

## El derecho a la vida familiar de los menores europeos. La expulsión de padres extracomunitarios

*The right to family life of European minors. The removal of non- community parent's citizens*

**Antonio Muñoz Aunión<sup>1</sup>**

**Resumen:** En las sentencias Ruiz Zambrano y Dereci, el STJCE falló que el Tratado prohibía la expulsión de un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, si la expulsión conllevaba también la salida del territorio comunitario al ciudadano de la Unión. Esta situación tiene una especial relevancia cuando el ciudadano de la Unión es un menor dado que estos son especialmente dependientes de sus padres y es improbable que puedan permanecer en el territorio sin ellos. Estos asuntos presentan un derecho de residencia – calificado y enrevesado – para los padres de los menores nacionales de la Unión Europea. Este ‘derecho’ parental de residencia se enfrenta a las prácticas migratorias nacionales que han devenido especialmente restrictivas en los últimos años. Por tanto, resulta necesario que se precisen los límites de la decisión judicial. Por ejemplo, qué relación deben de tener los padres con los hijos para que este derecho sea efectivo. Este derecho debe quedar limitado en exclusiva a los titulares de un pasaporte europeo o también se puede extender a aquellos que han presentado una demanda de nacionalidad.

**Palabras clave:** Derechos políticos, Ciudadanía, Unión Europea, Derecho familiar, Relación padres-hijos.

**Abstract:** In the Ruiz Zambrano and Dereci judgments, the European Court of Justice found that the Treaty forbids the removal of family members of European Union citizens if that removal would force the exit of that given citizen from the European Union borders. This situation is of special significance when the citizen is a minor, due to the special care that they need being implausible that they remain with the parents away. These cases highlight a residence right – qualified & convoluted – for parents of minors’ nationals of the European Union. This parental ‘right’ of residency faces migratory practices increasingly restrictive. Judicial activism is welcomed but it is require drawing the boundaries, namely, which is the relationship among parents and children in order to trigger the right; secondly, is this right limited to holders of a European passport or can be extended to those with a valid claim for nationality.

**Keywords:** Political rights, Citizenship, European Union, Family rights, Relationship parent-child.

---

<sup>1</sup> Instituto de Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile (antonio.munoz@uautonoma.cl)  
Recibido: 02/06/2015; Aceptado: 09/12/2015. <http://dx.doi.org/10.18004/riics.2016.julio.121-146>

## INTRODUCCIÓN

Como apunta el Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada, Diego Liñán Noguerras, la incorporación del discurso de la Ciudadanía a la Unión Europea es una experiencia inédita en el ámbito de las organizaciones internacionales, su introducción y desarrollo dentro del sistema europeo ha sido un éxito sin precedentes, sin embargo no conviene ignorar sus límites y dificultades como se analizan en el siguiente trabajo.

La Ciudadanía de la Unión Europea quedó establecida en el Tratado de Maastricht para reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros, es excluyente respecto de terceros (Chueca, 2005) y automática para sus receptores, no requiere de acto alguno, se obtiene de forma automática, e incluso sin desearla, y existe un gran desconocimiento sobre sus efectos, que ha llevado a cierto autor a denominarla como una "criatura extraña" (Sarmiento, 2008).

En los artículos 20 a 25 del Tratado de Lisboa y más amplios en artículos 39 a 46 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, también véase la importancia que se otorga a la protección de los ciudadanos y los menores en el apartado de política exterior, artículo 3. 5 del Tratado de Lisboa "En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derecho del menor, ...".

Entre otros, se confiere a los ciudadanos de la Unión el derecho a residir en un Estado miembro distinto al suyo y a traer familiares a vivir con él, la lógica detrás de esta autorización es que ejerce alguna actividad cubierta por el Derecho comunitario y que la familia depende de él, el instrumento legislativo se encuentra en la Directiva 2004/38. La situación que nos ocupa es distinta, donde un ciudadano de la Unión depende de los miembros de su familia, y puede surgir en cualquier etapa del desarrollo humano, por ejemplo adultos incapacitados que requieren de atención, pero lo más habitual será cuando el ciudadano es menor de edad. En ese sentido, son numerosos los menores de nacionalidad europea que tienen un padre no europeo con un estatuto débil de residencia pero que participan en sus vidas de una forma importante, si bien en términos no estrictamente funcionales; sobre la frágil condición del inmigrante irregular (Cfr. Valle, 2006).

