólo los directos y con la misma limitación en relación a la edad. Los descendientes tanto del nacional de la Unión Europea o de un país parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo como de su cónyuge, por el momento tanto de hijos como de nietos, siempre que sean menores de veintiún años o mayores y demuestren que viven a sus expensas, también tienen derecho a residir con el titular del derecho en cualquier otro país comunitario.

“A la luz de las disposiciones vigentes, los ascendientes de un nacional de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en otro Estado miembro o de su cónyuge sólo pueden instalarse si aquéllos viven a sus expensas. Ahora bien, se debe destacar la interpretación amplia de esta exigencia hecha por la STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004. En este caso, el TJCE ha dado respuesta a un tema trascendental ¿goza de libre circulación la progenitora china de una menor irlandesa en Reino Unido? El TJCE en su decisión final ha seguido, casi al pie de la letra, las pautas incluidas en las Conclusiones presentadas el 18 de mayo de 2004 por el Abogado General, Sr. Antonio Tizzano, dictaminó que:

'En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado

37 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia: *El derecho de extranjería en la Unión Europea y en el derecho comparado: La reagrupación familiar como vehículo de integración de los inmigrantes*, Imagen y Tecnología Gráfica, S.L., Madrid, 2005, Págs. 214-215

38 Para la cita legal:
Directiva 2004/38/CE, artículo 2.2.

miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida'.

Con esta decisión el TJCE, se ha producido un cambio importante a la hora de proceder a interpretar la mención incluida en la normativa comunitaria sobre quiénes pueden ser considerados como ascendientes “a cargo”.³⁹

Así mismo se establece la posibilidad de extender el derecho a la reagrupación a otros familiares, pero con la condición de acreditar que el familiar en cuestión está a cargo o viva en el país de procedencia con el beneficiario del derecho de residencia. De hecho, esta previsión incluso ampliada, ha sido incluida en el art. 3.2.a) de la Directiva 38/2004/CE al establecer como hemos apuntado que los Estados miembros podrán facilitar la libre circulación y residencia a: “cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia” Otro de los casos en los que igualmente se puede extender el disfrute de este derecho a otros familiares, es el caso de las pareja *ex lege*, cuyo reconocimiento legal depende de la acreditación de un periodo de convivencia o de tener descendencia común, sin necesidad de acto de constitución formal. Estamos ante una nueva figura jurídica cuya constitución, efectos, y grado de reconocimiento varía de unos Estados, esto es, no existe una uniformidad conceptual en el ámbito comunitario, incluso, en torno a su consideración de familia, aunque se evoluciona en esta línea.⁴⁰

Como hemos visto, la libre circulación y residencia de las personas, ligada a la ciudadanía europea, se extiende también a los familiares de los ciudadanos comunitarios independientemente de su nacionalidad. Sin embargo, es importante destacar si esos familiares con derecho a la reagrupación, tienen la necesidad de obtener un visado o no para poder entrar al Estado miembro de residencia del reagrupante, por supuesto, en este caso, siempre hablamos de familiares que tengan la nacionalidad de un tercer Estado, ya que los familiares que sean nacionales de un Estado miembro están exentos de la necesidad de obtener un visado para poder acceder o entrar a otro Estado miembro. Por lo tanto, nuestro objetivo es determinar si el familiar extracomunitario va a necesitar un visado para entrar y residir en el Estado miembro de residencia del reagrupante. Para contestar a esta cuestión tenemos que ceñirnos a lo que dice el artículo 5.2 de la Directiva 2004/38/CE: “Los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sólo estarán sometidos a la obligación de visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional. A los efectos de la presente Directiva, la posesión de la tarjeta de

39 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia: *El derecho de extranjería en la Unión Europea y en el derecho comparado: La reagrupación familiar como vehículo de integración de los inmigrantes*, Imagen y Tecnología Gráfica, S.L., Madrid, 2005, Págs. 217-218.

40 Información extraída de:

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia: *El derecho de extranjería en la Unión Europea y en el derecho comparado: La reagrupación familiar como vehículo de integración de los inmigrantes*, Imagen y Tecnología Gráfica, S.L., Madrid, 2005.

residencia válida contemplada en el artículo 10 eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener un visado”. Por lo tanto, de acuerdo al Reglamento (CE) n.º 539/2001, los familiares que sean nacionales de un tercer Estado, estarán exentos de solicitar y obtener un visado de entrada en aquellos casos en los que el Estado miembro en cuestión, no tenga un convenio de reciprocidad de exención de visados de entrada con el país de la nacionalidad del familiar. Por otro lado, la normativa comunitaria también establece la exención de visados en los casos en que el familiar con nacionalidad de un país tercero disponga de una "tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión".

Finalmente, mencionar que el artículo 39 de la Directiva 2004/38/CE señala que la Comisión debe presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre su aplicación. Este informe fue presentado en el año 2008 por la Comisión, donde se contempla como se aplica la Directiva 2004/38/CE en los diferentes Estados Miembros. Y el resultado no es muy satisfactorio, ya que define la aplicación de la Directiva en los diferentes países miembros de la Unión Europea de “bastante decepcionante”, puesto que ningún Estado miembro ha aplicado la Directiva en su ordenamiento interno correctamente, o al menos, como la propia normativa pretendía ser incorporada.⁴¹



II

41 Información extraída de:
MARÍN CONSARNAU, Diana: *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, Bosch Editor, Barcelona, 2010, págs. 28-29.

ANÁLISIS DEL SISTEMA DE DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS POR EL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA.

Contexto histórico: España, del aislacionismo a la modernidad

Cuando en 1957 se firma el Tratado de Roma, España, inmersa en una dictadura aislacionista y autárquica, sólo hacía dos años que había ingresado en las Naciones Unidas. Y todo ello al amparo de unos EEUU que necesitaban un aliado anticomunista en plena guerra fría. En esos momentos España no puede estar más lejos de Europa. Mientras la Europa de los seis empieza a caminar en el ámbito de los derechos individuales comunes, España se hunde en el pozo oscuro de una dictadura que ahoga los derechos de sus ciudadanos. Aún así, en 1962, con la llegada de los tecnócratas al consejo de ministros franquista el ministro Castiella solicita la entrada de España en la CEE. La petición es denegada, pero, en virtud de los intereses de la guerra fría, se le concede un acuerdo preferencial que supone una reducción arancelaria. En 1975 fallece el dictador. En junio de 1977 tienen lugar las primeras elecciones democráticas en 40 años y, un mes después, el ministro Marcelino Oreja presenta la solicitud formal de adhesión.

La Constitución democrática de 1978 será nuestra puerta hacia Europa. Se han sentado las bases, España ya es un país asimilable. El esfuerzo es ingente, hay que reformar toda la legislación, pero sólo siete años más tarde España entra en Europa. La entrada en la CEE supone para España una auténtica revolución. Hasta ese momento, y históricamente, España había sido un país exótico y empobrecido en un rincón al sur de Europa, escondido tras los Pirineos. Italia, con un déficit estructural similar, había sido rescatada y modernizada gracias al Plan Marshall tras la Segunda Guerra Mundial, pero la España de la dictadura había seguido aislada y, junto con Grecia y Portugal, necesitaba su propio Plan Marshall, los Fondos Estructurales y de Cohesión.

“Las carreteras, las ciudades, los pueblos y los campos de toda España se han llenado de obras durante estos veinte últimos años, al lado de las cuales siempre había un cartel que decía: 'Esta carretera ha sido cofinanciada por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), la línea de alta velocidad ferroviaria por el Fondo de Cohesión o el curso de peluquería por el Fondo Social Europeo'. Estos mensajes nos recordaban constantemente que esas actuaciones, su planificación, su ejecución y su pago, más de 100.000 millones de euros en estos veinte años, han venido no de los bolsillos de los líderes políticos, sino de los millones de europeos anónimos. Ciudadanos que viven en regiones relativamente más prósperas que las nuestras que decidieron, de manera ejemplar, realizar el mayor esfuerzo de solidaridad del que se tiene noticia en la historia el mundo.

Con estas ayudas se ha conseguido colmar las carencias que padecía España, especialmente en infraestructuras, pero también en una buena parte de dotaciones públicas de enseñanza, sanidad, instalaciones industriales, servicios urbanos o medio ambiente. De este modo, la construcción de

autopistas, autovías, líneas de ferrocarril de alta velocidad, puertos, aeropuertos, polígonos industriales, parques tecnológicos, universidades, hospitales, saneamientos y depuraciones de aguas, tratamiento de residuos sólidos, etc., ha sido cofinanciada en España con ayudas europeas, en tiempos que a veces parecen más bien insolidarios.”⁴²

Y en sólo 30 años todo ha cambiado para siempre. Aquella España que miraba hacia Europa ha desaparecido. Ahora España es Europa.

“El éxito del modelo de solidaridad europeo tiene en España un buen ejemplo. Cuando entramos en 1986 en la Comunidad Europea teníamos un 68% de renta per cápita respecto de la media europea, veinte años después estamos en la media, en una Europa de veinticinco Estados miembros.

La política regional europea es ante todo una política tendente a estimular, a escala comunitaria, las intervenciones que permiten a los territorios con más dificultades superar mejor sus desventajas. Nos ayuda a encontrar trabajo y a adaptarnos mejor a los cambios del mercado laboral a través de la formación. Nos permite vivir mejor en nuestra región gracias a las nuevas dotaciones en infraestructuras. Ayuda a nuestras empresas a ser más competitivas y permite que nuestros hijos viajen, estudien y trabajen en otros países. En definitiva, nos ha puesto en la modernidad y nos facilita afrontar mejor los nuevos retos de la globalización.

En un mundo de 6.000 millones de habitantes donde sólo 2.000 millones se despiertan todos los días en países democráticos, en los que se respetan los derechos humanos, de ellos 1.200 millones disponen de una relativa prosperidad que les permite alimentarse, vestirse, cobijarse y tener una educación y una sanidad adecuadas. Y ahí estamos los 450 millones de europeos, con el modelo social y medioambiental más avanzado del mundo. El 7% de los privilegiados del planeta.”⁴³

Para llegar a donde estamos, España ha tenido que hacer un doble esfuerzo: en primer lugar el establecimiento de unos derechos democráticos básicos que acabasen con la represión de la dictadura, y, en segundo lugar, la adaptación de estos derechos al marco general europeo.

Pero éste no ha sido el único reto al cual ha tenido que enfrentarse España. Tras Maastricht y Schengen, con la caída de las fronteras y la creación de la Ciudadanía Europea, es necesario extender los derechos de los ciudadanos nacionales a todos los ciudadanos europeos. Si a eso le sumamos el incremento de la inmigración desde finales de los años 90, nos encontramos con una compleja casuística que hay que regular.

Para entender mejor este fenómeno vamos a hacer un estudio estadístico de la evolución de la población española, la población de la Unión y la población extranjera en la provincia de Alicante desde el año 1998 hasta el último padrón continuo de 2015.

