MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA (EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CANTABRIA)

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

TÍTULO

EL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS PROGENITORES NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS EN LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO "H.C. CHÁVEZ-VÍLCHEZ Y OTROS".

WORK TITLE

THE RIGHT OF RESIDENCE OF EUROPEAN UNION PARENTS NACIONALS FROM THIRD-COUNTRIES: CASE "H.C. CHAVEZ-VILCHEZ AND OTHERS".

AUTOR: **CARARUS, MARIN**

DIRECTORA: **OJINAGA RUIZ, MARIA DEL ROSARIO**

FECHA: 19 de febrero de 2019.

RESUMEN 4-5

INTRODUCCIÓN 6-7

1. EL ESTATUTO DE LA CIUDADANIA DE LA UNIÓN. 8

1.1 LA CREACIÓN DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA 8-14

1.2 LOS CONTENIDOS DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA 14-22

2. JURISPRUDENCIA PREVIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS PROGENITORES 22-28

2.1. SENTENCIA DEL TJUE DE 19 DE OCTUBRE 2004 ASUNTO C.200/02 "ZHU Y CHEN". 28-30

2.2. SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE MARSO 2011 ASUNTO C-34/09 "G. RUIZ ZAMBRANO/ OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI". 30-33

2.3. SENTENCIA DEL TJUE DE 5 DE MAYO 2011 ASUNTO C-434/09 "SHIRLEY Mc CARTHY/SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT". 33-36

2.4. SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE NOVIEMBRE 2011 ASUNTO C-256/11 "M. DERECI Y OTROS/BUNDESMINISTERIUM FUR INNERES" 36-39

2.5. SENTENCIA DEL TJUE DE 13 DE SEPTIEMBRE 2016 ASUNTO C-165/14 "ALFREDO RENDÓN MARIN/ ADMINISTRACION DEL ESTADO 39-41

3. LA SENTENCIA "H.C. CHÁVEZ-VILCHEZ Y OTROS" DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA DE 10

DE MAYO DE 2017 Y SU CONTRIBUCIÓN AL INTERES SUPERIOR DEL MENOR **41**

3.1 PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES **42-47**

3.2 DERECHO DEL PROGENITOR NACIONAL DE UN PAIS TERCERO. DE RESIDIR CON SU HIJO CIUDADANO EUROPEO DE CORTA EDAD EN EL ESTADO DE NACIONALIDAD DEL HIJO **48-55**

3.3 CARGA DE LA PRUEBA DE LA INCAPACIDAD DEL OTRO PROGENITOR PARA HACERSE CARGO DEL MENOR **55-58**

3.4 EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR **58-66**

CONCLUSIONES **67-68**

BIBLIOGRAFIA **69-71**

RESUMEN

El presente TFM tiene por objeto un tema de especial relevancia en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, destacando su sentencia en el caso *H.C. Chávez-Vílchez y otros*, de 10 de mayo de 2017. En dicha sentencia se considera el derecho de residencia de los progenitores de ciudadanos de la Unión a la luz del principio del interés superior del menor y otros principios de derechos humanos. El tema se enmarca en el concepto de ciudadanía de la Unión e, indirectamente, en el ejercicio de la competencia de la Unión Europea en materia de inmigración, y será abordado en la perspectiva del control jurisdiccional que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con estos derechos.

Palabras clave: Ciudadanía de la U.E; derecho derivado de residencia de los nacionales de países terceros; derechos humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

ABSTRACT

The present master dissertation considers an issue of relevance, in the recent precedent to the Court of Justice of the European Union, highlighting its ruling in case *"H.C. Chavez-Vilchez, and other, of may 10, 2017"*. In this judgment, the right of residence of the parents of a European Citizen Child`s is considered in the light of the principle of the highe interes of the minor, as well as other principles of the human rights. This matter is set within the exercise of competence of the European Union in the field of immigration and will be addressed from the perspective of the jurisdictional control, carried out by the European Union Court of Justice.

Keywords: Human Rights, Court of Justice of the European Union, EU Citizenship, derived right of residence to third-countries, the highest interest of the child.

"Europa no se hará de un solo golpe, ni mediante una construcción global. Se hará a través de pasos concretos, creando primero una solidaridad de hecho".
R. SCHUMAN, 9-5-1950.

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es el planteamiento de los problemas con los que se enfrenta un progenitor nacional de un tercer país que reside en un Estado miembro de la Unión Europea, cuyos descendientes ostentan la condición de ciudadanos de la Unión. A partir de su jurisprudencia previa, en la sentencia "Chávez-Vílchez" el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aborda la cuestión del derecho derivado de residencia de los progenitores de ciudadanos europeos, destacando la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños e invocando el principio del interés superior del menor, junto con otros principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[1]. En este sentido, se hace inevitable una referencia a los valores constitucionales de la Unión que figuran el artículo 2 del TUE, en el que se proclama que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos[2].

La integración europea ha alterado el significado tradicional de algunos conceptos clave, como el de soberanía y ciudadanía, dando lugar al nacimiento de un estatuto de ciudadanía de la Unión[3] del que disfrutan ya muchos inmigrantes de segunda o posteriores generaciones. En este contexto, el tema elegido presenta un indudable interés jurídico, político y social, al inscribirse paralelamente en un ámbito de competencia de la Unión Europea -la política de inmigración, asilo y refugio- que

[1] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto *Chávez-Vílchez*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.
[2] ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.)., *Instituciones de la Unión Europea*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 94-95, ISBN 978-84-9119, pp. 78 y ss.
[3] La esencia de todo estatuto de ciudadanía consiste en establecer un vínculo jurídico-político entre un sujeto de Derecho Internacional y una persona física que asume ciertas obligaciones y disfruta de determinados derechos. El TUE, adoptado en Maastricht en 1992, estableció como uno de los objetivos de la Unión "reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión". Una nueva parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea -antiguos artículos 17 a 22- se dedicó a esta ciudadanía. En la actualidad, de conformidad con el artículo 9 del TUE y el artículo 20 del TFUE, será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la cual se deriva de la aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado. La ciudadanía europea y los derechos individuales de los ciudadanos, consagrados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 9 del Tratado de la Unión Europea, constituyen la base de la formación de la identidad europea.

suscita retos importantes para la Unión y los Estados miembros y que se ha convertido, en los últimos años, en uno de los ámbitos de actuación de la Unión que mayor interés y preocupación suscitan, también para los juristas.

El ejercicio de los derechos derivados de ese nuevo estatuto de ciudadanía de la Unión, ha dado lugar en los años transcurridos desde su creación, y como consecuencia de las dificultades suscitadas en los ordenamientos jurídicos internos de hacer frente a los múltiples supuestos que se presentan en la práctica, a numerosos litigios ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que con frecuencia han recurrido al mecanismo de la cuestión prejudicial. Ello, unido a los recursos por incumplimiento planteados por la Comisión o por algún Estado miembro, ha permitido al TJUE desarrollar una abundante jurisprudencia en la materia.

En este contexto, nos ocuparemos de un análisis de la noción de ciudadanía europea, sus orígenes y el conjunto de los derechos que la integran. A continuación, se examinará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversos asuntos relativos al derecho derivado de residencia de los progenitores de menores ciudadanos de la Unión. Este examen dará paso a un estudio específico de la importante sentencia “Chávez-Vílchez”, con el fin de poner de manifiesto su contribución al tratamiento jurídico de las cuestiones suscitadas en tales supuestos. Finalmente, se incluyen unas breves conclusiones sobre el tema.

1. ESTATUTO DE LA CIUDADANIA DE LA UNIÓN

Hasta la reforma introducida en el Tratado de Maastricht de 1992, el término "ciudadano" nunca se utilizó en los tratados de las comunidades europeas al regular el mercado común como medio para alcanzar objetivos políticos. Como beneficiarios del mercado común, los ciudadanos se ocultaban tras la denominación de trabajadores, empresarios, consumidores, usuarios o como operadores económicos. En este contexto, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad viene prohibiendo desde la fundación de las Comunidades Europeas toda discriminación "en los ámbitos de aplicación de los Tratados" (art.18 TFUE)[4].

La propuesta de crear una ciudadanía de la Unión se incluyó por primera vez en el Proyecto de Tratado sobre Unión Europea, adoptado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 (proyecto Spinelli), pero no fue aceptado por los Estados miembros[5]. No obstante, en el Consejo Europeo de 1984 en Fontainebleau se creó el Comité *ad hoc* con la denominación "la Europa de los ciudadanos" que aprobó una serie de propuestas en relación a la constitución de una ciudadanía europea, además de proponerse la bandera comunitaria, que fue adoptada oficialmente en el año 1986 junto al emblema y el himno. Aun así, no se habla todavía propiamente de una ciudadanía, ni se menciona esta institución. La creación de símbolos y derechos por parte de los Estados miembros no tenía como finalidad y destinatarios directos a los ciudadanos, sino al propio proceso de integración.

1.1. La creación del estatuto de ciudadanía de la Unión

La Conferencia Intergubernamental que preparó el Tratado de Maastrich insertó el vínculo político directo entre los ciudadanos con miras a favorecer el sentimiento de unidad con la Unión Europea. Finalmente, el Tratado de la Unión Europea adoptado en Maastrich en 1992 introduce el estatuto de "ciudadanía europea", dando con ello lugar a un cambio de modelo[6]. Se produce así un giro decisivo al proclamarse el objetivo de

[4] MOYA ESCUDERO, M., "Un Código de derechos para los nacionales de terceros Estados residentes legales en la UE: un avance en derecho antidiscriminatorio", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2017, p. 2.

[5] Con anterioridad, en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París en 1974 ya se consideró la necesidad de reconocer "derechos especiales" a los nacionales de los Estados miembros de la entonces CEE. Por su parte, el denominado informe Tindemans (1975) introduce ya un planteamiento orientado hacia la creación de una comunidad de ciudadanos.

[6] Tratado de la Unión Europea (TUE), adoptado el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, BOE de 13 de enero de 1994.

lograr una "unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa" y el postulado de que la integración europea tiene como finalidad servir al ciudadano. En el Preámbulo del TUE, los Estados miembros se manifiestan "resueltos a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países". En su artículo 2, el TUE consideraba como unos de los objetivos de la Unión el "reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de la Unión"[7]. De este modo, a creación en 1992 de la ciudadanía de la Unión Europea supuso una doble novedad, pues (i) traspasa la barrera económica y crea derechos vinculados al ejercicio del poder en el marco de una Unión Europea de carácter político; (ii) crea una institución jurídica nueva al servicio del ciudadano en la que se integran ciertos derechos que se superponen al vínculo nacional.

Las posteriores reformas de los tratados de la Unión Europea no introdujeron cambios significativos sobre este punto. Tras la reforma realizada por el Tratado de Lisboa, los tratados actualmente en vigor desarrollan tal estatuto, que pasa a denominarse "ciudadanía de la Unión". Esta ciudadanía no constituye una nueva categoría de nacionalidad llamada a sustituir a las nacionalidades propias de los Estados miembros, sino un estatuto suplementario y acumulativo respecto de dichas nacionalidades. Las personas nacionales de un Estado miembro se benefician, además, bajo la cobertura de la Unión Europea, de derechos suplementarios que constituyen el propio estatuto de la ciudadanía de la Unión. Como proclama el articulo 20 TFUE:

> "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla".

La condición "sine qua non" para disfrutar de la calidad de ciudadano de la Unión es la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro. Si se pierde la condición de nacional de un Estado miembro se pierde automáticamente la ciudadanía de la Unión, lo que ha reconocido el TJUE en la sentencia de 2 de marzo de 2010 en el caso *Rottmann y Freistaat Bayern*[8]. Si un Estado miembro se retira de la Unión, sus nacionales pierden el estatuto y los derechos propios de la ciudadanía de la Unión. Ninguna norma de la Unión regula la atribución de la nacionalidad, ni la Unión Europea tiene tal competencia. Esto significa que los Estados miembros consideran que el

---

MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones Y Derecho De La Unión Europea*. 9-a edición, Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2016, p.151-152.

[7] DIEZ MORENO, F., *Manual De Derecho De La Unión Europea*, 4ª Edición, Navarra: Aranzadi, S.A., 2006, pp. 154-155, ISBN 84-470-2550-0.

[8] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottman contra Freistaat Bayern*, C-135/08, CLI:EU:C:2010:104.

reconocimiento y concesión de la nacionalidad depende de las normas adoptadas soberanamente por cada Estado miembro, aunque su competencia debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión[9].

En el asunto *Janko Rottmann/Freistaat Bayern*, el abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Poiares Maduro explicó la relación entre los conceptos de ciudadanía y nacionalidad de la siguiente manera:

> "Se trata de dos conceptos a la vez inextricablemente vinculados y autónomos. La ciudadanía de la Unión supone la nacionalidad de un Estado miembro, pero es también un concepto jurídico y político autónomo con respecto al de la nacionalidad. La nacionalidad de un Estado miembro no sólo permite el acceso al disfrute de los derechos conferidos por el Derecho comunitario, sino que nos hace ciudadanos de la Unión. La ciudadanía de la Unión constituye más que un conjunto de derechos que, en sí mismos, podrían ser concedidos incluso a quienes no la poseen. Presupone la existencia de un vínculo entre los ciudadanos europeos de carácter político, aunque no se trata de un vínculo de pertenencia a un pueblo. […] Se basa en su compromiso mutuo de abrir sus comunidades políticas respectivas a los otros ciudadanos europeos y de construir una nueva forma de solidaridad cívica y política a escala europea. No exige la existencia de un pueblo, sino que se basa en la existencia de un espacio político europeo, del que se derivan derechos y obligaciones. En la medida en que no implica la existencia de un pueblo europeo, la ciudadanía procede conceptualmente de una disociación de la nacionalidad. Como un autor ha señalado, el carácter radicalmente innovador del concepto de ciudadanía de la Unión reside en el hecho de que "la Unión pertenece y está integrada por ciudadanos que por definición no comparten la misma nacionalidad". Por el contrario, al establecer la nacionalidad de un Estado miembro como requisito para ser ciudadano europeo, los Estados miembros han querido resaltar que esta nueva forma de ciudadanía no cuestiona la fidelidad primera a nuestras comunidades políticas nacionales. De este modo, dicho vínculo con la nacionalidad de los distintos Estados miembros constituye un reconocimiento del hecho de que puede existir (de hecho, de que existe) una ciudadanía que no viene determinada por la nacionalidad. Este es el milagro de la ciudadanía de la Unión: refuerza los vínculos que nos unen a nuestros Estados (en la medida en que somos ciudadanos de la Unión precisamente porque somos nacionales de nuestros Estados) y, al mismo tiempo, nos emancipa de ellos (en la medida en que somos actualmente ciudadanos más allá de nuestros Estados). El acceso a la ciudadanía de la Unión pasa por la nacionalidad de un Estado miembro, que está regulada por el Derecho nacional, pero, como toda forma de ciudadanía, constituye la base de un nuevo espacio político, del que se derivan derechos y obligaciones que son establecidos por el Derecho comunitario y no dependen del Estado. […] Por este motivo, aunque es cierto que la nacionalidad de un Estado miembro condiciona el acceso a la ciudadanía de la Unión, también es cierto que el conjunto de los derechos y obligaciones inherentes a esta última no puede ser limitado de manera injustificada por la primera"[10].

Desde la creación de las Comunidades Europeas los nacionales de los Estados miembros venían disfrutando de diversos derechos sociales y económicos atribuidos a los Tratados y los actos de las Instituciones. Existía una relación jurídica directa entre la Unión y los ciudadanos de los Estados miembros, de tal modo que se quebró el vínculo jurídico de exclusividad que los Estados mantenía con sus nacionales. Los nacionales de los Estados miembros tienen un doble vinculo político, un doble sentimiento de

---

[9] MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pp.152-153; PÉREZ VERA, E., "Ciudadanía y Nacionalidad de los Estados Miembros", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 27 - julio - diciembre 2014 y nº 28 - enero - junio 2015, ISSN 1695-1085, pp. 215-230.

[10] Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, de 2 de marzo de 2010, apartado 23, *Janko Rottman contra Freistaat Bayern*, C-135/08, ECLI:EU:C:2009:588.

pertenencia, de lealtad y de responsabilidad, una doble identidad, con su Estado y con la Unión Europea. Existen ya dos esferas políticas (estatal y europea), el ciudadano de la Unión disfruta de un estándar de derechos, sin experimentar variaciones en su protección cualquiera que sea el territorio dentro de la Unión Europea donde viva y la actividad que lleva a cabo (económica o no), tiene "doble protección"[11].

Como estatuto fundamental de los Estados miembros puedan identificarse con la Unión la ciudadanía de la unión materializa, especialmente para las nuevas generaciones, la posibilidad de construir una Europa en la que todos los ciudadanos puedan, como individuos- circular, residir, trabajar, prestar un servicio o establecerse en otro Estado miembro, prosperar, casarse u optar por una comunidad de vida análoga, fundar, si así lo desean, una familia y vivir en paz y seguridad. De este modo, la ciudadanía de la Unión legitima el proceso de integración europea a través del refuerzo de su participación como ciudadanos.

