

Disertación:

**DERECHO A LA RESIDENCIA EN ESPAÑA Y DERECHO A LA VIDA
FAMILIAR**

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

Profra. Titular, Catedrática acreditada, de Derecho internacional privado

Universidad de Oviedo

El objeto de esta Disertación, “Derecho a la residencia en España y derecho a la vida familiar”, pretende ofrecer un marco de reflexión en torno a una realidad jurídica compleja como es el Derecho de extranjería que, en ningún caso, puede analizarse como un mero conjunto de disposiciones administrativas sino en una necesaria interrelación con la vida jurídica de las personas y con los derechos que a éstas pertenecen.

Se trata esencialmente de presentar la problemática en torno a las siguientes cuestiones:

- ¿Puede un nacional argentino invocar un derecho a residir en España?
- ¿Puede, una vez que ya se encuentre en España, invocar un derecho a reagrupar a los miembros de su familia? ¿A quiénes?
- ¿Qué ocurre si es encuentra irregularmente en España y se casa con una española? ¿Modifica algo en eso su situación?
- ¿El hecho de que este nacional argentino tenga hijos en España, escolarizados, impide su expulsión de nuestro territorio?

Esta Disertación está comprendida en el ámbito de las investigaciones realizadas para el Proyecto DER2013-44950-R, “Hacia un modelo migratorio europeo: la movilidad de personas conforme a su estatuto UE”, cuyos Investigadores Principales son P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez.

- ¿Qué ocurre si resulta que este argentino tiene un hijo que tiene la nacionalidad española?
- ¿Puede concederse la custodia de un menor español a un padre argentino que va a ser expulsado de nuestro territorio?
- ¿Qué tratamiento merecen todas estas situaciones si en vez de un nacional argentino, se trata de un nacional alemán? ¿Tiene éste y su familia un derecho de residencia incondicional en España?

Estas cuestiones suponen, en realidad, preguntarse por:

- La existencia de un derecho fundamental a la residencia en un Estado del que no se es nacional.
- La existencia de un derecho fundamental a la vida familiar.
- La incidencia del perfil del reagrupante en la vida familiar.
- La identificación del modelo de familia.
- Los criterios que de la vida familiar se derivan para el régimen de extranjería.

I. Sobre la existencia de un derecho fundamental a residir en un Estado diferente al de la nacionalidad

¿Existe un derecho fundamental a residir en un Estado del que no se es nacional? La respuesta es obvia: no. Es más, todos los regímenes nacionales de extranjería se asientan precisamente sobre la base de la inexistencia de ese derecho: la extranjería se construye a partir de la discriminación por razón de la nacionalidad y así está legitimado en los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, en el Derecho europeo y en la propia Constitución española.

En el ámbito de los textos internacionales,

la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en su art. 13.1) se deriva que existe “un derecho a circular libremente y a elegir su residencia *en el territorio de un Estado*”, pero nada se dice en relación con ese mismo derecho en el territorio de otros Estados.

Por su parte, del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) tampoco cabe derivar ningún derecho para un extranjero a entrar y residir en el territorio de un Estado determinado¹.

Tal derecho de residencia ni siquiera está garantizado para los **ciudadanos de la UE**. Esta afirmación no debe entenderse como una herejía, sino como la constatación de una evidencia que, el momento actual (con todas sus crisis), ha puesto de relieve.

Ciertamente, hasta tiempos recientes, hablar del estatuto de la ciudadanía de la UE suponía, al menos en el pensamiento general colectivo, referirse a una práctica asimilación a los propios nacionales. Bastaba la lectura del art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y de la primera parte del art. 21.1 TFUE que establece que:

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

Sin embargo, la sacudida económica, y sobre todo social, en cuyo contexto nos movemos (cuyo inicio ya ni siquiera somos capaces de precisar), ha puesto el acento en la última parte del precepto que expresamente señala que el derecho de libre residencia reconocido se hará:

“...con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

Podemos preguntarnos si esa “remisión” supone una habilitación en blanco que permita, en realidad, vaciar o desvirtuar el contenido esencial del derecho de residencia. El interrogante queda ahí y no es objeto de esta Disertación contestarlo. Pero lo cierto es que, en el estadio actual del Derecho de la UE, esta remisión debe entenderse referida,

¹ Entre otras, Sent. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1ª secc.) de 10 de marzo de 2011, nº 2700/10, asunto *Kiyutin c. Rusia*, apdo. 53 y referencias allí incluidas.

entre otras, a la Directiva 2004/38/CE², cuyo del artículo 7, apartado 1, letra b) establece el requisito de suficiencia de recursos económicos como presupuesto para que los propios ciudadanos de la UE puedan residir “legalmente” en otro Estado de la UE³.

Son especialmente elocuentes en este sentido las palabras del Abogado General N. Wahl en el asunto *Brey*: “se desprende que dicha disposición (en referencia al art. 7.1.b) de la Directiva) pretende evitar que los ciudadanos económicamente inactivos de la Unión utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para financiar su medio de vida”⁴. Es decir, acabar con lo que se ha denominado “turismo social”.

Tal planteamiento se ha expuesto por el TJUE en el asunto *Alopkpa*: la madre, nacional de Togo, de dos niños de nacionalidad francesa no podría invocar ante las autoridades de Luxemburgo un derecho de residencia si los propios niños no lo tienen en ese Estado en la medida en que éstos no acrediten los requisitos de “recursos suficientes” y seguro de enfermedad exigidos en la citada Directiva 2004/38.⁵

Esta previsión, al menos desde la perspectiva del Derecho español había sido obviada hasta el año 2012, que había partido hasta la fecha de un modelo “incondicional” de residencia para los ciudadanos UE. Sería en ese año, cuando se aprobó en Real-Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril⁶ cuando expresamente (aunque oculta en la Disposición Adicional 5ª) se establece la suficiencia de recursos económicos como requisito para el derecho de residencia para los ciudadanos UE en España. En el Derecho europeo comparado (en países como el Reino Unido o Alemania), es conocida ya esta generalización del endurecimiento de las condiciones de residencia. Fácilmente deducible e identificables son los grupos de ciudadanos que están en el punto de mira: los ciudadanos rumanos, desde el momento mismo de su incorporación a la UE; ahora también desgraciadamente, los ciudadanos españoles.

¿Significa esto que se legitima la expulsión del territorio del Estado de acogida al ciudadano UE basándose en su carencia de recursos económicos? El camino es incierto,

² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial* núm. L 158, de 30 de abril de 2004.

³ Así lo indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de septiembre de 2013, asunto C-140/12: *Pensionsversicherungsanstalt y Peter Brey*, apdos. 46 y 47.