En 1998, seis años después de Maastricht y tres después de la entrada en vigor de Schengen,

42 GONZÁLEZ VALLVÉ, José Luis y BENEDICTO SOLSONA, Miguel Ángel: *La mayor operación de solidaridad de la historia. Crónica de la política regional de la UE en España*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pág. 7, Luxemburgo, 2006

43 *Ibíd.* págs. 7-8.

en la provincia de Alicante, de un total de 1.388.933 empadronados, 1.313.211 eran de nacionalidad española (94,55%), 55.350 eran ciudadanos de la UE (3,98%) y 20.372 eran extranjeros (1,47%). A partir de los datos de 2015 podemos observar que el cambio ha sido radical: el total de empadronados ha pasado a ser de 1.855.047, 466.114 más (un aumento de un 33,60%), de ellos 1.431.976 españoles (77,20%), 212.211 de la Unión (11,44%) y 210.860 extranjeros (11,37%).⁴⁴

Vamos a analizar estos datos: El crecimiento económico de España en la década 97-07, basado sobretodo en la construcción y el sector servicios, atrajo masivamente dos tipos de ciudadanos extranjeros, los que venían a España después de su jubilación por ser un país asequible y con buenos servicios (la población de ciudadanos de la UE de más de 65 años pasó de 19.760 en 1998 a 78.240 en 2015) y los que veían en España un país dinámico con oportunidades en su mercado laboral. En este último apartado podemos observar como la población británica menor de 40 años pasa de 107 a 14.244, un país como Rumanía (que entró en la UE en 2004 y que sufrió 2 moratorias en su derecho de reconocimiento a la ciudadanía europea) pasa de 157 a 27.485, Argelia pasa de 249 a 14.525, Marruecos de 1.472 a 36.646 y Ecuador, del que no existen datos específicos en el padrón de 1998 (el único dato que hemos encontrado ha sido “Resto de los Países de Suramérica – 428), 10.783⁴⁵. Aunque el aumento es, en todos los apartados, espectacular, destaca sobretodo el que va ligado a las oportunidades de carácter laboral, tanto para ciudadanos de la UE como para los extranjeros. Los primeros han multiplicado su presencia en un 383% y los segundos en un 1.035%. Este boom ha obligado no sólo a España, sino también a la UE, a legislar sobre el acceso a los derechos de circulación, trabajo, asistencia social y sanitaria, prestaciones, etc. Pero no solamente eso, dada la nueva complejidad social, hay que regular con claridad el acceso a los derechos de los parientes, ascendientes, descendientes, matrimonios con ciudadanos de terceros países, ver lo que ocurre en casos de separación matrimonial, lo que ocurre con las parejas de hecho, matrimonios de personas del mismo sexo, etc., en un sinfín de complejas combinaciones posibles. Y, por si eso fuera poco, con el resultado del Brexit, los ciudadanos británicos podrían cambiar su estatus en relación con la Unión, y sólo en la provincia de Alicante son 86.685 ciudadanos, más del 40% de los ciudadanos comunitarios. Tanto la UE como España se han convertido en sociedades mucho más ricas y diversas, pero mucho más complejas, y es en este ámbito en el que hay que trabajar para que los derechos, que son el núcleo del ser de la ciudadanía europea, no se vean mermados ni se resientan.

En eso se va a centrar la segunda parte de nuestro trabajo. Vamos a analizar los derechos de ciudadanía en la legislación española actual a dos niveles: por un lado aquellos derechos que se corresponden de forma prácticamente literal con la normativa europea, y, por otro, aquellos que, en virtud de una definición amplia por parte de los Tratados y Directivas, han sido matizados, adaptados o recortados por la legislación española.

En este análisis crítico también iremos viendo las constantes tensiones que se producen entre dos perspectivas: la que va por el camino de una cesión de soberanía que conduzca a una legislación europea fuerte y unitaria, y la que pretende conservar la soberanía legislativa de los Estados-Nación,

44 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2015. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia. 03 Alicante/Alacant*, INE, Madrid, 2016.

45 *Ibíd.* Todos los datos han sido extraídos del INE.

viendo a la Unión Europea como un mero órgano de coordinación. De hecho es en esta tensión que estamos construyendo Europa.



1.- DERECHOS EN LOS QUE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA NO HACE GRANDES

DISTINCIONES ENTRE CIUDADANOS ESPAÑOLES Y COMUNITARIOS.

Existen una serie de derechos y libertades que reconoce el Estado Español a los extranjeros residentes, ya sean sean comunitarios o extracomunitarios, en los mismos términos y condiciones que a los españoles, a excepción del derecho a la libertad de circulación y, para algunas cuestiones, del derecho a la educación que liga con la exigencia de una autorización de residencia o de registro en la oficina central de extranjeros, como veremos a continuación; para el resto de los derechos mencionados, la legislación española concede las mismas condiciones de ejercicio tanto a los extranjeros como a los españoles.

En principio no hay ninguna diferencia entre españoles y comunitarios por lo que se refiere al **derecho a la documentación**, es decir, cualquier persona, ya sea española o comunitaria tiene el deber y el derecho de conservar su documento de identidad. Hay casos excepcionales en que se puede retener la documentación, tanto a nacionales como a comunitarios, siempre que medie una resolución judicial (tal como dice el artículo 11 de la *Ley Orgánica 1/1992*, de 21 de febrero).⁴⁶

Al igual que en el apartado anterior los extranjeros tendrán **derecho a circular y residir en el territorio español** en los mismos términos y condiciones que los españoles, siempre y cuando sean legales. Este derecho podrá limitarse en base a una decisión judicial o bien cuando existan motivos de seguridad pública, como en casos de terrorismo; pero esa decisión limitativa deberá estar siempre motivada y su duración condicionada a la persistencia de los hechos que motivaron su adopción.⁴⁷

La **libertad de reunión y manifestación** es un derecho fundamental reconocido por la Constitución Española (art.21), sin hacer ningún tipo de distinción entre los españoles y los comunitarios para el ejercicio de este derecho. Se trata de un instrumento de reivindicación y manifestación de la opinión individual y colectiva. El uso del derecho de reunión, no exige más requisitos que el deber de comunicar y poner en conocimiento de la Administración la intención de celebrar una manifestación. Esto es así, para que la Administración pueda tomar las medidas pertinentes, en primer lugar, para facilitar el uso de un lugar, y segundo, para garantizar la seguridad de terceros. En ningún caso podrá limitar este derecho en caso de meras sospechas de riesgo para el orden público, sino que tiene que existir un peligro real de que la reunión pueda acarrear graves problemas para la seguridad de los ciudadanos o para los bienes público o de terceros.⁴⁸

La legislación española también reconoce, en beneficio de los ciudadanos comunitarios, el **derecho de asociación** en los mismos términos que los españoles, para que puedan defender sus intereses particulares y privados. Cabe mencionar, que el ejercicio de este derecho estará prohibido en casos de que se persigan fines delictivos, asimismo estarán prohibidas las asociaciones secretas y las que tengan carácter paramilitar.⁴⁹

46 JEFATURA DEL ESTADO: *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, artículo 4, BOE, núm. 10, Madrid, 12/01/2000.

47 *Ibíd.* artículo 5

48 *Ibíd.* artículo 7

49 *Ibíd.* artículo 8

La **educación** es un derecho y un deber para todas las personas que sean menores de dieciséis años; esto es igual tanto para los extranjeros como para los españoles, la legislación nacional no hace ninguna distinción respecto a esta cuestión⁵⁰. La enseñanza básica, gratuita y obligatoria engloba diez años de estudio, que va desde los seis años hasta los dieciséis, pudiendo el alumno seguir estudiando hasta los dieciocho años de edad para completar el ciclo. Los extranjeros, en esta etapa obligatoria de enseñanza, serán beneficiarios de becas y ayudas públicas en igualdad de condiciones que los españoles.

La redacción del artículo 9 es confusa, porque en la primera parte parece otorgar a cualquier extranjero mayor de dieciocho años, sea o no residente, los mismos derechos a la educación que un nacional, sin embargo, en la segunda parte de este artículo establece como requisito necesario la regularización de la situación administrativa del extranjero mayor de dieciocho años, para que éste pueda acceder a la educación postobligatoria superior. Con lo cual, los ciudadanos comunitarios mayores de dieciocho años que quieran acceder a la educación no obligatoria, deberán estar dados de alta en el Registro Central de Extranjeros. De lo cual, sólo podemos deducir que en la primera parte se refería a la educación obligatoria, aunque expresamente no lo mencione. Más bien parece un artículo fruto de una modificación posterior, es decir, a alguien le pareció que la primera parte otorgaba demasiados derechos y añadió el matiz de la segunda sin molestarse en retocar la primera.

El apartado tres establece la obligación de los poderes públicos de garantizar para los extranjeros, sin distinguir que sean residentes o no, la enseñanza para fomentar la integración social de los mismos. Sin embargo, parece contradictorio al apartado anterior, ya que difícilmente se puede ayudar a los extranjeros a recibir enseñanza cuando se les restringe el derecho de acceso a la educación postobligatoria superior en caso de que carezcan de autorización para residir en España.

Los extranjeros, al igual que los españoles, están obligados a escolarizar a los menores que tengan a su cargo. Para poder acreditar dicha situación, deberán solicitar a la autoridad autonómica competente, la emisión de justificante que demuestre que efectivamente tienen al menor/es escolarizados. Además, el incumplimiento de este deber constituye delito, tipificado por el artículo 226.1 del Código Penal. Cabe mencionar que la imposición de esta obligación a los extranjeros no constituye discriminación o restricción de derecho, sino que, por el contrario, con esto lo que se pretende es garantizar la educación de los menores de edad.⁵¹

En cuanto al **derecho de sindicación y huelga** de los extranjeros en España no existe ningún tipo de restricción, excepto las que se establezcan por razones de seguridad nacional y orden público, esto es, no será necesario acreditar una residencia legal para poder ejercer este derecho, sino que es independiente de la situación administrativa de los extranjeros, porque es un derecho inherente a la persona y a su dignidad. Cabe mencionar también que este derecho es reconocido internacionalmente, a través de los Tratados y Declaraciones, como un derecho a todas las personas independientemente de su nacionalidad. Aquí impera la condición personal del trabajador, desapareciendo la ciudadanía del mismo, ya que el derecho que se reconoce es un derecho

50 *Ibíd.* artículo 9

51 Información extraída de:

MONEREO PÉREZ, José Luis, et al.: *Comentario a la Ley de y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 577/2011)*, Editorial Comares, Granada, 2012.

fundamental del trabajador sea extranjero o español. Esto quiere decir que los ciudadanos no nacionales podrán elegir libremente el sindicato de su elección para la defensa de sus intereses, si consideran necesario, sin que quepa ningún tipo de restricción o práctica que obstaculice el ejercicio efectivo de este derecho por parte de los sindicatos.

Por lo que respecta al derecho de huelga, ésta se reconoce como un derecho universal de todos los trabajadores, al igual que el derecho libre de sindicación, por lo tanto, todos los trabajadores extranjeros tienen el derecho de hacer una huelga en los mismos términos y condiciones que los españoles.^{52 53}



52 *Ley Orgánica 4/2000*, artículo 11.

53 Información extraída de:

MONEREO PÉREZ, José Luis, et al.: *Comentario a la Ley de y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 577/2011)*, Editorial Comares, Granada, 2012.

2.- DERECHOS EN QUE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA HACE DISTINCIONES ENTRE ESPAÑOLES Y COMUNITARIOS.

2.1.- Derecho de participación pública⁵⁴

2.1.1- Los extranjeros residentes en el territorio español podrán participar en las elecciones municipales de la localidad donde tengan su domicilio. Para ello, la actuación de los poderes públicos deberá ir encaminada a facilitar el uso de este derecho por parte de las personas no nacionales. No será legítimo la adopción de medidas que entorpezca o haga más difícil la participación de los extranjeros en las elecciones locales.

Este artículo es especialmente importante, ya que significó una reforma constitucional; la Constitución de 1978 sólo reconocía el sufragio activo para los nacionales de aquellos Estados con los que España tuviera suscrito un convenio de reciprocidad, tal y como se desprendía del artículo 13.2 de la Constitución Española: “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 en las elecciones municipales.”(el subrayado es mío). La reforma constitucional se llevó a cabo el 27 de agosto de 1992, modificando así, el artículo 13.2 de la constitución y añadiendo junto al derecho de sufragio activo, también el pasivo; Este artículo se modificó porque contravenía el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, concretamente el apartado 8.B: “todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida”. Por lo tanto, el desacuerdo que se derivaba de estos dos puntos, obligó al legislador nacional a cambiar el mencionado artículo de la constitución y, reconocer, de esta forma, junto con el sufragio activo, también el sufragio pasivo de los extranjeros residentes en el territorio español.