Como consecuencia de un proceso que integra pueblos, que los hace más iguales y más libres, los nacionales de un Estado comparten esos derechos propios de los ciudadanos de la Unión con los nacionales de otros Estados. La ciudadanía de la Unión se define, así, como uno de los elementos constitutivos de la Unión Europea, por lo cual aparece recogida como categoría en el TUE y en el TFUE. Los derechos que integran la misma y la regulación concreta del estatuto de la ciudadanía se contienen en los artículos 20 a 25 TFUE. Esta configuración pertenece prácticamente inalterada desde el Tratado de Maastricht, salvo en lo que se refiere a la incorporación puntual de nuevos "derechos" tales como el derecho de iniciativa ciudadana (art.24 párrafo 1 TFUE) o el derecho a dirigirse a las instituciones, órganos u organismos de la Unión en la lengua propia y a recibir contestación en dicha lengua (art. 24, párrafo 4, TFUE), que difícilmente podrían calificarse como derechos autónomos[12]. Parte de ese contenido se reitera en el artículo 9 TUE, de tal modo que los nacionales de los Estados miembros van a gozar de un vínculo jurídico común en la Unión Europea.

El articulo 20 TFUE establece que los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en los Tratados. El objetivo de este estatuto es doble: crear nuevos derechos que se ejercen en cualquier Estado miembro y entender

[11] MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit*, p.153
[12] ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.)., *Instituciones de la Unión Europea*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 94-95, ISBN 978-84-9119-292-3.

la esfera nacional de derechos en favor de los nacionales de los otros Estados miembros que se encuentran en su territorio. El derecho de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE). no se enuncia formalmente entre los derechos de ciudadanía (art. 20 TFUE), pero destaca como principio del sistema jurídico-político de la integración aportando unas posibilidades inmensas a todos los restantes derechos; en concreto, al derecho de libre circulación y residencia. Estos dos últimos derechos han demostrado poseer unas virtualidades integradoras y una importante vis expansiva, reconocida por el Tribunal de Justicia, que prácticamente ha permitido el ejercicio de derechos comunes, independientemente del vínculo de nacionalidad.

Desde su creación, el contenido y significado de la ciudadanía de la Unión se ha ido también materializando a través de una extensa labor jurisprudencial realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en estrecha colaboración con los tribunales nacionales en el marco del procedimiento prejudicial[13]. En este contexto y desde un principio, los Abogados Generales han promovido la legitimación de la ciudadanía europea ante el Tribunal de Justicia. En particular, el Abogado General Lenz observó e 1994 que "la creación de la ciudadanía de la Unión genera la expectativa de que los ciudadanos de la Unión serán tratados en todo caso de forma igual ante el Derecho comunitario"[14] En 1996, dos años más tarde, el Abogado General Léger, refiriéndose al reconocimiento de dicha ciudadanía, se dirigió al Tribunal de Justicia en los siguientes términos: "[esta ciudadanía] tiene un gran valor simbólico y, probablemente, constituye uno de los avances de la construcción europea que mayor interés ha suscitado en la opinión pública. Es cierto que este concepto recubre en realidad aspectos que en su mayor parte ya se han logrado por la evolución del Derecho comunitario y, en este carácter, constituye una consolidación del acervo comunitario. No obstante, corresponde al Tribunal de Justicia darle su significación. Si se deducen todas las consecuencias que lleva consigo este concepto, todos los ciudadanos de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad, deben gozar exactamente de los mismos derechos y estar sometidos a los mismos deberes"[15]

[13] Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, de 8 de septiembre de 2016, C-133/15 ECLI: EU:C:2016:659, apartado 81 y 82, [Consulta 4-2-2019], Disponible en http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-133/15.
[14] Conclusiones del Abogado General Lenz, de 9 de febrero de 1994, apartado 53, *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:45.
[15] Conclusiones del Abogado General Léger, de 14 de noviembre de 1995, apartado 63, *Boukhalfa*, C-214/94, EU:C:1995:381).

En efecto, el propio TJUE, en el asunto *Rudy Grzelzczik*, ha declarado que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respeto, el mismo trato jurídico[16]. En numerosas sentencias ha garantizado un verdadero principio de igualdad de trato entre los nacionales de los Estados miembros de aplicación general. En las sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73 y de 30 de mayo de 1989, Allúe, 33/88, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho principio "prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado". Al ejercer el derecho de residencia en cualquier Estado miembro los ciudadanos de la Unión están incluidos" en el ámbito de aplicación "ratione personae" de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía", por lo que, además un cuidado que reside legalmente en un Estado miembro, "tiene derecho a no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado". Esta doctrina se ha reiterado en las importantes sentencias: Grzelczyk, Baumbast, Zhu y Chen, Rottmann y Zambrano y otro. Entiende el Tribunal que el articulo 20 TFUE 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.

En la Carta de los Derechos Fundamentales adoptada el 12 de diciembre de 2007 se reconocen los derechos de la ciudadanía con carácter vinculante tras la entrada en vigor de la reforma de Lisboa -Título V, artículos 39 a 44 de la Carta-. Se puede observar que los derechos de los ciudadanos proclamados en la Carta no se circunscriben únicamente a su Título V. A lo largo de la Carta se pueden extraer otros derechos de los ciudadanos, como: derecho a trabajar, libertad para buscar un empleo (art.15.2 de la Carta), establecerse libremente o prestar servicios en todos los Estados miembros (art.15.2), igualdad de acceso a las prestaciones de seguridad social u a la ayuda social en otro

[16] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001. Asunto *Rudy Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99 EU:C:2001 I-06193.
El Tribunal de Justicia abandonó así explícitamente su anterior doctrina jurisprudencial en el asunto Brown, que negaba el derecho a los estudiantes de otros Estados miembros a obtener becas de manutención y formación (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de octubre de 1989, *Leslie Brown contra Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *C*-125/87, ECLI:EU:C:1989:399).

Estado miembro (art.34.2), derecho a una buena administración, derecho a ser oído por las Instituciones y órganos de la UE, derecho a acceder a los expedientes que le afecten, obligación de la administración por daños causados por la Unión (art.41.3), derecho a la tutela judicial efectiva (incluida la suspensión cautelar o provisional de normas europeas o nacionales), etc.[17] En todo caso, los derechos de la ciudadanía regulados en la Carta no pueden alterar o distorsionar el régimen establecido por los Tratados y su disfrute se regirá por el TFUE[18].

1.2. El contenido del estatuto de ciudadanía de la Unión

La noción de ciudadanía de la Unión supone para todos los ciudadanos de la Unión el disfrute de un conjunto de derechos, entre los que figuran los siguientes:

- *El derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (artículo 21 del TFUE)*

  > "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación".

  En cierto modo, este ya se encontraba reconocido desde 1951 en el Tratado CECA y desde 1957 en los Tratados de Roma, pero limitado por su necesaria conexión con la realización de una actividad económica. Se disfrutaba de ese derecho para: acceder a un empleo asalariado, acceder a un empleo por cuenta propia, prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión o abrir un negocio (como comerciante, industrial, etc.). El derecho de libre circulación y residencia de "todo ciudadano de la Unión", con independencia de la actividad económica se declaró en 1992 en la reforma de Maastricht, donde se reforzó su base jurídica.

  En este sentido, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer observó, que "la creación de una ciudadanía de la Unión, con el corolario […] en cuanto a la libre circulación de sus titulares por el territorio de todos los Estados miembros, supone un avance cualitativo considerable, en la medida en que, como acertadamente alega la Comisión, desvincula dicha libertad de sus elementos funcionales o instrumentales (la relación con una actividad económica o con la

[17] MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 154-155.
[18] *Ibid.*, p. 154

consecución del mercado interior) y la eleva a la categoría de derecho propio e independiente, inherente al status político de los ciudadanos de la Unión"[19].

- *El derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales (artículo 22, apartado 1, del TFUE)* del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado[20]

  En España y Francia se originaron problemas constitucionales para vencer las principales resistencias políticas, teniendo que reformarse la Constitución española -artículo 13 (2)- antes de ratificar el Tratado de Maastricht para extender a los ciudadanos de la Unión el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales[21].

  El reconocimiento de este derecho ha sido menos problemático en el caso de las elecciones al Parlamento Europeo, pues tal como ha señalado el Consejo Constitucional francés -en su Decisión 92-308, de 9 de abril de 1992- el Parlamento Europeo no constituye una asamblea soberana dotada de competencia general con vocación de concurrir en el ejercicio de la soberanía nacional. En todo caso, la consagración por el TUE de ese derecho supone romper con el principio por el cual la elección al Parlamento Europeo debía necesariamente coincidir con la representación nacional de los Estados miembros, estableciéndose, por tanto, la elección por los ciudadanos europeos de un Parlamento que representa a todos los ciudadanos de la Unión[22].

[19] Conclusiones del Abogado General Damaso Ruiz Jarabo, de 26 de noviembre de 1996, apartado 34, asuntos acumulados Shingara y Radiom (C-65/95 y C-111/95, EU:C:1996:451).

[20] Acerca de las normas relativas a la participación en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo, véanse respectivamente la Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre de 1994, y la Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993.

[21] Sobre la base del art. 95.1 CE, el Gobierno requirió al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre esta cuestión y el Tribunal Constitucional llego a la conclusión de que se requería, en efecto, la reforma del art.13.2 C.E (Declaración del TC, de 1 de julio de 1992, BOE de 24 de julio de 1992, supl. del núm 177, pp. 2-7. Al respecto, MANGAS MARTÍN, A., "La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria o insuficiente", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 44, núm 2, 1992, pp. 381-394; MARÍN LÓPEZ, A., «Los derechos políticos de los extranjeros en España», Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLIII, núm. 2, 1991;

[22] FERNÁNDEZ LE GAL, A., y GARCIÍA CANO, S., *Inmigración y Derechos de los extranjeros.* Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, p. 58, ISBN 84-7801-777-1.

- *El derecho a acogerse*, en el territorio de un tercer país (Estado no perteneciente a la Unión Europea) en el que no está representado el Estado miembro del que sean nacionales, *a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro* en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

  En marzo de 1993, el entonces recién creado Grupo de Trabajo de Asuntos Consulares de la Cooperación Política Europea (CPE) aprobó las «Directrices para la protección de ciudadanos comunitarios que no cuenten con representación por las representaciones diplomáticas comunitarias en terceros países». Las directrices permitían a los ciudadanos de la Unión no representados en un tercer país acudir a las representaciones diplomáticas de otros Estados miembros para solicitar asistencia o repatriación en casos de dificultad como muerte, accidente, ataque con violencia, enfermedad grave o arresto en terceros países". Comenzaron a aplicarse estas directrices el 1 de julio de 1993. La presidencia del Consejo informó de estas directrices, mediante nota verbal, a las autoridades de todos los terceros países. En los Estados miembros se hicieron públicas a través de comunicados de prensa de los respectivos Ministerios de asuntos Exteriores. Se informó a todas las representaciones diplomáticas de la Comunidad Europea y a las delegaciones de la Comisión[23]. La finalidad de esa propuesta era perfilar gradualmente una relación nueva entre la Unión Europea, como conjunto, y el ciudadano europeo, en su calidad de titular de derechos derivados de su "status civitatis". Ese derecho cumple la finalidad última de realizar la solidaridad de la Unión y de sus Estados miembros. A partir de 18 de mayo 2018 deberá estar transpuesta la nueva Directiva UE 2015/637. Los solicitantes deberán acreditar la nacionalidad de un Estado miembro y comprometerse a reembolsar al Gobierno del Estado miembro de su nacionalidad la totalidad del anticipo o de la ayuda económica o gastos efectuados por el Estado que le preste la asistencia, si bien éste será compensado directamente por el Estado miembro del que es nacional la persona asistida.

[23] DÍEZ MORENO, F., *op. cit.*, p. 159.; PIERNAS LÓPEZ, J.J., "La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm 48, 2014, pp. 577-599.

- *El derecho de petición al Parlamento Europeo (artículo 24, párrafo segundo, del TFUE) y de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (artículo 24, párrafo tercero, del TFUE),* elegido por el Parlamento Europeo y facultado para recibir las reclamaciones relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones y órganos de la Unión; estos procedimientos se rigen con arreglo a lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del TFUE respectivamente;

  En el primer reglamento interior adoptado por la Asamblea Común de la CECA ya figuraba ese derecho. El interés por el reconocimiento de ese derecho había sido subrayado por el Informe Adonnino, el cual insistía en la importancia del derecho a la hora de conseguir una autentica ciudadanía europea[24]. El artículo 227 TFUE precisa que cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, independientemente de la nacionalidad, tendrá este derecho de petición. La petición puede ser individual o colectiva y deberá versar sobre cuestiones europeas que afecten directamente al peticionario. Este límite objetivo trata de evitar que peticiones sobre asuntos de índole interna busquen un eco o repercusión desmedida en una sede incompetente para encontrar una solución y se distorsione la finalidad de este derecho. El derecho lo desarrolla el Reglamento interno del Parlamento Europeo, indicando que se deben hacer constar todos los datos de cada uno de los firmantes y puede ser sometida en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea. Las peticiones se registran en un Registro accesible al público y, si son admitidas a trámite, se hacen llegar a la comisión parlamentaria de peticiones, que las estudia, hace las comprobaciones necesarias y elabora un informe, que puede dar lugar a una resolución del Parlamento Europeo. Las peticiones declaradas no pertinentes se archivarán notificándose a los firmantes la decisión y los motivos de la misma. Estimada la petición, se estudiará por la Comisión parlamentaria de Peticiones, pudiéndose celebrar audiencias o hacer visitas en el lugar de los hechos, recabar documentos, información o acceso a los servicios de la Comisión. Se remite a la Institución competente la opinión y se informa al Pleno sobre las medidas adoptadas por la

[24] FERNÁNDEZ LE GAL, A., y GARCÍA CANO, S., *op. cit.*, p .61.

Comisión o el Consejo en relación con las peticiones admitidas[25]. En la práctica se ha demostrado que el uso del derecho de petición de los ciudadanos ha versado principalmente sobre cuatro temas: la protección del medio ambiente, la garantía de los derechos relacionados con la libre circulación y la política social, el respeto de los derechos humanos y las formalidades aduaneras[26].

El Parlamento Europeo nombra al Defensor del Pueblo por todo el período de la legislatura. Está facultado para ser un mediador entre el ciudadano y la Administración de la Unión[27]. El Defensor del Pueblo europeo recibe las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona física o jurídica que resida o tenga domicilio social en un Estado miembro. Las reclamaciones tienen que ser relativas a casos de mala administración en acción de las Instituciones u órganos de la Unión, excluyendo las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia y del Tribunal General[28]. Ante una reclamación o por propia iniciativa puede llevar a cabo las investigaciones que considere necesarias, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. La forma de la reclamación se puede ver en el formulario de la Oficina del Defensor del Pueblo europeo, pero puede bastar una simple carta y puede presentarse en cualquier idioma oficial reconocido por los Tratados en un plazo no superior a dos años a partir de la fecha en que se tenga conocimiento de los hechos. No puede ser anónima. Tiene un tratamiento público, si bien puede tratarse de forma confidencial si así se solicita. Cuando se comprueba un caso de mala administración, se podrá en conocimiento de la Institución interesada que dispondrá de un plazo de 3 meses para exponer su posición ante el Defensor del Pueblo. El Defensor del Pueblo remite un Informe al Parlamento Europeo, al reclamante y a la Institución interesada. Cuando tiene conocimientos de hechos constitutivos de delito les notifica a las autoridades

[25] MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 165.
[26] FERNÁNDEZ LE GAL, A., y GARCÍA CANO, S., *op cit.*, p. 61.
[27] El Estatuto del Defensor del Pueblo ha sido aprobado por Decisión del Parlamento de 9 de marzo de 1994.
[28] La Oficina del Defensor del Pueblo entiende por mala administración toda actuación de Instituciones y órganos de la Unión en la que se advierten medidas deficientes que se derivan de la aplicación inadecuada de buna norma, tales como: irregularidades administrativas, omisiones, abusos de autoridad, negligencia, agravios comparativos, incompetencia, discriminación, demoras injustificadas, falta de información o negativa a proporcionar información.

nacionales competentes. Cada año presenta al Parlamento un Informe con los resultados de las investigaciones y debate ante el Parlamento Europeo[29].

- *El derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la Unión en una de las lenguas de los Estados miembros y a recibir una contestación en esa misma lengua (artículo 24, párrafo cuarto, del TFUE);*

  Las Instituciones europeas tienen la obligación de contestar en la misma lengua. Un plus a ese derecho se establece en el artículo 41.4 de la Carta de los Derechos Fundamentales al exigir que "se debe" una contestación. Es un derecho general de acceso a cualquier autoridad de la Unión Europea y no se limita al estricto derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el Defensor del Pueblo europeo (arts. .227-228 TFUE), sino que la petición puede hacerse ante todas las Instituciones contempladas en el artículo 13 TUE. El derecho ha surgido como necesidad de aproximar las Instituciones a los ciudadanos y hacerlas accesibles a sus iniciativas e inquietudes. De tal modo, las Instituciones pueden conocer de forma directa las expectativas y las opiniones de la ciudadanía. Este derecho se inscribe en el objetivo de la transparencia y proximidad de la actividad de la Unión a los ciudadanos y la necesidad de dar facilidades para acceder a la información sobre las decisiones adoptadas por las Instituciones. Cuando un ciudadano se dirige a las Instituciones no sólo lleva a su conocimiento un hecho, sino que muestra su confianza en las Instituciones europeas. Este derecho es el único que se ejerce respecto de la Unión y no frente a Estados distintos del de origen[30].