⁴ Conclusiones del Abogado General N. Wahl, de 29 de mayo de 2013, apdo. 38.

⁵ Sent. TJUE de 10 de octubre de 2013, asunto C-86/12: *Adzo Domenyo Alopkpa, Jarel Moudoulou, Eja Moudoulou y Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, apdo. 30.

⁶ 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 la seguridad de sus prestaciones, *B.O.E.* núm. 98, de 24-IV-2012.

pero está abierto cuando se acredite que ello pueda suponer una carga “insostenible” o “excesiva” para el erario público del Estado de acogida⁷.

Esta evolución evidencia, en la práctica, un cambio de paradigma. Quizá habría que matizar: es el paradigma que siempre existió pero que no fue necesario activar en tiempos de bonanza. Es decir, la crisis nos ha sacado de la ingenuidad: en realidad no se trata de garantizar la libre circulación de “personas”, sino de garantizar la libre circulación de un modelo de migrante “sostenible” (permítaseme la licencia) y económicamente activo (que trabaja o que busca activamente empleo). Se observa, por tanto, una evolución restrictiva de la configuración del derecho de residencia que repercute en los ciudadanos UE y, por derivación, en los miembros de sus familias⁸.

Finalmente, tampoco nuestro **marco constitucional** reconoce a los extranjeros un derecho fundamental a residir en España.

El artículo 19 de la Constitución española establece que:

“Los *españoles* tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional./ Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

Por su parte, el art. 5 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOE)⁹ determina que sólo

“Los *extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley*, tendrán derecho a circular... y a elegir su residencia” aunque con limitaciones derivadas de “los tratados y las leyes, o las acordadas por autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición”, pudiendo además establecerse medidas limitativas específicas derivadas de

⁷ Cf. los Considerandos 10 y 16 de la Directiva 2004/38; en esta clave cf. la Sent. TJUE de 21 de diciembre de 2011, Asuntos C-424/10 y 425/10: *Ziolkowski y Szeja*, apdo. 40. De este modo, se legitima la posible subordinación del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión a los intereses legítimos de los Estados miembros como pueda ser la protección del erario (Sent. TJUE en el asunto *Brey*, *loc. cit.*, apdo. 55 y referencias allí contenidas).

⁸ *Vid.* un planteamiento diferente, en relación con una situación anterior a la Directiva 2004/38, en la Sent. TJUE de 7 de septiembre de 2004 (asunto C-456/02: *Trojani*) tras afirmar que un ciudadano de la Unión que no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia en virtud de los artículos 45 TFUE, 49 TFUE o 56 TFUE puede disfrutar, por su mera condición de ciudadano de la Unión, de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 20 TFUE, apartado 1, y sobre esta base poder obtener una prestación de asistencia social en el Estado de acogida (apdo. 46 de la Sentencia). Lo relevante de esta decisión es que determina un derecho de residencia directamente sobre la base de la ciudadanía de la UE y, a partir de ahí, un derecho a las prestaciones sociales.

⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

estado de excepción o de sitio y por “razones de seguridad pública” (motivadas e individualizadas) por Ministerio del Interior.

Ello supone, desde la perspectiva de nuestro sistema constitucional, que:

1. No existe un derecho fundamental de entrada en nuestro territorio.- Es un derecho de configuración legal que permite incluso la ejecutividad inmediata (sin suspensión cautelar) de las órdenes de retorno¹⁰.
2. Tampoco existe ningún derecho a la residencia.- No es inconstitucional la exigencia de que el extranjero carezca de antecedentes penales como requisito legal para conceder autorización de residencia ni esta exigencia vulnera, por sí misma, la protección de la familia recogida en el art. 39 CE¹¹.
3. La residencia de los extranjeros, incluso cuando se cuenta con la autorización pertinente, no es incondicional, siendo admisible la expulsión cuando se den los supuestos legalmente tipificados.

II. Sobre el derecho a la vida familiar y su incidencia en la residencia

El contexto normativo indicado marca, por tanto, la inexistencia de un derecho de residencia de los no nacionales que, a su vez condiciona la inexistencia de un derecho fundamental a la reagrupación familiar. Ello puede corroborarse nuevamente en el CEDH, en el Derecho de la UE y en la Constitución.

La interpretación dada al art. 8.1 CEDH parte de dos pautas esenciales:

1) **No está garantizada la libertad de elección de residencia** y de reagrupación de una familia que “voluntariamente” se ha roto como consecuencia del movimiento migratorio.

Conforme a un criterio consolidado por la jurisprudencia del TEDH

¹⁰ *Vid.* el Auto del TC (Sala Segunda) n° 271/2008, de 15 de septiembre: un recurso en contra de una orden de retorno no suspende cautelarmente su ejecutividad ya que no existe un derecho a entrar ni a permanecer en la Sala de rechazados hasta que se obtenga un pronunciamiento judicial.

¹¹ *Cf.* en este sentido, el Auto del TC (Pleno) n° 54/2010, de 19 de mayo.

“no se deduce del artículo 8 CEDH una obligación general impuesta a los Estados de respetar la elección de los inmigrantes del país de residencia y de autorizar la Reunificación familiar en su territorio¹². En términos semejantes se ha indicado no se interpretará como una obligación del Estado de respetar la elección, por la pareja casada, de su residencia común y de permitir la reagrupación familiar en su territorio¹³.

2) La segunda pauta es que se reconoce a **los Estados un margen de apreciación sobre políticas migratorias aunque limitado**.- Los Estados pueden justificar sus soluciones de extranjería al amparo de motivos de carácter económico, de orden público o de seguridad pública, pero siempre que sean proporcionales y adecuadas al fin perseguido¹⁴.

En todo caso, el derecho a la vida familiar, protegido por el art. 8 CEDH, sí limitará la aplicación de aquellas medidas de extranjería que impliquen una **imposibilidad de desarrollar la vida familiar en otro lugar**, ya sea por un impedimento legal o fáctico¹⁵. Establece la propia jurisprudencia del TEDH las circunstancias que los Estados deben ponderar para valorar la vida familiar como condicionantes de las medidas de extranjería¹⁶:

- En qué medida se ha producido realmente una ruptura en la vida familiar.
- La vinculación con el Estado de acogida y la existencia o no obstáculos insuperables para desarrollar la vida de la familia en el Estado de origen.
- La edad de los miembros de la familia, con una tendencia muy limitada a reagrupar adultos.
- La presencia de factores de control de inmigración basados en el orden público o en la seguridad pública a favor de la exclusión del extranjero¹⁷.

Tales criterios servirán, por tanto, para informar y valorar la aplicación de las normas de extranjería que limiten o condicionen el desarrollo de la vida familiar.