La legislación española reconoce el derecho de los extranjeros comunitarios a participar en las elecciones municipales. Los europeos podrán votar y presentarse como candidatos en las elecciones del municipio donde tengan su domicilio. Para que este derecho pueda ser efectivo, el derecho español establece una serie de requisitos o tramites administrativos que tienen que cumplimentar los ciudadanos comunitarios que quieran ejercer el derecho al voto, en caso contrario no podrán ser partícipes en las elecciones. Estos requisitos son los siguientes:

a.- Es obligatorio que el extranjero que quiera votar esté empadronado en el ayuntamiento de la localidad en la que resida. Para ello no será necesario que el ciudadano comunitario esté inscrito en el Registro Central de Extranjeros. El extranjero comunitario tendrá que presentar la hoja de inscripción y NIE, pasaporte o documento de identidad de su país de origen, en vigor.

b.- Otro de los requisitos imprescindibles es que el ciudadano nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea que resida en España, esté dado de alta en el censo electoral.

c.- Además de los requisitos anteriores, el Extranjero comunitario tiene que declarar

⁵⁴ Ley Orgánica 4/2000, artículo 6.

expresamente su intención de votar en las elecciones municipales, porque en caso contrario no podrá ejercer el derecho al voto. Con carácter general la manifestación de voluntad la podrán realizar acudiendo a los ayuntamientos donde estén empadronados.⁵⁵

El principal problema con el que nos topamos con este derecho, como con tantos otros, es el de la mala información por parte de las autoridades. Acostumbra a pasar que los ciudadanos no toman conciencia de su derecho de sufragio hasta que se avecinan unas elecciones, si a eso le sumamos que raramente las campañas institucionales van dirigidas a la estimulación del voto de los comunitarios, los resultados de participación acaban siendo descorazonadores. Dicho de otra forma, aunque los requisitos para que un comunitario pueda votar no son demasiado complejos, cuando éste toma conciencia, si es que eso llega a producirse dada la falta de información, la premura de los plazos legales dificulta, cuando no imposibilita, el ejercicio de su derecho. Así, los plazos, que en principio no tendrían que tener ninguna importancia, ya que un ciudadano comunitario puede manifestar su voluntad de votar en cualquier momento, se convierten ahora en la frontera que les impide su acceso al voto, porque no sabían, porque nadie les informó, porque nadie se preocupó de decirles lo que tenían que hacer para poder votar. Y lo más grave es que esto no sólo inculca un derecho sino, lo que es peor, contribuye a la exclusión de estos ciudadanos de la sociedad y, por lo tanto, de una unión ciudadana igualitaria, ya que ellos también residen en un municipio español, igual que el resto de los españoles y sería justo que participaran en la elección del alcalde de su localidad, porque también forman parte de la sociedad española.

“En la actualidad, los ciudadanos de la UE deben solicitar expresamente su inscripción, a diferencia de los españoles, que son inscritos de oficio a partir de los datos del Padrón municipal. Esta diferencia constituye, probablemente, una de las causas más relevantes del índice actual de subregistro de ciudadanos UE en el censo electoral y, por esta razón, puede concebirse como una dificultad de registro de este colectivo. La principal conclusión a la que se llega es que la normativa española debería instaurar la inscripción de oficio de los electores comunitarios en el censo de las elecciones municipales e incorporar la manifestación formal de voluntad exigible para ser incluido en el censo electoral del Parlamento Europeo al procedimiento de empadronamiento. Ambas reformas estarían de acuerdo con el derecho comunitario. Además, se propone una modificación de éste último, de modo que a los Estados miembros, como España, cuyo régimen electoral reúna determinadas características, se les permita la inscripción censal de oficio de los residentes UE en todos los procesos electorales en los que éstos pueden participar.”⁵⁶

Estoy de acuerdo con el autor, ya que una inscripción automática en el censo electoral, al igual que lo hacen otros Estados miembros de la Unión Europea, facilitaría el proceso de registro de dichos colectivos y de esta forma aumentaría la participación de los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales españolas. Sería lo más justo, ya que lo propio es facilitar en la medida de lo posible el proceso participativo o electoral, puesto que es un derecho que reconoce la Unión

55 Información extraída de:

Elecciones municipales-España, Europa.eu, abril 2014: http://europa.eu/youreurope/citizens/residence/elections-abroad/municipal-elections/spain/index_es.htm

56 RODRÍGUEZ, Ángel: *Los electores comunitarios en España dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea*, Revista general del derecho constitucional, núm 4, 2007, pág 3.

Europea, de modo que, se tiene que hacer efectiva el ejercicio del derecho, no basta sólo con reconocerlo, sino que se debe llevar a cabo. Hay que informar a los ciudadanos de que tienen unos derechos que pueden ejercerlos, en este caso el derecho a la participación pública, y además, motivarlos o movilizarlos para que utilicen sus derechos, ya que el camino hacía una integración de los ciudadanos comunitarios dentro de la sociedad española.

2.1.2.- Por lo que se refiere al derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, la legislación española nos remite a la *Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993*, que ya hemos comentado anteriormente.

Para entender la trasposición normativa de los siguientes derechos debemos analizar el contexto histórico y los antecedentes normativos del *Real Decreto 240/2007*⁵⁷:

“Cuando en 1986, España se adhirió a las Comunidades Europeas, la primera norma que adoptó para adecuar su legislación 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 Tratado de la CEE. En aquel momento, el derecho de libre circulación y residencia estaba vinculado prácticamente en exclusiva al desempeño de una actividad profesional y sólo una incipiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) había permitido extender ese derecho a otras categorías de personas no conectadas directamente con el ejercicio de una actividad económica.

Posteriormente el Consejo adoptó las *Directivas 90/364, relativa al derecho de residencia, 90/365 relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta propia o ajena que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y 93/96, relativa al derecho de residencia de los estudiantes*. La adopción de estas directivas supuso un hito fundamental en el afianzamiento del derecho de libre circulación y residencia por cuanto que, consideradas en su conjunto, venían a dar cobertura jurídica a la mayor parte de personas, potenciales beneficiarias del derecho de libre circulación y residencia, y desvinculaban definitivamente este derecho del ejercicio de una actividad económica.

En España, la transposición de estas directivas se llevó a cabo 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 1995, como consecuencia de la entrada en vigor del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) en enero de 1994. 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 residencia. Dos

57 MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA: *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, Madrid, 28/02/2007. A partir de ahora *Real Decreto 240/2007*, seguido del artículo.

sucesos posteriores, la firma de una Declaración de los Ministros del Interior de Francia, España, Italia y Alemania, comprometiéndose a suprimir en relación con determinadas personas y en determinados supuestos el requisito de la tarjeta de residencia, y la entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, motivaron la adopción de otra norma, el *Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE*. Este Real Decreto, que derogaba a los tres anteriores, ha sido el marco normativo regulador del derecho de libre circulación y residencia para ciudadanos comunitarios en nuestro país hasta su derogación por el *Real Decreto 240/2007*, en marzo de 2007.”⁵⁸

A continuación vamos a analizar los derechos que se reconoce a los ciudadanos comunitarios por el *Real Decreto 240/2007*:

2.2.- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.⁵⁹

Antes de que España pasara a formar parte de la Comunidad Europea, el derecho al trabajo de los extranjeros se regulaba por la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. El artículo 15.1 de la ley establecía lo siguiente: “los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento correspondiera al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años.” Por lo que, tanto los extranjeros extracomunitarios, como los extranjeros que actualmente se consideran comunitarios, dependían del permiso de residencia y, junto a ella, del permiso de trabajo para poder ejercer una actividad económica, por cuenta propia o ajena.

La situación jurídica de los ciudadanos comunitarios, en este caso, con respecto al trabajo, cambia como consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas en el año 1986. La primera norma que adoptó para adecuar su legislación en materia de libre circulación y residencia fue el *Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo*, en base al cual se suprimió el requisito del permiso o autorización de trabajo para los ciudadanos europeos, pero persistió la obligación de obtener el permiso de residencia, que se exigía en el caso de que el ciudadano comunitario tuviera la intención de trabajar en España por un período superior a tres meses; la tarjeta era válida para todo el territorio español, con una vigencia de 5 años y renovable automáticamente.

Hoy en día, la normativa vigente que regula el derecho a la actividad laboral por cuenta

58 PEINADO BLÁZQUEZ, Dolores María (Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Jaume I.): *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, núm 27, Madrid, mayo/agosto 2007, págs. 598-600.

59 *Real Decreto 240/2007*, artículo 3.2.

propia y por cuenta ajena de los ciudadanos comunitarios, así como de los miembros de su familia es 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 Espacio Económico Europeo*.

En resumen, los extranjeros comunitarios pueden trabajar en España en las mismas condiciones que los españoles, sin que se les exija una autorización de trabajo subordinada a la situación nacional de empleo.

Tampoco es necesario que el ciudadano comunitario esté inscrito en el Registro Central de Extranjeros para poder empezar a trabajar, sino que es suficiente que esté provisto del pasaporte o documento de identidad nacional de su país. Así, el artículo 3.2 del *Real Decreto 240/2007* no menciona que los ciudadanos comunitarios estén obligados a inscribirse en el Registro Central de Extranjeros, para poder empezar a trabajar en el territorio del Estado español. La inscripción será necesaria sólo en el caso de que el ciudadano comunitario pretenda establecer su residencia en España por un periodo superior a tres meses.

Es importante hacer mención del artículo 3.2 del *Real Decreto 240/2007*, respecto a la excepción que impone a los descendientes mayores de 21 años que vivan a cargo y a los ascendientes a cargo, así como al segundo apartado del mismo: “no alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento.” Estas expresiones fueron declaradas nulas por Sentencia de 1 de junio de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por considerarse discriminatorias, ya que entraban en contradicción con la normativa europea y eran más restrictivas que ésta.⁶⁰

Por otra parte, los ciudadanos comunitarios también gozan del derecho a la seguridad social en igualdad de condiciones que los Españoles. De acuerdo a la normativa europea, la legislación española garantiza a los ciudadanos de la Unión a que les sea tenida en cuenta todos sus periodos de cotización, realizadas en otros Estados miembros, a efectos de calcular la cantidad de la prestación de la seguridad social correspondiente. Sin embargo, existe un caso de discriminación por parte del Estado español a una trabajadora migrante que había ejercido el derecho a la libre circulación y residencia, ya que no le fue tomada en cuenta las cotizaciones que había realizado en Portugal a efectos de determinar la pensión de jubilación que le pertenecía cobrar en España. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia condenando a la Tesorería General de la Seguridad a calcular la pensión que le correspondía al trabajador tomando en cuenta los períodos de cotización realizados en Portugal. Se trata de la sentencia de 21 de febrero de 2013 que a continuación vamos a analizar:

60 Información extraída de:

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA: *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, Madrid, 28/02/2007.

La trabajadora cotizó en España en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde el 1 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1999, y en Portugal del 1 de marzo de 2000 al 31 de diciembre de 2005. Solicitó la pensión de jubilación en España que le fue admitida con efectos desde el 1 de enero de 2006.

El INSS para calcular el período mínimo de cotización de los quince años que la LGSS impone como requisito fundamental para poder acceder a la pensión de jubilación, tomó en cuenta los períodos cotizados en España y en Portugal. Sin embargo, para calcular la base reguladora tomó en cuenta las bases de cotización españolas del período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1999, es decir los quince últimos años cotizados en España, y las dividió por 210. El caso es que como no empezó a cotizar a la Seguridad Social española hasta el 1 de febrero de 1989, las cotizaciones comprendidas entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de enero de 1989 se contabilizaron con cuantía de cero.

