

LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL DERECHO DE RESIDENCIA

M.^a NIEVES ARRESE IRIONDO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / EHU

I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO Y CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA.—III. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN COMO PRESUPUESTO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA RESIDENCIA DE LOS FAMILIARES EXTRANJEROS: 1. *El estatuto de la ciudadanía de la Unión*. 2. *El disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadanía de la Unión*. 3. *El derecho fundamental al respeto de la vida familiar*.—IV. LAS SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 1. *La residencia del cónyuge extranjero de una persona con nacionalidad española*. 2. *La expulsión del progenitor de un menor de nacionalidad española*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El estatus de ciudadanía de la Unión implica el reconocimiento de una serie de derechos cuando se ejercen libertades derivadas del ordenamiento comunitario. De esa manera, cualquier medida estatal que tenga como efecto privar al ciudadano de una libertad comunitaria será contraria a Derecho. Así sucede cuando, como consecuencia de la denegación de la residencia del familiar extranjero de un ciudadano de la Unión, éste está obligado a abandonar el territorio. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llegado a ampliar el espectro de situaciones que cae bajo el ámbito del Derecho de la Unión haciendo alusión al estatus de ciudadanía. No obstante, esta referencia no es plena todavía ya que subsisten las denominadas situaciones puramente internas, cuya consideración compete a cada Estado miembro.

Palabras clave: ciudadanía de la Unión; extranjeros; nacionales; residencia.

ABSTRACT

The existence of a European Union citizenship embraces a range of rights derived from this legal order. Any measures adopted by the Member States depriving of such rights constitute a breach of EU law. This happens where foreign relatives of EU citizens are denied the right to reside in the EU. However, the Court of Justice has extended the reach of this legal order by reference to EU citizenship. Nevertheless there are situations not linked with the EU that still remain within the domain of the Member States.

Key words: European Union citizenship; foreigners; nationals; right to reside.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del derecho de residencia a favor de familiares extranjeros de personas ciudadanas de la Unión es una cuestión que desde temprano ha preocupado a las instituciones de la Unión Europea, ya que su desconocimiento podría suponer una medida de disuasión para que la ciudadanía se desplazara por el territorio de la Unión. Tal es así que desde hace tiempo se han dictado normas referidas a esta materia¹. En la actualidad, la aprobación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros², ha supuesto dar un tratamiento unitario a la cuestión.

En una primera etapa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea trató de perfilar la noción de familiar beneficiario, así como el ámbito de aplicación de la normativa³. Los últimos pronunciamientos, sin embargo, están incidiendo más en los derechos derivados del reconocimiento del estatuto de la ciudadanía de la Unión.

¹ Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; Reglamento 1251/70, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo; Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios; Directiva del Consejo 90/364/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; Directiva del Consejo 90/365/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; Directiva del Consejo 93/96/CEE, de 29 de octubre de 1993, sobre el derecho de residencia de los estudiantes.

² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

³ Sirvan de ejemplo STJUE de 13 de febrero de 1985, asunto C-267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlin*; STJUE de 17 de abril de 1986, asunto C-59/85, *Países Bajos c. Ann Florence Reed*; STJUE de 18 de junio de 1987, asunto C-316/85, *Centre Public d'Aide Aociales de Courcelles c. Marie-Christine Lebon*; STJUE de 30 de abril de 1996, asunto C-13/1994, *P. c. S. y Cornwall County Council*; STJUE de 31 de mayo de 2001, asuntos C-122/99 y C-125/99, *D. y Reino de Suecia c. sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y Consejo de la Unión Europea*; STJUE de 7 de enero de 2004, asunto C-117/01, *K.B. c. Reino Unido*; STJUE de 30 de septiembre de 2004, asunto C-275/02, *Engin Ayaz c. Land Baden-Württemberg*; STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, *Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, *Yungying Jia c. Migrationsverket*; STJUE de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06, *Tadeo Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*; STJUE de 25 de julio de 2008, asunto C-127/08, *Blaise Baheten Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*.

II. ÁMBITO Y CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a entrar en, circular por y residir en el territorio de otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad. La Directiva 2004/38/CE da contenido al citado derecho, determinando los requisitos, condiciones y limitaciones para su ejercicio. Se trata, en definitiva, de una regulación que potencia la libertad de circulación de las personas dentro del territorio de la Unión.

Por otra parte, y con el propósito de que la libertad de circulación no sea coartada, es decir, que quien tiene la ciudadanía no sea disuadido de ejercerla, la Directiva extiende esa misma libertad a sus familiares cuando éstos acompañen o se reúnan con él en ese otro Estado⁴. En este sentido, se acotan los miembros de la familia que pueden beneficiarse de las libertades de entrada, circulación y residencia dentro del territorio de la Unión. Estos familiares, sin embargo, no caerían bajo el ámbito de aplicación de la Directiva cuando el ciudadano de la Unión, aun siendo nacional de un Estado miembro, no se hubiera trasladado o residiera en otro Estado miembro, ya que la finalidad que persigue la regulación es que los familiares le acompañen o se reúnan con él⁵. En dichas situaciones, al no haber vínculo con el Derecho

⁴ STJUE de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90, *R. c. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh ex parte Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, *Baumbast y R. c. Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 23 de septiembre de 2003, asunto C-109/2001, *Hacene Akrich c. Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, *Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, *Yunying Jia c. Migrationsverket*; STJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/05, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie c. R.N.G. Eind*; STJUE de 25 de julio de 2008, asunto C-127/08, *Blaise Baheten Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*; STJUE de 23 de febrero de 2010, asunto C-310/08, *London Borough of Harrow c. Nimco Hassan Ibrahim y Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 8 de noviembre de 2012, asunto C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*. M.ª Nieves ARRESE IRIONDO (2012), *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*, Bilbao, Lete, págs. 29-31.

⁵ De ahí que no se conceda la residencia en Alemania a un extranjero separado de una alemana, con quien tiene una hija, cuando madre e hija se trasladan a Austria para residir allí. Aunque la relación marital subsiste (STJUE de 13 de febrero de 1985, asunto C-267/83, *Ais-satou Diatta c. Land Berlin*), motivo por el cual el marido sigue teniendo la consideración de familiar de ciudadano de la Unión, no sería beneficiario de la Directiva 2004/38/CE, puesto que lo que se exige, de cara a facilitar la entrada y residencia de familiares extranjeros, es que se trasladen a, o residan en, otro Estado miembro a fin de que acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él, lo cual no sucede en este caso. STJUE de 8 de noviembre de 2012, asunto C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*.

de la Unión, la residencia de los familiares extranjeros queda sometida a lo establecido por el Derecho interno⁶.

Los familiares beneficiarios de las disposiciones contempladas en la regulación de la Unión Europea son: 1) el cónyuge; 2) 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; 3) los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja registrada; 4) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja registrada⁷.

La Directiva también contempla la posibilidad de extender las libertades de entrada y residencia a otros familiares, aunque en este caso sólo se comprometa a exigir a los Estados que la faciliten, conforme a la legislación estatal, cuando en el país de origen estén a cargo o vivan con quien tenga la ciudadanía de la Unión, o en caso de que sea estrictamente necesario que éste se haga cargo de su cuidado personal por motivos graves de salud. De manera similar, también deberán facilitarse la entrada y residencia de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada⁸.

En estos supuestos, a diferencia de lo que sucede con respecto a los miembros de la familia nuclear, no pesa sobre los Estados la obligación de reconocerles el derecho de entrada y residencia. No obstante, los Estados han de contemplar en sus regulaciones internas los factores que puedan serles beneficiosos a este respecto, tales como el grado de dependencia financiera o física y el grado de parentesco. Para ello gozan de un amplio margen de apreciación, ya que la Directiva no acota los supuestos en los que deban facilitarse estos derechos, pero su no contemplación podría privar al precepto de la norma comunitaria de todo efecto útil. De ahí que las solicitudes de entrada y residencia de estos familiares deban gozar de un trato más favorable que las de otros nacionales de terceros Estados, y que toda decisión deba estar basada en un estudio detenido de su situación personal, de forma que la denegación habrá de motivarse. Esta consideración habilita a los familiares cuya solicitud ha sido desestimada a acudir a la vía jurisdiccional para que los jueces comprueben si la normativa interna y su

⁶ STJUE de 27 de octubre de 1982, asuntos C-35/82 y C-36/82, *Elestina Esselina Christina Morson c. Países Bajos y Sweradje Jhanjan c. Países Bajos*; STJUE de 28 de enero de 1992, asunto C-332/90, *Volker Steen y Deutsche Bundespost*; STJUE de 5 de junio de 1997, asuntos C-64/96 y C-65/96, *Uecker y Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*.