¹² Sent. TEDH de 28 de mayo de 1985, nº 9214/80 9473/81 9474/81, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*; de 19 de febrero de 1996, nº 23218/94, asunto *Gül c. Suiza*; de 28 de noviembre de 1996, nº 21702/93, *Ahmut c. Países Bajos*; de 1 de diciembre de 2005, nº 60665/00, asunto *Tuquabo-Tekle y otros c. Países Bajos*.

¹³ Sent. TEDH en el asunto *Ahmut c. Países Bajos*, *loc. cit.*, Apdo 67; en el mismo sentido la Sent. en el asunto *Kiyutin c. Rusia*, *loc. cit.*, apdo. 53.

¹⁴ *Vid.*, por todas, Sent. TEDH de 2 de agosto de 2001, nº 54273/00, asunto *Boultif c. Suiza*, apdo. 46.

¹⁵ Entre otras, Sent. TEDH los asuntos *Abdulaziz c. Reino Unido*, *Ahmut c. Países Bajos* y *Boultif c. Suiza*.

¹⁶ Sent. TEDH de 26 de abril de 2007, nº 16351/03, asunto *Konstantinov c. Países Bajos*, apdo. 48.

¹⁷ Sent. TEDH de 5 de septiembre de 2000, nº 44328/98, asunto *Solomon c. Países-Bajos*.

En el ámbito del Derecho europeo, la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF) reproduce, en su art. 7, la protección de la vida privada familiar establecida en el CEDH. Establece, además, en el art. 24.3 la protección del derecho de relación entre hijos y padres. Ahora bien, su alcance es limitado ya que, en ningún caso, puede utilizarse para ampliar el ámbito competencial del Derecho de la UE, sino que sólo como parámetro de valoración del ejercicio de competencias de la UE. Sí fundamenta directamente y modula la reagrupación familiar de nacionales de terceros países (regulada a través de la Directiva 2003/86/CE), cuyas exigencias (por ejemplo la necesidad de contar con recursos económicos suficientes) han de examinarse a la luz de los citados arts. 7 y 24.3 de la CEDF¹⁸. Pero el alcance de la Carta es más limitado en relación con el estatuto de la ciudadanía UE.

El estatuto de la **ciudadanía de la UE** no se extiende a los miembros de la familia sobre la base de la protección de la vida familiar, sino que se fundamenta en la accesoriadad respecto al ejercicio de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos UE¹⁹. De este modo, sólo incidental o colateralmente, y como elemento coadyuvante al ejercicio de esta libertad, es necesario reconocer, por derivación, un derecho de libre circulación y de residencia a los miembros de la familia del ciudadano europeo.

Este derecho “derivado” de los familiares de europeos requiere que se dé alguno de estos dos presupuestos: 1) o bien que exista un ejercicio previo de la libre circulación por parte del ciudadano europeo; 2) o bien que posibilite el derecho de residencia del propio ciudadano europeo.

¹⁸ Sent. TJUE de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11: *O., S. y Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto y L.*

¹⁹ Al respecto, el Considerando 5 de la Directiva 2004/38 indica que: “El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad”. Por su parte, la Sent. TJUE de 8 de mayo de 2013, asunto C-87/12: *Ymeraga e Ymeraga-Tafarshiku*: “A este respecto, procede recordar que los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros países por las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios de esos nacionales, sino derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión. La finalidad y la justificación de esos derechos derivados –en particular de los derechos de entrada y de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión– se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación de dicho ciudadano, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida” (apdo. 35 y jurisprudencia citada).

El presupuesto del ejercicio previo de la libre circulación previa supone que el derecho de residencia puede invocarse cuando un ciudadano de la UE (por ejemplo, un francés) se ha desplazado a otro Estado UE (por ejemplo, a España). El reverso de este presupuesto es que: quedan “excluidos” los familiares del Estado de acogida que siempre hayan estado en el Estado de su nacionalidad (es decir, familiares de españoles que siempre hayan residido en España).

La relevancia de este planteamiento fue puesto de manifiesto en el asunto *Dereci*²⁰ en relación con el otorgamiento de “residencia” a familiares de nacionales del Estado de acogida que no habían ejercido previamente la libre circulación (cónyuges nacionales de terceros Estados, entre ellos, un nacional turco y un nigeriano, algunos de los cuales habían entrado ilegalmente otros legalmente, y estaban casados o se casaron con austríacos, y que pretendían obtener o renovar su autorización de residencia en Austria como familiar de comunitario).

Estos familiares ni pueden invocar el estatuto de la ciudadanía de la UE ni el derecho a la vida familiar recogido en el art. 7 de la CEDF, debiéndose acoger al régimen general de la CEDH. El tratamiento de tales situaciones como “puramente internas” supone que cada Estado miembro decidirá el régimen jurídico a los miembros de la familia de sus propios nacionales (cuando previamente no hayan ejercido la libre circulación), ya sea igualando su tratamiento a los miembros de la familia del resto de los ciudadanos UE (evitando con ello situaciones de discriminación inversa) u otorgándoles un tratamiento menos ventajoso. Ejemplos claros de esta segunda solución son, por ejemplo, las soluciones del Derecho británico (como se evidenció en el asunto *McCarthy*), que dejen en peor situación al familiar del propio nacional que al familiar de otro ciudadano UE²¹.

Ejemplo de la primera solución (esto es, de la equiparación de todos los familiares de cualquier ciudadanos UE) es la vigente en el Derecho español. Por paradójico que pueda parecer, el tratamiento de los miembros de la familia de los españoles ha sido uno de los puntos negros de nuestra regulación de extranjería, quedando en una especie de

²⁰ Sent. TJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11: *Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduikie, Dragica Stevic y Bundesministerium für Inneres*.

²¹ En la Sent. TJUE de 5 de mayo de 2011 (Asunto C-434/09: asunto *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*), el asunto se suscitó por la denegación por parte de las autoridades británicas tarjeta de residencia de familiar comunitario a jamaicano casado con británica-irlandesa.

“limbo jurídico” parchado a través de remisiones diversas entre fuentes normativas²². Curiosamente, hasta al propio Real Decreto 240/2007²³ (que transpone a nuestro Derecho la Directiva 2004/38) “se le olvidó” incluir el régimen de entrada y permanencia de los familiares de españoles cuando éstos hubieran ejercido la libre circulación y tuvo que ser el TS (a través de su Sentencia de 1 de junio de 2010)²⁴ el que enmendara tal deficiencia.

Incluso el sistema vigente (que, como decimos, parte de una equiparación con el resto ciudadanos UE) no escapa a la polémica.