La decisión del TJUE fue clara: la trabajadora tenía derecho a que los períodos de cotización realizados en Portugal, desde 1 de marzo de 2000 al 31 de diciembre de 2005, le fueran sumadas en la base de cotización a efectos de calcular la base reguladora⁶¹.

Esta es una clara limitación por parte de una autoridad administrativa española del derecho de los trabajadores a desplazarse y residir en otro Estado miembro distinto del suyo.

2.3.- Derecho de entrada, salida, circulación y residencia en territorio español⁶²

El *Real Decreto 240/2007* reconoce a los ciudadanos comunitarios, así como a los miembros de su familia, el derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en el territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previstas por éste (posesión del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular) y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo (por razones de orden público, seguridad pública o salud pública).

2.3.1.- Los derechos de entrada, salida y residencia hasta tres meses

Los ciudadanos comunitarios, así como sus familiares también con ciudadanía europea, podrán entrar en el territorio español sin más requisitos o formalidades que la mera posesión de un pasaporte o documento de identidad válido y en vigor, a través del cual puedan acreditar su nacionalidad.

En cambio, los miembros de la familia de un ciudadano comunitario que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, tendrán que tener, además de un pasaporte válido, un visado de entrada cuando sean nacionales de un país respecto al cual la legislación comunitaria

61 Información extraída de:

<http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-procedimiento-de-calculo-de-la-pension-de-jubilacion-contemplado-en-la-legislacion-espanola-vulnera-la-normativa-de-la-ue> (22/02/2013)

62 *Real Decreto 240/2007*, artículo 3.1.

demande dicho requisito. En virtud del Real Decreto y la Directiva 2004/38, la tramitación de dichos visados es gratuita y de carácter preferente. Las personas que hayan obtenido una tarjeta de residencia de familiar de la Unión Europea, válido y en vigor, en un Estado miembro que aplique plenamente el Acuerdo de Schengen, estarán exentos de tramitar el visado de entrada, de conformidad con la novedad introducida por la legislación española. Otro dato importante del Real Decreto, de acuerdo con la Directiva, es que las autoridades encargadas del control fronterizo deberán facilitar a las personas que no dispongan de los documentos de viaje, otros mecanismos para que éstos puedan demostrar que son beneficiarios del contenido del Real Decreto.

El derecho de salida del territorio español se regula en el artículo 5 del *Real Decreto 240/2007*. No se exige la presentación del pasaporte o documento de identidad en vigor a las autoridades del control fronterizo. Al contrario de lo que hace la Directiva, el Real Decreto no menciona nada con respecto a la exención de un visado de salida. Por supuesto, se podrá prohibir la salida por razones de seguridad nacional, de salud pública, o los previstos en el Código Penal.

La única exigencia que el Real Decreto impone a los ciudadanos comunitarios para residir en el territorio español por un periodo inferior a tres meses es la posesión del pasaporte o documento de identidad en vigor en base al cual se haya entrado en España. La legislación española ha cancelado para los familiares de los ciudadanos europeos que no sean nacionales de un Estado miembro, o nacionales de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el requisito de obtener un visado de estancia. En este sentido, el Real Decreto ha modificado la normativa anterior, de acuerdo con lo previsto en la Directiva.⁶³

2.3.2.-El derecho de residencia por períodos superiores a tres meses

El Real Decreto 240/2007 modificó la obligación de los nacionales de un Estado miembro a obtener un permiso de residencia por la obligación de inscribirse en el Registro Central de Extranjeros de la oficina de extranjería de la provincia de residencia. Es importante señalar que el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en su artículo 6 contemplaba una serie de situaciones de residencia superior a tres meses que eximía a las personas de la obligación de obtener un permiso de residencia; sin embargo, con el actual Real Decreto las personas que se encontraban en una situación de exención de solicitar y obtener una tarjeta de residencia, ahora tendrán que inscribirse en el Registro Central de Extranjeros. Se podría decir que en este sentido la normativa anterior, es decir, el Real Decreto 178/2003 era más favorable con respecto a estas personas que el vigente Real Decreto 240/2007.

“Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo 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

63 Información extraída de:

PEINADO BLÁZQUEZ, Dolores María (Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Jaume I.): *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, núm 27, Madrid, mayo/agosto 2007, págs. 595-622.

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. 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 éstos y de la solicitud de renovación.”⁶⁴

No cualquier europeo puede darse de alta en el Registro Central de Extranjeros, sólo aquellos que ostenten la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, estudiante, persona que no ejerza una actividad laboral en España (con las características que analizaremos a continuación), familiares con nacionalidad comunitaria y familiares con nacionalidad extracomunitaria.

Trabajador por cuenta ajena: Para poder darse de alta tendrá que aportar el contrato de trabajo registrado en el Servicio Público de Empleo, o certificado de empleo o declaración de contratación del empleador.

Trabajador por cuenta propia: Deberá demostrar que es trabajador por cuenta propia mediante la inscripción en el Censo de Actividades económicas o mediante la inscripción en el Registro Mercantil y mediante el certificado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Estudiante: el estudiante deberá aportar un certificado de matrícula en un centro educativo, un justificante de seguro médico y una declaración de que dispone de los recursos suficientes para no convertirse en una carga para el Estado español.

Persona que no ejerza una actividad laboral: Los ciudadanos comunitarios que quieran residir más de tres meses sin realizar actividad laboral alguna en España, deberán aportar la documentación que acredite que cumplen los siguientes requisitos:

- Seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud.

- Disposición de recursos suficientes, para sí y para los miembros de su familia, para no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su periodo de residencia. “En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social.”⁶⁵

64 GIMÉNEZ ORTEGA, Alfonso: *El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”*, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, núm 13, 2007, pág. 94.

65 *Ibíd.*, p. 94.

Familiares con nacionalidad comunitaria: Tendrán que cumplir los mismos requisitos que los del artículo 7.1 a) b) o c); en caso de no cumplir con los requisitos anteriores podrá inscribirse en el Registro Central de Extranjero aportando la siguiente documentación: documento nacional de identidad o pasaporte válido, el certificado u otro documento que demuestre la residencia del familiar en España y la prueba de la existencia del vínculo familiar.

Familiares con nacionalidad de un país tercero: La normativa es más exigente en relación a estos familiares. Están obligados a solicitar y obtener una “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión”. De forma análoga que los ciudadanos comunitarios, éstos tendrán que presentar la solicitud en un plazo de tres meses desde su entrada en el territorio español, con los mismos documentos y ante la misma autoridad, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los europeos, dichas autoridades, una vez presentada la solicitud, disponen de un plazo de tres meses para expedir la tarjeta. Hay que decir que, en la práctica, la concesión de un plazo de tres meses por parte de las autoridades españolas va a suponer un trato menos favorable para los familiares extracomunitarios. Aún así, cabe destacar que el Real Decreto ha recortado el plazo que la Directiva 2004/38 establecía en seis meses. Además, la legislación española exige al familiar del ciudadano comunitario documentos relacionados con el vínculo familiar y con la dependencia económica respecto al beneficiario principal del derecho. Finalmente, la tarjeta de residencia podrá caducar y tendrá una validez limitada de cinco años a partir de la fecha de su expedición o por el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión, si dicho período fuera inferior a cinco años. En todo esto la legislación española sigue al pie de la letra las directrices comunitarias, con la sola excepción del plazo antes mencionado.

Por último, El Real Decreto recoge las garantías que ya contemplaba la Directiva en beneficio de los familiares de un ciudadano comunitario que ya hubiera adquirido el derecho de residencia, aunque no el de residencia permanente en caso de: fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada en relación con el titular del derecho de residencia. En estos casos, el derecho de residencia de estos familiares se conserva, con independencia de que desaparecieran los motivos que dieron origen a la adquisición de su derecho. El mismo artículo 9, en su apartado segundo, establece una diferencia con los familiares de terceros países, ya que éstos igualmente conservarían el derecho, sólo con la condición de haber estado residiendo en España, en calidad de miembros de la familia, antes de los supuestos mencionados anteriormente.⁶⁶

“En su versión originaria el Real Decreto 240/270 no exigía como requisito para residir en España el acreditar tener recursos suficientes y contar con seguro médico, previsión que si figura recogido en la Directiva 2004/38.

Los perjuicios económicos que semejante política legislativo acarreo fueron destacados por el Tribunal de Cuentas y motivó que en el año 2012-en plena crisis económica- el artículo 7 del

66 Información extraída de:

PEINADO BLÁZQUEZ, Dolores María (Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Jaume I.): *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, núm 27, Madrid, mayo/agosto 2007, págs. 595-622.

Real Decreto 240/2007 fuera modificado por Real Decreto-ley 16/2012, en el marco de la política de austeridad económica impulsada por el Gobierno. Desde entonces a las personas no activas se les exige como requisito para residir legalmente en España tener "recursos suficientes para no convertirse en una carga para la Asistencia Social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España".

En cualquier caso, conforme al artículo 9.3 del Real Decreto 240/2007, no se podrá adoptar "una medida de expulsión contra ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o miembros de su familia si:

- Trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia

- O si han entrado en territorio español para buscar trabajo. En este caso no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados."⁶⁷

Como podemos ver el segundo apartado es bastante ambiguo porque, ¿a qué se considera una "posibilidad real de ser contratado"? Este es un concepto bastante subjetivo, que podría suscitar diversos criterios de interpretación, lo cual afecta directamente al derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios en el territorio español. Si un ciudadano comunitario residente en España está buscando trabajo, y ve que no tiene posibilidades reales de ser contratado, él mismo abandonará el país, si su intención era precisamente la de encontrar un empleo. Lo lógico será que abandone el país para no perder más tiempo y asumir más gasto, puesto que a él le supone un coste venir a España y la estancia hasta que encuentre un trabajo, si es que lo encuentra. Por lo tanto, expulsar a un ciudadano comunitario que está buscando trabajo, por considerar que no tiene posibilidades reales de encontrarlo, resulta claramente limitativo para su derecho.

2.3.3.- El derecho de residencia permanente

De conformidad con la *Directiva 2004/38/CE*, el *Real Decreto 240/2007* reconoce este derecho a los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o parte en el Acuerdo sobre el EEE y a los miembros de su familia cuando hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años.

El *Real Decreto 240/2007*, en el artículo 10.2,a),b),c) prevé una serie de casos en los que exime a las personas de la obligación de residir por un período continuado de cinco años para adquirir el derecho a la residencia permanente. Estas personas deben encontrarse en alguna de las circunstancias siguientes:

“a) El trabajador por cuenta propia o ajena que, en el momento en que cese su actividad, haya alcanzado la edad prevista en la legislación española para acceder a la jubilación con derecho a pensión, o el trabajador por cuenta ajena que deje de ocupar la actividad remunerada con motivo de

67 NAVARRO, RODAS-SÁNCHEZ, Cristina (Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social): *El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia*, Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm 130, 2015, pág. 412.

una jubilación anticipada, cuando hayan ejercido su actividad en España durante, al menos, los últimos doce meses y hayan 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.

b) El trabajador por cuenta propia o ajena que haya cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de incapacidad permanente, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción. No será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultara de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español.

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 con el trabajador.

c) El trabajador por cuenta propia o ajena que, después de tres años consecutivos de actividad y de residencia continuadas en territorio español desempeñe su actividad, por cuenta propia o ajena, en otro Estado miembro y mantenga su residencia en España, regresando al territorio español diariamente o, al menos, una vez por semana. A los exclusivos efectos del derecho de residencia, los períodos de actividad ejercidos en otro Estado miembro de la Unión Europea se considerarán cumplidos en España.”