⁷ Artículo 2.2 Directiva 2004/38/CE.

⁸ Artículo 3.2 Directiva 2004/38/CE.

aplicación han respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva⁹.

III. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN COMO PRESUPUESTO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA RESIDENCIA DE LOS FAMILIARES EXTRANJEROS

1. *El estatuto de la ciudadanía de la Unión*

En los últimos años, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está haciendo hincapié en el hecho de que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹⁰. Con ello parece que se quiere dotar de un contenido sustantivo al citado estatuto. Esta vía se inicia en relación con un asunto en el que el demandante se enfrenta a una decisión revocatoria de la nacionalidad alemana, que ha adquirido por naturalización, de manera fraudulenta. Esta adquisición tuvo como efecto que perdiera su nacionalidad austríaca de origen. El Tribunal considera que aun cuando la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad sea competencia de los Estados miembros, éstos, en el ejercicio de su competencia, deben respetar el Derecho de la Unión. En el caso concreto, la pérdida de la nacionalidad alemana daría lugar a la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión y a la privación de los derechos vinculados a él, lo cual queda comprendido en el ámbito del Derecho de la Unión¹¹.

Por lo que a la residencia se refiere, en las líneas precedentes se ha insistido en que su reconocimiento a los familiares ha de ser consecuencia del previo desplazamiento del ciudadano a otro Estado miembro, ya que en otro caso se estaría ante una situación puramente interna. El Tribunal de Luxemburgo, sin embargo, ha comenzado a matizar

⁹ STJUE de 5 de septiembre de 2012, asunto C-83/11, *Secretary of State for the Home Department c. Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman*.

¹⁰ A partir de la STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*. Más recientemente, STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*; STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*; STJUE de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11, *O., S. c. Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c. L.*

¹¹ STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*. Sobre esta sentencia, véase Sara IGLESIAS SÁNCHEZ (2010), «TJUE – Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala), *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08 – “Ciudadanía de la Unión – Artículo 17 CE – Nacionalidad de un Estado miembro adquirida por nacimiento y por naturalización – Pérdida de la nacionalidad de origen – Apatridia – Pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión”. ¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 37, págs. 933-950.

esta exigencia porque admite que del hecho de no haber ejercido la libertad de circulación no deriva en todo caso que no haya vínculo con el Derecho de la Unión¹².

Este cambio de apreciación se formula en relación con el caso de un matrimonio de nacionalidad colombiana que junto con su hijo se establecen en Bélgica, donde solicitan asilo. Tras su denegación, y debido al hecho de que han nacido dos hijos más que han adquirido la nacionalidad belga, solicitan las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo con el propósito de regularizar su situación administrativa. Estas solicitudes también son denegadas. Cuando se recurre a la instancia judicial, ésta plantea tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, básicamente para saber si las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que confieren al ascendiente, nacional de un tercer Estado, que asume la manutención de sus hijos, ciudadanos de la Unión, un derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores son nacionales y en el que residen, así como una exención del requisito de tener autorización de trabajo en dicho Estado¹³.

Ya con anterioridad, el Tribunal de Luxemburgo se pronunció sobre un asunto con menores implicados¹⁴. Se trataba de una mujer de nacionalidad china que, estando embarazada, se traslada de Reino Unido a Irlanda, donde da a luz a su hija. Ésta adquiere la nacionalidad irlandesa, por lo que la madre alega el derecho de ambas a obtener una autorización de residencia en Reino Unido, solicitud que es denegada por las autoridades británicas, al entender que, en atención a la corta edad de la niña, ésta no ejercía ningún derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia parte de que una persona menor de edad puede invocar los derechos de libre circulación y de residencia garantizados por el Derecho de la Unión, siempre que disponga de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad. En este caso la niña cuenta con ellos, ya que se los proporciona su madre. Cuestión diversa es si la madre puede beneficiarse de ese mismo derecho en su condición de ascendiente de una ciudadana de la Unión, a lo que el Tribunal respon-

¹² STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*; STJUE de 5 de mayo de 2011, asunto C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduike, Dragica Stevic c. Bundesministerium für Inneres*; STJUE de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11, *O., S. c. Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c. L.*

¹³ STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*.

¹⁴ STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, *Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*.

de de forma negativa. La razón es que la Directiva sobre la materia extiende los derechos de circulación y residencia a los ascendientes que estén a cargo de quien sea ciudadano de la Unión, y no a la inversa, es decir, cuando sean los ciudadanos de la Unión quienes estén a cargo de un familiar suyo nacional de un tercer Estado¹⁵. Sin embargo, negar que el progenitor que cuida de esa persona menor pueda residir con ella supondría privar de todo efecto útil al derecho de residencia de aquélla. Consecuentemente, cuando se reconoce un derecho de residencia por tiempo indefinido en un Estado miembro a una persona menor de edad se ha de permitir que el progenitor a cuyo cargo está resida con ella en dicho Estado, aunque no exista ninguna norma comunitaria que contemple tal posibilidad¹⁶.

Volviendo al asunto *Ruiz Zambrano*, lo que se cuestiona el Tribunal du Travail de Bruselas es si en este caso también es aplicable la jurisprudencia del asunto *Chen*, teniendo en cuenta que en aquél los niños, ciudadanos de la Unión, residen en el territorio del Estado cuya nacionalidad ostentan. La cuestión que subyace no es otra que si se está o no ante una situación puramente interna, en cuyo caso, al proceder la aplicación del ordenamiento interno, quedaría fuera del ámbito jurisdiccional del Tribunal de la Unión¹⁷. Y éste es precisamente el posicionamiento que defienden tanto la Comisión Europea como todos los gobiernos que presentaron observaciones.

2. *El disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadanía de la Unión*

El Tribunal comienza su argumentación subrayando que en este caso no cabe la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, ya que ésta sólo procede respecto de ciudadanos de la Unión que se trasladen a, o residan en, un Estado miembro distinto del Estado del que tengan la nacionalidad, así como de los miembros de su familia. No obstante, remarca que el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la

¹⁵ Aspecto que vuelve a recordar la STJUE de 8 de noviembre de 2012, asunto C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*.

¹⁶ Jaume FERRER LLORET (2005): «El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of State for the Home Department, asunto C-200/02)», *Revista General de Derecho Europeo*, 6, pág. 19; Daniel SARMIENTO (2008), «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, 26, págs. 224-225.

¹⁷ Pilar JUÁREZ PÉREZ (2011), «La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (asunto Ruiz Zambrano)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, págs. 252-253.

Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, por lo que dicho estatus se adquiere con independencia de que haya habido o no desplazamiento al territorio de otro Estado miembro. De ello deduce que este artículo se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del *disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión*¹⁸.

En consecuencia, una situación *a priori* puramente interna deja de serlo por presentar un vínculo con el Derecho de la Unión, cuando la medida estatal prive a quienes tengan reconocido el estatuto de ciudadano de la Unión de todo efecto útil en el ejercicio de derechos aparejados al citado estatuto. La negativa a conceder las autorizaciones de residencia y trabajo a los progenitores de estos menores tendría ese efecto privativo, ya que si se deniega a los ascendientes el permiso de residencia los menores estarán obligados a abandonar el territorio de la Unión, lo mismo que si no se les concede la autorización de trabajo, porque los ascendientes carecerían de los recursos necesarios para el mantenimiento de la familia. Por tanto, tanto por un motivo como por el otro, los menores ciudadanos de la Unión se encontrarían ante la imposibilidad de ejercer la esencia de sus derechos.

Este pronunciamiento pone de manifiesto diversas cuestiones:

1) No se requiere en todo caso haber ejercido previamente la libertad de circulación para poder reclamar el reconocimiento de derechos derivados del estatuto de ciudadano de la Unión.

2) Determinadas medidas estatales pueden afectar al ejercicio de derechos comunitarios, por lo que es suficiente con que exista un riesgo de que los derechos aparejados a la ciudadanía de la Unión no puedan ejercerse para que la situación creada sea merecedora de la protección dispensada por el ordenamiento comunitario¹⁹.

3) De lo anterior deriva que una situación que cabría calificar *a priori* como interna pase a tener un punto de conexión con el Derecho de la Unión. Esta visión amplificadora del Tribunal encuentra su fundamento en la tutela efectiva de los derechos que integran el estatuto fundamental de la ciudadanía de la Unión²⁰.

¹⁸ Énfasis añadido.

¹⁹ Pilar JUÁREZ PÉREZ (2011: 255).