- *El derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a determinadas condiciones (artículo 15, apartado 3, del TFUE).*

  Ese derecho ya había sido reconocido mediante disposiciones de Derecho derivado adoptadas entre los años 1993 y 1997. El Defensor del Pueblo de la Unión Europea ha sido muy sensible a la defensa de ese derecho desde comienzo de sus funciones en 1995. En varias ocasiones se dirigió a las

[29] DÍEZ MORENO, F., *op. cit.*, pp. 160-161.
[30] *Ibíd*., p.164.

Instituciones, incluidos los órganos auxiliares, a fin de que clarificasen su conducta en cuanto al acceso del público a los documentos que generan. Ese derecho aparece entre las "disposiciones de aplicación general" y, de forma concreta, en la dedicada al principio de apertura (art.15.3 TFUE). El derecho de acceso a los documentos fue desarrollado mediante una norma básica común que establece los principios generales y los límites de este derecho; es el Reglamento 1049/2001, que regula el acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Cada Institución u órgano adopta normas más concretas sobre el acceso a sus documentos y tiene un registro público de documentos, accesible a través de su Servidor Web, para facilitar el conocimiento y la petición de los mismos. Se deduce de todos los actos adoptados un principio general: el público tiene derecho al "mayor acceso posible "a los documentos.

El Tribunal General -en su sentencia de 27 de febrero de 2015, T-188/12 (*Breyer c. Comisión*)- considera que los escritos presentados por los Estados miembros en el marco de un procedimiento judicial no son documentos del Tribunal de Justicia y, por tanto, entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1049/2001. Luego, la Comisión no puede denegar automáticamente el acceso a los escritos presentados por los Estados. Por documento se entiende todo escrito, cualquiera que sea su soporte, que contenga datos y que obre en poder de estas Instituciones. En determinados casos se restringe el acceso a los documentos cuando su divulgación puede menoscabar: un interés público -como la seguridad pública, las relaciones internacionales, la estabilidad monetaria, actividades de inspección e investigación, procedimientos judiciales-, afecta a la protección de la persona y su intimidad, al secreto comercial e industrial, a los intereses financieros de la Unión, a la confidencialidad solicitada por la persona o Estado que ha dado los datos, o supone un perjuicio para la protección de los procedimientos judiciales, salvo que su divulgación revista un interés público superior. Podrá denegarse el acceso a un documento del Consejo para proteger el secreto de sus deliberaciones. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea está sujeto a dicha obligación de transparencia, pero solo cuando ejerce funciones administrativas.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE incorpora también *el derecho a una buena administración (artículo 41, apartado 1)*[31]. La buena administración exigible a las Instituciones de la Unión integra en sus contenidos: un trato imparcial, equitativo y en plazo razonable; el derecho de audiencia ante una medida desfavorable; el derecho a acceso a los expedientes y la obligación de motivar las decisiones. El Tribunal de Justicia ha desarrollado ampliamente estos principios sobre la base de la existencia de una Comunidad de Derecho. En la sentencia de 31 de marzo de 1992 -en el asunto C-255/90 P promovido por J-L. *Burban*-, declaró "el principio de la buena administración". El derecho a ser oído y acceder al expediente son también creaciones de la jurisprudencia. Así, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 1991 (asunto C-269/90, *Hauptzollamt München-Mitte contra Technische Universität München*). La obligación de motivar las decisiones ya estaba anteriormente recogida en el artículo 253 TCE.

Adicionalmente, conviene recordar en este contexto, los artículos 11.4 TUE y 24 TFUE en los que se establece el *derecho de iniciativa ciudadana* como forma de participación democrática directa para los ciudadanos[32]. Al menos un millón de ciudadanos de un número significativo de cualesquiera Estados miembros -al menos 7 Estados miembros- pueden presentar una iniciativa ciudadana europea a fin de instar a la Comisión para que presente una propuesta legislativa. El Parlamento Europeo y el Consejo, en un proceso legislativo ordinario, mediante el Reglamento 211/2011 de 16 de febrero han desarrollado ese derecho. La edad mínima para participar se remite a la normativa nacional para las elecciones al Parlamento Europeo. La transparencia y financiación de los comités de recogida de firmas se regula, así como la seguridad del proceso (vía web y papel). Corresponde a cada Estado de recogida la verificación y autenticación de las firmas. El plazo de recogida se limita a 12 meses. El Tratado establece que la iniciativa ciudadana debe respetar el principio de atribución de competencias y sus límites. Se debe tener en cuenta que la iniciativa no obliga a la Comisión a presentar una propuesta legislativa, sino que ésta debe decidir discrecionalmente sobre la oportunidad de las propuestas y su contenido. Su toma en

[31] FUENTETAJA PASTOR. J.A., "El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15 - 2º semestre 2008, pp. 137-154.
[32] BILBAO UBILLOS, J.M., "La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TFUE)", *Cuadernos de Deusto*, ISSN: 1130 - 8354, núm. 46/2012, Bilbao, pp. 49-84.

consideración no depende del Parlamento Europeo, sino de la iniciativa discrecional de la Comisión que puede fácilmente desecharla[33].

2. JURISPRUDENCIA PREVIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS PROGENITORES

Los derechos de residencia y la eventual expulsión de los ciudadanos extranjeros que tienen hijos menores de edad ha sido objeto de una copiosa jurisprudencia, pero el objeto de nuestro estudio se centra en una tema diferente: el derecho de residencia (y su eventual expulsión) de los ciudadanos no comunitarios (nacionales de un tercer Estado) cuando se trata del padre/madre de un menor que tiene la nacionalidad de un Estado miembro. Este tema plantea una problemática especial que exige un análisis independiente[34].

Especial actualidad cobra el problema tras la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, [35] dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de España y la posterior sentencia del TS número 15/17, 10-1-17, rec.961/13-EDL 2017/299 en la que se resolvió inaplicar por contradicción con el Derecho de la Unión, el artículo 31.4 Ley de Extranjería que prohíbe otorgar la residencia de forma incondicional a quienes tengan antecedentes penales. Posteriormente, la sentencia del TJUE en el asunto *H.C. Chávez Vílchez* aborda la incidencia que puede tener en este tema la presencia en el país del otro progenitor, si es nacional de dicho Estado miembro[36]. El análisis de esta cuestión exige realizar un somero análisis de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión en esta materia. El estatuto de ciudadano de la Unión confiere a toda persona que tenga nacionalidad de un Estado miembro derechos de libre circulación y residencia en los restantes Estados miembros - art. 20 TFUE-, como se

[33] MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pp. 162-163.
[34] CÓRDOBA CASTROVERDE, D., "El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la Unión Europea". *Revista de jurisprudencia*, n^0 1, 2017, pp. 1-11. Disponible en: https://elderecho.com/el-derecho-de-circulacion-y-residencia-de-los-padres-de-ciudadanos-de-la-union-europea [Consultado 30-01-2018], ISSN: 2173-9048.
[35] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, Asunto C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675.
[36] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto *Chávez-Vílchez*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

considera en los asuntos *Marie-Nathalie D'Hoop contra Office national de l'emploi*[37] y *Carlos García Avello contra Estado belg*a[38]. En tal contexto, nos planteamos dos cuestiones diferentes: (i) qué competencia tiene cada uno de los Estados miembros para conceder la nacionalidad, y que facultades de control o restricción pueden establecer los demás Estados miembros a la nacionalidad concedida por otro Estado de la Unión; (ii) en qué condiciones es invocable el derecho de estancia y libre circulación conforme al Derecho de la Unión.

La primera de las cuestiones planteadas atañe a cómo la atribución de nacionalidad a un ciudadano por parte de un Estado de la Unión Europea afecta a los demás Estado miembros, en la medida que será posible invocar en ellos los derechos de circulación y residencia no solo para sí mismo sino incluso para sus familiares en los términos que más adelante analizaremos. Resulta relevante el régimen jurídico de adquisición de la nacionalidad establecido por un país para los demás Estados, lo que obliga a cuestionarse si los demás Estados miembros pueden limitar los derechos de libre circulación y residencia en su territorio por entender que la nacionalidad se buscó de forma fraudulenta para invocar derechos comunitarios.

La forma de adquisición de la nacionalidad es una competencia de cada Estado miembro, aunque debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión -asuntos *Mario Vicente Micheletti y otros contra Delegación del Gobierno en Cantabria* [39]; *Kaur*[40]; *Janko Rottman contra Freistaat Bayern*[41]-. Los demás Estados miembros de la Unión Europea no pueden limitar los efectos de la nacionalidad concebida por otro Estado. Y ello, aun cuando se acreditase que la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro tenía por objeto, en realidad, procurar un derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero en virtud del Derecho de la Unión. Se planteaba esta cuestión en el asunto *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the*

[37] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contra Office national de l'emploi*, C-224/98, ECLI:EU:C:2002:432.
[38] Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello contra Estado belg*a, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539.
[39] Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1992, *Mario Vicente Micheletti y otros contra Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295.
[40] Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 2001, *The Queen contra Secretary of State for the Home Department,* ex parte: Manjit Kaur, con intervención de: Justice. Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Crown Office) - Reino Unido, C-192/99, ECLI:EU:C:2001:106.
[41] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottman contra Freistaat Bayern*, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

Home Department[42], pues el Gobierno del Reino Unido sostenía que no se pueden invocar los derechos de circulación y residencia comunitarios cuando se buscó adquirir la nacionalidad de un Estado miembro propiciando el nacimiento de una hija en un país que concedía la nacionalidad por el lugar de nacimiento (*ius soli*). La citada sentencia rechazó esta alegación afirmando que no corresponde a un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado.

El derecho de residencia y circulación en el Derecho de la Unión es un derecho primario e individual que opera con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Por ello, es necesario plantearse también en qué supuestos se puede invocar el Derecho de la Unión por el nacional de un Estado miembro o por sus familiares, lo que obliga a preguntarnos si es invocable el Derecho de la Unión cuando un nacional de un Estado miembro no se ha desplazado a otro país de la Unión Europea. Las normas de los tratados en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a situaciones que no presentan ningún punto de conexión con algunas de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro (en ese sentido, en el asunto del *Gobierno de la Communauté française y Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand Gouvernement de la Communauté francaise y Gouvernement wallon*[43]). Para ostentar la condición del beneficiario del Derecho de la Unión es necesario, en principio, que el nacional de un Estado miembro se traslade o resida en un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad[44].

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación y siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee no está incluido en el concepto de "beneficiario" en el sentido de esta disposición, por lo que la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 no le es aplicable (asunto *Shirley McCarthy contra Secretary of*

[42] Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.
[43] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de abril de 2008, *Gobierno de la Communauté française y Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand*, Petición de decisión prejudicial: Cour d'arbitrage, posteriormente Cour constitutionnelle - Bélgica, C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178.
[44] *Ibíd.*, p. 3

State for the Home Department[45]y *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres* [46]).

En segundo lugar, debe recordarse también que las disposiciones de los tratados relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países y los eventuales derechos conferidos no son derechos propios, sino derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión. Por ello, el familiar sólo puede invocar un derecho a instalarse con éste en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida en que dicho ciudadano resida (asunto *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contra R. N. G. Eind*[47]*)*. Además, la consideración como un derecho derivado determina que las Directivas 2003/86 y 2004/38 no son aplicables a los nacionales de terceros países que solicitan un derecho de residencia para reunirse con un ciudadano de la Unión miembro de su familia que nunca ha ejercido su derecho de libre circulación en su condición de ciudadano de la Unión y siempre ha residido como tal en el Estado miembro cuya nacionalidad posee, sin perjuicio de lo que más adelante trataremos.

Tal y como señala el TJUE en el asunto *Kreshnik Ymeraga y otros contra Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* [48] "si un ciudadano de la Unión no está incluido en el concepto de "beneficiario" en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2004/38, un miembro de su familia tampoco está incluido en ese concepto, puesto que los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un beneficiario de ésta no son derechos propios de esos miembros sino derechos derivados, adquiridos en condición de miembros de la familia del beneficiario". Hay que determinar, pues, cómo operan los derechos de residencia y circulación de la ciudadanía de la Unión de un menor de edad que convive con sus progenitores, nacionales de terceros Estados. El menor que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro si tiene reconocidos los derechos de libre circulación y residencia por el

[45] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277.

[46] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof – Austria, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734.

[47] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contra R. N. G. Eind,* Petición de decisión prejudicial: Raad van State - Países Bajos, C-291/05, ECLI:EU:C:2007:771

[48] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2013, *Kreshnik Ymeraga y otros contra Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration,* Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative, C-87/12, ECLI:EU:C:2013:291.

Derecho de la Unión, sin que para su invocación y ejercicio el hecho de ser menor de edad constituya un problema. La sentencia *Zhu y Chen* ya mencionada nos indica "un niño de corta edad puede invocar los derechos de libre circulación y de residencia garantizados por el derecho comunitario y no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos"[49]. La misma sentencia introdujo una importante excepción afirmando que "la situación de un nacional de un Estado miembro que ha nacido en el Estado miembro de acogida y que no ha ejercitado su derecho de libre circulación no puede considerarse, solo por esta razón, una situación puramente interna que impide al citado nacional alegar las disposiciones comunitarias en el Estado miembro de acogida (en este sentido, la sentencia *García Avello*[50]).

La sentencia del TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*[51] planteó hasta qué punto las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía de la Unión deben interpretarse en el sentido de que confieren al ascendiente, nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, un derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores son nacionales y en el que residen, al igual que una exención del requisito de tener permiso de trabajo en dicho Estado miembro. En ella se decía que el articulo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, por lo que se oponen a este precepto aquellas 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. En el mismo sentido se pronunció el TJUE en el asunto *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*[52]. En ella, el TJUE indica que "el solo hecho de que un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de

[49] Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

[50] Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello contra Estado belg*a, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539.

[51] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm)*, Petición de decisión prejudicial: tribunal du travail de Bruxelles – Bélgic, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.

[52] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof – Austria, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:74

un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido"[53].

En el asunto *Kreshnik Ymeraga y otros contra Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* [54], el TJUE afirmó que si el único elemento que podría justificar la concesión de un derecho de residencia a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión interesado es la voluntad de que se realice la reagrupación familiar con dichos miembros en su Estado miembro de residencia, del que posee la nacionalidad, resulta insuficiente para considerar que la denegación de dicho derecho de residencia podrá tener como consecuencia privarle del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, sin que frente a ello quepa invocar los derechos fundamentales de la Carta Europea pues se ha de recordar que las disposiciones de la Carta, en virtud de su artículo 51, apartado 1 se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando alguien apliquen el Derecho de la Unión. En apartado 2 del mismo artículo la Carta no amplia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nueva para la Unión, ni modifica las misiones y competencias definidas en los Tratados. Por tanto, el TJUE debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta.

La jurisprudencia no solventó todos los problemas. Algunos órganos administrativos de diferentes Estados de la Unión interpretaron las mencionadas sentencias *Ruiz Zambrano*, *Dereci* y otras, de modo restrictivo, considerando que la jurisprudencia establecida en dichas sentencias sólo era aplicable en situaciones en las que otro progenitor, nacional de un Estado de la Unión, no puede hacerse cargo del menor porque, por ejemplo, está en prisión, ingresado en una institución especializada o en un hospital, o ha fallecido. Fuera de estas situaciones, el progenitor nacional de un país tercero deberá probar de manera convincente que el otro progenitor no está en condiciones de hacerse cargo del hijo, ni siquiera con la ayuda, en su caso, de terceros[55].

---

[54] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2013, *Kreshnik Ymeraga y otros contra Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration,* Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative, C-87/12, ECLI:EU:C:2013:291.

En definitiva, el reconocimiento del derecho de residencia del familiar depende de la naturaleza de la relación entre el ciudadano UE y su familiar y hay que ver en qué situaciones se pone en tela de juicio este elemento.

2.1. SENTENCIA DEL TJUE, DE 19 DE OCTUBRE 2004, EN EL ASUNTO *ZHU Y CHEN*

El derecho de los progenitores, nacionales de países terceros que residen en el Estado de residencia de los hijos, ciudadanos de la Unión, fue reconocido por primera vez en la sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2004 en el asunto *Zhu y Chen*[56]. La sentencia aborda el derecho de residencia de nacionales de terceros Estados. Se presentó la petición prejudicial en el marco de un litigio entre la Sra. Kunqian Catherine Zhu, de nacionalidad irlandesa, y su madre, la Sra. Chen, nacionalidad china -por una parte-, y el Secretary of State for the Home Department -por otra parte- en un caso relativo a la denegación por este último de las solicitudes de Catherine y de la Sra. Chen dirigidas a obtener un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido. El TJUE considera que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. Las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida. La objeción de los Gobiernos Irlandés y del Reino Unido según la cual el requisito relativo a la existencia de recursos suficientes significa que el interesado, a diferencia de lo que sucede con Catherine, debe disponer él mismo de tales recursos sin que pueda valerse a este respecto de los recursos de un miembro de la familia, como la Sra. Chen, lo acompaña, carecía de fundamento para el TJUE. El propio articulo 1 (1) de la Directiva 90/364 indica que basta con que los nacionales de los Estados miembros "dispongan" de los recursos necesarios, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia. Una exigencia relativa a la procedencia de los recursos

[56] Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

constituirá una injerencia desproporcionada, puesto que no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido; a saber, la protección del erario de los Estados miembros.