Estas mismas condiciones serán aplicables a sus familiares (Según el artículo 10.3)

En casos de desempleo involuntario, bajas por enfermedad o accidente, etc, se le aplicará al ciudadano comunitario la misma legislación que se le aplica al ciudadano español, es decir, que todos estos períodos, serán considerados como períodos de empleo.

En caso de fallecimiento de un trabajador comunitario en España, aunque él no hubiera adquirido permanente, sí que transferiría este derecho a los familiares que hubieran residido con él, bajo las siguientes condiciones: que el trabajador hubiera residido al menos dos años, que hubiera fallecido por enfermedad profesional o accidente de trabajo, o que su cónyuge hubiera perdido la nacionalidad española en el momento del matrimonio.

De acuerdo con lo que dice la Directiva, “se perderá el derecho de residencia permanente por ausencia del territorio español durante más de dos años consecutivos”.

Por lo que se refiere a la obtención de la tarjeta de residencia permanente para miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se exigen los mismos requisitos que ya vimos en el apartado referido a estancias superiores a tres meses.⁶⁸

No deja de llamarnos la atención que, para un derecho con un título tan evidente, tanto la Unión, como sus Estados miembros, dispongan tantos matices y condiciones. ¿Cuál es el

⁶⁸ Información extraída de:
Real Decreto 240/2007.

problema?, ¿Por qué los ciudadanos europeos “no lo acaban de serlo del todo” cuando salen de su Estado miembro?. El problema, como para casi todo, es el dinero, es decir, la financiación de los derechos adquiridos. Pero también el miedo a las migraciones masivas internas. El miedo a los ciudadanos que vengan en busca de nuevas oportunidades. Hay que poner trabas y condiciones para asegurarnos de que sólo llegan los que realmente necesitamos y para lo que los necesitamos. Resucita el espíritu del Tratado del 57 y se difumina el de Maastricht. No vamos hacia la Europa de los ciudadanos, sino hacia la Europa de los trabajadores. No vamos hacia adelante, sino hacia atrás. Estos conceptos que emanan del mismo centro de la Unión (Unión de Estados, no lo olvidemos), acaban siendo aún más estrictos cuando son aplicados por países concretos, a veces aprovechando los vacíos en la ley, a veces transgrediéndola, como frecuentemente trata de corregir el TJCE.

Podemos poner el ejemplo de Bélgica que ya ha expulsado a ciudadanos europeos de su territorio por considerarlos una carga para la asistencia social de este país. Así mismo tomó una serie de decisiones que fueron revocadas por el TJCE, como el hecho de exigir una solvencia directa al ciudadano sin posibilidad de avales para poder darse de alta en el Registro Central de Extranjeros, llevando más allá de lo razonable lo dispuesto en la Directiva. En este sentido, el tribunal dictó sentencia para dejar claro que daba igual de donde fueran procedentes los recursos que la persona aportaba para poder adquirir el derecho de residencia. También tenemos otro claro ejemplo en Francia que decidió, en 2007, expulsar de su territorio a los rumanos y búlgaros de etnia gitana antes de que se les cumpliera el plazo de los tres meses de estancia, alegando que suponían un peligro para la seguridad, transgrediendo no sólo así la Directiva, sino actuando con unos peligrosos tintes racistas.

Pero yendo a lo que aquí nos ocupa, finalmente, tenemos unos claros ejemplos de restricción de este derecho por parte de la legislación española:

a.- El primero, que fue anulado en sentencia de 2010 del Tribunal Supremo por considerarlas contrarias a la Directiva europea aplicable a este derecho, sobre la imposición de la normativa española a los familiares de los ciudadanos europeos de la obligación de demostrar la solvencia económica, y la posesión de un seguro médico, para seguir manteniendo el derecho de residencia en caso de que el familiar nacional de un estado miembro a través del cual adquirieron el derecho, hubiera fallecido, o por haber desaparecido las causas que inicialmente originaron el beneficio del disfrute de este derecho.

b.- El segundo, fue la modificación realizada del artículo 7 del *Real Decreto 240/2007*, en relación a la asistencia sanitaria de los ciudadanos comunitarios, estas modificaciones exigen la obligación de inscripción, lo que implica la posesión de un contrato de trabajo para poder tener acceso a la asistencia sanitaria pública del Estado Español.

La conclusión de todo esto es que los países miembros de la Unión Europea priorizan la importancia del mercado antes que el de las personas, esto es, parece ser que el derecho de residencia se permite, en tanto en cuanto, las personas sean productivas para el país de residencia. Todo esto no deja de coartar el derecho a la libre circulación y residencia de las personas reconocido por la Unión Europea, que debe estar dirigido a todas las personas, también a aquellas que buscan una oportunidad de futuro y la mejora de sus condiciones de vida en todo el espacio

Schengen. Ése debería ser el objetivo de la Unión y, sobre todo, de los Estado miembros, el progreso y el bienestar de todos los ciudadanos sin distinción, porque esto es el derecho de ciudadanía que se desprende del Tratado de Maastricht y no un derecho reservado a una determinada categoría o grupo de personas. Muy al contrario estas medidas ayudan a favorecer la desigualdad social, porque están especialmente enfocadas a personas que poseen un determinado nivel de poder adquisitivo.

2.4.- Derecho a la reagrupación familiar en el derecho interno español⁶⁹

Como consecuencia de la aprobación de la *Directiva 2004/38/CE* nació la necesidad de la elaboración de un nuevo texto normativo en el ordenamiento interno español, que ha dado lugar a la aprobación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, por el cual se deroga el *Real Decreto 178/2003* y el resto de normas que contradigan lo dispuesto en la normativa vigente.

Como hemos señalado anteriormente, el *Real Decreto 240/2007* regula los derechos de entrada, libre circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios en España, así como el derecho a la reagrupación familiar de estos ciudadanos. Así, como el objetivo de este apartado es analizar la situación de los familiares beneficiarios del derecho a la reagrupación, vamos proceder a realizar dicho análisis desde el punto de vista de la regulación de la legislación española y haciendo una comparación con la *Directiva 2004/38/CE*, para determinar si el Real Decreto traspuesto al Derecho interno español se adecúa a lo establecido con la mencionada Directiva Europea:

2.4.1.- El Cónyuge

El artículo 2 a) del *Real Decreto 240/2007* dice que la presente normativa, junto con el ciudadano comunitario, también beneficia “a su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal”. Esta redacción fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, concretamente la expresión “separación legal”, ya que contravenía la *Directiva 2004/38/CE*, en la cual simplemente se define como miembro de la familia al “cónyuge”. Por lo tanto, consideramos que existe una relación conyugal siempre y cuando no exista la extinción del vínculo matrimonial. Es por ello que suponía limitación del derecho a la reagrupación familiar la redacción llevada a cabo, en este sentido, por parte del legislador español, ya que una separación legal no disuelve el vínculo matrimonial, sino que mantiene en suspensión la obligación de convivencia reconocida legalmente. La separación legal puede terminar en divorcio o en una reconciliación. Por otra parte, cabe recordar que el *Real Decreto 179/2003* ya imponía el requisito de la no existencia de una separación de derecho entre las parejas para que se pudiera disfrutar del derecho a la reagrupación familiar, pero igual que en el caso anterior, esta exigencia fue anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2004.

⁶⁹ *Real Decreto 240/2007*, artículo 2.

2.4.2.- Parejas registradas

El artículo 2 a) del *Real Decreto 240/2007* reconoce el derecho a beneficiarse del régimen comunitario, junto con el ciudadano nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, “a la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.” La expresión “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado” es claramente limitativa del derecho a la reagrupación familiar de los ciudadanos comunitarios, y como tal, contraria a la *Directiva 2004/38/CE*, ya que la normativa europea no contempla este requisito en su redacción. Un ciudadano comunitario que goza del derecho a la residencia en España y decide registrarse con su pareja conforme a la legislación española para poder reagruparla, se le deniega este derecho porque las Comunidades Autónomas en España tienen un régimen de registros simultáneos, lo cual es incompatible con el ejercicio de este derecho, ya que de acuerdo a la mencionada redacción del Real Decreto se podrá reagrupar a la pareja registrada siempre y cuando el Estado miembro donde se haya llevado a cabo dicha inscripción “impida la posibilidad de dos registros simultáneos”. Esta exigencia impuesta por parte del legislador español es claramente elusiva, ya que pretende saltarse la normativa europea, dejando fuera del régimen comunitario a las parejas constituidas en España entre dos ciudadanos comunitarios o entre un ciudadano comunitario y un extracomunitario. Como expresa Diana Marín Consarnau “parece que, en cierta manera, el desarrollo normativo interno intenta imponer un requisito que, a mayor abundamiento, tampoco encuentra en la propia normativa estatal, exigiendo un tipo de registro que no existe en España.”⁷⁰ Dicho esto, como era lógico, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, declaró nulo la expresión de “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado”, por considerarla contraria a la *Directiva 2004/38/CE*.

Por otro lado, cabe mencionar que la Comunidad de Cataluña, a finales de 2011, empezó a cerrar los Registros de Parejas de Hecho con la excusa de que los Registros se habían convertido en un mecanismo fraudulento para obtener “papeles”, es decir, que un extranjero se registraba como pareja de hecho con un español o con un ciudadano comunitario para obtener el derecho a la residencia y trabajo de forma fraudulenta. De este modo se limitaba el derecho a la reagrupación familiar de los ciudadanos comunitarios residentes en Cataluña que realmente tenían una relación estable con su pareja y que ya no podían beneficiarse del régimen comunitario por el cierre de los Registros. Sin embargo, gracias al nuevo *Decreto-Ley 3/2015, de 6 de octubre, de modificación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativa a la creación del Registro de parejas estables* que ha sido publicado por el BOE el pasado 12 de diciembre de 2015, los extranjeros que sean pareja de hecho de un ciudadano comunitario, podrán volver a inscribirse como parejas de hecho, y por lo tanto, beneficiarse de los derechos que les

⁷⁰ MARÍN CONSARNAU, Diana: *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, Bosch Editor, Barcelona, 2010.

confiere el *Real Decreto 240/2007* con respecto al trabajo y la residencia.

2.4.3.- Parejas de hecho

El artículo 3.2 b) de la *Directiva 2004/38/CE* establece que el Estado miembro de acogida facilitará la entrada y la residencia de “la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.” Este apartado inicialmente no se contemplaba en el *Real Decreto 240/2007*. El 9 de noviembre del 2015 se publicó en el BOE nº 268 del *Real Decreto 987/2015*, la norma que Reforma el RD 240/2007, el Reglamento de Régimen Comunitario. El nuevo *Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de Estados de la UE y EEE* que modifica el concepto de “familia extensa”. Esta modificación llevada a cabo por el Consejo de Ministros fue motivada por la exigencia de la Comisión Europea, al Gobierno de España para incorporar la familia extensa a su ámbito subjetivo. De modo que gracias a esta modificación, el derecho a beneficiarse del régimen comunitario se extiende también a las parejas de hecho con las que un ciudadano comunitario mantenga una relación estable sin necesidad de estar inscrito en un registro público, lo cual deberá ser debidamente probada, extendiendo varios criterios de determinación de la existencia de una relación real, como por ejemplo puede ser la descendencia en común o la acreditación de un periodo mínimo de convivencia.

2.4.4.- Descendientes

El *Real Decreto 240/2007* reconoce como beneficiarios del régimen comunitario a los descendientes, ya sean del propio ciudadano comunitario, del cónyuge o de la pareja con la que mantenga una relación análoga a la conyugal inscrita en un registro público. La normativa española, al igual que la europea, establece una edad mínima de 21 años para los descendientes, sin embargo, también podrá ser considerado como miembro de la familia a los descendientes mayores de 21 años, siempre y cuando se encuentren a cargo del ciudadano comunitario.