Por una parte, porque la práctica (velada o explícitamente infundada en temores o sospechas de fraude) exige un mayor rigor para acreditar la relación familiar con españoles que respecto de cualquier otro nacional (se exige, por ejemplo, a efectos de prueba, que el matrimonio esté inscrito en el Registro civil cuando tal condición no tiene carácter constitutivo en nuestro sistema).

Por otra parte, porque se ha levantado un rechazo a la aplicación del requisito de la suficiencia de recursos económicos en relación con los familiares de españoles (así lo evidencia una de las Recomendaciones del Defensor del Pueblo en su informe de 2013)

²² Vid. en este sentido la Disposición Adicional Tercera del RD 240/2007 que introdujo la Disposición Adicional Vigésima del anterior Reglamento de Extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre), en relación con la normativa aplicable a los miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Espacio Económico Europeo.

²³ RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (B.O.E. núm. 51, de 28-II-2007).

²⁴ Sent. del Tribunal Supremo (Sala Cont-adm, Sección 5ª) de 1 de junio de 2010 (www.westlaw.es, RJ 2010\5470). Pero sería la Sentencia TS de 1 de junio de 2010 la que conforma el modelo actualmente vigente. En su análisis sobre la legalidad del RD 240/2007, el objetivo de la Sentencia no era tratar el problema de la discriminación inversa en sentido estricto (el tratamiento de los miembros de la familia de los españoles que no hayan ejercido libre circulación, es decir, que siempre hayan estado en España) sino declarar una inadecuada transposición de la Directiva 2004/38 en la medida en que la versión inicial del art. 2 de citado RD no cubría los casos de los miembros de la familia de españoles que se hubieran desplazado a otro Estado miembro y regresaran a España. En este sentido, la redacción inicial del precepto sólo refería a los “familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la UE o del EEE” cuando le “acompañen o se reúnan con él”; literalmente dejaba fuera a los familiares de ciudadano español que hubieran ejercido la libre circulación. Tal omisión debía entenderse, en efecto, contraria al Derecho UE como, posteriormente, se ha ido encargando de demostrar la jurisprudencia del TJUE, de modo que al ciudadano UE que ha residido en un Estado miembro diferente a su nacionalidad y regresa a su Estado miembro del que es nacional le resultará aplicable el Derecho derivado UE: Sent. TJUE de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90: asunto *Singh*; de 11 de julio de 2002: asunto C-60/00: *Carpenter*; de 23 de septiembre de 2003, asunto C-109/01 *Akrich*; de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/2005: *Eind*.

(requisito éste, como se ha dicho, plenamente asentado ya para los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE)²⁵.

El segundo presupuesto que puede justificar el “derecho de residencia derivado” de los familiares de los ciudadanos UE **es, como hemos indicado, que sirva para garantizar el derecho de residencia del ciudadano UE** (es decir, garantizar el efecto útil del estatuto de la ciudadanía UE).

Asunto *Ruiz-Zambrano*²⁶ constituye el caso-tipo donde se evidenció esta problemática.- Era un supuesto en el que se trataba de determinar el derecho de residencia de los progenitores (colombianos) de dos niños belgas (nacidos y residentes en Bélgica): concluyó el TJUE que era necesaria la autorización de residencia de los padres para que los hijos pudieran disfrutar del efectivamente de la esencia de los derechos vinculados al estatuto del ciudadano UE. Nos encontraríamos ante lo que gráficamente se ha denominado “niños-ancla”.

Este presupuesto permite “incluir” a cualquier persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que tenga a su cargo al ciudadano de la UE en la medida en que es necesario para hacer efectivo el propio derecho de residencia de éste. Se aplica en relación con “ciudadano UE menor de edad” pero habría que decir que, en realidad, es aplicable en relación con cualquier ciudadano UE “dependiente” (término más amplio y creemos que más ajustado al criterio de la jurisprudencia *Ruiz-Zambrano*).

Es más, la efectividad del derecho de residencia del ciudadano de la UE debería conllevar una interpretación del criterio de “dependencia” en la clave de protección de la vida familiar del ciudadano europeo (al amparo, en este caso sí, del art. 7 CEDF).

EJEMPLO: si un matrimonio francés y argelina tienen un hijo francés y ambos ejercen la custodia, no bastaría con que el padre se quedara en Francia para que formalmente el hijo pudiera quedarse en Francia sino que habría que evitar la expulsión de la madre, de modo que el ejercicio del derecho de residencia no se tuviera que confrontar con la vida familiar del hijo.

²⁵ Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de marzo de 2013, nº expediente 13007759 (<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index2012.html>).

²⁶ Sent. TJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09: *Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEm)*.

Cabe finalmente preguntarse con qué contenido y con qué garantías reconoce **nuestra Constitución** el derecho a la vida familiar de los extranjeros.

Las aportaciones de la jurisprudencia constitucional en este ámbito pueden sintetizarse en una certeza (la vida familiar no está recogida en el derecho a la intimidad familiar del art. 18 CE) y en dos incertidumbres: qué alcance para la vida familiar puede derivarse de la libertad de circulación y residencia de los españoles (art. 19 CE) y qué alcance puede tener la tutela judicial efectiva del art. 24 CE para proteger la vida familiar.

El rechazo a la inclusión de la vida familiar dentro del **derecho de intimidad familiar** del art. 18 fue taxativamente establecido por el TC en la Sentencia nº 236/2007²⁷, en cuyo seno se analizó, entre otras cuestiones, la posible inconstitucionalidad de la LOE cuando reserva el derecho a la reagrupación familiar sólo para los extranjeros con autorización de residencia “regular” en nuestro territorio. Dice el TC ha manifestado que este derecho a la reagrupación familiar “*no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar art. 18.1 CE*” y que no existe en nuestra Constitución un derecho fundamental a la reagrupación familiar²⁸. Esto ya ha suscitado ciertas dudas sobre la compatibilidad de este posicionamiento constitucional con la línea jurisprudencial relatada del TEDH, incompatibilidad que el propio TC ha intentado salvar considerando que los objetos jurídicos protegidos por el art. 18.1 CE y el art. 8.1 CEDH no son los mismos: esencialmente el objeto jurídico protegido en el art. 18.1 sería la intimidad entendida en el sentido de privacidad personal y familiar.

Ello significa que la protección de la vida familiar ha de buscarse en la Constitución a través de otras vías: la más explícita, la protección de la familia del art. 39.1 y 39.4 (la protección de los niños) CE aunque sólo como criterio rector de la política social y económica; la más efectiva, a través de su vinculación con la **libertad de residencia del art. 19 CE** o con la **tutela judicial efectiva del art. 24 CE**.