En caso de que el menor tuviera fuentes de ingreso, lo cual evidentemente es algo dudoso, la situación no produciría controversia alguna, y se cumpliría con lo previsto en la directiva que no indica nada en relación a edad; si bien cabe cuestionarse sobre los padres qué derecho de residencia tendrán estos. La Corte ha intentado colmar estos vacíos en una serie de asuntos, en concreto, *Carpenter* (STJCE, 2002a), *Chen* (STJCE, 2004), *Baumbast* (STJCE, 2002d) y los dos objeto de esta presentación, *Ruiz Zambrano y Dereci*. El TJCE afirma que un ciudadano de la Unión que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18.1 TCE. La denegación del ejercicio de este derecho de residencia por efecto de la aplicación de las disposiciones de la Directiva 90/364 por el hecho de que el seguro de enfermedad de que dispone el ciudadano comunitario no cubra los cuidados médicos de urgencia prestados en el Estado miembro de acogida constituye, según la sentencia *Baumbast*, una injerencia desproporcionada en el ejercicio de este derecho.

Esta serie de sentencias fueron coetáneas en el tiempo con un incremento de la atención de los derechos humanos en el continente, a saber, la adopción de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en el 2000, cuyo artículo 24 dispone: " 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses." Sobre la interpretación del artículo 24, véase, Mangas (2008) y las negociaciones tendentes a la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de la Unión. Si bien, como apunta Rosas (2011), hay que evitar pensar que la Unión Europea represente al día de hoy una organización de derechos humanos, a pesar de la creación de órganos como la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, el papel del Ombudsman o el Foro consultivo de derechos fundamentales.

Si bien la obligatoriedad de la Carta aún no quedara del todo clara, así la Abogada General advirtió que en el momento de los hechos no podría invocarse el derecho fundamental a la vida familiar con arreglo al Derecho de la Unión Europea como derecho autónomo con independencia de cualquier otro vínculo con el

Derecho de la Unión, y señaló el carácter de soft law de la Carta de Derechos Fundamentales y la no obligatoriedad para las autoridades belgas (Sharpston, 2010), nos encontramos ante un elemento relevante para la aplicación tanto de las normas nacionales, comunitarias e internacionales, y así se dispuso en el asunto *Dereci* donde el Tribunal encontró que si la situación del progenitor y del menor con ciudadanía europea caía dentro de los límites del Tratado, entonces la Carta sería el instrumento base para argumentar los derechos humanos. En esta ocasión, el Tribunal acudía al artículo 7 de la Carta relativo al respeto de la vida privada y familiar, de contenido similar al artículo 8 del CEDH cuya jurisprudencia ha enfatizado en que toda separación familiar debe estar suficientemente probada.

En esta ocasión como vemos el Tribunal se ha basado en un razonamiento de derechos humanos, pero también se ha dejado influir por argumentos sobre la Ciudadanía de la Unión y sus derechos derivados. Partiendo de un origen eminentemente economicista de esta, el Tribunal paso a interpretar estos desde un punto de vista de la igualdad y los derechos familiares dejando a un lado las posturas críticas de determinados Estados miembros, y haciendo de la Ciudadanía de la Unión, un elemento central para los ciudadanos de los Estados miembros y garantía esencial de su igualdad y solidaridad, sobrepasando el carácter práctico y economicista inicial (Spaventa, 2004).

En este sentido, cabe citar el asunto *Carpenter* donde se interpretó la presencia de la progenitora, nacional de un tercer Estado, al cuidado de los hijos de la familia cuando el padre estaba ausente como una prestación de servicios transfronterizos, amparándose en un razonamiento mixto, tanto del artículo 8 del CEDH, como de los principios de los Tratados constitutivos que prohíben la discriminación, dada la mayor facilidad para ausentarse en viajes de negocios, aquellos empresarios que tienen el apoyo de su pareja para cuidar del núcleo familiar. Ciertamente, este caso no trataba derechos parentales ya que era el marido quien ocupaba el derecho europeo y no los menores, pero efectivamente si sirvió para amparar el derecho a la residencia de un progenitor sobre la base de las consecuencias que tendría la expulsión en las vidas del resto de miembros familiares.