²⁰ M.ª del Rosario CARMONA LUQUE (2011), «TJUE – Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala), G. Ruiz Zambrano/Office National de l'Emploi, C-34/09 – “Ciudadanía de la Unión – artículo 20 TFUE – Derecho de residencia de un menor en el Estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación – Concesión de un derecho de residencia al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor”», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 38, págs. 198-199; Pilar JUÁREZ PÉREZ (2011: 263-264).

En sentido contrario, si las medidas estatales no tuvieran por efecto privar a los ciudadanos del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto, no habría punto de conexión con el Derecho de la Unión, por lo que se estaría ante una situación puramente interna sometida al Derecho estatal correspondiente.

Ésta es la postura mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de una mujer con doble nacionalidad, británica e irlandesa, que siempre ha residido en Reino Unido, donde es beneficiaria de prestaciones sociales. Tras haber contraído matrimonio con un hombre de nacionalidad jamaicana obtiene por primera vez un pasaporte irlandés. En su virtud, solicita en Reino Unido, de conformidad con la Directiva 2004/38/CE, una autorización de residencia para ella misma en su calidad de ciudadana de la Unión y una tarjeta de residencia para su marido. Ambas solicitudes son denegadas por las autoridades británicas²¹.

La primera acotación que realiza el Tribunal de Luxemburgo es que no procede la aplicación de la Directiva 2004/38/CE porque, con independencia de la nacionalidad que se ostenta, no se ha ejercido la libertad de circulación. Por lo que al estatuto de ciudadana de la Unión se refiere, subraya que la mujer goza de él y puede invocar, también frente a su Estado de origen, los derechos correspondientes a tal estatuto, en particular el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los demás Estados miembros. La denegación de las autorizaciones solicitadas no tiene como efecto privarle a ella del disfrute efectivo de la esencia de los derechos inherentes a su estatuto de ciudadana de la Unión. Se trata de una persona de nacionalidad británica que, por dicho motivo, goza de un derecho de residencia incondicionado en Reino Unido. La falta de consideración de la nacionalidad irlandesa no afecta a su derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros, ni a ningún otro derecho que le confiere la ciudadanía de la Unión²².

La diferencia con respecto al asunto anterior estriba en que en éste la denegación de la autorización de residencia no implica para la ciudadana la obligación de abandonar el territorio de la Unión. El motivo no parece ser otro que la edad. En el asunto *Ruiz Zambrano* la ciu-

²¹ STJUE de 5 de mayo de 2011, asunto C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*.

²² El Tribunal mantiene una postura similar en la STJUE de 8 de mayo de 2013, asunto C-87/12, *Kreshnik Ymeraga, Kasim Ymeraga, Afijete Ymeraga-Tafarshiku, Kurshtirim Ymeraga, Labinoi Ymeraga c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*. La diferencia principal con respecto del asunto *McCarthy* estibaría en el hecho de que en aquél los familiares son ascendientes y hermanos, por lo que no formarían parte de lo que se denomina como familia nuclear.

dadanía corresponde a menores de corta edad, mientras que en éste a una mujer adulta. Por tanto, parece que en este tipo de situaciones se pretende proteger la vida familiar, aunque no se manifieste expresamente²³, pero sólo cuando hay menores implicados²⁴, dado que en la sentencia *McCarthy* el Tribunal no se pronuncia sobre la residencia del marido.

Sin embargo, la afirmación de que cuando hay menores implicados se pretende proteger la vida familiar requiere de matizaciones, tal y como se pone de manifiesto en otro pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo²⁵. El supuesto, que acumula dos asuntos, se refiere al caso de dos mujeres de nacionalidad extranjera que contraen matrimonio con nacionales de un Estado miembro, con quienes tienen descendencia. Tras la disolución de ambos matrimonios las dos mujeres, residentes en el Estado de acogida, vuelven a contraer matrimonio con nacionales de terceros Estados, con quienes también tienen hijos. En estos asuntos, teniendo en cuenta que los hijos de los primeros matrimonios tienen la nacionalidad del Estado miembro, no así los otros, lo que se plantea es si como consecuencia de la denegación de la autorización de residencia a favor de los nuevos cónyuges de las madres no se estaría privando a los niños, ciudadanos de la Unión, del efecto útil de la citada ciudadanía.

La cuestión a dilucidar en estos casos es que si tanto los cónyuges como los hijos tuvieran que abandonar el territorio estatal se privaría a los hijos nacidos de los primeros matrimonios de cualquier contacto con sus padres biológicos. De igual manera, si las mujeres decidieran permanecer en el Estado de acogida, el abandono por parte de sus maridos de dicho territorio perjudicaría la relación con sus hijos ya que no podrían seguir conviviendo. Lo que queda fuera de toda duda es que para tomar la decisión pertinente no se requiere que deba haber un vínculo biológico entre los familiares.

Ante esta encrucijada, se habrá de decidir si se produce o no privación del efecto útil de la ciudadanía de la Unión en base a las circunstancias que concurren en cada caso, decisión que compete a los órganos judiciales internos. Éstos habrán de determinar en concreto si los nuevos cónyuges asumen o no la carga legal, económica o afectiva de los menores ciudadanos de la Unión, para de esa manera concluir si se da o no una situación de dependencia entre ellos. Si la respuesta fue-

²³ Luca MANIGRASSI (2011), «Vers une citoyenneté européenne fédérale? Quelques réflexions sur l'arrêt "Zambrano"», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3, pág. 423.

²⁴ M.ª del Rosario CARMONA LUQUE (2011: 195-196).

²⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11, O., S. c. *Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c. L.*

ra afirmativa, la denegación de la autorización de residencia obligaría también al ciudadano de la Unión a abandonar el territorio estatal y el de la Unión, en cuyo caso la privación del efecto útil de la ciudadanía de la Unión sería evidente. Por el contrario, si la respuesta fuera negativa, al no pesar sobre el ciudadano de la Unión obligación alguna para abandonar el territorio, la denegación de la residencia no le privaría del efecto útil de su ciudadanía.

3. *El derecho fundamental al respeto de la vida familiar*

En las sentencias *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea omite toda referencia expresa al derecho a la vida familiar como factor a considerar en orden a autorizar la residencia de familiares extranjeros de personas ciudadanas de la Unión que no hayan ejercido la libertad de circulación. Lo determinante es que la negativa tenga como efecto que el propio ciudadano de la Unión se vea forzado a abandonar el territorio de la Unión, en cuyo caso, al producirse una privación de los derechos que configuran su estatuto de ciudadano de la Unión, la medida no se ajustaría a Derecho.

En otra sentencia, sin embargo, se aborda directamente el papel que en este tipo de situaciones corresponde al derecho a la vida familiar²⁶. Se trata de varios casos de ciudadanos de la Unión que residen en el territorio del Estado del cual son nacionales cuyos familiares extranjeros ven rechazadas sus solicitudes de residencia²⁷. La misma argumentación se repite también en otra sentencia²⁸. No obstante, las circunstancias de cada caso son distintas. En el asunto *Dereci*, quienes pretenden que sus familiares se establezcan con ellos son ciudadanos de la Unión, mientras que en el asunto *O., S. y L.*, además de las personas ciudadanas de la Unión, también podrían pretenderlo personas extranjeras²⁹.

²⁶ STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduike, Dragica Stevic c. Bundesministerium für Inneres*.

²⁷ El Sr. Dereci, nacional turco, casado con una ciudadana austríaca con quien tuvo tres hijos que también tienen la nacionalidad austríaca y que son menores de edad. El Sr. Maduike, de nacionalidad nigeriana, casado con una nacional austríaca. La Sra. Heiml, nacional de Sri Lanka, casada con un ciudadano austríaco. El Sr. Kokollari, que reside en Austria desde la edad de dos años, donde se trasladó con sus padres, de nacionalidad yugoslava, que vive a cargo de su madre, actualmente de nacionalidad austríaca. La Sra. Stevic, de nacionalidad serbia, que tiene 52 años y ha solicitado la reunificación familiar con su padre, que obtuvo la nacionalidad austríaca en 2007, de quien recibe regularmente apoyo mensual.

²⁸ STJUE de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11, *O., S. c. Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c. L.*

²⁹ Lo trascendental de la diferencia estriba en que en el primer asunto no sería de aplicación la Directiva 2003/86/CE, mientras que en el segundo sí.