2.4.5.- Ascendientes

El *Real Decreto 240/2007* igual que en el caso de los descendientes, reconoce el derecho a la reagrupación familiar de los ascendientes directos por parte del ciudadano de la Unión. El requisito también es análogo que en el caso de los descendientes, es decir, que el ascendiente se encuentre a cargo del ciudadano comunitario que pretende ejercer el derecho a la reagrupación.

2.4.6.- Otros familiares.

El Artículo 2 bis. 1 a) del *Real Decreto 240/2007* amplía los familiares de ciudadanos comunitarios beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. Así, la normativa establece que podrán beneficiarse del

régimen comunitario todos aquellos familiares de ciudadanos de la Unión “que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él, o que por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.” Como ya hemos señalado anteriormente, esto es lo que se conoce con el nombre “familia extensa” que fue incluida en el *Real Decreto 240/2007* en el año 2015 a raíz de la modificación llevada a cabo por parte del *Real Decreto 987/2015*.

Mantenimiento del derecho de residencia de los familiares

A continuación vamos a analizar que pasa con el derecho de residencia de los familiares de ciudadanos comunitarios cuando desaparecen las causas que motivaron la adquisición de dichos derechos. Para ello nos centraremos en los casos de fallecimiento, partida, o rotura de la relación de pareja en todas sus vertientes legales (divorcio, nulidad matrimonial o cancelación del registro como pareja de hecho).

2.4.7.- Fallecimiento del ciudadano de la Unión.

De acuerdo tanto con la legislación europea como con la española, en caso de fallecimiento del ciudadano comunitario, sus familiares conservarán el derecho de residencia. Sin embargo, hay que recordar que, en este punto, la legislación española se extralimitaba en su redacción del artículo 9.2 del *Real Decreto 240/2007*, estableciendo una serie de requisitos para los familiares que no eran nacionales de un Estado miembro que no estaban contemplados en la Directiva europea: “Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del *Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en 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.” Esta redacción fue anulada por la famosa Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, por ser limitativa del derecho al mantenimiento de la residencia de los familiares supervivientes del ciudadano comunitario. Así, conforme a la nueva redacción, los familiares extracomunitarios del ciudadano comunitario no necesitan solicitar una tarjeta de residencia, sino que podrán beneficiarse del régimen comunitario de extranjería, siempre que hayan residido en España en calidad de miembro de la familia con carácter previo al fallecimiento, y sin perjuicio de la obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes.

2.4.8.- Partida del ciudadano de la Unión.

Cuando el ciudadano nacional de un Estado miembro de la Unión Europea decida partir o marcharse de España a vivir en otro lugar, el familiar de dicho ciudadano comunitario perderá el derecho de residencia. Sin embargo, la ley hace una excepción en casos en los que el familiar extranjero tenga atribuida la custodia de los hijos, éstos residan en España y que estén matriculados en un centro de enseñanza; en este caso seguirá teniendo el derecho a residir en España, al amparo del Régimen Comunitario de Extranjería, hasta que los hijos finalicen los estudios. En este punto la normativa está correctamente traspuesta de la Directiva Europea.

2.4.9.- Divorcio, nulidad o fin de la unión registrada.

De acuerdo al artículo 9.4 del *Real Decreto 240/2007*, en casos como estos, es decir, divorcio, nulidad o fin de la unión registrada, el familiar del ciudadano comunitario con el que haya dejado de estar vinculado como familia, podrá mantener el derecho de residencia, y por lo tanto, beneficiarse del régimen comunitario de extranjería siempre y cuando se den una serie de casos que vamos a citar a continuación:

“a) Duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España.

b) Otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario, al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

c) Existencia de circunstancias especialmente difíciles como:

1.º Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.

2.º Haber sido sometido a trata de seres humanos por su cónyuge o pareja durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado y su familiar la de posible víctima, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.”

También en este caso la trasposición es literal.

2.4.10.- Acceso a actividades económicas:

El artículo 3.2 del *Real Decreto 240/2007*, limita el acceso a actividades económicas a los descendientes mayores de 21 años que vivan a cargo y a los ascendientes a cargo.

“Fruto de esta regulación, que parece manifiestamente contraria al espíritu de la Directiva, se interpuso una denuncia ante la Comisión europea. Ésta respondió que el artículo 23 de la Directiva no establece dicha limitación, y que, por tanto, la exclusión de estos miembros de la familia parece, al menos, a primera vista, contraria a la Directiva, a la vez que el fin de la situación de familiar “a cargo” pueda comportar una exclusión del miembro de la familia del régimen comunitario. Por todo lo expuesto, ¿debe interpretarse que la situación de estar “al cargo” ha de acreditarse durante todo el periodo de residencia? La respuesta es negativa en tres sentidos. En primer lugar, la propia Directiva establece, como hemos visto, las condiciones de mantenimiento del derecho de residencia, sin hacer referencia a esta causa, pero sí dotando de la mayor importancia la afectación que puede suponer en caso de que se ponga fin al vínculo matrimonial. En segundo lugar, de la propia jurisprudencia del TJCE podemos extraer que la acreditación de la situación “a cargo” debe darse en el momento exclusivo inicial cuando pretende establecerse con el ciudadano de la Unión. Finalmente, en tercer lugar, si la Directiva hubiera pretendido condicionar más allá la situación de dependencia, no sólo en el momento de la entrada y el establecimiento, hubiera limitado también de forma expresa el acceso al mercado laboral de estos familiares, lo cual no sucede, tal y como se contemplaba en la normativa anterior. Por tanto, se considera que la limitación introducida por el legislador interno en el acceso a una actividad económica por parte de estos familiares es contraria a la norma de derecho derivado, en atención a que dicha limitación no se contempla en el art. 23 de la Directiva 2004/38/CE, no pudiéndose defender la restricción a efectos de mantenimiento de la residencia, en base a los motivos argumentados.”⁷¹

Como consecuencia las expresiones del artículo 3.2 del *Real Decreto 240/2007*: “asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente real decreto”, así como: “no alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento” fueron declaradas nulas por Sentencia de 1 de junio de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por considerarse discriminatorias, ya que entraban en contradicción con la normativa europea y eran más restrictivas que ésta.

71 MARÍN CONSARNAU, Diana: *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, Bosch Editor, Barcelona, 2010, págs. 97-98.

2.5.- Derecho a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales.⁷²

En el año 2012 el sistema sanitario público español sufre radicales cambios de perspectiva consistentes en pasar de la sanidad pública y gratuita para todos (incluidos ciudadanos europeos, ciudadanos extracomunitarios y ciudadanos en situación irregular) a recortes en los paquetes de atención sanitaria en función de la situación legal del individuo (paquetes generales, paquetes básicos, paquetes específicos). A partir de esta fecha todo queda bien aclarado y ordenado: los ciudadanos europeos quedan obligados a ir al Registro y los que estén en situación irregular se quedan con los servicios sociales básicos.

Por eso, este derecho se ve mediatizado, como el anterior, por la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, con lo que ello supone. Es decir, ningún problema para ciudadanos europeos con un contrato de trabajo, que, automáticamente, tendrán los mismos derechos que los ciudadanos españoles. Hecho, por otro lado, obvio, ya que todo trabajador en España, sea cual sea su nacionalidad, si está dado de alta y trabajando, cotiza a la Seguridad Social, con lo cual es un usuario de pleno derecho de sus servicios. Ningún problema tampoco para aquellos ciudadanos europeos que demuestren tener recursos suficientes y tengan además contratado un seguro médico privado, porque en caso de que accedieran a la sanidad pública esta recobraría el importe a través del seguro privado contratado, con un coste cero para las arcas públicas.

Por tanto consideramos éste un dudoso derecho de ciudadanía, y nos parece más bien un derecho al que solo pueden acceder aquellos que tengan recursos económicos para hacerlo. Parecería esto indicar que en la Europa actual los derechos se compran como mercancías. ¿Y que les queda a los ciudadanos europeos que no pueden comprarlos? Seguramente el acceso a los llamados servicios sociales básicos, que no van mucho más allá de la beneficencia decimonónica, más aún teniendo en cuenta que quien los gestiona son unas comunidades autónomas y ayuntamientos drásticamente infrafinanciados. No son habituales en España las expulsiones de ciudadanos comunitarios que no puedan cumplir los requisitos legales para residir aquí, tal vez preferimos que, aburridos de la exclusión del sistema, se marchen ellos solos.

“La tendencia universalizadora adquiere en estos casos un matiz preocupante, toda vez que denota un alejamiento del concepto de justicia social y de solidaridad con las personas más desfavorecidas que es la ratio última de la ciudadanía sanitaria. Ello contrasta notablemente con la tendencia seguida en las últimas décadas. En el modelo precedente, la universalización de la asistencia sanitaria se había producido extendiendo ésta a los colectivos más sensibles y desprotegidos, fundamentalmente a los que carecían de recursos económicos suficientes, esto es, a aquellas personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, fueran iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional (Real Decreto 1088/1989). Se partía de la idea básica de

72 MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud*, BOE, núm. 186, Madrid, 04/08/2012, artículo 2.1. b)

que, por encima de dichos ingresos, las personas disponían de recursos para proveerse de asistencia médica o se encontraban dentro de algunos de los supuestos habilitantes para disfrutar de las prestaciones públicas. Se priorizaba incluyendo a los colectivos menos favorecidos económicamente. Ahora la universalización se extiende a aquellas personas que, no estando trabajado ni cotizando –posiblemente porque no lo necesitan– reciben rentas iguales o inferiores a los cien mil euros anuales. Ciertamente se trata de una curiosa interpretación del principio de universalización de la asistencia sanitaria pública que no parece propender hacia un modelo de justicia social perfecta.

En fin, este proceso, si utilizamos las palabra de Añón, nos alejaría del concepto de «ciudadanía social» para acercarnos al concepto de «ciudadanía laboral», toda vez que sería el trabajo fundamentalmente lo que proporcionaría la ciudadanía plena y los derechos sociales y económicos. El reconocimiento del derecho se vincularía, no a la idea de ciudadano, sino más bien a la del trabajador”⁷³

En tanto que las competencias en sanidad están mayoritariamente transferidas a las Comunidades Autónomas, éstas han tenido un papel muy importante en el desarrollo de un sistema sanitario universal, esto es, un sistema más justo que el propuesto por la normativa estatal, un sistema aplicable a todos los ciudadanos extranjeros residentes en su ámbito territorial, ya sean estos legales o ilegales. El *Real Decreto 1192/2012* es excluyente y restrictivo, ya que no sea adecuada a la *Directiva 2004/38/CE*: “la previsión de que para estancias superiores a tres meses, el trabajador comunitario ha de disponer de recursos económicos suficientes para sí y los miembros de su familia, de tal modo que no se convierta en una carga para la asistencia social, no puede interpretarse en el sentido de que disponga de un seguro de enfermedad privado. La asistencia sanitaria no es asistencia social.”⁷⁴ Las Comunidades Autónomas se han impuesto a dicho Real Decreto, para incluir a los ciudadanos comunitarios sin recursos, y no sólo, ya que también extiende la protección a los extranjeros no comunitarios en la misma situación, ciudadanos residentes en España a los que el sistema nacional los había dejado fuera, es decir, los había dejado desprotegidos. Por ello, las Comunidades Autónomas han contribuido al fomento de una ciudadanía más justa y social, marcando así el camino pretendido por Europa, y siguiendo los pasos correctos para construir no sólo una ciudadanía europea más igualitaria, sino también una ciudadanía general más igualitaria, ya que también tiene en cuenta a los extranjeros no comunitarios. A continuación vamos a analizar el papel de las Comunidades Autónomas en este proceso de reintegración social de los extranjeros a partir del concepto de “ciudadanía sanitaria”.