En un segundo asunto, en el caso *Chen*, la respuesta judicial si se refería de forma explícita a una situación de progenitor – menor, donde un ciudadano de la Unión, menor de edad, vivía en un tercer Estado miembro con un progenitor que no era ciudadano de la Unión. En esta ocasión, el Tribunal considero que el menor podría disfrutar de un derecho de residencia, pero que este solo podría ser efectivo

si el padre también tenía permitido residir dado que era irreal que un menor de edad, lactante, permaneciera en un país del que su padre había sido expulsado. Por tanto, un derecho paternal de residencia era corolario del derecho del menor, siempre que se cumplieran las condiciones sustantivas del derecho, en concreto, la suficiencia de ingresos. El caso *Baumbast* es similar al caso *Chen* (Mangas, 2008).

El Asunto *Ruiz Zambrano* da un paso más al considerar que los ciudadanos de la Unión tienen un derecho no sólo a residir en otros Estados miembros sino en el conjunto de la Unión Europea, inclusive contra su Estado de origen. La expulsión de progenitores no europeos de la Unión queda terminantemente prohibida por el Tratado ya que obligaría al menor a abandonar la Unión. La novedad de esta jurisprudencia radica en que separa el desplazamiento migratorio de la existencia independiente del derecho, lo que expande exponencialmente la aplicación del mismo.

La sentencia *Ruiz Zambrano* se confirmó en el asunto *Dereci* que versaba sobre la expulsión de un miembro de la familia de un ciudadano austriaco, y el Tribunal mantuvo que el Tratado prohibía la expulsión de la Unión de un familiar de ciudadano comunitario si la expulsión tiene como consecuencia que el ciudadano también se vea forzado a abandonar. A la hora de determinar la consecuencia en concreto de la expulsión, esto corresponderá al tribunal nacional.

La situación de expulsión de progenitores no europeos es dramática y discriminadora ya que a diferencia de los ciudadanos europeos que en el caso infrecuente de su expulsión, regresan a otros Estados miembros, en el caso de los nacionales de terceros países, la amenaza a su bienestar es clara, al deportarlos a otros lugares del mundo. Ciertamente, puede ocurrir que la expulsión del nacional sea de un país europeo y no miembro de la Unión pero esto es mayormente infrecuente, por tanto será en la mayor parte de veces, ciudadanos no europeos. En este sentido, es necesario añadir que a raíz de la crisis económica se torna más frecuentes los casos de expulsión *sugerida*, y la situación de la dimensión social de la Ciudadanía de la Unión es una cuestión no armonizada, sin que existan, al día de hoy, los instrumentos que permitan hablar de una solidaridad transnacional (Kastrougalos, 2007), a pesar de indicios como el plan económico europeo de rescate o las pretensiones de la cláusula de solidaridad del Tratado de Lisboa.

Una serie de interrogantes y reflexiones surgen al amparo de estas decisiones, que intentaremos resolver; en particular, primero, qué entender por " un menor obligado a salir de la Unión; segundo, cual es el test de legalidad

respecto de la expulsión de un progenitor, una proporcionalidad según el TJCE o el artículo 8 y la jurisprudencia del TEDH; tercero, cómo aplicar el test a situaciones divergentes, por ejemplo, cuando uno de los progenitores es un ciudadano de la Unión y el otro no; cuarto, este derecho que la Corte crea, sólo es exclusivo de los menores que ya tienen en su poder un pasaporte europeo, o se extiende a aquellos que han presentado una petición de nacionalidad. Las respuestas a estas cuestiones tienen que pasar por un examen en su caso, de conceptos como *derechos familiares*, *controles migratorios* y *derechos de ciudadanía*.