En relación con quienes son ciudadanos de la Unión, como ya se ha indicado, el artículo 20.1 TFUE se opone a que un Estado adopte medidas que tengan por efecto privar a la ciudadanía de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos. Dicho efecto se referiría a la obligación que como consecuencia de la denegación de la residencia pesara sobre el ciudadano de la Unión de abandonar su territorio. No obstante, el mero hecho de que al nacional de un Estado miembro le parezca deseable, por razones económicas o para mantener unida a la familia, que se autorice la residencia a sus familiares no es suficiente en sí mismo para apoyar la opinión de que si tal derecho no se garantizara el citado ciudadano se vería forzado a abandonar el territorio de la Unión.

El Tribunal de Justicia se remite a los artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativos al derecho al respeto de la vida privada y familiar y a los derechos del niño, cuando procede³⁰. Por lo que al derecho al respeto de la vida familiar se refiere, indica, con carácter previo, que el sentido y alcance del artículo 7 CDFUE deben ser los mismos que los establecidos por el artículo 8.1 CEDH. Sin embargo, matiza que las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando aplican el Derecho de la Unión, ya que la misma no amplía el ámbito de aplicación de este último Derecho más allá de sus competencias, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados³¹. De ello deduce que si el órgano judicial estatal considera, a la luz de las circunstancias del caso, que la situación de las personas afectadas está cubierta por el ordenamiento de la Unión, deberá examinar si la denegación de la autorización de residencia vulnera el derecho al respeto de la vida familiar del artículo 7 CDFUE. Por el contrario, si la situación no estuviera cubierta por el ordenamiento de la Unión, el citado examen debería efectuarse a la luz del artículo 8 CEDH, en la medida en que todos los Estados miembros de la Unión son también parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Cuando por las circunstancias del caso pueda ser de aplicación la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras³², no sería admisible la interpretación y aplicación de la citada Directiva de forma que se violasen los derechos fundamentales de la Carta, por lo que los Estados estarían obligados a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando favorecer la vida familiar.

³⁰ Artículos 7 y 24 CDFUE.

³¹ Artículo 51 CDFUE.

³² Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre.

IV. LAS SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Lo afirmado en las líneas precedentes lleva a analizar el tratamiento que el Estado español hace de la residencia de los familiares extranjeros de quienes tienen la propia nacionalidad y no han ejercido la libertad de desplazamiento. Sobre este particular se va a atender a dos situaciones distintas planteadas recientemente. La primera surge como consecuencia de la modificación del Real Decreto sobre entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de Estados miembros. La segunda atiende a un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

1. *La residencia del cónyuge extranjero de una persona con nacionalidad española*

Cuando en 2007 se aprueba el Real Decreto 240/2007³³ se establecía expresamente que únicamente era de aplicación a ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros y a sus familiares³⁴. No obstante, la propia norma introdujo una disposición adicional en el anterior Reglamento de Extranjería³⁵, en virtud de la cual también procedería su aplicación, cualquiera que fuera su nacionalidad, a los familiares de ciudadano español cuando le acompañasen o se reuniesen con él³⁶. Con ello se equiparaba el régimen de los ciudadanos de la Unión y el de los españoles.

Como consecuencia de una sentencia del Tribunal Supremo³⁷ se anularon varios preceptos del Real Decreto 240/2007, entre ellos el que al referirse a su ámbito de aplicación requería que el ciudadano de la Unión fuera nacional de otro Estado miembro. La anulación supuso, a su vez, la propia de la disposición introducida en el Reglamento de Extranjería por innecesaria. Por tanto, la equiparación de régimen entre ciudadanos de la Unión y españoles a partir de ese momento deriva directamente del Real Decreto 240/2007.

En la redacción originaria de éste no se exigía la disposición de medios económicos suficientes para que se autorizara la residencia de

³³ 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.

³⁴ Artículo 2 RD 240/2007.

³⁵ DA 20.ª REextr.

³⁶ Quedaban fuera de esta previsión los ascendientes, salvo que ya fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada.

³⁷ STS de 1 de junio de 2010.

los familiares; bastaba con que se acreditase la condición de familiar³⁸. Sin embargo, en una reforma posterior que transcribe literalmente la Directiva 2004/38/CE³⁹, la mera condición de familiar deja de ser suficiente en aras a que se autorice la residencia, exigiéndose también al ciudadano que disponga de recursos económicos suficientes y de un seguro de enfermedad⁴⁰. La cuestión que se plantea es si cabe entender esta disposición aplicable también a las personas de nacionalidad española cuando pretenden que sus familiares extranjeros residan con ellas.

En palabras del Tribunal Supremo: «La circulación y residencia libre en el territorio de los Estados miembros, delimitando un espacio sin fronteras, para que se pueda ejercer con libertad y dignidad, precisa que tal estatus se reconozca también a los miembros de su familia, que obviamente no sean nacionales de ningún Estado de la Unión, es decir, que sean ciudadanos de un tercer Estado no comunitario. Siendo, por tanto, cualitativamente distinto dicho estatus que la relación que media entre el Estado español y sus nacionales». La sentencia añade a continuación que «(...) el objeto de la Directiva no es regular las relaciones entre un Estado y sus nacionales, sino los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el espacio común y no en su país de origen»⁴¹.

Estos fragmentos ponen de manifiesto dos cuestiones trascendentales: 1) la necesidad de disponer de recursos económicos suficientes está prevista como restricción cuando se ejerce la libre circulación por el territorio de la Unión⁴²; 2) cada Estado podrá fijar unos requisitos dis-

³⁸ Artículo 7 RD 240/2007.

³⁹ DF 5.ª del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. El nuevo artículo 7 del RD 240/2007 es desarrollado por la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio.

⁴⁰ a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de 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, o c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

⁴¹ STS de 1 de junio de 2010.

⁴² Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Donostia de 28 de junio de 2013, que anula la denegación de residencia a la esposa extranjera de un nacional español.

tintos cuando de la residencia de los familiares de sus nacionales se trata, ya que no habiendo desplazamiento no procede la aplicación de la normativa de la Unión. La cuestión estriba en determinar si esa facultad estatal habilita para incluir respecto de los nacionales los mismos requisitos restrictivos que a los ciudadanos de la Unión.

La respuesta ha de ser forzosamente negativa. En el caso de los cónyuges, exigir una determinada situación económica al nacional casado con una persona extranjera supone condicionar de manera no prevista su derecho constitucional a contraer matrimonio⁴³. Cuando dos personas de nacionalidad española deciden contraer matrimonio no cabe denegarles el ejercicio de su derecho en atención a los recursos económicos de los que disponen. Por tanto, se aprecia una clara quiebra del principio de igualdad entre ambos casos, produciéndose una situación de discriminación con respecto al primero⁴⁴. Tal y como ha expresado el Defensor del Pueblo siguiendo la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la diferencia de trato dispensado afecta a una misma categoría de personas, cónyuges de ciudadanos españoles, que se hallan en situaciones subjetivas equiparables, matrimonio civil inscrito, «la distinción normativa relativa a la exigencia de medios económicos y acreditación de seguro médico a fin de disfrutar del derecho de residencia en nuestro territorio resulta una distinción infundada y discriminatoria, puesto que dicha diferencia de trato no ha sido objeto de una justificación objetiva y razonable, ni persigue una finalidad constitucionalmente legítima, ni es proporcional atendiendo a la debida ponderación de los bienes, derechos y valores en juego»⁴⁵.

En definitiva, en la medida en que requerir al nacional la disposición de medios económicos y de seguro de enfermedad para poder hacer venir a sus familiares extranjeros vulnera el artículo 14 CE, no se pueden seguir denegando las solicitudes por dicho motivo. No obstante, la Administración lo está haciendo, por lo que es de desear que se produzca un pronunciamiento expreso por parte de las instancias competentes que clarifique la cuestión.

⁴³ Artículo 32 CE.

⁴⁴ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Donostia de 28 de junio de 2013, que anula la denegación de residencia a la esposa extranjera de un nacional español.

⁴⁵ Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de septiembre de 2013, dirigida a la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que le recomienda «impartir las instrucciones oportunas a fin de eliminar de los requisitos para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad a los cónyuges de ciudadanos españoles, residentes en España, cuyo matrimonio civil se encuentre inscrito en el Registro Civil español».

2. *La expulsión del progenitor de un menor de nacionalidad española*

La estancia irregular en territorio estatal superior a tres meses está tipificada como infracción administrativa grave⁴⁶, que puede ser sancionada con multa o expulsión del territorio⁴⁷. La Ley Orgánica de Extranjería señala que la sanción de expulsión podrá ser impuesta mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción⁴⁸. También constituye causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados⁴⁹. Por otra parte, entre los supuestos de regularización de la situación administrativa de las personas extranjeras se reconoce el denominado arraigo familiar, previsto para aquellas personas en situación irregular que tuvieran un hijo o hija menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tuviera a su cargo al menor y conviviera con éste o estuviera al corriente de las obligaciones paternofiliales⁵⁰.