²⁷ Sent. TC (Pleno) nº 236/2007, de 7 de noviembre.

²⁸ Sent. TC 236/2007, de 7 de noviembre; en la misma línea Sent. TC 60/2010, de 7 de octubre y 186/2013, de 4 de noviembre.

La primera vía ha sido ensayada, con un resultado más que cuestionable, en la Sent. TC (Sala Segunda) nº 186/2013, de 4 de noviembre:

CASO: Una ciudadana argentina, madre de una niña española de 3 años de edad, recurre en amparo frente al acto administrativo que ordenaba su expulsión del territorio español con base en el art. 57.2 LOE (que ampara la expulsión en los supuestos en los que el extranjero cometa un delito que conlleve una pena privativa de libertad superior a un año). Se daban las circunstancias adicionales de que el padre de la niña (nacional español) estaba en la cárcel.

Como resulta evidente, las analogías con el asunto *Ruiz-Zambrano* son más que notorias ya que en este supuesto, como en aquél, no sólo es que esté en juego la libertad de residencia en España de una española, sino que está en juego su residencia en la UE y, por tanto, la propia efectividad del estatuto derivado de la ciudadanía de la UE. Pues bien, ante esta situación la conclusión a la que llegó el TC es cuanto menos “sorprendente”, llegando a decir que:

“no se puede obviar que la menor de edad, aunque se ejecute la decisión administrativa de expulsión de su madre del territorio nacional, seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el art. 19 CE” (FJ 5º).

Recordemos estamos hablando de una niña de 3 años cuya madre va a ser expulsada y cuyo padre se encuentra en la cárcel. La Sentencia parte realmente de un planteamiento formalista, que no sólo hace una interpretación muy estricta del derecho a la residencia en España de los españoles, sino que, además, no hace ninguna concesión a una posible (y necesaria) vinculación entre la residencia de un menor y sus vínculos familiares más estrechos, como pueden ser, nada menos, que los 2 progenitores. De este modo, el planteamiento del TC aboca a una contraposición de intereses: el ejercicio del derecho de residencia de la menor implicaría, de hecho, una renuncia a una parte de la vida familiar o, si ésta quiere mantener la relación con la madre, tendría que renunciar al derecho de residencia en España.

En este contexto, la posición del TS (particularmente en su Sentencia de 26 de enero de 2005) creemos que es bastante más afortunada al indicar que el ordenamiento

jurídico, entendido en su conjunto, no puede permitirse la expulsión de padres de españoles menores de edad en la medida en que supone o bien una expulsión implícita de éstos (prohibida por el art. 19 CE) o bien una desmembración de la familia alterando los criterios esenciales del art. 11.2 de la LO 1/1996, de Protección del menor.

La segunda vía posible para hacer efectiva la protección a la vida familiar es, como decimos, el derecho a la tutela judicial efectiva. En la protección de la vida familiar subyace un criterio adicional que debe incorporarse en la motivación de los actos que impliquen la expulsión de los extranjeros de nuestro territorio. Esta vía no se desarrolló en la citada Sentencia de noviembre de 2013 (cuestión denunciada en el Voto Particular) pero sí lo había sido en la Sentencia Sent. TC nº 140/2009²⁹.

admite el amparo, precisamente con base en el art. 24 CE, de una decisión de expulsión por ausencia de proporcionalidad y de motivación considerando las circunstancias concurrentes en el caso tales como el arraigo familiar de extranjero (pareja de hecho con tarjeta residente y padre de cuatro niños escolarizados en España).

El resultado, por tanto, es que la vida familiar tiene un sustento de protección en el CEDH (como límite a los Derechos estatales de extranjería), aparece como accesorio al estatuto de la ciudadanía de la UE y encuentra una protección constitucional a través de la tutela judicial efectiva.

Cabe valorar ahora cuáles son los perfiles de la vida familiar y el modelo de familia.

III. Perfiles subjetivos de la reagrupación/vida familiar

Como puede intuirse del marco normativo expuesto, realmente no podemos hablar de un derecho a la vida familiar, sino de “derechos a la vida familiar” fruto de diversos perfiles que marcan contenidos parcialmente diferentes.

²⁹ Sent. TC (Sala Primera) nº 140/2009, de 15 de junio. A esa necesidad de especial motivación de los actos administrativos, sobre la base del art. 39 CE, también se refiere el citado Auto TC nº 54/2010, de 19 de mayo. La aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE en relación con la motivación de la sanción de expulsión también puede verse en la Sent. TC (Sala Segunda) nº 145/2011, de 26 de septiembre.

Tales perfiles parten de tres tipos de criterios: la nacionalidad del reagrupante; su grado de integración en el Estado de acogida; y su vinculación con su propio Estado de origen.

El primer criterio es la nacionalidad del reagrupante

Como es deducible de lo expuesto, el alcance de derecho de residencia de los miembros de la familia no depende tanto de la nacionalidad de éstos, como de la nacionalidad del “reagrupante”. En estos casos, estamos hablando de un derecho “derivado” de residencia.

De este modo, un nacional senegalés merecerá un tratamiento diferente en función de si está casado con una senegalesa, con una nacional francesa residente en España o con una española. Tampoco merecerá el mismo trato si es padre de un hijo senegalés, francés o español.

Habrán diferencias en cuanto a las fuentes normativas y también en cuanto a la delimitación subjetiva de los miembros de la familia beneficiarios del derecho de residencia “a título derivado”. No obstante, nuestro sistema jurídico permite cierta permeabilidad entre regímenes, en la medida en que los beneficiarios por la ciudadanía europea se les permite la invocación de la legislación de extranjería en cuanto les resulte más favorable.

El segundo criterio depende del grado de integración del extranjero en el Estado de acogida

El grado de integración de los no nacionales en el Estado de acogida constituye, sin duda, un factor muy relevante en el tratamiento dispensado por el Derecho de extranjería y que, en buena lógica, se proyecta también sobre el tratamiento del derecho a la vida en familia.

Este contexto explica que:

- El extranjero debe ser residente “regular” en el Estado de acogida, con una vinculación temporal previa (actualmente cifrada en 1 año) y con vocación de

continuidad (autorización al menos renovada): se trata de evitar a toda costa una precarización de la vida del inmigrante y de su familia.

- A los nacionales de terceros Estados, sólo cuando alcanzan el estatuto de residentes de larga duración les es posible traer a sus ascendientes³⁰.
- Los no nacionales cuya vinculación es presumiblemente temporal (al menos en su concepción inicial) como pueden ser estudiantes, voluntarios u otras personas en situación asimilada, tienen también una concepción “restringida” para su vida familiar, en la medida en que pueden traerse a su cónyuge y descendientes, pero no a sus ascendientes³¹.