### **El derecho de residencia del ciudadano en la Unión**

El Señor Ruiz Zambrano era un ciudadano colombiano igual que su pareja. Residen en Bélgica con sus tres hijos menores de edad que no fueron registrados en el consulado colombiano. El derecho de Colombia establece que la nacionalidad de este país en el exterior sólo se obtiene cuando se efectúa el registro en el consulado del país de nacimiento. En caso de que el derecho belga no hubiera sido aplicado, que establece la nacionalidad belga para los niños nacidos en Bélgica sin otra nacionalidad, los menores serían apátridas. Cabe mencionar que a raíz de este caso y para evitar situaciones similares, Bélgica modificó su legislación. Si bien, aún quedan varios Estados miembros que prevén esta situación para evitar la apatridia entre los menores. Ambos progenitores carecían tanto de permisos de residencia como de trabajo y habían recibido notificación para abandonar el país, si bien no se tomaron medidas en este sentido, y continuaron residiendo, con trabajos esporádicos. En un momento determinado, solicitaron un beneficio de cesantía que les fue denegado por carecer de autorización para residir, sobre los antecedentes del caso, véase, Carmona (2011). A raíz de su apelación, el Tribunal laboral Belga presentó una serie de cuestiones prejudiciales al STJCE que en puridad se reducía a una: ¿Puede el Sr. Ruiz Zambrano tener derecho a un permiso de residencia / laboral porque sus hijos tienen nacionalidad belga. ?. La respuesta de la Corte (verbatim) es la siguiente:

“ 42 En estas circunstancias, el artículo 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 (véase, en este sentido, la sentencia *Rottmann*). 43 Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo,

tienen tal efecto. 44 En efecto, debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre 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 consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.”

Esta argumentación del Tribunal trajo reacciones contrarias por parte de los Estados miembros y llevo a peticiones de mayor clarificación, en una de ellas, el asunto *Dereci* de una mayor complejidad se situaba en Austria, con un ciudadano de ese país y miembros familiares no europeos con órdenes de expulsión vigentes. En uno de ellos, es el progenitor austriaco quien lo apoya económicamente; en otro es el padre extranjero de los menores pero a diferencia del caso Ruiz Zambrano, la progenitora también es austriaca; y por último dos esposas de nacionalidad no europea casadas con austriacos. En esta serie de casos, la cuestión que se le planteaba al STJCE es si el Tratado, de igual forma que en el asunto precedente, prohibía la expulsión de no europeos de Austria y de la Unión Europea.

En esta ocasión el Tribunal respondió de forma general y cito la referencia de que el artículo 20 TFUE prohíbe medidas nacionales que tienen el efecto de privar a los ciudadanos de la Unión de un disfrute genuino de la substancia de los derechos conferidos en virtud de dicho estatuto, ” pero dejo libertad al juez nacional como una cuestión de hechos decidir si una expulsión forzada ocurriría en alguno de los supuestos. En cualquier caso, lo que evidencia el razonamiento de la Corte es que no existen apriorismos, no se puede cerrar el principio Ruiz Zambrano exclusivamente a las relaciones paterno-filiales; ciertamente puede parecer extraño que la expulsión de un esposo fuerce al cónyuge con nacionalidad europea a abandonar el territorio de la Unión, pero no puede excluirse a bote pronto esta posibilidad. Todo va a depender de las circunstancias específicas de su relación y del grado de dependencia mutua, y será siempre una cuestión de hecho. En segundo lugar, la mala fe de los denunciados no es un hecho que *per se* impida a estas personas que se amparen en un modelo de residencia acorde a la doctrina Ruiz Zambrano.

## Examen de los elementos de la Ecuación

Primero, por cuanto a la interacción con la Carta Europea de Derechos Fundamentales cabe decir que su incardinación en la estructura de normas de la Unión aún no es del todo clara, todo pareciera indicar que el Tribunal sostiene que cuando una medida nacional priva a un ciudadano de la Unión del goce efectivo de sus derechos, la Carta intervendrá, pero esta privación del uso de los derechos ya implicaría una violación del Derecho comunitario y resultaría redundante. Otra explicación cabe encontrarla en que el Tribunal a través del principio de subsidiariedad deja que sea el juez nacional quien decida si ese disfrute del derecho ha sido impedido, y para tomar esta decisión deben examinar el asunto bajo el texto de la Carta. Entender cuando la expulsión forzada va a depender de que la alternativa sea legal o humanamente una opción aceptable, y aquí se ve el papel destacado de la Carta.