El Gobierno del Reino Unido sostenía, por último, que las demandantes en el proceso principal no podrían invocar las disposiciones comunitarias controvertidas, ya que el desplazamiento de Sra. Chen a Irlanda del Norte para que su hija adquiriera la nacionalidad de otro Estado miembro constituía un intento de utilizar de forma abusiva las normas de Derecho de la Unión[57]. Los objetivos que persiguen dichas disposiciones no se alcanzan cuando un nacional de un Estado tercero que pretende residir en un Estado miembro, pero sin desplazarse o sin querer desplazarse de un Estado miembro a otro, se organiza para dar luz a un hijo en una parte del territorio de un Estado miembro de acogida en la que otro Estado miembro (Irlanda) aplica sus normas de adquisición de la nacionalidad basadas en el *ius soli.* Añade el Gobierno del Reino Unido que, según una jurisprudencia reiterada, los Estados miembros están facultados para adoptar medidas destinadas a impedir que los particulares de forma abusiva, obtengan ventajas de las disposiciones del Derecho de la Uniòn, aprovechando las posibilidades creadas por los tratados, intenten eludir ilícitamente la aplicación de la legislación nacional. La Sra. Chen admitía que su estancia en el Reino Unido tenía por objeto crear las condiciones necesarias para que la hija que iba a nacer adquiriera la nacionalidad de otro Estado miembro con el fin de obtener a continuación, para la niña y para ella, un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido, pero el TJUE desestima también esta alegación. La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho Internacional, competencia de cada Estado miembro, que debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión. Nadie había puesto en duda la legalidad de la adquisición de la nacionalidad irlandesa por parte de Catherine ni el carácter efectivo de dicha adquisición. No corresponde a un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en los tratados. Para el TJUE, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se

[57] CASTILLO DE LA TORRE, F., "Crónica de jurisprudencia TJUE septiembre-diciembre", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, núm 20. año 9, 2005, pp. 344-347. ISSN 1138-4026, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1253251. Consultado el 11 de enero de 2019.

encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante la estancia de éste[58].

Lo más significativo de este asunto es el reconocimiento al ascendiente un "derecho derivado" de residencia en el Estado miembro de la Unión, basado en la circunstancia de que el menor no se encontraba en condiciones de ejercer su derecho de residencia "de origen comunitario" de manera autónoma respeto del progenitor a cuyo cargo se encontraba[59].

2.2. SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE MARZO DE 2011 EN EL *ASUNTO RUIZ ZAMBRANO/ OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI*

La sentencia *Ruiz Zambrano* del TJUE dictada en Gran Sala aborda cuestiones relativas a la ciudadanía europea y la libre circulación de personas. El Sr. Ruiz Zambrano, con su esposa y el hijo de ambos, menor de edad y de nacionalidad colombiana, llegaron a Bélgica el 7/4/1999 donde solicitó asilo alegando su necesidad de huir de Colombia. Su esposa solicitó el estatuto de refugiada. Las autoridades belgas denegaron ambas solicitudes y acompañaron la orden de abandonar Bélgica. El Sr, Ruiz Zambrano y su esposa con objeto de regularizar su residencia en ese país, presentaron recursos ante el Tribunal du Travail, impugnando la denegación de dos prestaciones de desempleo solicitadas por él y pidiendo la suspensión de la orden de abandonar Bélgica. La familia se había empadronado en un municipio belga, sus hijos Diego y Jessica nacieron en Bélgica adquirieron la nacionalidad de ese país y fueron posteriormente escolarizados. Disponían de un documento especial de residencia durante la tramitación del recurso de revisión contra la resolución desestimatoria de su solicitud de residencia permanente. Posteriormente, se inadmite la solicitud de regularización de residencia basándose en la "ingeniería jurídica" que se le reprochaba sobre la adquisición de nacionalidad belga de sus hijos, la infracción del artículo 2 y 7 de la Directiva 2004/38 y el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A pesar de no disponer de permiso de trabajo en ese país, Sr. Ruiz Zambrano había tenido dos contratos de trabajo a tiempo completo declarados a la seguridad social.

[58] *Ibíd.*, pp. 345-347.
[59] DI COMITÉ, V., "Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño "europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, no. 58, año 21, 2017, pp. 1044-1058 ISSN 1138-4026. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1142. Consultado el 12 de enero de 2019.

El Tribunal du Travail suspende el procedimiento y plantea ante el TJUE tres cuestiones. La primera referida a si los artículos 18, 20 y 21 TFUE interpretados independientemente o conjuntamente reconocen al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio de un Estado miembro[60]. La segunda y la tercera cuestiones prejudiciales se centran en circunstancias afines al caso y atienden a los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Se cuestiona, en particular, si debe atribuirse al derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fuese reconocida por la jurisprudencia comunitaria (asunto *Zhu y Chen*), mediante la concesión al ascendiente nacional de un país tercero que tiene a su cargo al menor y dispone de recursos suficientes y seguro de enfermedad. Asimismo, se pregunta si cabe interpretar que tal derecho de residencia debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente, al realizar éste un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social.

El Tribunal de Justicia recuerda que, si bien la regularización de los requisitos de adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro es competencia de dicho Estado, los hijos del Sr. Ruiz Zambrano nacidos en Bélgica poseen la nacionalidad belga. Por tanto, se benefician del estatuto de ciudadano de la Unión, que tiene vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. El Derecho de la Unión se opone a medidas nacionales que tiene por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión. La denegación de un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el cual residen los hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a conceder un permiso de trabajo a esta persona, tiene tal efecto. Pues bien, la denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que estos menores se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Si no se concede un permiso de trabajo a sus progenitores, éstos corren el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como

[60] CARMONA LUQUE, M.R., "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 derivado al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor", El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de Ciudadanía de la Unión", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 185-200, ISSN 1138-4026.

consecuencia que sus hijos menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. Estos menores se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión[61].

El Abogado General considera que el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía de la Unión no ésta siempre inextricablemente unido a la circulación física, y deriva de la jurisprudencia del TJUE situaciones de ciudadanía en las que dicho elemento no existe, apenas es apreciable o simplemente no ha sido tenido en cuenta, concluyendo que los artículos 20 y 21 TFUE confieren un derecho de residencia basado en la ciudadanía de la Unión e independiente del derecho de circulación. Sin embargo, no impide a los Estados miembros aplicando el principio de proporcionalidad, denegar un derecho de residencia a un ascendiente de un ciudadano de la Unión nacional de dicho Estado y que aún no haya ejercido la libre circulación. En el caso del Sr. Ruiz Zambrano considera tal denegación desproporcionada atendiendo a su relación laboral en Bélgica, sus aportaciones al erario público, su integración y la de su familia en la sociedad belga y las consecuencias negativas que dicha medida tendría en el ejercicio del derecho de residencia de sus hijos Diego y Jessica, como ciudadanos de la Unión. Propone el Abogado General al TJUE abandonar su práctica habitual de "estirar" el articulo 21 TFUE, buscando una interpretación generosa del mismo que permite privilegiar la protección de los derechos fundamentales en la búsqueda del equilibrio ente éstos y la seguridad jurídica. Se refiere el abogado General a los derechos fundamentales como "leitmotiv" de las cuestiones prejudiciales planteadas, advirtiendo una vulneración potencial del respeto a la vida familiar y la protección de los derechos del niño reflejados en la orden de abandono del país y la negación continuada de un permiso de residencia de las autoridades belgas al Sr. Ruiz Zambrano[62].

Esta sentencia del TJUE tiene la capacidad de amparar la situación fáctica de una familia que ha hecho del territorio de la Unión Europea el centro de su vida personal y social, y todo ello sobre la base de que la vocación del "estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los

[61] CASTILLO DE LA TORRE, F., *op. cit*., pp. 244-246.
[62] CARMONA LUQUE, M., *op. cit.*, pp. 189-192. DE CASTRO SÁNCHEZ, C., "La protección de los derechos humanos de los inmigrantes por el Consejo de Europa: Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH", *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, pp. 143-173.

Estados miembros"[63]. Ese territorio europeo ha de entenderse como algo más que un lugar físico, se refiere a un espacio en valores, los valores de libertad, seguridad y justicia, sobre los que reposa igualmente el modo de integración de una persona en una sociedad. Con la sentencia *Ruiz Zambrano* se reconoce una nueva dimensión de los derechos de la ciudadanía europea y especialmente del derecho "derivado" de residencia, fundado exclusivamente en el artículo 20 TFUE, cuyo punto de equilibrio se halla en que las situaciones controvertidas deben estar vinculadas al ejercicio del núcleo fundamental de los derechos relativos al estatuto de ciudadano europeo. De esta manera se supera la anterior lógica basada en la necesidad del previo ejercicio de una libertad fundamental para gozar de los derechos dimanantes de la ciudadanía. Hasta ese momento, la jurisprudencia vinculaba el disfrute de dichos derechos (incluida la reagrupación familiar) con el ejercicio de una libertad económica, y el TJUE fundamentaba sus resoluciones (con una interpretación elástica) en un nexo entre la situación controvertida y el Derecho de la Unión[64].

2.3. SENTENCIA DEL TJUE DE 5 DE MAYO 2011 EN EL ASUNTO *SHIRLEY Mc CARTHY/SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT*

En el asunto *Ruiz Zambrano*, el TJUE pareció tutelar la unidad familiar indirectamente, mediante una determinada interpretación de las disposiciones de los tratados sobre la ciudadanía europea, sin embargo la sentencia *McCarthy* dictada justo dos meses después, puso en evidencia que no se pretendía invadir la competencia de los Estados miembros en materia de inmigración aplicando analógicamente el derecho de reagrupación familiar a ciudadanos que no habían ejercido de alguna manera las libertades establecidas en los tratados.[65] En la sentencia de 5 de mayo de 2011, el Tribunal de Justicia reitera que los ciudadanos de la Unión que nunca han ejercido su derecho de libre circulación no pueden invocar la ciudadanía de la Unión para regularizar la estancia de su cónyuge procedente de un tercer país. Su situación no tiene ningún vínculo con el Derecho de la Unión, siempre que estas personas no sean privadas de su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros.

[63] BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I., "Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la Jurisprudencia del T.J.U.E.", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, no. 9, 2017, pp. 117-118. ISSN 1989-4570.
[64] DI COMITÉ, V., *op. cit*., p.1047.
[65] *Ibíd.*, pp. 1046-1047. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277.

La Sra. McCarthy nació y había vivido siempre en el Reino Unido, sin que hubiera ejercido nunca su derecho a circular y residir libremente en el territorio de otros Estados miembros de la Unión. Solicitó por primera vez y obtuvo un pasaporte irlandés tras su matrimonio con un nacional jamaicano, aunque ya tenía la nacionalidad británica. Como nacional irlandesa que deseaba residir en el Reino Unido conforme al Derecho de la Unión, la Sra. McCarthy solicitó a las autoridades británicas un permiso de residencia. Su esposo, por su parte, solicitó una autorización de residencia en calidad de cónyuge de una ciudadana de la Unión. Ambas solicitudes les fueron denegadas. Instando los procedimientos de recurso en el Reino Unido, la Supreme Court of the United Kingdom suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. La primera cuestión se centra en determinar si una persona que es nacional de dos Estados miembros a la vez, pero que solo ha vivido en uno de ellos sin haber ejercitado nunca la libre circulación, puede invocar el Derecho de la Unión y considerarse "beneficiaria" del artículo 3.1 de la Directiva 2004/38/CE, extendiéndose de este modo la condición de beneficiario a su familiar que es nacional de un tercer Estado. La segunda cuestión solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre cuáles son los requisitos que la respuesta legal debe cumplir para la adquisición del derecho de residencia permanente (artículo 16 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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). El TJUE se limita a señalar que no procede responder a la segunda cuestión habida cuenta, como veremos, de la respuesta negativa dada en la primera cuestión prejudicial.[66] Recuerda el Tribunal de Justicia que, teniendo en cuenta el principio de Derecho Internacional reafirmado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, los ciudadanos de la Unión que residen en el Estado miembro de su nacionalidad disfrutan de un derecho de residencia incondicionado a este Estado. La Directiva 2004/38/CE no puede estar destinada a aplicarse a esas personas. Es cierto que el Derecho de la Unión permite al cónyuge de un nacional de un Estado miembro que reside legalmente en otro Estado miembro permanecer con éste, aunque el cónyuge no tenga la nacionalidad de un Estado de la Unión. Señala el Tribunal de Justicia que la posesión por un ciudadano de la Unión de

[66] MARÍN CONSARNAU, D., "T.J.U.E.-Sentencia de 05.05.2011, S. McCarthy/ Secretary of State for the Home Department, C-434/09", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 41, 2012. pp. 221-236, ISSN 1138-4026.

la nacionalidad de más de un Estado miembro no significa que haya hecho uso de su derecho de libre circulación. Afirma el Tribunal de Justicia que la Directiva 2004/38/CE no es aplicable a la situación de la Sra. McCarthy. El esposo de ésta, al no ser cónyuge de un nacional de un Estado miembro que ha ejercido su derecho a la libre circulación, tampoco puede disfrutar de los derechos atribuidos por dicha Directiva[67].

La falta de consideración de la nacionalidad irlandesa de la Sra. McCarthy por las autoridades del Reino Unido a efectos de reconocerle un derecho de residencia en el Reino Unido no afecta en modo alguno al derecho de dicha señora a permanecer en el Reino Unido o a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La decisión del Reino Unido tampoco tiene como efecto privar a la Sra. McCarthy del disfrute efectivo de la esencia de los demás derechos inherentes a su ciudadanía de la Unión. El Tribunal de Justicia afirma que el tenor "literal, teleológico y sistemático" del artículo 3.1 de la Directiva 2004/38/CE se deriva que del ámbito de aplicación resulta que es beneficiario de la norma aquel que se traslade o reside en un Estado miembro del que no sea nacional. La residencia de la que se ocupa la Directiva 2004/38/CE es aquella que afecta a la libre circulación, regulándose de manera exclusiva las situaciones de los ciudadanos de la Unión en un Estado miembro del que no sean nacionales. La apuesta del TJUE ante este tipo de situaciones supone una evolución del estatuto de ciudadanía, iniciando en el caso *Ruiz Zambrano* y que continúa en en el caso *McCarthy*.

El TJUE no se conforma con encasillar automáticamente estos supuestos como situaciones meramente internas ajenas al Derecho de la Unión, y acogiéndose a la idea de que la vocación de este estatuto es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros despliega un amparo que emana del articulo 20 TFUE. El Tribunal no se pronuncia directamente sobre las situaciones de discriminación inversa. No obstante, el Abogado General, en sus conclusiones, sí hace referencia a ese fenómeno de forma abierta al recordar que, según reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión no ofrece ninguna solución a ese problema y

[67] CASTILLO DE LA TORRE, F., NEMECKOVA, P., "Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea enero-agosto 2011", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 41, 2012, pp. 245-247 ISSN 1138-4026.

añade que la doctrina, hasta ahora, ha considerado la posibilidad de inferir de la ciudadanía de la Unión una prohibición de discriminación de los nacionales[68].

El Tribunal ha declarado en varias ocasiones que la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tiene ningún vínculo con el Derecho de la Unión, a pesar de que ello no es obstáculo para descartar que el Tribunal reconsidere su jurisprudencia y "se vea inducido en el futuro a inferir de la ciudadanía de la Unión una prohibición de discriminación de los nacionales".

2.4. SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE NOVIEMBRE 2011 EN EL ASUNTO *M. DERECI Y OTROS/BUNDESMINISTERIUM FUR INNERES*

El alcance de la doctrina del TJUE, después de dictar la sentencia *Ruiz Zambrano*, fue cuestionada en el asunto *Dereci y otros*[69] y en la jurisprudencia posterior, en la que confirma su carácter particular y excepcional, abarcando exclusivamente aquellas medidas estatales que puedan menoscabar el efecto útil de las disposiciones sobre la ciudadanía. La cuestión prejudicial fue promovida por una jurisdicción austriaca que tenía planteados ante sí 5 procedimientos con un contexto fáctico similar dirigidos a obtener la anulación de las denegaciones de residencia. Todos tenían en común el hecho de que los demandantes en el litigio principal eran nacionales de terceros países, miembros de la familia de ciudadanos de la Unión residentes en Austria que deseaban vivir juntos en este país. Coincidían todos en la circunstancia de que los ciudadanos de la Unión nunca habían hecho uso de su derecho a circular libremente y para su sustento no dependían de los demandantes en el litigio principal, miembros de su familia.