De lo expuesto se deduce la necesidad de determinar si los vínculos familiares de una persona extranjera susceptible de ser expulsada tienen entidad suficiente para impedir la expulsión. La respuesta es clara cuando la única infracción cometida es la permanencia irregular y la persona extranjera es padre o madre de un menor de nacionalidad española. Aun en los supuestos en que los menores no tienen la nacionalidad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de valorar las circunstancias familiares del progenitor a expulsar con el propósito de calibrar la proporcionalidad de la orden de expulsión⁵¹. Con mayor motivo habrán de valorarse las citadas circunstancias en relación con las personas extranjeras que, siendo progenitoras de menores con nacionalidad española, han sido condenadas a una pena de prisión superior a un año.

Éste es el asunto que se analiza en el último pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia⁵². En concreto, lo que se cuestiona es si la expulsión de una persona extranjera, madre de una menor de edad con nacionalidad española cuyo padre también español se encuentra en prisión, supone o no vulneración del derecho a la tutela

⁴⁶ Artículo 53.1.a) LOExtr.

⁴⁷ Artículo 57.1 LOExtr.

⁴⁸ Artículo 57.1 *in fine* LOExtr.

⁴⁹ Artículo 57.2 LOExtr.

⁵⁰ Artículo 124.3.a) REExtr.

⁵¹ STC 140/2009, de 15 de junio.

⁵² STC 186/2013, de 4 de noviembre.

judicial efectiva, de la libertad de residencia de la menor, así como de su derecho a vivir en familia. La particularidad del caso estriba en que la propia mujer había estado en prisión, por lo que conforme a la normativa en materia de extranjería era posible su expulsión. La sentencia es objeto de un voto particular⁵³ que pone en tela de juicio toda la argumentación expresada por la mayoría del Tribunal Constitucional.

El Tribunal comienza su alegato indicando que no se va a analizar el asunto desde la perspectiva de la posible vulneración del artículo 24.1 CE, ya que no es un aspecto alegado por la recurrente⁵⁴. Los magistrados que suscriben el voto particular, sin embargo, deducen de los antecedentes del caso una clara voluntad impugnatoria del citado precepto. En este sentido exponen cómo las resoluciones administrativas impugnadas quebrantan las garantías del ejercicio de la potestad sancionadora, al no haberse considerado que con la expulsión se vulneran bienes jurídicos que merecen mayor protección que la regulación de los flujos migratorios. En concreto, carece de motivación suficiente que justifique el sacrificio de los derechos de la niña a vivir en familia con su padre y con su madre y a la permanencia en España, en su condición de española, ya que la expulsión de la madre supondría que también la niña tendría que abandonar el territorio estatal por encontrarse su padre en prisión. Debido a esta última circunstancia, además, si se expulsara a la madre y la hija permaneciera en territorio estatal podría quedar en situación de desamparo. Asimismo, resultarían afectados los derechos del padre, ya que se le privaría del derecho a relacionarse con su hija, así como de los derechos y deberes que como padre le corresponden.

La gravedad de la ausencia de motivación en este asunto se ve acentuada porque afecta a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 19 CE por su conexión con el artículo 39 CE. Este último precepto no es susceptible de amparo constitucional; no obstante lo cual, su consideración como principio rector de la política social y económica obliga a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos⁵⁵. Los hechos del caso evidencian que ni la Administración ni los órganos judiciales tuvieron en cuenta el artículo 39 CE y que, en consecuencia, la orden de expulsión no fue tomada tras la debida ponde-

⁵³ Formulado por los magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré.

⁵⁴ La STC 140/2009, de 15 de junio, otorga el amparo a una persona extranjera en situación irregular que impugna su orden de expulsión, ya que al no haberse tenido en cuenta el hecho de que tenía pareja y cuatro hijos menores de edad escolarizados la sanción de expulsión no estaba debidamente motivada, circunstancia que suponía una vulneración del artículo 24.1 CE.

⁵⁵ Artículo 53.3 CE.

ración de los intereses en juego, a saber, el mantenimiento del orden público y el sacrificio de la convivencia familiar.

En relación con la presunta violación del artículo 19 CE, asumiendo lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Ruiz Zambrano*, el Tribunal Constitucional subraya la necesidad de tomar en consideración el artículo 39.4 CE⁵⁶ por su vinculación con el interés superior del menor. Ese precepto constituye un elemento hermenéutico para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales. De esa manera, aunque sobre la menor no pese la obligación jurídica de salir del territorio, se lesionaría su derecho a permanecer en España si no tuviera otra opción que acompañar a su madre expulsada, sea porque carece de otro elemento de arraigo, sea porque sólo su madre puede asumir su manutención. Lo sorprendente es que, a pesar de las circunstancias expuestas, el Tribunal Constitucional concluye que, atendiendo a las circunstancias del caso, a saber, que la madre no tiene atribuida en exclusiva los derechos de guarda y custodia de la niña, que al padre le queda poco tiempo para abandonar la prisión y que mientras la madre estuvo ella misma en prisión las abuelas se hicieron cargo de la niña, no se vulnera el artículo 19 CE. Su argumentación se centra en que aunque se ejecute la orden de expulsión de la madre, la niña seguirá teniendo importantes elementos de arraigo, lo cual hace viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España. De esta afirmación deduce que la expulsión de la madre no impedirá a la niña el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el artículo 19 CE.

En el voto particular se vuelve a discrepar de la opinión mayoritaria, incidiendo en que si bien la sentencia vincula el caso con el artículo 39.4 CE, se obvia el contenido del artículo 39.1 CE⁵⁷, ignorando que para mantener la convivencia familiar entre la niña y su madre aquélla tiene que irse con ésta. Tampoco se toma en consideración el artículo 39.3 CE⁵⁸, por lo que no se tiene en cuenta que si la hija, en ejercicio de su libertad de residencia, permaneciera en territorio estatal, para la madre sería de imposible cumplimiento el deber de asistencia allí consagrado. Además, se critica la adjetivación selectiva y parcial realizada de los perjuicios que pueden dar lugar a la lesión del artículo 19

⁵⁶ «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

⁵⁷ «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

⁵⁸ «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

CE, ya que se asume que la menor deberá acompañar a su madre expulsada únicamente cuando no tenga otro elemento de arraigo o cuando la manutención de la niña sea asumida en exclusiva por la madre. Esta postura, sin embargo, olvida que los progenitores deben a su descendencia asistencia de todo orden, ya que conforme al artículo 154.1 del Código civil las madres y padres deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. De ahí que la concurrencia de otros elementos de arraigo no deba prevalecer sobre las previsiones del artículo 39.1 y 3 CE cuando está en juego la defensa de la libertad de residencia del artículo 19 CE. Esta parcialidad evita la toma en consideración de todas las consecuencias a las que puede dar lugar la expulsión. Por una parte, a la hora de tomar la decisión se ha de estar al momento en que se produce la supuesta vulneración del derecho y valorar las circunstancias de ese preciso instante. Atendiendo a este criterio, se constata que aunque la madre no tiene la guarda y custodia en exclusiva, es la única que puede cumplir tal deber constitucional porque el padre permanece en prisión. A la vista de ello, para la hija el abandono del territorio estatal se torna en obligatorio, por lo que se vulnera el artículo 19 CE. El argumento que defiende que concurren otros elementos de arraigo (las abuelas, que en un momento dado se ocuparon de la niña) muestra una postura voluntarista del Tribunal Constitucional, y obvia que la niña podría quedarse en situación de desamparo. Además, afirmar que la concurrencia de esos elementos de arraigo hace viable que la niña opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en territorio estatal, de modo que la expulsión de la madre no le impide el disfrute efectivo de las libertades del artículo 19 CE, se califica como despropósito, ya que en el momento en que sucedieron los hechos la niña tenía tres años de edad y en el momento en que se dicta la sentencia siete.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 18.1 CE, el Tribunal Constitucional insiste en que el derecho a la vida familiar no forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar. En consecuencia, el ordenamiento interno no reconoce el derecho a la vida familiar como tal, a diferencia de lo que sucede con el artículo 8.1 CEDH y el 7 CDFUE. Puntualiza que la protección del citado derecho se encuentra en los principios que garantizan el libre desarrollo de la personalidad y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y de los niños. En su virtud, dichos principios han de ser tenidos en cuenta por los jueces al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, verificando la proporcionalidad de la finalidad que persigue la expulsión (asegurar

el orden público y la seguridad ciudadana) cuando suponga un sacrificio de la convivencia familiar. En cualquier caso, se desestima el motivo de amparo, en la medida en que, por una parte, el derecho a la vida familiar no es un derecho fundamental y, por otra, porque la efectividad del artículo 39 CE no puede exigirse a través del recurso de amparo.