El tercer criterio parte de la vinculación que el extranjero mantenga con su Estado de origen

La imposibilidad, legal o fáctica, de retorno al Estado de origen determina la necesidad de protección adecuada de la vida familiar en el Estado de acogida, como ya hemos visto. El claro exponente de este criterio serían los beneficiarios de la protección vía asilo o por la vía de la protección subsidiaria³², que tienen reconocido un derecho a la vida familiar con unos contornos más amplios que el resto de los extranjeros.

IV. ¿Cuál es el modelo de familia?

No se deriva del CEDH, ni de las regulaciones vigentes ninguna imposición de un modelo familiar concreto, aunque sí existen algunas líneas esenciales que, con matices, se comparten en los diferentes regímenes. Nos vamos a referir, en concreto, al tratamiento de la familia nuclear, de la familia extensa, de la familia multicultural y de los nuevos modelos familiares.

³⁰ Art. 17.3 de la LOE.

³¹ *Vid.* art. 41.1 del Reglamento de Extranjería (RD 55/2011, de 20 de abril, *BOE* nº 103, de 30-IV-2011; corr. Nº 145, de 18-VI-2011).

³² *Vid.*, en relación con los refugiados, el Considerando 8 de la Directiva 2003/86/, de 22 de septiembre, del derecho a la reagrupación familiar (*D.O.* núm. L 251, de 3-X-2003).

Familia nuclear:

Existe un consenso mínimo sobre la vida familiar en cuanto a la pareja y a los descendientes directos.

Por lo que a la pareja se refiere, junto al matrimonio, también se reconoce a la pareja de hecho, siguiendo una línea consolidada por la jurisprudencia del TEDH sobre la concepción amplia de familia. Las diferencias entre las diversas regulaciones (señaladamente la de la ciudadanía europea y la de la extranjería) derivan de los requisitos de base de la pareja, según deba estar registrada o sea suficiente una prueba de convivencia.

Respecto los descendientes, el modelo parte de una reagrupación de los hijos con un criterio máximo de edad (18 años en el caso de hijos de nacionales de terceros países; 21 años en el caso de hijos de europeos). Curiosamente, la fijación del criterio de la edad se hace sin consideraciones de dependencia, lo que permitiría incluir a menores emancipados, pero excluir a mayores aunque sigan conviviendo con sus progenitores³³. Sólo el régimen de ciudadanía europea es sensible con la realidad de dependencia económica que pueden seguir teniendo los hijos respecto de sus padres cumplidos los 21 años, permitiendo extender el régimen de familiar de europeo siempre que se encuentren “a su cargo”.

Quedan fuera de esta concepción de la familia “nuclear” los ascendientes³⁴. El TEDH ha mostrado el carácter limitado del art. 8.1 CEDH en relación con la reagrupación, en general, de personas en edad adulta³⁵. En el ámbito del estatuto de la ciudadanía de la UE, sólo quedan cubiertos cuando se encuentran a cargo del europeo (o de su cónyuge); en el ámbito de los nacionales de terceros Estados, se requiere además

³³ Sólo quedarían incluidos los hijos, aunque sean mayores, con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud [*vid.* art. 17.1.b) de la LOE].

³⁴ Considerando 10 de la Directiva 2003/86: “Los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. Cuando un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de dichas personas, tal autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en los casos cubiertos por esta disposición no concedan a dichas personas la consideración de miembros de familia por lo que respecta al derecho a residir en otro Estado miembro, con arreglo a la legislación comunitaria pertinente”.

³⁵ *Vid.* Sent. TEDH de 13 de febrero de 2001, n.º. 47160/99, asunto *Ezzouhdi c. Francia*, apdo. 34.

que el reagrupante tenga residencia permanente en España. A los estudiantes (y situaciones de temporalidad asimiladas) directamente se les niega la posibilidad de reagruparlos.

Familia extensa:

El régimen del Derecho UE permite que los Estados Miembros amplíen los criterios a familia extensa cuando exista una dependencia financiera o física de los ciudadanos UE³⁶. Precisamente sobre esta base, la Disposición Adicional 23ª del Reglamento de Extranjería introduce algunos privilegios para la obtención de la residencia en España de otros familiares (en línea recta o colateral, consanguínea o por afinidad) y que vivan o se encuentren a cargo del ciudadano UE.

De una concepción especialmente amplia de la familia parte el modelo establecido para las personas beneficiarias de asilo o de protección internacional subsidiaria amparando a cualquier miembro de la familia “siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquéllas y la existencia de convivencia previa en el país de origen”.

Familia multicultural:

La imposibilidad práctica de cerrar los ojos ante los diversos modelos familiares conlleva que el régimen de extranjería haga un guiño a los matrimonios poligámicos que, siendo una práctica ilegal en nuestro Derecho, pueden presentarse, incidentalmente, cuando el reagrupante se encuentre casado con diversas mujeres y pretende traerse a España a una de ellas. Desde la perspectiva civil, el único matrimonio válido sería el primero; desde la perspectiva de la autoridad administrativa, la condición es sólo se reagrupe a uno de los cónyuges, pero podría ser cualquiera de ellas (la primera o la

³⁶ Considerando 6 de la Directiva 2004/38: “Para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión”.

última). Un ejemplo de efecto atenuado de orden público que también se ha manifestado en otros sectores, como es el de las pensiones de viudedad.

Nuevos modelos familiares:

No se impone, ni siquiera en el ámbito del Derecho UE, el reconocimiento de nuevos modelos familiares como las basadas en los matrimonios entre personas del mismo sexo o la filiación obtenida por gestación por sustitución. La solución en estos casos se deja en manos de los Estados de acogida. No obstante, subyace en el ámbito del Derecho europeo cierta tensión entre la necesidad de tender al reconocimiento mutuo de las relaciones civiles válidamente constituidas en otros Estado miembro (tendencia hacia la que ineludiblemente camina el Derecho europeo, aunque todavía con un modelo en construcción) y el espacio de apreciación reconocido a los Estados de acogida.

El matrimonio entre personas del mismo sexo no es todavía un modelo universalmente aceptado, ni siquiera en el marco europeo, de modo que la respuesta que se dé a los efectos del derecho de residencia dependerá de lo establecido en cada caso por el Derecho del Estado de acogida. Desde la perspectiva española, no se planteará ningún problema específico en relación con la reagrupación del cónyuge del mismo sexo.