Segundo, en lo referente al derecho de residencia, *los asuntos Ruiz Zambrano y Dereci* departen de la tradicional condición migratoria, van más allá de la Directiva de ciudadanía (Directiva 2004/38), y para hacer un derecho de residencia independiente, el Tribunal se aferra al Tratado y declara que los ciudadanos de la Unión tienen el derecho de residir en cualquier territorio de la Unión y que podrá ser ejecutado incluso contra el Estado de nacionalidad del ciudadano. Este avance pareciera implicar una pronta defunción del concepto básico para el Derecho comunitario de las "situaciones internas". Ya avanzado de forma sectorial, por ejemplo, Asunto *García Avello*, C-148/02. Sentencia de 2 de octubre de 2003 sobre el derecho a cambiar de apellido de una persona (que tiene la doble nacionalidad de un Estado miembro y del Estado de acogida para llevarlo del modo que estipula el Derecho y la tradición de este segundo estado; y Asunto *Bickel y Franz*, C-274/96. Sentencia 24 de noviembre de 1998, el derecho que tienen los nacionales a que el proceso penal se sustancie en una lengua distinta de la principal pero que es hablada en el país de acogida. Caben dos reflexiones, la primera, producto del derecho económico y de las libertades comunitarias que no tendría aplicación en materia de derechos de residencia; y la segunda referida a la ciudadanía, por ejemplo, artículo 21(1) TFUE y artículo 20(2) (a), 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. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; al respecto, la Abogada General Sra Sharpston mantuvo



que no siempre el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía está inextricable y necesariamente unido a la circulación física. Actualmente, existen además situaciones de ciudadanía en los cuales el elemento de circulación real o apenas se distingue o sinceramente no existe, lo que llevó a distinguir entre una ciudadanía económica y otra política. Sobre este dualismo, ya superado, véase, Soto (2008).

Tercero, la redacción de estos es completamente distinta al resto del articulado del Tratado y no puede verse como una parcelación al referirse al conjunto de la Unión Europea. Kochenov (2010), ha criticado la tendencia " de extrapolar conceptos o fenómenos propios del mercado interior, producto de una lógica de integración económica, por ejemplo, la noción de discriminación inversa, a conceptos que no tienen nada que ver con el mercado, como es la noción de ciudadanía." Es cierto que el Tribunal ha excluido situaciones internas del contenido de los derechos de ciudadanía, pero lo ha hecho siempre respecto de la legislación secundaria (STJCE, 1997), que como la Directiva sobre ciudadanía, explícitamente se limitan a situaciones transfronterizas. Según datos de la Comisión Europea el número de ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad es aproximadamente de 12 millones incluyendo menores de edad, de un total de 500 millones, lo cual hace que las situaciones transfronterizas sean marginales (Dubiel, 1998). Del hecho de la existencia de legislación secundaria no podemos implicar que el Tratado deje de ser aplicable, los objetivos del Tratado no se acaban en la adopción de la normativa secundaria, y en los casos no cubiertos por las directivas, el Tratado se erige como ley aplicable.

Cuarto, la respuesta a la aplicación de los artículos 21 y 20, la encontramos en las Conclusiones de la Abogada General en el asunto *Ruiz Zambrano*, existe un derecho a desplazarse por la Unión y un derecho a residir en la Unión, si un ciudadano es obligado a abandonar la Unión, en consecuencia dejará de disfrutar de sus otros derechos, como el de viajar por la Unión. No sabemos cuál de estos razonamientos acogió el Tribunal pero sin dudar llego a la conclusión de que toda medida que lleve a un ciudadano de la Unión a salir de la misma queda prohibida. El nudo gordiano será establecer que se entiende por " tener que salir " o su equivalente " expulsión forzada", a lo que responde el siguiente apartado.

La dimensión política de la Ciudadanía que emerge más allá de un mero ejercicio formal y asimétrico de derechos civiles ligadas a la libertad de mercado se ha potenciado con instrumentos como la iniciativa ciudadana o el derecho de acceso a los documentos de la Unión, entre otros, además se consigue paliar el

déficit democrático de la Unión (Morgese, 2011), lo que confluye en la creación de condiciones que permitan la formación de un "espacio público" en el que el goce de los derechos y libertades fundamentales, el bienestar social y la realización de valores como la igualdad, la no discriminación, la justicia, la libertad y la seguridad constituyan en el canon de la identificación del ciudadano con el modelo de organización social en el que participa (Azoulai, 2010).