El juez "a quo" planteaba la interpretación del artículo 20 TFUE y su alcance tras los asuntos *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*. El Sr. Murat Derecí, de nacionalidad turca, había entrado ilegalmente en Austria en noviembre de 2001 y contraído matrimonio dos años después con una ciudadana austriaca, con la que tuvo tres hijos menores de nacionalidad austriaca. Tras la entrada en vigor en 2006 de la Ley austriaca de establecimiento y residencia, a tenor de la cual los solicitantes de terceros países que

[68] MARÍN CONSARNAU, D., *op. cit*., pp. 221-236.

[69] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof – Austria, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:74

pretendían obtener un permiso de residencia en Austria debían permanecer fuera del territorio de dicho Estado mientras esperaban la resolución de su solicitud, fue desestimado permiso de residencia del Sr. Dereci. Las autoridades austriacas consideraron que desde la entrada en vigor de dicha ley, el Sr. Dereci permanecía de forma ilegal en el país, emitiendo una orden de expulsión que fue objeto de una apelación con efecto suspensivo[70].

Las autoridades austriacas dudaban que dispusiera de recursos suficientes para acogerse a la reagrupación familiar, puesto que los ingresos familiares no alcanzaban el importe legal requerido por esa Ley de establecimiento. En circunstancias casi similares se encontraban otros cuatro nacionales de terceros países que tenían denegados los permisos de residencia. Los Estados miembros intervinientes, así como la Comisión afirmaron que la Directiva 2004/38 no era aplicable puesto que los ciudadanos no habían ejercido su derecho a la libre circulación, ni tampoco eran aplicables las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía por tratarse, en su opinión, de situaciones puramente internas sin elementos de conexión con este ordenamiento. Sobre la doctrina del TJUE, en el asunto *Ruiz Zambrano* estimaron que debería reservarse para circunstancias completamente excepcionales, no encontrándose en esa situación los ciudadanos interesados en estos asuntos al no verse obligados a abandonar el territorio de la Unión, pudiendo residir en cualquier otro Estado miembro.

El Abogado General Mengozzi propuso que el artículo 20 TFUE no se aplicara a un ciudadano de la Unión que era cónyuge, progenitor o hijo menor de un nacional de un país tercero cuando dicho ciudadano siempre ha residido en el Estado miembro cuya nacionalidad posee, siempre y cuando su situación no se viera acompañada de la aplicación de medidas nacionales que tuvieran como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión y obstaculizaran el ejercicio de su derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El TJUE confirma que la Directiva 2004/38 no se aplica a las situaciones planteadas porque los beneficiarios no habían ejercido su derecho a la libre circulación. Sobre las disposiciones del Tratado sobre ciudadanía reitera que esas no pueden aplicarse a situaciones cuyos elementos pertinentes se sitúan en el interior de un

[70] CORTÉS MARTÍN, J.M., "Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Sentencia de 15.11.2011 (Gran Sala), M. Derechi y otros…", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 40, 2011, pp. 871-893. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3866452, ISSN 1138-4026.

solo Estado miembro, afirmando una vez más que el hecho de no haber ejercido la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna. Los ciudadanos de la Unión pueden invocar, también frente a su Estado de origen los derechos correspondientes a su estatuto. Confirma que el articulo 20 TFUE se opone a las medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por este estatuto, recordando sus fallos en los asuntos *Ruiz Zambrano* y *Rottmann*. Aclara que se refiere a situaciones caracterizadas por la circunstancia en que el ciudadano se ve obligado a abandonar de hecho el territorio de la Unión, no sólo del Estado miembro del que es nacional, sino el territorio de la U.E. en su conjunto[71].

Para que se vea realmente privado de la esencia de los derechos dimanantes de la ciudadanía europea, el ciudadano en cuestión tendría que verse obligado a abandonar el territorio de la Unión como aparentemente ocurría en el asunto *Ruiz Zambrano*. Corresponde al juez nacional evaluar si el rechazo del derecho de residencia a la familia del ciudadano privaría de su efecto útil a las disposiciones del Tratado. El TJUE dedujo que las disposiciones sobre ciudadanía debían interpretarse en el sentido de que no se oponían a que un Estado miembro denegara a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, siempre que esta denegación no implique privar al ciudadano del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por este estatuto, correspondiendo esta evaluación al juez "a quo". Parece dejar un amplio poder de apreciación al juez nacional para concretar su controvertida aplicación, pero hay cierta dosis de indeterminación con el respeto de la vida familiar o en relación a cuándo debe considerarse realmente que un ciudadano se ve obligado a abandonar el territorio de la Unión.

La novedad del fallo *Dereci* es que las razones de tipo económico no son suficientes para demonstrar la conculcación de la esencia de este estatuto. No parece distinguir entre categorías de vínculos familiares a la hora de aplicar la doctrina del disfrute efectivo del derecho. El fallo del TJUE no resuelve la cuestión de, si cumpliendo las estrictas condiciones de aplicación del disfrute efectivo, los beneficiarios deben demonstrar el requisito de los recursos suficientes establecido en la Directiva 2005/38, que no se ha aplicado, puesto que no han ejercido la libre

[71] *Ibíd.*, pp. 873.

circulación. Únicamente el Gobierno griego se pronunció durante su intervención en el procedimiento proponiendo una analogía con las disposiciones de esta Directiva 2005/38, y exigiendo recursos suficientes[72]. En otros términos, es preciso determinar si la relación de dependencia del ciudadano UE con el familiar es de tal naturaleza e importancia (económica, material o afectiva) que el alejamiento de este último tendría la consecuencia de obligar al ciudadano UE a dejar todo el territorio de la Unión y no sólo el Estado de su nacionalidad. El familiar puede gozar del derecho de residencia sobre la base del art. 20 TFUE sólo en esta circunstancia. En todos los demás casos, este derecho no se puede reconocer y el problema del mantenimiento de la unidad familiar queda completamente dentro de la competencia del Estado miembro, aunque se deba respetar el artículo 8 CEDH y la pertinente jurisprudencia del TEDH[73].

2.5. SENTENCIA DEL TJUE DE 13 DE SEPTIEMBRE 2016 EN EL ASUNTO *ALFREDO RENDÓN MARIN/ ADMINISTRACION DEL ESTADO*

Dos nacionales de países no miembros de la UE recibieron la notificación de una denegación de autorización de residencia y de una decisión de expulsión debido a sus antecedentes penales por parte de las autoridades de los Estados miembros de acogida y de nacionalidad de sus hijos menores de edad, cuya guarda ejercían y que tenían la ciudadanía de la UE. El Sr. Alfredo Rendón Marín era el padre de un hijo de nacionalidad española y de una hija de nacionalidad polaca sobre los que ejercía la guarda exclusiva. Los dos menores siempre habían vivido en España. En otro asunto, C.S. es la madre de un menor de nacionalidad británica que reside con ella en el Reino Unido y cuya guarda tiene en exclusiva.

El Tribunal Supremo de España y el Upper Tribunal (Inmigración and Asylum Chamber) London (Tribunal Superior Sala de Inmigración y de Asilo de Londres, Reino Unido) preguntan al TJUE si la existencia de antecedentes penales puede, por sí sola, justificar la denegación de un derecho de residencia o la expulsión de un nacional de un país no miembro de la UE que tiene la guarda exclusiva de un ciudadano menor de la UE. El TJUE declara que el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los

[72] *Ibíd.,* pp. 874-880.
[73] DI COMITÉ, V., *op. cit*., pp. 1048.

Estados miembros, se opone a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la UE y nacional de un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida, debido únicamente a que dicho nacional de un tercer Estado tiene antecedentes penales. El articulo 20 TFUE también se opone a esa misma normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional del tercer Estado progenitor de un hijo menor de edad, ciudadano de la UE y que tiene la guarda exclusiva, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la UE. Explica el Tribunal de Justicia que la Directiva 2005/38, se aplica a los ciudadanos de la UE y a los miembros de su familia que se trasladen o residan en un Estado miembro distinto del Estado del que tengan la nacionalidad. Dicha Directiva es aplicable a la situación del Sr. Rendón Marín y su hija de nacionalidad polaca, pero no se aplica a la del Sr. Rendón Marín y su hijo de nacionalidad española, ni a la de C.S. y su hijo de nacionalidad británica, porque esos menores siempre han residido en los Estados miembros cuya nacionalidad ostentan[74].

Por tanto, sólo el Sr. Rendón Marín y su hija polaca pueden beneficiarse de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2005/38. El TFUE confiere a toda persona que tiene la nacionalidad de un Estado miembro el estatuto de ciudadano de la UE. En virtud de este estatuto, todo ciudadano de la UE tiene el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El TJUE estima que el hijo del señor Rendón Marín y el hijo de C.S., ciudadanos de la UE, pueden acogerse a tal derecho. El TFUE se opone a cualquier medida nacional que pueda privar a los ciudadanos de la UE del disfrute efectivo de los derechos conferidos por su estatuto del ciudadano de la UE. Cuando la denegación de un permiso de residencia a un nacional de un país no miembro de la UE o su expulsión tiene el efecto de obligar a su hijo, ciudadano de la UE del que tiene la guarda exclusiva, a acompañarlo y, por consiguiente, a abandonar el territorio de la UE se produce una privación del disfrute efectivo de los derechos del ciudadano de la UE.

[74] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675. CASTILLO DE LA TORRE, F., NEMECKOVA, P., "Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea septiembre-diciembre 2016, sentencia Rendón Marín, C-165/14", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, 2017, pp. 271-272.

El TJUE indica que el estatuto de ciudadano de la UE no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros justifiquen una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la UE o de los miembros de sus familias -con independencia de que ese derecho se ejerza en virtud de la Directiva 2005/38 o del Tratado- por razones de orden público o de seguridad pública. Tal excepción debe respetar la CDFUE y el principio de proporcionalidad y basarse en la conducta personal del interesado, para determinar si este representa una amenaza real, actual y suficientemente grave para la sociedad del Estado miembro de acogida. Para apreciar el principio de proporcionalidad hay que tomar en consideración determinados criterios, tales como la duración de la residencia, la edad, el estado de salud, la situación familiar y económica, la integración social y cultural, la importancia de los vínculos del nacional con su país de origen y el grado de gravedad de la infracción.

El TJUE explica que la condena penal que se lo impuso al señor Rendón Marín, no puede, por sí sola, motivar una denegación de la autorización de residencia sin evaluar su conducta personal ni el posible peligro que el interesado podía representar para el orden público o la seguridad pública. El TJUE admite que, por circunstancias excepcionales, un Estado miembro pueda adoptar una medida de expulsión invocando la excepción relacionada con el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de la seguridad pública, unos conceptos que han de ser objeto de interpretación restrictiva. Es necesario evaluar si las infracciones penales cometidas por un nacional de un país no miembro de la UE que tenía la guarda exclusiva de un ciudadano menor de la UE, y su conducta personal, constituyen una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Considera el TJUE que en el caso de C.S., corresponde al órgano jurisdiccional británico apreciar concretamente su grado de peligrosidad, ponderando los intereses al principio de proporcionalidad, el interés superior del niño y los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el TJUE[75].

3. LA SENTENCIA *H.C. CHÁVES-VILCHEZ Y OTROS* Y SU CONTRIBUCIÓN A LA GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Por primera vez el derecho de los progenitores, nacionales de países terceros, de residir en el Estado de residencia de los hijos que son ciudadanos de la Unión fue

[75] *Ibíd.*, pp.272-273.

reconocido en 2004 en el conocido asunto *Zhun y Chen* y confirmado en el asunto *Ruiz Zambrano*. Este último tiene importantes analogías con el posterior asunto *Chávez-Vílchez*[76], puesto que en ambos casos el derecho de residencia no está vinculado al derecho de circulación; por tanto, la cuestión de los derechos dimanantes del estatuto de ciudadanía adquiere una relevancia autónoma que se centra en la posición jurídica de la persona. Además, en ambos asuntos no se cuestionan las medidas de alejamiento del territorio nacional, sino el derecho de residir de forma legal en el Estado de nacionalidad de los hijos, ciudadanos europeos de corta edad, para poder vivir en condiciones dignas; es decir, obteniendo un permiso de trabajo (asunto *Ruiz Zambrano*) o bien unas ayudas sociales (asunto *Chávez-Vílchez*)[77].

3.1. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

El asunto *Chávez-Vílchez* tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Céntrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos), mediante la resolución de 16 de marzo de 2015 en el procedimiento entre H.C. Chávez-Vílchez y otros y Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank (autoridad neerlandesa). La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 20 TFUE. Dicha petición fue presentada en el marco de una serie de litigios entre la Sra. H.C. Chávez-Vílchez y otras siete nacionales de países terceros, madres de uno o de varios hijos menores de edad de nacionalidad neerlandesa, de los que asumían el cuidado diario y efectivo, y, por otra parte, las autoridades competentes neerlandesas, en relación con la denegación de sus solicitudes de prestación de asistencia social y de prestaciones familiares por no disponer de un derecho de residencia en los Países Bajos[78].

El órgano jurisdiccional remitente señala que, de la práctica administrativa neerlandesa, se desprende que la jurisprudencia resultante de la sentencia *Ruiz Zambrano* se interpreta de modo restrictivo, hasta el punto de considerarse que, en el sentido de esta jurisprudencia, la salida del territorio de la Unión Europea del progenitor nacional de un Estado tercero no priva al menor, ciudadano de la Unión, del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadanía

[76] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto *Chávez-Vílchez,* C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.
[77] DI COMITÉ, V., *op. cit*., pp. 1043-1046.
[78] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, C-133/15 H.C. Chávez-Vílchez y otros, apartado 2 [consulta 31-1-2019].Disponible en ECLI:EU:2017:354.

de la Unión. Según las autoridades neerlandesas competentes, esta jurisprudencia únicamente se aplica si el padre no puede hacerse cargo del menor, por haber fallecido, estar ingresado en prisión o en un establecimiento psiquiátrico, haber sido declarado incapaz o encontrarse en paradero desconocido, o cuando su solicitud para la obtención de la guarda y custodia del menor, ciudadano de la Unión, haya sido desestimada judicialmente. Los ocho litigios principales versan sobre las solicitudes de prestación de asistencia social o las solicitudes de prestación familiar presentadas por las demandantes con arreglo a la Ley sobre la asistencia social y a la Ley de prestaciones familiares, respectivamente[79].

Las madres eran nacionales de países terceros y los menores de nacionalidad neerlandesa, cuyo padre tenía también nacionalidad neerlandesa. Todos estos menores habían sido reconocidos por sus padres pero vivían principalmente con sus madres. La Sra. Chávez-Vílchez, nacional venezolana, entró con un visado de turismo en los Países Bajos en el año 2007 o 2008. De su relación con un nacional neerlandés nació, el 30 de marzo de 2009, una niña que tenía la nacionalidad neerlandesa. Ambos progenitores y la menor vivieron en Alemania hasta junio de 2011, cuando la Sra. Chávez-Vílchez y su hija se vieron obligadas a abandonar el domicilio familiar. Estas acudieron al centro de acogida fe emergencia del municipio de Arnhem (Países Bajos), donde residieron durante cierto tiempo. Desde entonces, la Sra. Chávez-Vílchez asumió la guarda y custodia de su hija y declaró que el padre de ésta no contribuía ni a su manutención ni a su educación. La Sra. Pinas, nacional surinamesa, fue titular de un permiso de residencia en los Países Bajos desde 2004, que fue revocado en 2006. Estaba domiciliada en Almere (Países Bajos) y era madre de cuatro hijos. Uno de esos hijos nacido en 2009 de su relación con un nacional neerlandés, poseía, como consecuencia, la nacionalidad neerlandesa. Compartí con el padre la guarda y custodia de su hijo común, pero vivÍn separados y éste último no contribuía a la manutención del menor[80].

[79] Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, de 8 de septiembre de 2016, asunto C-133/15 ECLI: EU:C:2016:659, [Consulta 31-1-2019], Disponible en http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-133/15.

[80] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, C-133/15 H.C. Chávez-Vílchez y otros, apartado 8[consulta 31-1-2019]. Disponible en ECLI:EU:2017:354

Los dos padres seguían en contacto, pero no habían pactado ningún régimen de visitas. El 17 de mayo de 2001, se concedió a la Sra. Pinas y a sus hijos un permiso de residencia por tiempo determinado, en virtud de cual se le concedió una prestación familiar con efectos a partir del tercer trimestre de 2011. La Sra. U. Nikolic llegó a los Países Bajos en 2003 procedente de la antigua Yugoslavia. Al no poseer ningún documento de identidad, no se había podido comprobar su nacionalidad. Su solicitud de permiso de residencia fue rechazada en 2009. El 26 de enero de 2010, fruto de su relación con un nacional neerlandés nació una niña, que poseía la nacionalidad neerlandesa. La Sra. Nikolic estaba domiciliada en Ámsterdam (Países Bajos) y poseía la guarda y custodia de su hija. Ambas vivían en un centro de acogida de su municipio. La Sra. Nikolic había declarado que la convivencia con el padre de su hija era imposible, dado que éste estaba acogido por una institución para la juventud en cuyo marco seguía un programa de vivienda asistida.