El voto particular muestra su disconformidad una vez más. Expone el error en la postura mayoritaria por cuanto que se centra en que la expulsión afecta al derecho a la vida familiar de madre e hija. Sin embargo, quienes suscriben el voto particular parten de que si la hija se marcha con la madre se priva a padre e hija (ambos de nacionalidad española) del derecho a relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho a disfrutar de la intimidad familiar en el sentido y con la amplitud asentada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se remarca, además, que respecto de la posible vulneración del artículo 18.1 CE no se analiza el supuesto en conexión con el artículo 39 CE. En consecuencia, no se comprueba si los órganos administrativos y judiciales tuvieron o no en cuenta los principios contenidos en el último precepto constitucional citado. El voto particular concluye que también se da la vulneración del artículo 18.1 CE por no haberse tenido en cuenta la afección que la expulsión tiene sobre el derecho a la convivencia familiar de la menor. Se refuerza esta postura haciendo remisión a las numerosas sentencias que sobre esta materia ha dictado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según las cuales debe evitarse la sanción de expulsión cuando traiga como consecuencia que padres e hijos no puedan disfrutar de su mutua compañía. Esta remisión está justificada por el contenido del artículo 10.2 CE. Por otra parte, aunque el derecho a la vida familiar no sea un derecho fundamental en el ordenamiento interno, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contienen criterios hermenéuticos sobre el sentido y alcance de los derechos y libertades contenidos en la Constitución, de forma que quedan garantizados unos mínimos en relación con los derechos fundamentales que no pueden ser objeto de rebaja. El voto acaba con la referencia a una sentencia del Tribunal de Estrasburgo que condena al Estado español en otro caso que presenta similitudes con el actual⁵⁹.

El caso expuesto evidencia el mayor acierto de la argumentación del voto particular. El análisis realizado presenta la virtud de ponderar todas las circunstancias que concurren en el caso, llevando a cabo una in-

⁵⁹ STEDH de 10 de abril de 2012, *K.A.B. c. España*.

terpretación sistemática de los preceptos constitucionales concernidos. Por una parte, ante las reiteradas referencias a sus circunstancias familiares al impugnar las resoluciones administrativas, los órganos judiciales se limitan a señalar que el arraigo familiar en este caso no puede considerarse, ya que «“sólo enervaría, en su caso, la expulsión relativa a la estancia ilegal de la recurrente... pero en ningún caso la causa de expulsión consistente en la comisión previa de un delito grave”», pues el art. 57.2 LOEx “no contempla otra respuesta que la expulsión”».

Si bien es cierto que el ordenamiento prevé la sanción de expulsión de aquellas personas extranjeras que hubieran sido condenadas penalmente a una pena privativa de libertad superior a un año, no lo es menos que aferrarse a esa previsión implica actuar de espaldas a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia. Cuando este Tribunal ha tenido que dilucidar la posible vulneración del derecho a la vida familiar de estas personas como consecuencia de la orden de expulsión, ha insistido en la necesidad de comprobar el cumplimiento de tres circunstancias, a saber: 1) si la injerencia está prevista por la ley; 2) si persigue un fin legítimo, y 3) si la medida de expulsión es necesaria, en el sentido de proporcionada al fin legítimo que se persigue⁶⁰ en una sociedad democrática. En consecuencia, resulta necesaria la ponderación entre, por una parte, el derecho al respeto a la vida familiar y, por otra, los intereses generales de la comunidad.

A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha manejado distintos criterios para determinar si procedía o no la expulsión de una persona extranjera: 1) la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida, así como la edad a la que se cometió; 2) la duración de la permanencia en el Estado de acogida; 3) el tiempo transcurrido desde que se cometió la infracción hasta la expulsión, así como la conducta de la persona durante dicho período; 4) la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado de acogida y con el de destino. Además, en el caso de personas que hubieran emigrado al Estado de acogida en su edad adulta y hubieran formado una familia, también habrían de tenerse en cuenta otras circunstancias, entre las que destacan, por lo que ahora interesa, la nacionalidad de todas las personas afectadas, así como el nacimiento de hijos y su edad⁶¹. En concreto, se ha seña-

⁶⁰ STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*.

⁶¹ SSTEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*; de 11 de julio de 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*; de 10 de julio de 2003, *Benhebba c. Francia*; de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*; de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*; de 28 de junio de 2007, *Kaya c. Alemania*; de 22 de mayo de 2008, *Emre c. Suiza*; de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*; de 8 de

lado de manera expresa que la expulsión no es proporcionada cuando el sujeto está casado y es padre de hijos con nacionalidad del Estado de acogida⁶².

Tal y como se puede comprobar en el caso que se analiza, tanto la Subdelegación del Gobierno en Cádiz como el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de la misma provincia, así como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se limitaron a constatar que la medida de expulsión está prevista en la ley y que persigue un fin legítimo, el mantenimiento del orden público. Sin embargo, en ningún caso se midió la proporcionalidad de la expulsión en atención a las circunstancias familiares de la persona a expulsar. Aun pudiendo admitirse que el recurso de amparo se formuló por la presunta vulneración de los artículos 18.1 y 19 CE, es indudable que la falta de motivación causada por la inexistencia de ponderación entre los intereses en juego incide sobre la virtualidad de los dos preceptos constitucionales citados, por lo que el Tribunal Constitucional debió pronunciarse.

En segundo lugar, afirmar que no se priva a la niña del disfrute efectivo de su libertad de residencia es hacer una lectura simplista de la situación. Teniendo en cuenta que la madre quiere ocuparse de su hija y vivir con ella, no es de recibo tratar de superar el escollo de lo que supone privar o meramente obstaculizar el disfrute efectivo de la libertad de residencia señalando que las abuelas pueden hacerse cargo de la niña. Ésta tiene padre y madre, y son éstos los primeros obligados a su atención. De momento, el padre no puede asumir sus obligaciones, por lo que dicha labor corresponde a la madre. No es motivo suficiente para separar a ambas y menospreciar sus lazos afectivos la constatación de que otras personas se pueden ocupar de la niña. Por tanto, es indudable que la expulsión de la madre supone la vulneración de la libertad de residencia de la niña. Es más, de no paralizarse la expulsión habría un vínculo con el Derecho de la Unión, ya que la niña estaría obligada a abandonar el territorio estatal, con lo cual se le privaría del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de la ciudadanía de la Unión, tal y como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Ruiz Zambrano*.

En tercer lugar, a pesar de la contundencia del Tribunal Constitucional en afirmar lo contrario, el hecho de que la Ley Orgánica de Ex-

enero de 2009, *Joseph Grant c. Reino Unido*; de 7 de abril de 2009, *Cherif y otros c. Italia*; de 25 de junio de 2010, *Mutlag c. Alemania*; de 9 de marzo de 2011, *Gezginci c. Suiza*. En estas sentencias se hace referencia a las circunstancias globales a tener en cuenta cuando se trata de personas extranjeras que han migrado al Estado de acogida en su edad adulta.

⁶² SSTEDH de 10 de julio de 2003, *Mehemi c. Francia*; de 10 de julio de 2003, *Benhebbac. Francia*; de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*.

tranjería reconozca a las personas extranjeras de manera diferenciada el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar⁶³ y que el precepto que los recoge tenga carácter orgánico⁶⁴, además de otras consideraciones, podrían llevar a la conclusión de que la vida familiar de las personas extranjeras es un derecho fundamental⁶⁵. Dejando de lado el debate en este momento, en cuanto que la Constitución configura la familia como una institución a proteger social, económica y jurídicamente, nada impide que se entienda que el impedimento por parte del ordenamiento o de las autoridades de que los miembros de la familia puedan vivir juntos traiga consigo, en la medida en que afecta al círculo familiar que constituye su vida privada, una intromisión que vulneraría la intimidad. Con lo cual, enlazando con la argumentación del voto particular, la actuación indebida por parte de las instancias administrativas y judiciales que no han tenido en cuenta el contenido del artículo 39 CE supondría una violación del artículo 18.1 CE. Refuerza esta interpretación que la propia Constitución establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Estado español⁶⁶. Por otra parte, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconocen el derecho a la vida familiar, circunstancia ésta que obliga, cuando menos, a interpretar las normas internas conforme a sus postulados.