### **La Identificación de Medidas nacionales que provocan una expulsión de la Unión**

1. La expulsión forzada como un proceso de equilibrio normativo más que una valoración factual

La interrogante de cuándo un menor – u otro ciudadano, es obligado a abandonar la Unión parece una perogrullada, como una cuestión fáctica para el juez nacional, sin embargo las pruebas difícilmente nos van a llevar a una conclusión, ya que en puridad, a un ciudadano nunca se le obliga a abandonar la Unión. Ni en el *Asunto Ruiz Zambrano* ni tampoco en *Dereci* se emitieron órdenes de expulsión contra los ciudadanos de la Unión en cuestión. Ya el Tribunal apuntó en el asunto *McCarthy* aplicando normas de Derecho Internacional Público que un ciudadano siempre tiene el derecho a vivir en su país. En concreto, párrafo 29 " El Tribunal de Justicia también ha declarado que un principio de Derecho internacional, reafirmado en el artículo 3 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y respecto al cual no cabe suponer que el Derecho de la Unión no lo haya tenido en cuenta en las relaciones entre los Estados miembros, se opone a que un Estado miembro niegue a sus propios nacionales el derecho a entrar en su territorio y a residir en él, cualquiera que sea el fundamento invocado" (STJUE, 2011). Claramente en los casos analizados no hay ningún impedimento para que los familiares abandonen el país dejando a los menores, ciudadanos de la Unión detrás, ocurrido el caso, el gobierno belga habría tomado bajo su custodia a los menores. Por lo tanto pareciera que siempre hay un elemento de elección y voluntad cuando un ciudadano de la Unión acompaña a sus familiares que no lo son en la salida del territorio comunitario, en el caso de menores, son los padres los que toman la decisión por él pero en ningún caso existe una obligación de salida para los ciudadanos de la Unión.

Este argumento de la *libre elección* por tanto es falaz ya que si bien posible, es altamente inviable por motivos como la indecencia, lo erróneo, inhumano, de

abandonar a un hijo en un espacio territorial donde los padres no pueden regresar. Esto llevaría a que el gobierno belga tuviera que *expulsar humanitariamente* a los menores, y por tanto afectar sus derechos como ciudadanos de la Unión.

Sin embargo, no podemos obviar una situación intermedia, el caso en que los progenitores deciden abandonar el país pero dejando al menor detrás, esta situación no sólo debe de ser técnica y legalmente posible, sino que es absolutamente realista y comprensible, sobre todo cuando el menor se encuentra en la fase de adolescencia, tiene parientes cercanos, un desempeño escolar adecuado y sus padres son expulsados pero residen cerca de las fronteras europeas, lo que puede llevar a una reagrupación familiar en un punto posterior (Directiva 2003/86).

La respuesta a los asuntos *Ruiz Zambrano* y *Dereci* parece indicar que un ciudadano se verá obligado a abandonar la Unión dado que su estancia sin sus familiares es normativamente inaceptable. Si bien, esto abre un complejo proceso de equilibrio sobre lo que es aceptable y no, sobre cómo completar la normatividad, y cuándo permanecer es suficientemente humano, decente o realista que pueda contemplarse como opción y cuándo no; por último cuales son los factores para que la decisión sea razonable.

Evidentemente, establecer cuando nos encontramos ante una deportación forzosa no puede ser una mera cuestión de hecho sino más bien resultado de un complejo proceso de visualización de elementos normativos y fácticos, así como de valores humanos compartidos por una comunidad socio-cultural más amplia que la propiamente europea. Consideramos que en la aproximación de un tribunal a estas cuestiones se tienen que contemplar cuestiones de derechos humanos, dependencia y proporcionalidad para crear una opinión docta sobre que pueda cumplir como doctrina de *acto claro* aplicable para los " ciudadanos que **tienen que abandonar** la Unión Europea " y apuntalar la esencia de su estatuto fundamental (Abaca, 2012).