La Sra. X. V. García Pérez, nacional nicaragüense, llegó a los Países Bajos en 2001 procedente de Costa Rica, acompañada de un nacional neerlandés. Fruto de la relación entre ambos, el 9 de abril de 2008 nació una niña, que poseía la nacionalidad neerlandesa. La Sra. García Pérez estaba domiciliada en Haarlem (Países Bajos), vivía en un centro de acogida municipal y poseía la guarda y custodia de su hija. El padre no contribuía a la manutención de su hija y su lugar de residencia se desconocía.

La Sra. J. Uwituze, nacional ruandesa, el 12 de diciembre de 2011 tuvo una hija que poseía, al igual que su padre, la nacionalidad neerlandesa. Éste no contribuía ni la manutención ni a la educación de su hija y había declarado no poder, ni querer hacerse cargo de ella. La Sra. Uwituze estaba domiciliada en Bolduque (Países Bajos) y vivía con su hija en un centro de acogida municipal. La Sra. Y.R.L. Wip, nacional surinamesa dio luz a dos hijos en los años 2009 y 2012. Los niños poseían la nacionalidad neerlandesa, al igual que su padre. Los padres estaban separados, pero el padre mantenía el contacto con sus hijos varias veces a la semana y recibía una prestación de asistencia social y una prestación familiar. No contribuía a la manutención de los menores y se limitaba a transferir la prestación familiar a la Sra. Wip, que estaba domiciliada en Ámsterdam. La Sra. I.O. Enowassan, nacional camerunesa, en el año 1999 llegó a los Países Bajos. En 2008 fruto de su relación con un nacional neerlandés, nació una niña, que tenía la nacionalidad neerlandesa. Los progenitores poseían la guarda y custodia

compartida de su hija[81]. En el registro se decía que la menor vivía con su padre, pero en realidad vivía con su madre, que residía en un centro de acogida de emergencia del municipio de la Haya (Países Bajos). Los fines de semana la menor residía en casa de su padre y también por las vacaciones. El padre abonaba 200 euros al mes en concepto de pensión alimenticia. También percibía una prestación familiar que transfería a la Sra. Enowassam y declaraba no poder hacer cargo de su hija porque trabajaba a jornada completa.

La Sra. A.E. Guerrero Chávez, nacional venezolana, llegó a los Países Bajos en el año 2007 y, posteriormente, volvió a Venezuela en el año 2009. En enero 2011 regresó a los Países Bajos y estaba domiciliada en Schiedam (Países Bajos). En el año 2011 fruto de su relación con un nacional neerlandés, nació un niño que poseía la nacionalidad neerlandesa. Sra. Guerrero Chávez estaba separada del padre de su hijo. Éste mantenía un contacto casi diario con el menor, pero no estaba dispuesto a hacerse cargo de él y contribuía a los gastos de manutención de forma limitada. La Sra. Guerrero Chávez se ocupaba diariamente de su hijo, cuyo guarda y custodia asumía.

En todos los litigios principales, las solicitudes de prestación de asistencia social o de prestación familiar presentadas por las interesadas fueron denegadas por las autoridades competentes basándose, en que, al carecer del permiso de residencia, no tenían, en virtud de la normativa nacional, derecho a recibir tales prestaciones. Entre 2010 y 2013 ninguna de los demandantes en los litigios principales fue titular de permiso de residencia alguno. Algunas de ellas se encontraron en situación de residencia legal en el territorio de los Países Bajos mientras que esperaban a que se adoptase una resolución acerca de su solicitud de permiso de residencia. Otras residían en los Países Bajos en situación ilegal. Las demandantes tampoco tenían permiso de trabajo. Las demandantes interpusieron contra las resoluciones que les denegaban las prestaciones solicitadas recursos. Al haber sido desestimados los recursos por órganos nacionales de primera instancia, éstas presentaron recurso de apelación ante el Tribunal Central de Apelación (Países Bajos). El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si las demandantes en los litigios principales, que son nacionales de países terceros, pueden, como madres de un menor ciudadano de la Unión, beneficiarse de un derecho de residencia con arreglo al artículo 20 TFUE en las circunstancias específicas de cada

[81] *Ibíd*., apartado 20

una de ellas[82]. Considera que, de ser así, las demandantes podrían invocar las disposiciones de la Ley sobre la asistencia social y de la Ley de prestaciones familiares que permitían considerar nacionales neerlandeses a los extranjeros que residían de manera legal en los Países Bajos y percibir una prestación de asistencia social o una prestación familiar en virtud de dichas leyes, sin que se requiera a ese efecto ninguna resolución del IND que les conceda un permiso de residencia o les expida un documento que acredite la legalidad de su residencia. También se preguntaba qué importancia ha de atribuirse, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el hecho de que el padre, ciudadano de la Unión, resida en los Países Bajos o en la Unión. Es preciso determinar, en cada uno de los litigios principales, si se dan circunstancias que obliguen efectivamente a esos menores a abandonar el territorio de la Unión si se deniega el derecho de residencia a sus madres.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente señala que los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley sobre la asistencia social y de la Ley de prestaciones familiares y los órganos jurisdiccionales competentes debían apreciar de forma autónoma si, a la luz de la jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 20 TFUE, el progenitor nacional de un país tercero puede invocar dicha disposición para que se le reconozca un derecho de residencia. Estos órganos administrativos, a saber, los consistorios municipales deberían examinar si del artículo 20 TFUE puede deducirse un derecho de residencia en los Países Bajos. A este respecto, señalaba que, en la práctica, diversos órganos administrativos interpretan las sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano* y de 15 de noviembre de 2011, *Derecí y otros*, de modo restrictivo y consideran que la jurisprudencia establecida en dichas sentencias sólo es aplicable en situaciones en las que el progenitor, conforme a criterios objetivos, no puede hacerse cargo del menor, porque, por ejemplo, está en prisión, ingresado en una institución especializada o en un hospital, o ha fallecido. Fuera de estas situaciones, el progenitor nacional de un país tercero deberá probar de manera convincente que el progenitor no está en condiciones de hacerse cargo del hijo, ni siquiera con la ayuda, en su caso, de terceros. Estas reglas se derivan de la Circular sobre Extranjería, según el órgano jurisdiccional remitente[83].

[82] *Ibíd*., apartado 30.
[83] *Ibíd*., apartado 35.

En todos los litigios principales, los consistorios municipales afectados no habían considerado pertinentes ni el hecho de que el cuidado diario y efectivo del menor recayera sobre la madre, nacional de un país tercero, y no sobre el padre, ciudadano de la Unión, ni la naturaleza de los contactos entre el menor y su padre, ni en qué medida éste contribuía a la manutención y a la educación del menor, ni tampoco si el padre estaba dispuesto a hacerse cargo del menor. El hecho de que el padre tuviera la guarda y custodia del hijo no se había considerado pertinente porque no se había demostrado de forma convincente que ésta no se le pudiera atribuir.

En consecuencia, la cuestión principal que planteaba el órgano jurisdiccional nacional remitente era si debe interpretarse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tal efecto restrictivo. Si el Tribunal de Justicia considerase que, en todos los litigios principales, el mero hecho de que el menor dependa de su madre para su cuidado diario no es un criterio determinante a la hora de apreciar si el menor depende de su madre de modo tal que se vería efectivamente obligado a abandonar el territorio de la Unión si se deniega a ésta al derecho de residencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta qué otras circunstancias de estos asuntos pueden ser pertinentes a este respeto.

Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

> 1. ¿Debe interpretarse el articulo 20 TFUE en el sentido de que se opone a que un Estado miembro prive del derecho de residencia en dicho Estado miembro a un nacional de un país tercero encargado del cuidado diario y efectivo se su hijo menor de edad, que es nacional de dicho Estado miembro?
>
> 2. ¿Resulta relevante para responder a esta cuestión el hecho de que la carga legal, económica o afectiva no recaiga por completo en este progenitor y, además, no se excluya que el otro progenitor, nacional del referido Estado miembro, pueda estar efectivamente en condición de hacerse cargo del menor?
>
> 3. ¿Deberá acreditar el progenitor nacional de un país tercero que el otro progenitor no puede asumir la guarda y custodia del hijo, de suerte que éste se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si se denegara el derecho de residencia al progenitor nacional de un país tercero?-

3.2. DERECHO DEL PROGENITOR NACIONAL DE UN PAIS TERCERO DE RESIDIR CON SU HIJO CIUDADANO EUROPEO DE CORTA EDAD EN EL ESTADO DE NACIONALIDAD DEL HIJO

Todas las situaciones controvertidas en los litigios principales anteriormente mencionados, atañen a una nacional de un país tercero que residía en los Países Bajos durante los periodos afectados por la desestimación de sus solicitudes de prestaciones familiares o de prestaciones de asistencia social, sin disponer de un permiso de residencia y siendo madres de, al menos, un menor de nacionalidad neerlandesa que vivía con ella, del que se hacía cargo efectivamente a diario, y estaba separada del padre del menor, también de nacionalidad neerlandesa y que había reconocido al menor.

Existen y diferencias por lo que respecta a las relaciones entre progenitores y los menores en materia de derecho de custodia y de contribución a los gastos de manutención, a la situación de las madres por lo que se atañe a su derecho a residir en el territorio de la Unión y a la propia situación de menores. En primer lugar, respecto a las relaciones progenitor-menor, se desprende que los contactos entre los menores y sus padres eran frecuentes, escasos o incluso inexistentes, dependiendo del caso. En uno de los casos el padre se encontraba en paradero desconocido, en otro seguía un programa de vivienda asistida. En tres casos el padre contribuía a los gastos de manutención del menor, mientras que en los otros cinco, no se realizaba ninguna aportación. En dos de los ocho casos existía una situación de guarda y custodia compartida, en los otros seis, era la madre quien se hacía cargo en exclusiva de la guarda y custodia del menor a diario y de manera efectiva. En la mitad de los casos los menores habitaban con sus madres en un centro de acogida de emergencia.

En segundo lugar, respecto al derecho de residir en el territorio de la Unión, debe señalarse, que, entretanto, se había concedido un permiso de residencia a dos de ellas (Sras. Wip y Chávez-Vílchez). Aunque obtuvieron posteriormente permisos de residencia en los Países Bajos, el examen de su situación y de sus hijos menores seguía teniendo interés a la luz de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión.

En tercer lugar, por lo que respecta a la propia situación de menores, la hija de la Sra. Chávez-Vílchez vivió en Alemania con sus progenitores hasta junio de 2011, antes de volver a los Países Bajos con su madre, que, después, presentó una solicitud de prestación familiar ante las autoridades neerlandesas, por lo cual su hija ejerció su

libertad de circulación. En cambio, los hijos menores de las otras demandantes no ejercieron nunca su derecho de libre circulación[84].

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia ofreció una interpretación coherente de la Directiva 2004/38 teniendo en cuenta el sistema de fuentes del Derecho de la Unión y la función que desempeña la ciudadanía de la Unión. Desde un punto de vista formal, el órgano jurisdiccional remitente había limitado sus cuestiones a la interpretación del artículo 20 TFUE, pero tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia le proporcionase todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que pudieran serle útiles para enjuiciar el asunto del que conocí, con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de sus cuestiones[85]. Sobre la existencia de un derecho de residencia derivado, basado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, y en la Directiva antes invocada, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal directiva no reconoce derechos de entrada y residencia en un Estado miembro a todos los nacionales de terceros países, sino únicamente a aquellos que son miembros de la familia, en el sentido del artículo 2, punto 2, de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad[86].

La Directiva 2004/38 pretende únicamente regular los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en los Estados miembros distintos de su nacionalidad. Por lo tanto, sus disposiciones no puede dar soporte a un derecho de

---

[84] *Ibíd*., apartado 47.

[85] En este sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department,* C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, apartado 24; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013, *Marc Betriu Montull contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),* Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida, C-5/12, ECLI:EU:C:2013:571, apartado 41; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de octubre de 2013, *Adzo Domenyo Alokpa y otros contra Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative (Luxemburgo), C-86/12, ECLI:EU:C:2013:645, apartado 20).

[86] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof – Austria, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:74, apartado 56; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 6 de diciembre de 2012, O. y S. contra Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto contra L. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Korkein hallinto-oikeus, C-356/11 y C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, apartado 41; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department,* C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, apartado 36).

residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de la un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que éste es nacional[87].

No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el momento del regreso de un ciudadano de la Unión al Estado miembro del que es nacional, los requisitos de concesión de un derecho de residencia derivado del articulo 21 TFUE, apartado 1, a un nacional de un tercer país que sea miembro de la familia de este ciudadano de la Unión, con el que este último ha residido en el Estado miembro de acogida, no deberían, en principio, ser más estrictos que los establecidos por la Directiva 2004/38 para la concesión de tal residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que ha ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad. Aunque la Directiva 2004/38 no contempla el mencionado supuesto de regreso, debe aplicarse por analogía en lo que respecta a los requisitos de residencia del ciudadano de la Unión en un Estado miembro, distinto del de su nacionalidad, dado que en los dos casos es el ciudadano de la Unión el que constituye la persona de referencia para que pueda concederse un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de este ciudadano de la Unión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si los requisitos de los artículos 5 a 7 de la Directiva mencionada, que regulan la entrada y la residencia en el territorio de los Estados miembros, se cumplen durante el periodo al que atañe la desestimación de las solicitudes de prestaciones, de modo que la Sra. Chávez-Vílchez podía invocar un derecho de residencia derivado basado en el artículo 21 TFUE y en la Directiva 2004/38.

Las cuestiones prejudiciales primera y segunda han sido examinadas conjuntamente por el Tribunal de Justicia. En condición de nacionales de un Estado miembro, los menores afectados por los litigios principales pueden invocar frente a los Estados miembros cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a su estatuto de ciudadano de la Unión, que les confiere el articulo 20 TFUE. Las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión, en cambio, no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de un país tercero. En efecto, los eventuales derechos conferidos a tales nacionales no son derechos propios de esos nacionales, sino

[87] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de marzo de 2014, *S. contra Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contra G*., Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State (Países Bajos), C- 456/12 y C-457/12, ECLI:EU:C:2014:135 y ECLI:EU:C:2014:136, apartado 50.

derechos derivados de los que tiene el ciudadano de la Unión. La justificación y la finalidad de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión[88].

A este respeto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que existen situaciones muy específicas en las que, pese a no ser aplicable el Derecho derivado en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión no haya ejercido su libertad de circulación, debe reconocerse sin embargo un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de lo contrario se vulneraria el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto[89].

El Abogado General Sr. Maciej Szpunar indica que de la práctica de los órganos administrativos neerlandeses se desprende de la jurisprudencia, en los asuntos *Ruiz Zambrano, Derechi y otro*s es interpretada de modo restrictivo, considerándose que esta jurisprudencia se aplica únicamente si, atendiendo a criterios objetivos, el padre, nacional neerlandés, no puede hacerse cargo del menor nacional neerlandés porque se halle, por ejemplo ingresado en prisión, en una institución, o en un hospital o porque haya fallecido[90]. Las situaciones mencionadas se caracterizan por el hecho de que "a priori" son competencia de los Estados miembros; es decir, son las normativas sobre el derecho de entrada y de residencia de nacionales de terceros países fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Derecho derivado de la Unión que contemplan, bajo determinadas condiciones, la atribución de ese derecho. Dichas situaciones están, sin embargo, intrínsecamente relacionadas con la libertad de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les

[88] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, Asunto C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675, apartados 72 y 73; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, *Secretary of State for the Home Department contra CS*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674, apartados 27 y 28.
[89] *Ibíd*., apartado 63.
[90] Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, 8 de septiembre de 2016, asunto C-133/15, *op. cit*., apartado 94.

sea denegado a dichos nacionales en el Estado miembro en el que reside ese ciudadano, para no menoscabar tal libertad[91].

En el supuesto de que la denegación de la residencia de los nacionales de terceros países obligase a los interesados a abandonar el territorio de la Unión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, de ello podría derivarse una restricción de los derechos que confiere a sus hijos menores el estatuto de ciudadano de la Unión; en particular, del derecho de residencia, puesto que dichos hijos menores podrían verse obligados a acompañar a su madre y, por tanto, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. De este modo, se privaría a sus hijos menores del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que, sin embargo, les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión[92].

El Gobierno neerlandés, sin embargo, sostiene que el mero hecho de que un progenitor nacional de un país tercero se encargue del cuidado diario del menor y recaiga sobre él, efectivamente, aunque sea parcialmente, la carga legal, económica o afectiva de su cuidado no permite concluir automáticamente que el menor, ciudadano de la Unión, se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si se denegarse el derecho de residencia a dicho nacional de un país tercero. La presencia en el territorio del Estado miembro del que el menor es nacional o en el territorio de la Unión en su conjunto del otro progenitor, ciudadano de la Unión y que puede hacerse cargo del cuidado del menor, constituye, a juicio del Gobierno, un factor importante a la hora de llevar a cabo esa apreciación[93]. El Gobierno neerlandés señala que, en determinadas circunstancias, las autoridades nacionales competentes consideran probado que el progenitor, ciudadano de la Unión, está imposibilitado o incapacitado para hacerse cargo del cuidado del menor. Así, en caso de fallecimiento, paradero desconocido, cuando está en prisión, ingresado o hospitalizado para seguir un tratamiento de larga duración, o cuando es incapaz de encargarse del cuidado del menor según la declaración

[91] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675, apartado 75; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, *Secretary of State for the Home Department contra CS*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674, apartado 30.