V. CONCLUSIONES

En las líneas precedentes se ha mostrado cómo determinadas medidas adoptadas por los Estados miembros con respecto a sus propios nacionales a veces afectan (o no) a los derechos derivados de su condición de ciudadanos de la Unión, mientras que otras veces, al no haber vínculo alguno con el Derecho de la Unión, se está ante una situación puramente interna.

En el primer supuesto, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citadas ponen de manifiesto que la jurisprudencia diferencia entre medidas estatales que tienen «efecto de privación» y me-

⁶³ Artículo 16.1 LOExtr.

⁶⁴ DF 4.ª LOExtr.

⁶⁵ M.ª Nieves ARRESE IRIONDO (2011), *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Bilbao, Servicio Editorial UPV/EHU, págs. 137-140.

⁶⁶ Artículo 10.2 CE.

didadas estatales que tienen «efecto de obstaculización»⁶⁷. Si bien en un principio para este último caso se requeriría un elemento transfronterizo y que se ocasionaran serios inconvenientes al ejercicio de derechos comunitarios⁶⁸, ya no se reclama el citado elemento. Es así que el Tribunal de Luxemburgo no considera que concurra privación, sino obstaculización, cuando el ciudadano de la Unión, por razones económicas o por mantener unida la familia, desee que se conceda la autorización de residencia a sus familiares extranjeros en el territorio del Estado en el que reside y del cual es nacional. Este tipo de medidas, por tanto, al no tener como efecto privar al ciudadano de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión, no supondría contradicción con el artículo 20 TFUE. Para ello sería necesario que, además de no concurrir elemento transfronterizo alguno, la medida estatal supusiera una pérdida *de facto* de alguno de los derechos comunitarios.

En la actualidad, y a la vista del todavía limitado número de sentencias sobre la materia, la privación se produciría en dos circunstancias. En primer lugar, cuando la medida estatal tuviera como consecuencia que el ciudadano de la Unión perdiera dicho estatus⁶⁹. En segundo lugar, cuando como consecuencia de la medida estatal el ciudadano de la Unión se viera forzado a abandonar el territorio de la Unión, lo cual le privaría de su derecho de residencia⁷⁰.

Las sentencias del Tribunal de Luxemburgo en este ámbito aparezcan el reconocimiento de determinados derechos, en concreto el estatuto de ciudadanía y la residencia, al hecho de ser ciudadano de la Unión. De esta forma, incluso las personas que no hubieran ejercido la libertad de circulación estarían amparadas por la protección que brinda el Derecho de la Unión. Esta concepción podría deberse a la consideración de que el derecho a circular y residir⁷¹ son dos derechos autónomos y diferenciados, de forma que el disfrute del segundo no derivaría del ejercicio del primero⁷². Sin embargo, el Tribunal no hace

⁶⁷ Koen LENAERTS y José Antonio GUTIÉRREZ FONS (2011), «Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación», *Revista Española de Derecho Europeo*, 40, pág. 519.

⁶⁸ STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, en que, en virtud del derecho a la vida familiar, era más fácil para el marido prestar y recibir servicios, ya que la esposa se ocupaba del cuidado de los hijos. STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, *Carlos García Abelló c. État belge*.

⁶⁹ STJUE de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*.

⁷⁰ STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*.

⁷¹ Artículo 21 TFUE.

⁷² Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM)*, apartados 75-80.

suyo este argumento, limitándose a señalar que el derecho de residencia de familiares nacionales de terceros Estados deriva directamente del reconocimiento de la ciudadanía de la Unión a favor de una persona. De esta forma, si la denegación de la residencia a los familiares tuviera como efecto que quienes tienen la ciudadanía se vieran obligados a abandonar el territorio del Estado miembro correspondiente, se produciría tal privación en el disfrute del estatuto que no sería conforme a Derecho.

En cualquier caso, esta percepción de la residencia desligada, en principio, del derecho de circulación evita, en los casos en que cabe apreciar la concurrencia de un vínculo con el Derecho de la Unión, el surgimiento de situaciones de discriminación inversa. La Abogada General del asunto *Ruiz Zambrano* se extiende profusamente en la exposición de la inconveniencia de admitir esta figura en términos generales⁷³. En concreto, considera deseable que se prohíba toda discriminación por razón de nacionalidad⁷⁴ cuando concurren tres circunstancias, a saber: 1) que se trate de un ciudadano de la Unión residente en el Estado miembro del que es nacional y que no haya ejercido el derecho de libre circulación; 2) que la discriminación inversa entrañe una infracción de un derecho fundamental protegido por el Derecho de la Unión; y 3) que el Derecho estatal no proteja adecuadamente los derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia, por su parte, elude todo pronunciamiento sobre la discriminación inversa, quizás por considerarlo innecesario, ya que, hallando vínculo con el Derecho de la Unión, la situación deja de ser puramente interna y debe aplicarse el ordenamiento comunitario.

No obstante, no ocurre lo mismo en otros asuntos en los que se aprecia la desconexión con el Derecho de la Unión. La negativa a autorizar la residencia de los familiares no deriva siempre en la obligación para el ciudadano de la Unión de abandonar el territorio estatal, de manera que no se le priva del disfrute de su estatuto de ciudadanía. Estos pronunciamientos ponen en evidencia la interpretación restrictiva

⁷³ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM)*, apartados 123-150. Esta propuesta se ha criticado por arriesgada: José Manuel CORTÉS MARTÍN (2011), «TJUE – Sentencia de 15.11.2011 (Gran Sala), M. Dereci y otros / Bundesministerium für Inneres C-256/11 – “Ciudadanía – Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente – Ciudadano de la Unión residiendo en el Estado cuya nacionalidad posee – Permiso de residencia a miembros de la familia nacionales de terceros países – Privación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”. Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 40, págs. 886-887.

⁷⁴ Artículo 18 TFUE.

que de momento se atribuye a los derechos directamente derivados de la ciudadanía de la Unión.

Otra cuestión que se quiere apuntar es la relativa a la virtualidad en este ámbito de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷⁵. En el momento en que se desarrollaron los hechos que dieron lugar al enjuiciamiento del asunto *Ruiz Zambrano*, la Carta carecía de valor jurídico, por lo que no cabía su invocación en orden a resolver el citado asunto. En la actualidad, sin embargo, dicha Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados⁷⁶. Por otra parte, la Unión se adhiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, con lo cual forman parte del Derecho de la Unión los derechos allí reconocidos⁷⁷, cuya observancia ha de garantizar el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁸.

Entre los derechos de la Carta interesa ahora el que protege el respeto de la vida familiar⁷⁹. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo, partiendo de que el sentido y alcance del artículo 7 CDFUE deben ser los mismos que los establecidos por el artículo 8.1 CEDH, matiza que los Estados miembros sólo están obligados a cumplir las disposiciones de la Carta cuando apliquen el Derecho de la Unión. De esta forma, se requeriría, como regla general, el previo desplazamiento del ciudadano de la Unión al territorio de otro Estado miembro, en cuyo caso resultaría superflua la remisión al artículo 7 CDFUE, ya que la extensión del derecho de residencia a favor de los familiares ya estaría reconocida por otra vía⁸⁰. No habiendo vínculo con el Derecho de la Unión, se estaría ante una situación puramente interna. En ésta, la posible incidencia que sobre el derecho al respeto de la vida familiar pudiera tener la denegación de la autorización de residencia a favor de los familiares extranjeros habría de analizarse desde el prisma del artículo 8 CEDH.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es a los Estados a quienes corresponde la regulación de la entrada, duración de la estancia y expulsión de las personas extranjeras, no pudiendo derivarse

⁷⁵ Las conclusiones de la Abogada General también se refieren a este aspecto, apartados 151-177.

⁷⁶ Artículo 6.1 TUE.

⁷⁷ Artículo 6.2 y 3 TUE.

⁷⁸ STJUE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas y otros*; STJUE de 26 de junio de 1997, asunto C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*; STJUE de 11 de Julio de 2002, asunto C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*; STJUE de 29 de abril de 2004, asuntos C-482/01 y C-493/01, *Georgios Organopoulos y otros y Raffaele Oliveri c. Land Baden-Württemberg*; STJUE de 27 de abril de 2006, asunto C-441/02, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Federal de Alemania*.

⁷⁹ Artículo 7 CDFUE.