## 2. Sobre cuándo la remoción es forzada

En el caso de progenitores no-europeos y cuando la familia es nuclear, la expulsión de ambos no hay duda de qué obliga al menor ciudadano a abandonar el territorio de la Unión Europea, no se puede contemplar la posibilidad de que el menor resida por sí mismo, y como consecuencia de la patria potestad y deberes de tutela, los progenitores están obligados y tienen el derecho a llevarlo consigo. No

obstante, la realidad es más compleja, y existen situaciones en las que los progenitores comparten esta tutela y cuidado con familiares, por ejemplo, el alojamiento en casa de una tía o abuela de forma estable pero con contacto regulares de su padre o madre que no tienen residencia legal; para muchos países de la Unión preocupados por aplicar una lucha contra la inmigración irregular, esta situación no estaría amparada por el Tratado ni por el razonamiento del Tribunal en el Asunto *Ruiz Zambrano*, que aplica exclusivamente a la figura del padre en su sentido literal como cuidador del menor. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido que para los efectos de vida familiar como se protege en el artículo 8 del CEDH esta no está limitada a situaciones de cohabitación; “ el ejercicio de del derecho de acceso al menor por el progenitor y la contribución a los costes de su educación son factores suficientes para constituir vida familiar”, (TEDH, 1988; 1994). Evidentemente, mantener una visión sesgada como esta resultaría contraria a los intereses del menor y conllevaría que tanto el progenitor como el menor se vieran forzados a abandonar el país.

Por tanto es necesario establecer puntos de conexión como el de la dependencia para tomar una decisión ajustada a derecho y a la equidad. En sentido estricto este concepto no es unitario, puede implicar vínculos emocionales, prácticos, así como distintos grados, y debe ser entendido como un instrumento más a la hora de analizar las variables de cuándo una salida deja de ser voluntaria.

En este examen es necesario buscar la solución en el marco de los derechos fundamentales, especialmente el artículo 8 del CEDH, y cuando la separación entre padres e hijos revierte en una violación de este principio, toda argumentación de que el menor “ pudiera permanecer ” queda excluida legalmente. La razón de traer al debate la exitosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es baladí dado que existe una tendencia del Tribunal radicado en Luxemburgo de apropiarse del espacio de los derechos humanos, como pone de relieve el mismo Asunto *Dereci* que busca en las fuentes del Derecho comunitario una respuesta, utilizando el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales como vía paralela al artículo 8 del CEDH, y esto no significa *per se* que ambos sean interpretados de forma idéntica a toda situación. La doctrina es unánime al declarar que la capacidad de extensión de los derechos fundamentales por parte de los jueces de Estrasburgo es mayor que los jueces de Luxemburgo, cfr. Hailbronner & Thym (2011). No existiendo garantía de que el derecho a la vida familiar este mejor protegido en una instancia u otra, y en último término, posiblemente siendo más necesaria una vida familiar reforzada en el marco del subsistema del Derecho comunitario.

Esto se explica por la presencia de la ciudadanía en la ecuación; lo que justifica la expulsión es un proceso de equilibrio entre intereses públicos y privados, y uno de ellos es la protección de los derechos de ciudadanía de los ciudadanos de la Unión, tanto para ellos como para la propia esencia de la Unión. Este elemento es el que debe propulsar al STJCE a ir un paso por delante del STEDH pero aún no es más que una garantía moral.

A lo que se añade una previsión adicional en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en concreto su artículo 24 sobre los derechos del menor, por tanto toda decisión de expulsión de un progenitor debe tomar en consideración el mejor interés del menor, y la necesidad de un contacto regular con sus progenitores. El interés del menor como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento como recomendara la más reciente interpretación del Comité de Derechos del Menor en su Observación general n. 14 de 2013 (art. 3 párrafo 1) y la protección que refuerza la existente en el Convenio sobre los derechos del menor de 1989, artículo 3.1 de la que son partes todos los Estados miembros de la Unión, si bien no tiene un carácter absoluto y debe ser confrontado con otros intereses presentes, y cuyo texto lee: "1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses." El propio TJCE se ha referido al mismo otros asuntos (2006; 2010b; 2010c; 2010d).

### 3. De la remoción forzada a la interferencia desproporcionada con el derecho de residencia

La cuestión a responder será la de un test de proporcionalidad, por tanto no será imperativo demostrar que la expulsión de sus padres llevará necesariamente a la del hijo, como tampoco que existe una violación del artículo 8 del CEDH o del 7 de la Carta.