[92] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, *Alfredo Rendón Marín contra Administración del Estado*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675, apartado 78 y jurisprudencia citada.

[93] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, C-133/15 H.C. Chávez-Vílchez y otros, apartado 66[consulta 4-2-2019].Disponible en ECLI: EU:2017:354.

de la policía o un servicio de ayuda a la juventud y, finalmente, cuando su solicitud de obtención de la guarda y custodia, aun compartida, ha sido desestimada por la justicia[94].

En estas circunstancias procede, por tanto, determinar si las resoluciones nacionales controvertidas en los litigios principales constituyen una injerencia en el derecho de residencia del que gozan los menores y si dicha injerencia puede justificarse. Desde el punto de vista del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, es evidente que existe una injerencia potencial en los derechos de los menores afectados, ciudadanos de la Unión, si como resultado de la denegación del permiso de residencia de sus madres, estos menores se ven obligados a abandonar de hecho el territorio de la Unión en su conjunto. Se pregunta el Abogado General si, atendiendo a las circunstancias particulares de las situaciones controvertidas, esta injerencia es o no admisible. En su opinión, la mera presencia del padre, nacional neerlandés, en los Países Bajos no puede justificar por sí sola las resoluciones nacionales adoptadas en los litigios principales ni poner en tela de juicio el criterio de la "privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano", sin que el órgano jurisdiccional remitente verifique si las resoluciones nacionales controvertidos respetan el principio de proporcionalidad; en particular, en cuanto a las consecuencias que implican para las situaciones de los hijos de las demandantes en los litigios principales, ciudadanos de la Unión, en función del Derecho de la Unión. Se ven afectados varios intereses en el marco del principio de proporcionalidad: los intereses nacionales en materia de inmigración, los derechos de los ciudadanos de la Unión, el interés superior del menor y los derechos que están comprendidos en el ámbito del Derecho nacional de familia, como es el caso del derecho de guarda y custodia. A fin de comprobar si las resoluciones nacionales controvertidas respetan el principio de proporcionalidad han de tomarse en consideración diversos elementos, siendo importante, desde su punto de vista, el grado de dependencia entre el progenitor nacional de un Estado tercero y el menor, ciudadano de la Unión. A este respeto, es fundamental saber quién asume la "carga legal, económica o afectiva"[95].

Parece desprenderse de ello que dicha relación de dependencia existe entre todos los menores ciudadanos de la Unión interesados y sus respectivas madres, nacionales de

[94] *Ibíd*., apartado 67.
[95] Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, 8 de septiembre de 2016, asunto C-133/15, *op. cit.*, apartado 96.

Estados terceros. Además, en el contexto de la ponderación de los intereses en juego, y en la medida en que las situaciones controvertidas en los litigios principales están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia y, en particular, el derecho al respeto de la vida familiar que establece en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: artículo éste, que debe conjugarse con la obligación de proteger el interés superior del menor, consagrado en el artículo 24, apartado 2, de la propia Carta. Le parece pertinente al Abogado General preguntarse si es conforme con el Derecho de la Unión limitar el derecho de residir libremente en el territorio de la Unión al menor ciudadano de la Unión, únicamente sobre la base de consideraciones tales como el hecho de que no se haya demostrado que el padre no podría hacerse cargo completamente del menor, cuando esta consideración equivale a afirmar que no se ha demostrado tampoco que pudiera asumir la guarda y custodia del menor. Le parece importante señalar, asimismo, que el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que, en los presentes asuntos, no se ha constatado que aún sea posible modificar la atribución del derecho de guarda y custodia. Llega a la conclusión de que, en situaciones como las controvertidas, resulta desproporcionado denegar de manera automática y sobre la base de la mera presencia del padre, ciudadano de la Unión, en el Estado miembro en cuestión, un derecho derivado de residencia a las madres, nacionales de Estados terceros, de menores de corta edad ciudadanos de la Unión. A este respeto, no basta con demostrar que no cabe excluir que otro progenitor pueda hacerse cargo concretamente del menor[96].

En respuesta a estas alegaciones, el Tribunal de Justicia le recuerda al Gobierno neerlandés, que en su jurisprudencia previa consideró los elementos pertinentes, a efectos de determinar si la negativa a reconocer un derecho de residencia al progenitor, nacional de un país tercero, de un menor, ciudadano de la Unión, provoca, para éste, la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere su estatuto, la cuestión de la guarda y custodia del menor y la cuestión de si la carga legal, económica o afectiva de dicho menor es asumida por el progenitor nacional de un país tercero. Señala el Tribunal de Justicia, que es la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia la que puede desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión,

[96] *Ibíd.*, apartado 103.

dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria[97].

A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia indica que el articulo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un menor, ciudadano de la Unión, se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele de este modo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere dicho artículo si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate, el hecho de que otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por si solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en caso de que se produjese esa denegación[98]. Tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de éste último entrañaría para el equilibrio del niño.

3.3. CARGA DE LA PRUEBA DE LA INCAPACIDAD DEL OTRO PROGENITOR PARA HACERSE CARGO DEL MENOR.

La tercera cuestión prejudicial se refiere a la carga de la prueba, en esencia, si el articulo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado

[97] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm)*, Petición de decisión prejudicial: tribunal du travail de Bruxelles – Bélgic, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, apartados 43 y 45; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgerichtshof – Austria, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:74, apartados 65 a 67; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de marzo de 2014, *S. contra Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contra G*., Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State (Países Bajos), C- 456/12 y C-457/12, ECLI:EU:C:2014:135 y ECLI:EU:C:2014:136, apartado 56.

[98] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, C-133/15 H.C. Chávez-Vílchez y otros, *op. cit.*, apartado 66.

miembro supedite el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un niño menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de su cuidado diario y efectivo, a la obligación de que ese nacional acredite que el otro progenitor, nacional del referido Estado miembro, no puede encargarse del cuidado diario y efectivo del menor. Los organismos neerlandeses responsables del pago de ayudas y de las prestaciones toman en consideración una Circular sobre Extranjería en la que se dispone que la carga de la prueba para demostrar que el progenitor neerlandés no puede hacerse cargo efectivamente del menor, recae en el progenitor nacional de un Estado tercero. Este último deberá demostrar la existencia de obstáculos objetivos que se oponen a que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, se haga cargo del menor para que se admita que el menor depende del progenitor nacional de un Estado tercero hasta el punto de que, si se denegase el derecho de residencia a éste, el menor se vería obligado a abandonar, de hecho, el territorio de la Unión.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si esta disposición de la Circular sobre Extranjería no corresponde a una interpretación excesivamente estricta de la sentencia *Ruiz Zambrano*. El Gobierno neerlandés ha indicado en sus observaciones escritas que la carga de la prueba recae en las solicitantes del permiso de residencia, con arreglo a la norma general que establece que todo el que invoque un derecho determinado o una consecuencia determinada del mismo deberá demostrar que tal derecho es aplicable a su situación, regla admitida en el Derecho de la Unión[99]. En opinión del Abogado General Maciej Szpunar, en caso de que una de las partes alegue que su situación está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 20 TFUE, corresponde a las autoridades nacionales de un Estado miembro determinar de oficio si concurren o no los requisitos para la aplicación de esta disposición. Es evidente que estas autoridades nacionales se enfrentan, por un lado, a cuestiones directamente

[99] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2013, *Olaitan Ajoke Alarape y Olukayode Azeez Tijani contra Secretary of State for the Home Department*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London, C-529/11, ECLI:EU:C:2013:290, apartado 38; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de enero de 2014
Flora May Reyes contra Migrationsverket, Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammarrätten i Stockholm — Migrationsöverdomstolen, C-423/12, ECLI:EU:C:2014:16, apartados 25-27.

relacionadas con el estatuto de ciudadano de la Unión del menor y, por otro, a cuestiones estrictamente comprendidas en el ámbito del Derecho nacional de familia[100].

En lo que respeta a las cuestiones relativas al estatuto de ciudadano de la Unión del menor interesado, la cuestión del reparto de la carga de la prueba no debería privar de efecto útil a los derechos conferidos por el Derecho de la Unión. De este modo, considera Abogado General Sr. Maciej Szpunar que la aplicación estricta de la normativa nacional controvertida relativa a la carga de la prueba puede perjudicar el efecto útil del articulo 20 TFUE. En cuanto a la apreciación de los aspectos del Derecho nacional de familia, en la medida en que las situaciones controvertidas en los litigios principales están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, las autoridades nacionales competentes deben, atendiendo a los principios de proporcionalidad y del interés superior del menor, plantear de oficio la cuestión preliminar relativa a si el otro progenitor, nacional de Estado miembro cuya nacionalidad posee el menor y, por tanto, ciudadano de la Unión, puede asumir guarda y custodia del menor. Considera el Abogado General que sería contrario al efecto útil del articulo 20 TFUE y a los principios generales de Derecho, en particular al principio de proporcionalidad, obligar al progenitor nacional de un Estado tercero que asume la guarda y custodia efectiva del menor -que es la madre en los presentes asuntos. a interponer un recurso contrario a sus propios intereses y, potencialmente, a los del menor. Un recurso de este tipo tiene por objeto solicitar que la custodia se transfiera al otro progenitor para demostrar que el padre neerlandés no puede hacerse cargo concretamente del menor y, en consecuencia, que se admita que el niño es dependiente de su madre hasta tal punto que se vería obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión si se denegase el derecho de residencia a esta última[101].

Como ha señalado la Comisión Europea, aunque, en principio, corresponde al progenitor nacional de un país tercero aportar los datos que demuestren que del articulo 20 TFUE se deriva un derecho de residencia en su favor y, en particular, que acredite que, en caso de denegación de la residencia, el menor se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión, no es menos cierto que, al apreciar los requisitos necesarios para que dicho nacional pueda gozar de ese derecho de residencia, las autoridades nacionales

[100] Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, 8 de septiembre de 2016, asunto C-133/15 ECLI, *op. cit.*, apartado 104-109.
[101] *Ibíd.*, apartado 110-113.

competentes deben garantizar que la aplicación de una normativa nacional relativa a la carga de la prueba, como la aplicable en los litigios principales, no pueda poner en peligro el efecto útil del articulo 20 TFUE. Por tanto, la aplicación de la normativa nacional relativa a la carga de la prueba de esas características no dispensa a la autoridades del Estado miembro de que se trate de proceder, basándose en los elementos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor nacional de dicho Estado miembro y para examinar, por una parte, si éste es o no realmente capaz de asumir por si solo el cuidado diario y efectivo del menor y está dispuesto a ello; y, por otra parte, si existe o no, una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor nacional de un país tercero que una decisión que deniegue el derecho de residencia a éste privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto.

El Tribunal de Justicia, a la luz de las consideraciones anteriores, responde a esta cuestión prejudicial que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro supedite el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de cuidado diario y efectivo, a la obligación de que ese nacional aporte los datos que permitan acreditar que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Corresponde, no obstante, a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate proceder, basándose en los datos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para poder apreciar, a la luz del conjunto de circunstancias del caso concreto, si una decisión denegatoria tendría esas consecuencias[102].

3.4. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Ningún Tratado fundacional comunitario había proclamado explícitamente su respeto por los derechos de la infancia, dado que en pasado las Comunidades Europeas no tenían competencia directa ni sobre la infancia ni sobre la familia, políticas y

[102] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, C-133/15 H.C. Chávez-Vílchez y otros, *op. cit.*, apartado 78.

protecciones que son de competencia nacional. Sin embargo, esa ausencia de competencia en el pasado no impidió al Consejo ni al Parlamento dejar la huella de las convicciones europeas en materia de familia e infancia mediante orientaciones sobre las políticas de familia y otras materias en este ámbito desde 1989. Además, hay un Observatorio Europeo de Políticas Familiares que hace un informe anual sobre la evolución de esas políticas en los Estados miembros.

Fueron los dramáticos sucesos de pedofilia descubiertos en Bélgica en 1995-1996 los que hicieron que la preocupación por la protección de la infancia fuera también en parte una responsabilidad de la Unión Europea. Hay que recordar que los niños, en tanto que seres humanos, son destinatarios y beneficiarios de normas internacionales generales y de sus mecanismos de garantías y gozan de las protecciones internacionales de los derechos humanos. En la medida en que tales niños y niñas tengan nacionalidad de algún Estado miembro o alguno de sus progenitores tengan la nacionalidad de un Estado miembro son destinatarios de las normas de la Unión que con carácter general se aprueban en el marco del Derecho de la Unión, como es la Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre libre desplazamiento y residencia de nacionales de la Unión y sus familias[103], e incluye en el articulado derechos o situaciones ya deducidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asimismo, los niños y niñas tienen derecho a disfrutar de los derechos y ventajas reconocidos en los Reglamentos 1612/68 y 1408/71 (modificados en diversas ocasiones) y, lo que es más importante, el derecho a no ser discriminados por razón de la nacionalidad (art.12 TCE y 17 TFUE). También debe tenerse en cuenta la Directiva 2004/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar[104], dado que el supuesto de aplicación de dicha Directiva es que el reagrupaste es un extranjero con residencia legal y los miembros de la familia son también extranjeros. Excluye expresamente su aplicación a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión (art.3.3) a los que se aplica la Directiva 2004/38 anteriormente citada. Las normas relativas a la libre circulación y residencia de los nacionales de Estados miembros de la Unión no están condicionadas a una determinada edad y, por

[103] DOL 229, de 29 de junio de 2004.
[104] DOL 251, de 3 de octubre de 2003.

tanto, son titulares de tales derechos los niños y niñas, ciudadanos de la Unión Europea, desde su nacimiento.

Tiene interés seleccionar algunos casos sobre su aplicación judicial a menores. En el asunto *Baumbast y R* se planteaba dos situaciones familiares semejantes.[105] Por un lado, la Sra. Baumbast de nacionalidad colombiana, casada con un alemán residente en el Reino Unido. Ella tenía una hija de nacionalidad colombiana, más otra de doble nacionalidad- colombiana y alemana- nacida del matrimonio con el señor Baumbast. Este pasó a trabajar para sociedades alemanas en el extranjero, al no encontrar trabajo en Reino Unido, si bien la vivienda familiar y la formación escolar de las hijas proseguían en dicho país y estaban cubiertas por un seguro médico. Al solicitar la madre el permiso de residencia por tiempo indefinido le fue denegado. Aceptó, sin embargo, que las hijas disfrutaran de un derecho de residencia en virtud del artículo 12 del Reglamento 1612/68 (derecho a la escolarización en el Estado de acogida aun cuando los padres se separen y el comunitario ya no sea trabajador en el Estado de acogida).

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la luz del respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH) y del derecho a continuar su escolaridad en las mejores condiciones (art. 12 del Reglamento 1612), la denegación de los progenitores de la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos de un derecho que el legislador comunitario les ha reconocido. Dada la importancia del derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida, no tiene sentido interpretar que el Reglamento 1612/68 dé derecho de residencia y escolaridad a los hijos, mientras que los progenitores pueden perder sus derechos de estancia por el divorcio (*caso R*) o por dejar de trabajar en este país (caso *Baumbast*). En relación con las prestaciones por hijos menores, el Tribunal de Justicia afirma que no se puede condicionar la concesión de una prestación social de un régimen no contributivo a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado de acogida, en cuyo territorio reside legalmente, a que estos últimos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1612/68, cuando no se exige ningún requisito de

[105] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R contra Secretary of State for the Home Department*, Petición de decisión prejudicial: Immigration Appeal Tribunal - Reino Unido, C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493.
MANGAS MARTIN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L.N., LÓPEZ ESCUDERO, M., PÉREZ DE NANCLARES, J.M. y SOBRINO HEREDIA, J.M., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, 1a Edición, Bilbao, Atlántida, 2008 pp. 442.

este tipo a los nacionales del Estado miembro de acogida[106]. Además de los derechos y libertades reconocidos a los seres humanos y, en su caso, como ciudadanos comunitarios, la infancia es uno de los grupos de seres humanos a los que por razones objetivas y justificadas hay que dar un trato especialmente privilegiado[107]. No se les puede tratar, sin más, como a cualesquiera otros seres humanos bajo el prisma de un principio formal de igualdad. Hay una general aceptación, en los textos jurídicos internos e internacionales, de la necesidad de una protección especial de la infancia. El artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E. no precisa la frontera entre la infancia y la edad adulta, pero es obvio que son los 18 años, salvo que la legislación interna establezca la mayoría de edad en una edad anterior. En ese artículo la Carta reconoce derechos y protecciones especiales a todos los niños que se encuentren en el territorio de los Estados miembros. Tiene un alcance universal, sin estar condicionado a tener la nacionalidad de un Estado miembro y ser ciudadano de la Unión. La razón objetiva que justifica un trato especialmente favorable se basa en que la infancia es una etapa de la vida en la que es dependiente de otros seres humanos. En la niñez, especialmente en los primeros años de vida, todos los seres humanos necesitan ser alimentados, vestidos y cuidados, dependiendo absolutamente de los adultos. Pasados los primeros años de vida, siguen dependiendo de los adultos para esas necesidades materiales y se añaden otras como consecuencia de su falta de madurez física e intelectual. Posteriormente, la prioridad de su crecimiento y de su formación se ve condicionada por el necesario apoyo de los adultos. El bienestar que les debe garantizar en el marco de la Unión comprende, por tanto, todos los campos: la salud o bienestar físico, moral, intelectual, etc. La Unión debe fomentar y sus Estados miembros adoptar medidas positivas de protección que garanticen ese bienestar al que tienen derecho. También conlleva un límite u obligación de abstenerse, la Unión y los Estados, de adoptar medidas que perjudiquen o impidan ese bienestar.