Un nuevo modelo familiar también es, lo que se ha dado en llamar, el de la **familia reconstituida**. El sistema vigente permite la reagrupación no sólo de hijos comunes, sino también de hijos de la pareja o del otro cónyuge en una clara concesión a un modelo familiar complejo, pero plenamente asentado en nuestra sociedad actual. Pero es que, además, esta ampliación fáctica de la familia también repercute en el estatuto de la ciudadanía UE cuando el ciudadano de la UE se encuentre a cargo de una persona con la que no tenga relación biológica o familiar directa (por ejemplo, la nueva pareja que pueda tener su madre biológica).

VI. Criterios sobre la residencia derivados de la vida familiar

Finalmente, procede determinar cuáles son las consecuencias directas que del marco normativo expuesto cabe derivar de la incidencia de la vida familiar en el régimen de extranjería y, en concreto, sobre el acceso a la residencia en el Estado de acogida. Pueden derivarse varios criterios, algunos de los cuales ya han sido apuntados en esta exposición.

-1) El criterio de la imposibilidad legal de retorno al Estado de origen.- Estaría justificada la invocación del derecho a la vida familiar, en todos aquellos casos en los que el extranjero haya obtenido la protección vía asilo o protección subsidiaria, que, por definición, impide su retorno a su Estado de origen, de modo que ni su presencia en el Estado de acogida responde a un criterio de libre elección, ni, en consecuencia, poder reagruparse con su familia es una opción entre alternativas equivalentes. Ya hemos indicado que, en el ámbito del Derecho español, la protección de la vida familiar está expresamente contemplada y, además, reconocida con un modelo de familia extensa.

-2) El criterio de la imposibilidad fáctica de retorno al Estado de origen.- También estaría justificada la misma idea de reagrupación debido una imposibilidad fáctica de mantener una vida familiar en el Estado de origen, situación en la que se encontrarían personas que han reconstituido su familia en el Estado de acogida y que pretendieran reagrupar consigo a familiares (por ejemplo, hijos) que dejaron en el Estado de origen.

Este fue el criterio que se mantuvo en el asunto *Tuquabo-Tekle*³⁷: en el caso se había denegado el visado para entrar en los Países Bajos a una hija de la solicitante que vivía en Eritrea (la madre se había vuelto a casar en los Países Bajos y tenía su vida familiar nueva); con el argumento de que la relación familiar entre madre e hija no existía desde hace mucho tiempo. Consideró, sin embargo, el TEDH que esta denegación suponía una violación del art. 8.1 CEDH en la medida en que resultaba imposible, en la práctica, un retorno de la madre a Eritrea.

-3) La necesidad de establecer un régimen específico de entrada de los extranjeros por razones familiares.- Tal y como ha establecido TEDH, el derecho a la

³⁷ *Loc. cit.* Ver, en la misma clave, Sent. TEDH de 21 de diciembre de 2001, nº 31465/96, asunto *Sen c. Los Países Bajos*, apdo 40.

vida familiar comprende, entre otros aspectos, el derecho de relación entre padres e hijos y a disfrutar de su mutua compañía³⁸. En el mismo sentido, recoge este derecho el art. 24.3 de la CEDF. Esto supone que los regímenes de extranjería no sólo deben establecer mecanismos concretos para permitir la residencia de los miembros de la familia, sino también vías privilegiadas para la estancia de familiares en el Estado de acogida para garantizar este derecho de comunicación con los hijos.

El asunto *Polidario c. Suiza*³⁹ así lo ha puesto de manifiesto: la concesión de la custodia de un menor a favor del padre, conlleva que, en todo caso, la madre pueda entrar y permanecer en Suiza para hacer efectivo el derecho de comunicación con el hijo; por tanto, del art. 8 CEDH se deriva una obligación para las autoridades suizas para autorizar la estancia de la madre con esa finalidad.

El planteamiento tiene importantes consecuencias en el ámbito del Derecho español de extranjería, en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre con el régimen del estatuto de la ciudadanía UE, no está previsto en la LOE ningún régimen especial para la entrada, a efectos de estancia en España, por razones familiares⁴⁰. La vida familiar, en sede de reagrupación familiar, sólo se refiere al derecho de residencia. Esto deja un vacío importante en relación con el ejercicio del derecho de visita de los menores.

-4) La conveniencia de establecer una vía para la regularización de los extranjeros por arraigo familiar.- No se deriva de la CEDH una obligación para los Estados de establecer vías de regularización por arraigo familiar. De hecho, más bien al contrario, el TEDH ha indicado que una permanencia continuada irregular en el territorio de un Estado no cabe invocar una esperanza legítima para la obtención de una autorización de residencia en el mismo⁴¹.

No obstante, el Derecho español sí permite expresamente esta vía de regularización basándose en la vinculación familiar cuando se trate de padre o madre de un menor español que esté a su cargo y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones

³⁸ Sent. TEDH de 7 de agosto de 1996, nº 17383/90, asunto *Johansen c. Noruega*.

³⁹ Sent. de 30 de julio de 2013, nº 33169/10.

⁴⁰ En el régimen general de extranjería, la reagrupación familiar se concibe únicamente como una situación de residencia; *vid.*, al respecto, Sent. TSJ de Madrid (Sala Cont-adm., Secc. 1ª), nº 527/2013, de 5 de abril (www.westlaw.es, JUR\2013\190741).

⁴¹ Sent. TEDH de 13 de mayo de 2003, nº 53102/99, asunto *Chandra y otros c. Países Bajos*; Sent. TEDH de 31 de enero de 2006, nº 50435/99, asunto *Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. Países Bajos*, apdo. 39.

paternofiliales; y cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles (art. 125.3 del Reglamento de Extranjería).

-5) La necesidad de motivación de las denegaciones de residencia y de expulsión.- La vida familiar protegida por el art. 8.1 CEDH también es un límite a las expulsiones de los extranjeros (Asunto *Dalia*⁴²). En ningún caso se justifica la decisión de expulsión sin atender a las circunstancias concretas del individuo, de modo que la expulsión no sólo es necesaria que sea legal (prevista en una ley) y legítima (persiga un interés legítimo), sino que además también debe ser necesaria en una sociedad democrática.

Dos casos del TEDH ilustran este planteamiento:

El asunto *Boultif c. Suiza*⁴³: Entiende el TEDH que la denegación de renovación de residencia en Suiza a un nacional argelino por haber cometido delito (aduciendo razones de orden público y de seguridad pública), es una injerencia en la vida privada familiar del art. 8, por falta de motivación y justificación de la proporcionalidad de la medida adoptada. En este sentido, los motivos de orden público o seguridad pública debe justificarse en el caso concreto, examinando factores como: la gravedad de la infracción cometida, la duración de la estancia en el país de acogida... y, en lo que a nosotros nos interesa la situación familiar del solicitante (si tiene pareja, si tiene hijos). En el caso concreto allí analizado, partiendo de las dificultades para que pudiera desarrollarse la vida familiar en otro Estado y de la valoración de las circunstancias concretas de la conducta del extranjero, no quedaba justificada la denegación de renovación de su residencia en Suiza.