“En este proceso evolutivo debe destacarse también el importante papel que han tenido las Comunidades Autónomas. Tanto el legislador estatal como el autonómico han ido progresivamente integrando en la cobertura sanitaria pública a determinados grupos de personas mediante

73 MARTÍNEZ CANTERO, Josefa (Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha) y CUENCA GARRIDO, Nuria María (Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha): *Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea*, AFDUAM, núm. 18, 2014, págs. 100-101.

74 SECRETARÍA GENERAL DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN, FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES: *Informe seguimiento aplicación RD 1192/2012*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2013: http://www.foroinmigracion.es/es/MANDATO-FORO-2010-2013/DocumentosAprobados/Informes/Doc_Nx_7_INFORME_SEGUIMIENTO_RD_1192-2012x_de_3_de_agosto.pdf.

disposiciones normativas sectoriales de diverso rango. Como regla general éstas se han mostrado bastante generosas a efectos de la concesión de este título habilitante al amparo de las competencias que poseen en materia sanitaria y, sobre todo, con la intención de hacer efectiva la pretendida universalidad del derecho que proclaman las distintas leyes sanitarias e incluso algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía. Destaca, en este sentido, la *ley catalana 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de la Salud*. Dicha norma reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los colectivos a los que las normas vigentes aún no habían hecho efectiva la extensión de la asistencia sanitaria de cobertura pública con tal de acreditar que residen en Cataluña y que no tienen derecho a la asistencia con cargo a otra entidad distinta.

Otras, con buen criterio, apelaron incluso a los compromisos asumidos por el Estado Español en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966*, cuyo artículo 12 consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y establece la obligación para los Estados de asegurar la efectividad de ese derecho creando las condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Tal ha sido el caso, por citar tan solo un ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Valencia en virtud de lo previsto en el *Decreto 26/2000, de 22 de febrero, del Gobierno valenciano, por el que se establece el derecho a la asistencia sanitaria a ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y se crea la tarjeta solidaria*. Esta norma reconoció directamente el derecho a los extranjeros empadronados en esta Comunidad e instauró la llamada «Tarjeta Solidaria» para los extranjeros no empadronados, correspondiendo su otorgamiento a las Unidades de Afiliación y Validación de la Conselleria de Sanidad, una vez recibida la solicitud a través de los trabajadores sociales, tanto de los centros sanitarios como de los ayuntamientos.

La misma sensibilidad han mostrado en los últimos años hacia otros colectivos especialmente desprotegidos, tal como venía ocurriendo con las personas en situación de desempleo de larga duración, que hasta la Ley General de Salud Pública de 2011 se quedaban totalmente desprotegidas si no reunían las condiciones para acogerse a otros supuestos que reconocen el derecho a una cobertura sanitaria pública. En la misma situación podían llegar a encontrarse los trabajadores autónomos o los pequeños y medianos empresarios que cotizan al Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social (RETA), a los que la crisis económica ha obligado a cerrar sus negocios y a causar baja en el citado régimen. Ante estas situaciones de desprotección, y guiadas por un principio de justicia y solidaridad social, algunas Comunidades Autónomas han extendido la cobertura sanitaria también a estos colectivos.

Incluso algunas de ellas han adoptado normas de distinto rango que contravienen directamente la nueva regulación establecida en el *Real Decreto-Ley 16/2012*. Así está sucediendo con el colectivo de los inmigrantes irregulares, no sólo por razones humanitarias, sino también amparándose en el principio de universalidad que inspira nuestro sistema y en el respeto a la dignidad de todo ser humano. Paradigmático ha sido el caso de Navarra o del País Vasco, cuyas regulaciones han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional. En esta última Comunidad se promulgó el *Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, para extender la*

asistencia médica a los extranjeros irregulares. Se les reconoce este derecho a todas aquellas personas que ya dispusieran de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del *Real Decreto-Ley 16/2012*. De forma similar se ha reaccionado en la Comunidad navarra mediante la *Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra*. Esta norma ha establecido uno de los diseños más avanzados de universalización de la asistencia sanitaria que se conoce en nuestro país. Garantiza de forma completamente gratuita el acceso a la atención primaria y especializada de todos los ciudadanos que estén residiendo en su territorio, sin necesidad de acreditar tiempo alguno y con independencia de su situación administrativa en España. Es más, la residencia del inmigrante irregular se puede acreditar por cualquier medio admitido en Derecho, toda vez que el empadronamiento se concibe simplemente como uno de estos posibles medios de acreditación.

Ambas normas han sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional mediante la presentación de un conflicto positivo de competencias por parte del Gobierno del Estado. En el caso vasco, el *Auto del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 239/2012, de 12 de diciembre*, ha levantado parcialmente la suspensión del Decreto en el punto relativo a la extensión de la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares tras realizar una ponderación de los perjuicios que causaría el mantenimiento de la suspensión de la norma vasca o su levantamiento para posibilitar dicha asistencia hasta tanto no se resuelva el conflicto competencial. Se daba la circunstancia de que la Abogacía del Estado no había concretado los presuntos perjuicios económicos que causaría la prestación médica a este colectivo, seguramente porque ello no hubiera sido posible ante la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias. Ante dichas circunstancias, el Auto del TC ha concluido que «el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado». En el mismo sentido se ha pronunciado el *Auto del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014* para acordar el levantamiento de la suspensión de la ley navarra.

Sin plantear un enfrentamiento tan explícito contra el Real Decreto-Ley, otras Comunidades Autónomas han adoptado medidas que apuntan en la misma línea, aunque con un nivel de protección de coberturas sanitarias bastante menor. Es el caso, por citar tan sólo algún ejemplo, de las Instrucciones de la Consejería de Sanidad para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos (30 de agosto de 2012, BOPA de 1 de septiembre), que se apoyan directamente en el valor de la dignidad humana. Parten de la idea esencial de que estos ciudadanos, cuando tienen problemas de salud, deben verse amparados por un sistema que tiene la vocación de universal, para toda persona que vive o trabaja en el territorio Español, con independencia de su situación administrativa. Con este objetivo, aunque no se les tramitará la tarjeta sanitaria del SNS ni se les financiará sus recetas, sí se les prestará asistencia sanitaria ordinaria previa solicitud en el Centro de Atención Primaria que les corresponda según su domicilio, quedando adscritos a un

equipo básico de salud de referencia.

Otras Comunidades Autónomas intentan realizar un complejo equilibrio cumpliendo la literalidad los mandatos del Real Decreto-Ley y a la vez evitando que puedan producirse problemas de salud pública con curiosas soluciones que, aunque son plenamente razonables, no dejan de apartarse de los mandatos del legislador. Ello se está realizando en un tono político menor, a través de la elaboración por parte de la propia Administración sanitaria de circulares o instrucciones internas que señalan las condiciones y la forma de la asistencia sanitaria pública en las situaciones especiales, así como las modalidades de facturación por los servicios médicos. Todas estas medidas denotan una gran preocupación por la salud pública y general de la población. Como ha sido denunciado desde diversas sociedades científicas, la desatención médica a los inmigrantes irregulares y la falta de seguimiento de sus enfermedades, especialmente de aquellas de declaración obligatoria, pueden ocasionar un importante problema de salud pública. Esta misma preocupación se vislumbra también en los Autos del Tribunal Constitucional que acabamos de mencionar. Aunque este reconocimiento es loable, se trata en todo caso de una prestación que no ha sido prevista por el legislador básico y que está siendo introducida a través de estas instrucciones administrativas.

En este grupo podemos destacar el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuyo Servicio de Salud ha aprobado unos criterios generales de aplicación de la asistencia sanitaria a las personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario (31 de agosto de 2012) en los que se insiste especialmente en la obligación de informar al extranjero irregular sobre la posibilidad de suscribir un convenio especial de asistencia sanitaria previo pago de una cuota. Tiene la pretensión de instaurar un cortafuego para evitar problemas de salud pública. Para ello garantiza una asistencia sanitaria a toda la población con relación a las patologías consideradas de salud pública que no será facturable y que incluirá la entrega directa de la medicación correspondiente por parte del Servicio de Salud. Sí se prevé, no obstante, que si existe algún convenio bilateral relativo a la prestación de asistencia sanitaria o si se tienen que aplicar reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social se pueda facturar directamente al país de origen de cada paciente mediante la Administración General del Estado.

Con casi el mismo contenido se han dictado también las Instrucciones sobre la asistencia sanitaria a prestar por el Servicio Madrileño de Salud a todas aquellas personas que no tengan la condición de beneficiario o asegurado (de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid el 27 de agosto de 2012). En este caso también se toman importantes precauciones para evitar problemas de salud pública. Se extiende la asistencia, incluso con la dispensación directa de medicamentos al usuario, en todos los casos de enfermedades de declaración obligatoria, así como en los supuestos de trastornos mentales graves. El listado de todas las enfermedades que se extenderían al extranjero en situación irregular se contemplan en el anexo de dichas instrucciones (gripe, hepatitis, herpes zóster, lepra, paludismo, rubeola, sida, sarampión, cólera, sífilis, rabia, etc.).

En definitiva, pues, aunque la voluntad del legislador ha sido la de reconocer el derecho a la asistencia sanitaria pública a la generalidad de la población, el grado de cumplimiento ha sido muy desigual en las Comunidades Autónomas. Esta circunstancia se aprecia especialmente en el

tratamiento dado al extranjero irregular tras la entrada en vigor del *Real Decreto-ley 16/2012*. La situación de caos, desconcierto, de inseguridad jurídica y de desigualdad que ello provoca no puede ser mayor y, en todo caso, es poco compatible con el valor de la dignidad humana que proclama nuestra Constitución y con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física que están detrás del derecho a la protección de la salud.”⁷⁵



75 MARTÍNEZ CANTERO, Josefa (Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha) y CUENCA GARRIDO, Nuria María (Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha): *Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea*, AFDUAM, núm. 18, 2014, págs. 101-105.

CONCLUSIONES:

1.- El objetivo de Europa, en base al Tratado de Maastricht, era construir una unión para los ciudadanos, una unión igualitaria, con derechos y libertades para las personas, con derecho a desplazarse dentro de este territorio sin ningún tipo de restricción para buscar nuevas oportunidades y mejorar sus condiciones de vida, es decir, construir un territorio único para los ciudadanos europeos. Esto tenía que suponer la construcción, por parte de los Estados miembros, de sistemas legales que permitiesen a los ciudadanos comunitarios desplazados a su territorio, su adaptación e integración en la vida política, social y económica de su país. Por lo tanto, la misión era conseguir reducir, en la medida de lo posible, por no decir eliminar de raíz, las limitaciones referentes a la imposición de requisitos o condiciones para acceder con plena igualdad a los derechos en el territorio de un Estado miembro, independientemente de la nacionalidad de origen. De la misma forma que hoy, cuando un ciudadano español se desplaza de una a otra Comunidad Autónoma, lo hace exento requisitos o condiciones para poder ejercer este derecho. Pero, ¿se ha conseguido realmente?, ¿Existe una Europa de los ciudadanos?

Mi opinión es que no, porque, para ello, los Estados miembros tendrían que ceder la soberanía a esa institución a la que llamamos Unión Europea, sin embargo, a lo largo del trabajo, hemos visto como los Estados son reticentes a la concesión de determinado tipo de derechos, tal como proponen las instituciones europeas, sobre todo los que afectan a las arcas públicas del país. Además, una vez traspuestas las Directivas europeas a sus ordenamientos jurídicos internos, intentan buscar vías de evasión, bien a través de los vacíos legales, o bien mediante una forma de gestión ambigua, cuando no ilegal.