En definitiva, la infancia depende de una protección legal antes y después de su nacimiento -aunque la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no se refiera a ello,

---

[106] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, *María Martínez Sala contra Freistaat Bayern*,
Petición de decisión prejudicial: Bayerisches Landessozialgericht - Alemania., C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217; Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Petición de decisión prejudicial: Tribunal du travail de Nivelles – Bélgica, C-184/99, CLI:EU:C:2001:458.
[107] *Ibíd.*, pp. 442-450.

pero si la Convención sobre los Derechos del Niños de 1989- y que le debe ser dada de forma específica tanto mediante normas internas como mediante convenios internacionales. Los niños necesitan y deberían poder contar con el cariño y afecto de sus padres; el párrafo 3 art. 24 subraya ese interés y ese derecho de los niños y, en combinación con el artículo 7, el respeto a su vida familiar [108].

El derecho de los niños a ver y relacionarse con sus padres -y, por analogía, a otras situaciones como el acogimiento- resulta casi obvio para el desarrollo normal de su personalidad, salvo que la conducta u otras circunstancias hagan tal relación natural contraria a sus intereses. El interés superior del niño es una noción subjetiva y actúa fundamentalmente en el campo de la tutela judicial. El interés superior del niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo integral, físico, mental, espiritual, moral y social. Lo que sucede es que siempre habrá un cierto margen en su aplicación dependiendo del criterio de la persona, institución u organizaciones que lleven a cabo la protección y tengan que decidir por el niño. Este criterio está ligado al hecho de que el niño en muchas ocasiones no puede ejercitar por si solo los derechos y serán personas individuales o colectivas o instituciones las que los hagan efectivos: aparece, pues, como criterio o pauta de la aplicación de estas normas.

En materia de garantías penales, además de tener las de todo ser humano, debe ser tratado teniendo en cuenta su edad y, si es preciso, será protegido mediante organismos específicos. En esta materia ya se había alcanzado un gran nivel técnico mediante las denominadas Reglas de Beijing[109]. En el marco relativo a los litigios que afectan a la infancia, los niños deben ser informados y oídos y, en función de las circunstancias, pueden pedir la designación de un representante legal en caso de conflicto con los intereses de quienes asumen la patria potestad o su tutela legal. En esa materia la norma de referencia general son las Reglas de Beijing y el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996, adoptado en el marco del Consejo de Europa, Son los derechos procedimentales de los niños y se establecen deberes específicos para los jueces en relación con las informaciones que

[108] *Ibíd.*, pp. 450-451.
[109] *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, Resolución AGNU 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

deben dar a los niños, o con la diligencia con la que se debe actuar respeto de los asuntos relacionados con niños, etc. [110].

La sentencia *Chávez-Vílchez* vuelve a abordar la cuestión del derecho derivado de residencia de los progenitores de ciudadanos europeos estáticos, destacando decididamente la posición de vulnerabilidad de los niños. El principio del interés superior del menor se convierte en un elemento central en la valoración de los elementos de derecho de este asunto que, en realidad, se refieren más al acceso a las ayudas sociales que al permiso de residencia de las madres de los menores europeos de corta edad. Tanto las conclusiones del Abogado General, como la propia sentencia, cuya motivación empieza refiriéndose a la posición jurídica de los hijos de las reclamantes, coinciden en subrayar la importancia de la interpretación de la normativa nacional aplicable a la luz del principio del interés superior del menor.

Como subraya el Abogado General, la primacía del interés superior del menor es uno de los principios del ordenamiento jurídico de la Unión. En tanto que "norma-guía de toda actuación relacionada con la infancia" está expresamente previsto en el artículo 24 apartado 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y trae causa de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, ratificada por todos los Estados miembros de la U.E. Este Convención es uno de los tratados internacionales que el propio Tribunal de Justicia toma en consideración en el reconocimiento y aplicación de los principios generales de derecho UE[111].

Con arreglo al artículo 3, apartado 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Además, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño vincula a todos los Estados miembros y que este texto figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos. El artículo 9, apartado 1, de esta misma Convención establece que "los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la

[110] *Ibíd.*, pp. 451-453.
[111] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006., *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*, C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429; DI COMITÉ, V., *op. cit*., pp. 1041-1058.

voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño" [112].

Por otro lado, el articulo 3 TUE, apartado 3, dispone que "la Unión establecerá un mercado interior", prevé, en su párrafo segundo, que "la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño". A su vez, el artículo 24 de la Carta, reconoce que los niños son titulares independientes y autónomos de derechos y establece que el interés superior de los niños debe constituir una consideración primordial para las autoridades públicas y las instituciones privadas[113].

Más concretamente, en lo que se refiere a la ciudadanía de la Unión y a los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, la interpretación del Tribunal de Justicia ha permitido una aplicación coherente de las disposiciones del Tratado y del Derecho derivado. En particular, subraya el Abogado General Sr. Maciej Szpunar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que "el menor ciudadano de la unión puede invocar los derechos de libre circulación y de residencia garantizados por el Derecho de la Unión. La aptitud de un Derecho derivado en materia de libre circulación de las personas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos"[114].

Así, los ciudadanos de la UE menores de edad, aunque sin capacidad de obrar autónoma, son titulares de derechos dimanantes del ordenamiento de la Unión que pueden invocarse ante los órganos jurisdiccionales, cuya garantía de respeto y aplicación concreta comporta para los Estados miembros obligaciones negativas y positivas. La transcendencia de la protección de los derechos de los niños en el contexto

[112] Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, 8 de septiembre de 2016, asunto C-133/15, *op. cit.*, apartado 41-43.
[113] *Ibíd.*, apartado 44.
[114]Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639; Conclusiones del Abogado General sr. Maciej Szpunar, 8 de septiembre de 2016, asunto C-133/15, op. cit., apartado 45-47.

de las diferentes políticas europeas se subraya en los documentos de soft law aprobado por las distintas instituciones[115]. En el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, especialmente en las decisiones relativas a medidas que repercuten sobre la vida familiar, cuya tutela se encuentra reconocida en el art.7 de la Carta- que, a su vez, recoge el artículo 8 de la CEDH y la jurisprudencia del TEDH-, se opone en evidencia la obligación de tomar en adecuada consideración la disposición del artículo 24, apartado 2, de la Carta [116].

Una de las medidas legislativas más controvertidas ha sido la conocida como Directiva de Retorno; es decir, la Directiva 2008/115/C relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Esta directiva, que hace referencia en su artículo 1 a la necesidad de respetar en su aplicación los derechos fundamentales y el Derecho internacional, ha sido objeto de fuertes críticas, precisamente por contribuir, *inter alía*, a la generalización de la detención e internamiento de los migrantes de manera sistemática, y a la vulneración por parte de los Estados miembros de obligaciones internacionales relativas a las personas migrantes, como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que no prevé el internamiento de menores por su situación migratoria o las de sus padres, algo que Directiva si permite [117].

En España se encuentran miles de inmigrantes menores de edad no acompañados que no ostentan la nacionalidad española. La mayoría de estos menores son marroquíes, rumanos, pakistaníes y subsaharianos, pues el fenómeno de la "paterización" de la inmigración de menores a España ha ampliado el espectro de países de procedencia de los menores. Por otra parte, el 25% de los nacidos en España son hijos de padres extranjeros. Puede también afirmarse que el interés del menor es un concepto especialmente relativo. Ello significa que, para el Derecho español, el interés del menor se edifica sobre parámetros constitucionales "españoles" y "europeos", como el libre

[115] Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia, COM (2006)367, de 4 de julio de 2006; Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de octubre de 2008, sobre la promoción de la inclusión social y la lucha contra la pobreza, incluida la pobreza infantil, en la Unión Europea (2008/2034(INI)), DO C 9E, de 15 de enero 2010; Conclusiones del Consejo, de 19 de noviembre de 2010, relativas a las Agendas Europeas e Internacionales sobre la Infancia, la Juventud y los Derechos de la Infancia, DO C 326, de 3 de diciembre de 2010; Recomendación de la Comisión, 2013/112/UE, Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas, de 20 de febrero de 2013.
[116] DI COMITÉ, V., *op. cit*., pp. 1057-1058.
[117] ESTRADA TANCK, D. "Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), 2017, pp. 267. Disponible en: https://e-revistas. uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3873.

desarrollo de la personalidad del menor (art.10 C.E. 1978), el derecho del niño a su libertad de expresión, a su nombre y una nacionalidad, a tener una familia, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión etc.[118].

En todo caso el interés superior del niño se consagra como un principio inspirador y cardinal de todo el texto convencional, por lo que todas las medidas de acción positiva a favor de los niños tienen su fundamento en el interés superior del mismo. Constituye un principio fundamental que tiene presente el Comité de Derechos Humanos en todas las cuestiones relacionadas con los niños y con carácter especial en el ámbito de la justicia de menores[119].

La decisión sobre el derecho de residencia de los progenitores no puede estar supeditada a automatismos y las reglas nacionales no pueden estar orientadas a hacer más difícil un reconocimiento oficial de residencia, que impiden el desarrollo de la vida de los menores y de su familia en condición de dignidad. La denegación del derecho de residencia a uno de los progenitores (previsto en la normativa nacional solo porque en teoría el otro puede hacerse cargo del hijo, aunque declare no quererlo) es susceptible de tener consecuencias materiales y afectivas- como la separación del progenitor que efectivamente se ocupa del hijo- que claramente no contribuyen a dicho interés superior. El derecho previsto en el artículo 24, apartado 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de mantener relaciones personales y contactos con el padre y la madre, está claro que no se toma en consideración en las motivaciones de la sentencia, porque está orientada a disciplinar otras cuestiones de derecho de familia[120].

[118] CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Protección de menores". *Derecho Internacional Privado,* II, 2018, pp. 428-429, ISBN: 978-84-9045-676-7.
[119] SALADO OSUNA, A., "Los derechos del niño ante la administración de justicia". *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales,* 2010, *pp. 81-82.*
[120] DI COMITÉ, V., *op. cit*., pp.1058.

CONCLUSIONES

En conclusión, la sentencia Chávez-Vílchez confirma la nueva dimensión reconocida al ciudadano europeo como persona titular de un estatuto jurídico especial y añade un importante elemento que obliga a los Estados miembros a considerar los derechos fundamentales y, sobre todo, los derechos de los niños en su conjunto y de manera coherente con las demás políticas de la Unión. Desde la adopción de decisión, el alcance del estatuto de la ciudadanía europea se entiende que va más allá de la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión Europea, en cuanto el Tribunal de Justicia determina que una eventual privación del disfrute efectivo de los derechos que confiere el artículo 20 del TFUE a los ciudadanos europeos ha de ser examinada a la luz del derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE -y el artículo 8 del CEDH-, que a su vez, debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño. La jurisprudencia del TJUE ha reconocido el valor central que corresponde al interés superior del menor, como parte de sus derechos en el marco del artículo 24 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

A efectos de apreciar si un menor ciudadano de la Unión Europea se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele de este modo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere el articulo 20 TFUE si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro, el hecho de que otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por si solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello, debe interpretarse que es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor de un país tercero y del riesgo que separarlo de este último entrañaría para el equilibrio del niño**.**

Asimismo, se deduce de la jurisprudencia del TJUE que no se opone el articulo 20 TFUE a que un Estado miembro supedite el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un niño menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de su cuidado diario y efectivo, a la obligación de que este nacional aporte los datos que permitan acreditar que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor del país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadanía de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Corresponde, no obstante, a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate proceder, basándose en los datos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para poder apreciar, a la luz del conjunto de circunstancias del caso concreto, si una decisión denegatoria tendría esas consecuencias.

Pese a ser este el criterio establecido por el TJUE en la jurisprudencia analizada, coincidimos, no obstante con el Abogado General Sr. Szpunar, en la opinión de que incumbe las autoridades competentes del Estado miembro plantear de oficio y demostrar que la guarda y custodia efectiva del menor puede ser asumida por el otro progenitor. Asimismo, correspondería a estas autoridades tener en cuenta el conjunto de circunstancias del asunto, respetando siempre los principios de proporcionalidad y del interés superior del menor.

En términos generales, consideramos que hay que valorar de manera muy positiva esta sentencia en el asunto *H.C. Chávez-Vilchez* en el que el TJUE considera relevante, para una adecuada aplicación del artículo 20 TFUE, la obligación de las autoridades nacionales de examinar concretamente la relación de dependencia efectivamente existente entre el progenitor nacional de un país tercero y el hijo ciudadano U.E. de corta edad.

BIBLIOGRAFIA.

BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I., "Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la Jurisprudencia del T.J.U.E.", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, no. 9, 2017, ISSN 1989-4570.

CASTILLO DE LA TORRE, F., NEMECKOVA, P., "Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea septiembre-diciembre 2016, sentencia Rendón Marín, C-165/14", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 56, 2017.

CASTILLO DE LA TORRE, F., NEMECKOVA, P., "Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea enero-agosto 2011", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 41, 2012, ISSN 1138-4026.

CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Protección de menores". *Derecho Internacional Privado*, II, 2018, ISBN: 978-84-9045-676-7.
CARMONA LUQUE, M.R., *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 38, 2011, ISSN 1138-4026.

CASTILLO DE LA TORRE, F., "Crónica de jurisprudencia TJUE septiembre-diciembre", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no 20, 2005, ISSN 1138-4026, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1253251. Consultado el 11 de enero de 2019.

CORTÉS MARTÍN, J.M., "Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Sentencia de 15.11.2011 (Gran Sala), M. Derechi y otros…", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 40, 2011, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3866452, ISSN 1138-4026.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D., "El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la Unión Europea". *Revista de jurisprudencia*, n^0 1, 2017, Disponible en: https://elderecho.com/el-derecho-de-circulacion-y-residencia-de-los-padres-de-ciudadanos-de-la-union-europea, ISSN: 2173-9048, [Consultado 30-1-2018].

DI COMITÉ, V., "Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño "Europeo"", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, no. 58, año 21, 2017, ISSN 1138-4026. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1142. Consultado el 12 de enero de 2019.

DIEZ MORENO, F., *Manual De Derecho De La Unión Europea*, 4ª Edición, Navarra: Aranzadi, S.A., 2006, ISBN 84-470-2550-0.
Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 2000, C 364/15, [Consultado 8-02-2019], Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charet/pdf/text_es.pdf .

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., TORRES UGENA, N., CASTRO-RIAL GARRONE, F., STOFFEL VALLOTON, N., OJINAGA RUIZ, R., QUESADA ALCALA, C.,

CACHO SÁNCHEZ, Y., et al., *Instituciones de la Unión Europea*, 2-a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ISBN 978-84-9119-292-3.

ESTRADA TANCK, D. "Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), 2017, Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3873.

FERNANDEZ LE GAL, A., y GARCIA CANO, S., *Inmigración y Derechos de los extranjeros.* Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, ISBN 84-7801-777-1.

MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones Y Derecho De La Unión Europea.* 9-a edición, Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2016.

MANGAS MARTIN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L.N., LÓPEZ ESCUDERO, M., PÉREZ DE NANCLARES, J.M. y SOBRINO HEREDIA, J.M., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, 1a Edición, Bilbao, Atlántida, 2008.

MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas.* 23rd ed. Navarra: Aranzadi, 2017, ISBN 978-84-9177-219-4.

MARÍN CONSARNAU, D., "T.J.U.E.-Sentencia de 05.05.2011, S. McCarthy/ Secretary of State for the Home Department, C-434/09", *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, no. 41, 2012. ISSN 1138-4026.

MOYA ESCUDERO, M., "Un Código de derechos para los nacionales de terceros Estados residentes legales en la UE: un avance en derecho antidiscriminatorio", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2017.

SALADO OSUNA, A., "Los derechos del niño ante la administración de justicia". *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales,* 2010.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, C- 133/15 H.C. Chávez-Vílchez y otros, [consulta 31-1-2019].Disponible en ECLI:EU:2017:354. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C- 200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011, C- 34/09, G. Ruiz Zambrano/ Office national de l`emploi, ECLI:EU:C:2011:124.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2011, C- 434/09, McCarty, ECLI:EU:C:2011:277.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, C- 256/11, Dereci y otros, ECLI: EU:C:2011:734.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2014, C- 457/12, S. y G., ECLI:EU:C:2014:136.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, C- 165/14, Rendón Martin y Administración del Estado, ECLI:EU:C:2016:675.