⁸⁰ Directiva 38/2004/CE. CORTÉS MARTÍN (2011: 886).

del Convenio el derecho a entrar y residir en un país determinado. Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo no juzga la corrección de las políticas migratorias de los Estados, ya que éstos gozan de cierto margen de discrecionalidad. A partir de esta afirmación, el Tribunal ha dictado numerosas sentencias en las que aborda la proporcionalidad, desde el punto de vista del derecho al respeto de la vida familiar, de medidas estatales que han supuesto la expulsión de personas extranjeras, la negativa a regularizar su situación administrativa o la negativa a autorizar la reagrupación familiar⁸¹. La mayoría de ellas se refieren a familiares de residentes que también son extranjeros. Sin embargo, también se ha pronunciado sobre algún asunto en el que el familiar extranjero a quien se deniega la residencia lo es de un nacional.

En concreto, en el caso de un extranjero que, estando en situación irregular, contrae matrimonio con una nacional del Estado en el que ambos residen⁸². Con posterioridad al nacimiento de una hija se solicita la correspondiente autorización de residencia, que es denegada por las autoridades estatales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no aprecia vulneración del derecho a vivir en familia, porque la existencia de vínculos familiares con personas que sean nacionales no hace surgir un título por el que se tenga que conceder una autorización de residencia. Además, no contempla obstáculo alguno para que la vida familiar se desarrolle en el lugar al que sea expulsado el marido, por una parte, porque por la edad de la niña ésta podría adaptarse a un nuevo entorno y, por otra, porque para la esposa, aun pudiendo encontrar dificultades para establecerse en el territorio del Estado de origen de su marido, los obstáculos no serían insuperables⁸³. Esta sentencia no atiende, como criterio para medir la proporcionalidad de la orden de expulsión, a la nacionalidad de la esposa⁸⁴.

En definitiva, las situaciones que puedan plantearse son las siguientes: 1) La persona nacional de un Estado miembro que se desplaza

⁸¹ M.ª Nieves ARRESE IRIONDO (2011), *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Bilbao, Servicio Editorial UPV/EHU, págs. 47-81.

⁸² STEDH de 31 de julio de 2008, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*.

⁸³ Esta misma idea se repite en la STEDH de 14 de febrero de 2012, *Antwi y otros c. Noruega*. En este caso, la pareja adquirió la nacionalidad por naturalización, pero provenía del mismo país originario de la persona que se expulsa, lo cual para el Tribunal es motivo suficiente para que aquélla pueda acomodarse sin mayores dificultades al nuevo entorno, lo mismo que su hija.

⁸⁴ Cabría defender que si, como consecuencia de la expulsión de su marido, ella se viera en la obligación de tener que elegir entre permanecer en el territorio del Estado de su nacionalidad, renunciando a la efectividad de su vida familiar, y abandonarlo para poder vivir con su familia, se estaría vulnerando su derecho al respeto de la vida privada. Goran CVETIC (1987), «Immigration cases in Strasbourg: the right to family life under article 8 of the European Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, 36, pág. 650; M.ª Nieves ARRESE IRIONDO (2011: 66-68).

al territorio de otro Estado de la Unión tiene garantizado su derecho a vivir en familia en virtud de la Directiva 2004/38/CE. 2) La persona nacional de un Estado miembro que reside en el territorio de dicho Estado podrá conseguir que sus familiares residan con él cuando, en caso contrario, se viera obligado a abandonar el territorio de la Unión. En este supuesto el derecho deriva directamente de su estatus de ciudadano de la Unión, ya que la situación presenta vínculos con el Derecho comunitario aun cuando no haya habido previo desplazamiento. 3) La persona nacional de un Estado miembro que permanece en el territorio del Estado del que es nacional cuyos derechos derivados de su estatus de ciudadanía de la Unión no resultaran privados como consecuencia de la negativa de autorizar la residencia de sus familiares extranjeros. En este supuesto se está ante una situación meramente interna, por lo que el régimen de residencia de los familiares queda sometido al Derecho propio de cada Estado. Si se denegara la autorización de residencia a los familiares, serían las instancias judiciales internas las que determinarían si la negativa se ajusta o no a Derecho, siguiendo para ello la jurisprudencia asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En caso de pronunciamiento adverso, siempre cabría acudir al propio Tribunal de Estrasburgo. Éste, sin embargo, no garantiza en todo caso la efectividad de la vida familiar en el territorio del Estado cuya nacionalidad ostenta uno de los miembros de la familia.

De lo que acaba de exponerse se deduce que la garantía total de la efectividad de la vida familiar en orden a obtener una autorización de residencia a favor de familiares extranjeros sólo cabe en aquellos casos en que se dé algún vínculo con el Derecho de la Unión. No obstante, la existencia de este vínculo no es siempre diáfana, habiéndose llegado a calificar en ocasiones de muy artificial⁸⁵.

La casuística expuesta podría superarse si se diera un paso en firme en pos de atribuir un contenido sustantivo al estatus de ciudadanía de la Unión. De esta forma, en la medida en que toda persona nacional de un Estado miembro es ciudadana de la Unión, se impedirían las medidas estatales que implicaran la vulneración de cualquiera de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por lo que ahora interesa, la efectividad de la vida familiar po-

⁸⁵ Alina TRYFONIDOU (2007), «Jia or “Carpenter II”: the edge or reason», *European Law Review*, 32, págs. 913-917. En el caso al que da respuesta la STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, la intención del marido no es que su esposa lo acompañe durante sus viajes, sino que resida con él mientras permanezca en el territorio del Estado del que es nacional y donde reside. En el caso de la STJUE de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, por su parte, la solicitante de la autorización de residencia nunca ha residido con su hijo y nuera en territorio de la Unión, por lo que con la denegación no perdería el derecho a residir con ellos.

dría ser un factor suficiente para otorgar la autorización de residencia a los familiares, con independencia de que quien sea ciudadano de la Unión hubiera ejercido o no la libre circulación. Si no se actuara de esa manera, la imposibilidad de que los familiares pudieran permanecer juntos, en la medida en que privaría al ciudadano del disfrute efectivo de su derecho a la vida familiar, podría derivar en el reconocimiento de un vínculo con el Derecho de la Unión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO CHOFRE, Lucía (2011): «Novedades en la reagrupación de los progenitores extranjeros por parte de un menor comunitario. El caso Zambrano», *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 1, págs. 112-120.
- ARRESE IRIONDO, M.ª Nieves (2011): *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Bilbao, Servicio Editorial UPV/EHU.
- (2012): *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*, Bilbao, Lete.
- CARMONA LUQUE, M.ª del Rosario (2011): «TJUE – Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala), *G. Ruiz Zambrano/Office National de l'Emploi*, C-34/09 – “Ciudadanía de la Unión – artículo 20 TFUE – Derecho de residencia de un menor en el Estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación – Concesión de un derecho de residencia al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor”», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 38, págs. 185-202.
- CORTÉS MARTÍN, José Manuel (2011): «TJUE – Sentencia de 15.11.2011 (Gran Sala), *M. Dereci y otros / Bundesministerium für Inneres* C-256/11 – “Ciudadanía – Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente – Ciudadano de la Unión residiendo en el Estado cuya nacionalidad posee – Permiso de residencia a miembros de la familia nacionales de terceros países – Privación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”. Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 40, págs. 871-893.
- CVETIC, Goran (1987): «Immigration cases in Strasbourg: the right to family life under article 8 of the European Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, 36, págs. 647-655.
- FERRER LLORET, Jaime (2005): «El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of State for the Home Department, asunto C-200/02)», *Revista General de Derecho Europeo*, 6, págs. 1-10.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara (2010): «TJUE – Sentencia de 2 de marzo de 2010 (Gran Sala), *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08 – “Ciudadanía de la Unión – Artículo 17 CE – Nacionalidad de un Estado miembro adquirida por nacimiento y por naturalización – Pérdida de la nacionalidad de origen – Apatridia – Pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión”. ¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 37, págs. 933-950.

- JUÁREZ PÉREZ, Pilar (2011): «La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (asunto Ruiz Zambrano)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, págs. 249-266.
- LENAERTS, Koen, y GUTIÉRREZ-FONS, José Antonio (2011): «Ruiz Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación», *Revista Española de Derecho Europeo*, 40, págs. 493-521.
- MANIGRASSI, Luca (2011): «Vers une citoyenneté européenne fédérale? Quelques réflexions sur l'arrêt "Zambrano"», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3, págs. 411-425.
- MARÍN CONSARNAU, Diana (2010): *La reagrupación familiar en el régimen comunitario*, Barcelona, Bosch.
- SARMIENTO, Daniel (2008): «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, 26, págs. 211-227.
- TRYFONIDOU, Alina (2007): «Jia or "Carpenter II": the edge or reason», *European Law Review*, 32, págs. 908-918.