El asunto *Kiyutin c. Rusia*⁴⁴: entiende el TEDH que se produce vulneración del art. 14 en relación con el art. 8 CEDH, con la denegación por parte de las autoridades rusas del permiso de residencia a un uzbeko por tener SIDA, concurriendo en él las circunstancias adicionales de que estaba casado con una rusa y que era padre de un niño ruso. La vulneración al derecho a la vida familiar se produce en este caso por la aplicación automática de una norma que establece la expulsión generalizada de los seropositivos, sin permitir un examen de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, como es el propio arraigo familiar del extranjero, para motivar la denegación de la residencia.

De todo ello se deduce, por tanto, que el arraigo familiar, entre otras razones, impone un examen individualizado y motivado de la medida de extranjería que prive de

⁴² Sent. TEDH 19 febrero 1988, nº 26102/95, asunto *Dalia c. Francia*; Sent. TEDH de 17 de abril de 2003, nº 52853/99, asunto *Yilmaz c. Alemania*.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Loc. cit.*

la residencia al extranjero del Estado de acogida. El planteamiento es absolutamente relevante para la aplicación de la medida sancionadora de expulsión en nuestro sistema. Dado que la expulsión es una medida alternativa a la multa, tiene que ser razonada y proporcional y, sobre todo, tiene que ser motivada a la vista del caso concreto sobre todo cuando concurren circunstancias de arraigo familiar.

En unos casos, la propia LOE establece directamente la inaplicación de la sanción de la expulsión cuando se trate de cónyuges de extranjero que hayan residido legalmente en España más de dos años, a los ascendientes, hijos menores o mayores con discapacidad que estén a su cargo (art. 57.5 último párrafo).

En otros casos, nuestra jurisprudencia expresamente rescata el contenido de las obligaciones familiares (como las previstas en los arts. 110 y 154 y ss. C.c.) para entender que no procede la expulsión de progenitores de menores o para solicitar la suspensión de la ejecutividad de una orden de expulsión con base en razones familiares⁴⁵.

Pero el tema tiene también trascendencia a la hora de aplicar la medida de expulsión establecida en el art. 57.2 LOE donde la alternatividad a la multa no está legalmente prevista. También en este caso, a la vista de lo establecido en la jurisprudencia TEDH, el arraigo familiar obligaría a motivar específicamente la sanción de la expulsión. El planteamiento volvería a tener consecuencias en supuestos como el analizado por el TC en la Sentencia de 4 de noviembre de 2013, en la medida en que se trataba (recordémoslo) de la madre de una niña española de 3 años de edad y en cuya resolución de expulsión no se había justificado una especial vulneración a los principios de orden público y seguridad pública.

-6) Finalmente, está el criterio del interés del menor como parámetro rector de las medidas de extranjería.- Es decir, de la protección de la vida familiar se deriva que las decisiones sobre extranjería deben estar claramente supeditadas a la decisión sobre las medidas de protección del menor (y no a la inversa).

⁴⁵ Vid. referencias en J.L. Pérez Prieto, “Una aproximación al criterio seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en la elección de la sanción (multa o expulsión) en los supuestos de permanencia irregular en territorio español cuando concurre una situación de arraigo familiar”, en J.V. Gavidia Sánchez, (Coord.), *Inmigración, familia y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 481 y ss., esp. pp. 497-498.

Así puede deducirse del

*Asunto Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. los Países Bajos*⁴⁶.- En el caso, tenemos una madre brasileña (en situación irregular en los Países Bajos) y un padre holandés; se le concede la custodia al padre por parte de las autoridades civiles holandesas considerando que dársela a la madre supondría (irremediablemente) el retorno de la niña a Brasil y la ruptura con la familia del padre. Este mismo argumento sirve, paradójicamente, para que las autoridades administrativas holandesas rechacen la autorización de residencia de la madre dado que, al no tener la custodia de la hija, no tiene el arraigo familiar que justifique su permiso de residencia. El círculo vicioso entre ambas decisiones es evidente.

El TEDH concluye que existe una vulneración del art. 8 dado que en las circunstancias del caso el bienestar económico del país no prevalece sobre los derechos de la madre y de la niña, a pesar que aquélla residía ilegalmente en los Países Bajos en la época de nacimiento de su hija.

El debate se suscita sobre la interrelación entre las decisiones sobre responsabilidad parental y la inmigración.

Si la madre de un niño que reside en España incurre en una infracción susceptible de expulsión, ¿debe un juez quitarle la custodia del niño y otorgársela al padre en vistas a la posible expulsión de la madre a otro país? O más bien, ¿habrá que replantearse la decisión administrativa de expulsión para que la madre pueda seguir ejerciendo su derecho de custodia en España?

Si se llevara hasta el extremo la influencia de la extranjería sobre las decisiones sobre el menor nos encontraríamos, en el caso de matrimonios mixtos español-extranjero, con que la custodia de los hijos españoles siempre debería otorgarse al progenitor nacional, en detrimento del extranjero lo que, desde la perspectiva del interés del menor, no es de recibo.

En estos casos, el parámetro del interés del menor (recogido como criterio rector en la propia Convención NNUU sobre derechos del niño) debe prevalecer sobre las políticas de control migratorio, cuya aplicación debe entenderse restrictiva y adecuadamente fundamentada. Dicho de otro modo: la vida familiar introduce una presunción a favor de la permanencia del extranjero en el Estado de acogida, presunción

⁴⁶ *Loc. cit.*

que sólo puede desvirtuarse con la prueba en contra, por parte de este Estado, de fundamentadas razones de orden público o de seguridad pública.

Después de este análisis, estamos ya en condiciones de poder darle algunas respuestas a las preguntas que nuestro nacional argentino se formulaba al inicio:

Nuestro argentino no tendrá un derecho a residir en España, aunque podrá hacerlo si cuenta con un contrato de trabajo; podrá traerse a España su mujer y a los hijos que dejó en Argentina, pero para reagruparse con sus padres tendrá que pasar antes unos años en España. Si, posteriormente, tiene un hijo con una española, tendrá muchas posibilidades de garantizar aquí su permanencia y de blindarse frente a su expulsión; incluso, en caso de divorcio, los tribunales podrán concederle la custodia de sus hijos si demuestra que es buen padre, aunque sea argentino.

Con esto Sr. Presidente y Sres. Miembros de la Academia finalizo mi intervención, agradeciendo a todos su asistencia y la atención que me han prestado.

En Oviedo, a 11 de junio de 2014.