2.- Lo que he descubierto con este trabajo es que las normas que emanan de las instituciones europeas a través de Directivas, Reglamentos y Decisiones para ser incorporadas a la legislación interna de los Estados miembros, en lugar de fomentar la cohesión de la unión ciudadana, en que todos tienen los mismos derechos e igualdad de oportunidades, lo que realmente prima son los intereses económicos, ya que los movimientos internos de ciudadanos son aceptables siempre y cuando sean económicamente productivos. Por desgracia frecuentemente las Directivas van en este sentido cuando, por ejemplo, permiten a los Estados miembros que puedan imponer límites a la movilidad de los ciudadanos que no demuestren una solvencia económica para evitar que éstos se conviertan en una carga para la Seguridad Social del país.

Por lo que parece para Europa, y, por supuesto, para los Estados miembros, existen ciudadanos de primera y de segunda, o también se podría decir ciudadanos convenientes y ciudadanos inconvenientes, es decir, los ciudadanos comunitarios desplazados que aporten dinero a las arcas públicas de los Estados miembros son ciudadanos de pleno derecho, sin embargo, los ciudadanos que pueden convertirse en una carga para el Estado, se convierten en ciudadanos con derechos recortados y hay que devolverlos a su país. Recordemos todas las trabas impuestas a los

ciudadanos rumanos y búlgaros, o las expulsiones en masa de ciudadanos rumanos de etnia gitana en Francia en 2007.

3.- Otro tema que me parece importante destacar es el de la participación pública de los ciudadanos europeos. Parece lógico que, si se quiere construir una ciudadanía europea, éstos puedan participar en la vida política del país de residencia. Europa reconoce este derecho pero solo para las elecciones municipales y las elecciones al Parlamento Europeo, sin embargo no extiende este derecho a las elecciones nacionales, lo cual permitiría a los ciudadanos comunitarios desplazados integrarse en la sociedad del país de residencia.

4.- En cuanto al caso de España, que es el objeto de nuestro trabajo, ya hemos visto claros ejemplos de como limita los derechos de los ciudadanos comunitarios, pues no sólo no sigue al pie de la letra las indicaciones contempladas en las Directivas Europeas (ya de por si limitantes), sino que además aplica medidas aún más restrictivas que las recogidas en la Directiva. Por esta razón, la sentencia del 2010 del Tribunal Supremo de Justicia declaró nulas varias disposiciones del Real Decreto 240/2007, dado que la legislación española no respetaba lo establecido en las Directivas y entraba en contradicción con varios puntos de la normativa europea.

5.- Como he comentado en el trabajo, la legislación española obliga a los ciudadanos comunitarios que quieran residir por un período superior a tres meses en España, a que se inscriban en el Registro Central de Extranjeros. Las condiciones son las mismas que imponen el resto de los países europeos, disponer de recursos económicos, lo cual obliga que los ciudadanos estén trabajando o que tengan una procedencia de ingresos alternativos. Estos es claramente limitativo del derecho a la movilidad ciudadana de los comunitarios por parte de la legislación española, ya que pasados los tres meses si no pueden inscribirse en el Registro, pierden el derecho a la vivienda, a la educación y a la asistencia sanitaria, por lo que se ven inhabilitados y prácticamente obligados a volver a su país de origen.

6.- Otro de los derechos que España limita a los ciudadanos comunitarios es el de la participación pública, ya que impone un plazo para que los que quieran votar en las elecciones municipales realicen una declaración formal de su voluntad de ejercer el derecho a voto. Hasta aquí todo parece normal, ya que este es un requisito que lo reconoce la Directiva europea. Sin embargo, existe un claro desconocimiento sobre la existencia de este plazo, ya que las autoridades nacionales no se encargan de informar a los ciudadanos de los requisitos para su derecho al voto, impidiendo así, o dificultando su participación. No debemos olvidar aquí que la información por parte de las instituciones públicas también es un derecho. Por eso las elecciones municipales del 2014 tuvieron una participación de los extranjeros sumamente baja. Creo que podría gestionarse mejor este tema para que los beneficiarios de este derecho tomen conciencia desde el inicio y estén al tanto de todos los tramites administrativos que tienen que llevar a cabo. No sería tan difícil que, en el momento de darse de alta en el padrón, se les diera el formulario para la inscripción en el censo electoral con una hoja informativa sobre sus derechos de acceso al voto, por ejemplo.

7.- Por lo que respecta al derecho de asistencia sanitaria, España también ha decidido imponer limitaciones a aquellos ciudadanos comunitarios que no estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros, como queda patente en la reforma llevada a cabo en el año 2012. Volvemos

otra vez a lo mismo, si no trabajas y cotizas a la Seguridad Social, no vas a tener derecho a la asistencia sanitaria, con lo cual los derechos van dirigidos a los comunitarios que son necesarios para el Estado Español y las restricciones a los que carecen de ingresos.

8.- Así mismo, como se puede ver en el trabajo, España ha incumplido la normativa europea en relación al derecho de reagrupación familiar, limitado de esta manera el derecho de los ciudadanos de la Unión a que estos durante años no pudieran ejercer su derecho en los términos y condiciones que les reconoce el derecho de la Unión Europea, y todo por la inadecuada transposición de la *Directiva 2004/38/CE* por parte del legislador español al ordenamiento interno. Por ellos, esas disposiciones que contravenían las normas de la Unión Europea han sido declaradas nulas por parte del Tribunal Supremo de Justicia.

9.- Tanto España como los otros países miembros de la Unión Europea han restringido derechos de ciudadanía como consecuencia de la última gran crisis, sin embargo las medidas que adoptan limitando estos derechos a los comunitarios pone en peligro la credibilidad de Europa. Todo parece indicar que en lugar de ir para adelante Europa ha frenado y, en algunos aspectos, va para atrás, porque los Estados miembros piensan más en sus intereses propios que en los comunes, y en eso España, por desgracia, también sigue la actual corriente europea.



BIBLIOGRAFÍA

- *.- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia: *El derecho de extranjería en la Unión Europea y en el derecho comparado: La reagrupación familiar como vehículo de integración de los inmigrantes*, Imagen y Tecnología Gráfica, S.L., Madrid, 2005.
- *.- ARCOS VARGAS, Marycruz, et al.: *Curso de derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2014.
- *.- CAICEDO CAMACHO, Natalia (Profesora ayudante del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona): *La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de la prestaciones sociales: ¿Freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?*, Revista d'Estudis Autònoms i Federals (REAF), núm. 19, Barcelona, abril 2014.
- *.- Comisión Europea: *Normativa de la Unión Europea en materia de seguridad social*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010.
- *.- GIMÉNEZ ORTEGA, Alfonso: *El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y "asimilados"*, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, núm 13, 2007.
- *.- GONZÁLEZ VALLVÉ, José Luis y BENEDICTO SOLSONA, Miguel Ángel: *La mayor operación de solidaridad de la historia. Crónica de la política regional de la UE en España*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pág. 7, Luxemburgo, 2006.
- *.- GUZMÁN ZAPATER, Mónica (Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED): *La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía*, Revista de derecho de la Unión Europea, núm 28, Madrid, enero – junio 2015.
- *.- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2015. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia. 03 Alicante/Alacant*, INE, Madrid, 2016.
- *.- MARÍN CONSARNAU, Diana: *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, Bosch Editor, Barcelona, 2010.
- *.- MARTÍNEZ CANTERO, Josefa (Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha) y CUENCA GARRIDO, Nuria María (Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha): *Ciudadanía, asistencia sanitaria y*

Unión Europea, AFDUAM, núm. 18, 2014.

*.- MELLADO PRADO, Pilar (Profesora Titular de Derecho Constitucional UNED): *El derecho de sufragio en las elecciones municipales y europeas: las resistencias a la armonización de las legislaciones nacionales*, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm 28, Madrid, enero – junio 2015.

*.- MONEREO PÉREZ, José Luis, et al.: *Comentario a la Ley de y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 577/2011)*, Editorial Comares, Granada, 2012.

*.- NAVARRO CRESPO, Elena: *La jurisprudencia del TJCE en materia de la ciudadanía de la Unión: una 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, núm. 28, Madrid, septiembre/diciembre (2007).

*.- NAVARRO, RODAS-SÁNCHEZ, Cristina (Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social): *El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia*, Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm 130, 2015.

*.- PAIS BEIRO, M.: *Solo un 10% de los residentes extranjeros podrá ejercer el derecho a voto en las municipales*, El diario.es, 03/05/2015.

*.- PALOMIQUE, Manuel Carlos (Catedrático de Derecho del Trabajo): *La libre circulación de los trabajadores comunitarios*, Proyecto social: Revista de relaciones laborales, núm 1, Zaragoza, 1993.

*.- PEINADO BLÁZQUEZ, Dolores María (Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Jaume I.): *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, núm 27, Madrid, mayo/agosto 2007.

Enlaces electrónicos:

*.- *Elecciones municipales-España*, Europa.eu, abril 2014:
http://europa.eu/youreurope/citizens/residence/elections-abroad/municipal-elections/spain/index_es.htm

*.- NEVILLE, Darren: *La libre circulación de personas*, dentro de “Fichas técnicas de la Unión Europea – 2016”, Parlamento Europeo, mayo 2016:_
http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.3.html

*.- SCHMID-DRÜNER, Marion,: *La cobertura social en otros Estados miembros de la Unión*, dentro de “Fichas técnicas de la Unión Europea – 2016”, Parlamento Europeo, octubre 2016:_
http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.4.html

*.- SCHMID-DRÜNER, Marion,: *La libre circulación de trabajadores*, dentro de “Fichas técnicas

de la Unión Europea – 2016”, Parlamento Europeo, mayo 2016:

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.3.html

*.- SECRETARÍA GENERAL DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN, FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES: Informe seguimiento aplicación RD 1192/2012, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2013:

http://www.foroinmigracion.es/es/MANDATO-FORO-2010-2013/DocumentosAprobados/Informes/Doc_Nx_7 INFORME SEGUIMIENTO RD 1192-2012x de 3 de agosto.pdf.

*.- *Thomson Reuters* (2012) [Internet] Disponible en:

<http://extranjeria.blogs.lexnova.es/2012/07/19/el-regimen-de-los-ciudadanos-comunitarios-y-sus-familiares-un-paso-atras/> [Acceso 31-05-2016].

*.- Viva campoo: 25M, elecciones europeas, Vive campoo, 25 de mayo de 2014:

<http://www.vivecampoo.es/noticia/25m-elecciones-europeas-2761.html>

*.- ZABALO ESCUDERO, Elena (Catedrática de Derecho Internacional Privado): *Derecho comunitario, vida familiar y desplazamiento de personas en la Unión Europea*, Universidad de Zaragoza: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1229599.pdf>, [19/10/2016].

*.- <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-procedimiento-de-calculo-de-la-pension-de-jubilacion-contemplado-en-la-legislacion-espanola-vulnera-la-normativa-de-la-ue> (22/02/2013)

Corpus legal básico:

*.- COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA: *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, Roma, 25/03/1957. A partir de ahora TCCEE.

*.- JEFATURA DEL ESTADO: *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, artículo 4, BOE, núm. 10, Madrid, 12/01/2000.

*.- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA: *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, Madrid, 28/02/2007. A partir de ahora *Real Decreto 240/2007*, seguido del artículo.

*.- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud*, BOE, núm. 186, Madrid, 04/08/2012, artículo 2.1. b)

*.- PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO: *Directiva 2004/38/CE*, Diario Oficial de la Unión Europea, L158, Estrasburgo, 29/04/2004. A partir de ahora *Directiva 2004/38/CE*.

*.- *Reglamento CEE núm. 1612/1968 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre*

circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, artículo 10.1. Este artículo ha quedado derogado por la *Directiva 2004/38/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

*.- UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*, Diario Oficial de la Unión Europea, C202, Artículo 21, Luxemburgo, versión consolidada 07/06/2016. A partir de ahora citado como TFUE seguido del número del artículo.