- a) El test de proporcionalidad como estándar de la Unión Europea respecto de medidas nacionales que interfieren con derechos

La novedad de la sentencia Ruiz Zambrano radica en la localización de un derecho de un ciudadano europeo de residencia en el territorio de la Unión lo que implica que se le aplique la amplia jurisprudencia del Tribunal respecto de la interferencia de los Estados miembros en el disfrute de los derechos de ciudadanos, y esta solo es permitida cuando haya una necesidad relevante y proporcionada (TJCE, 2002b; 2005; 2010a). En los asuntos *Chen* y *Baumbast* también relacionados con el derecho de residencia de un menor, los derechos derivados de residencia de sus progenitores, y la interferencia de un Estado miembro con este derecho, en ambos no se cumplían con las condiciones objetivas previstas en la normativa secundaria, uno por falta de recursos y en la otra por carecer de un seguro de enfermedad. El razonamiento del Tribunal indico a pesar de lo previsto en la legislación, deben existir límites y uno de ellos es la proporcionalidad.

La diferencia entre los hechos del Asunto *Chen* y *Ruiz Zambrano* es que en el primero, existía un traslado de residencia de un Estado miembro a otro, en concreto de Irlanda al Reino Unido, por parte de una ciudadana de Irlanda junto con su madre de nacionalidad china, sin los recursos suficientes según la autoridad migratoria, lo que llevaba a su expulsión, aspecto que fue desautorizado por el Tribunal en base al principio de proporcionalidad.

El caso idéntico al segundo, con la excepción de que en Ruiz Zambrano no aplicaba esta libertad comunitaria de desplazamiento, y parece ilógico que si la cuestión de la falta de recursos fue un obstáculo para la expulsión, que no ocurriera lo mismo en este segundo caso. Por último, parecería más lógico y humano restringir al máximo la expulsión del conjunto de la Unión Europea, que de un país a otro dentro de la misma.

En resumen, a través del criterio de proporcionalidad, el Tribunal reconoce implícitamente que el impacto en la vida familiar es una cuestión de grados, y que la calidad de esta vida puede quedar ampliamente reducida incluso cuando se encuentra lejos de una violación del artículo 8. Algunos autores sostienen "a través de esta jurisprudencia, se ha desarrollado un criterio de proporcionalidad desde un punto de vista de integración económica, hasta convertirlo en un instrumento procedimental de protección familiar... que se enfrenta especialmente frente a órdenes de expulsión, que en líneas generales el Tribunal considera como desproporcionadas." El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Boultif* ha declarado " la expulsión de una persona de un país en el que viven miembros de su familia cercana puede equivaler a una vulneración del derecho al

respeto a la vida familiar reconocido en el artículo 8, apartado 1 del Convenio” (TEDH, 2001). En el ámbito comunitario, ver a Reich y Harbacevica (2003).

b) La proporcionalidad como única garantía

Encontramos dos conjuntos de derechos afectados cuando el progenitor de un menor ciudadano es expulsado, los derechos familiares y los inherentes a la ciudadanía, si nos detenemos en pensar que un menor no va a seguir a su padre expulsado, todo va a concluir en torno a la familia y al artículo 8 del CDH y se margina la importancia de la Ciudadanía europea, artículo 21 TFUE, y el derecho a residir en la Unión Europea, dejándolo en un binomio – dentro o fuera de la Unión. Los derechos no son absolutos y conocen grados de interferencia, y esto es aplicable a los derechos de ciudadanía donde los límites se mencionan en el propio Tratado. Un ciudadano puede verse privado de su derecho de residencia por medidas que lo fuercen a abandonar el territorio, pero también puede ver la calidad de su derecho de residencia disminuida por medidas que hagan la estancia complicada, difícil o inviable económicamente.

De otro lado, manejar la expulsión de un progenitor como un asunto propiamente de derechos de ciudadanía, exclusivamente sobre el grado de injerencia en un derecho de residencia, y de qué medida la injerencia puede quedar justificada, dejando de lado el artículo 8 y la protección de la vida familiar, sería una aproximación por parte de la Jurisprudencia miope e incompleta.

No se pueden considerar los dos artículos precedentes como derechos absolutos, pueden darse interferencias que sólo serían calificables como violación si excede lo justificable según las circunstancias, y se autorizan restricciones siempre que sean necesarias y proporcionadas. Claramente ambos derechos están entrelazados y legitiman el contexto del Derecho europeo. El grado en qué una medida nacional interfiere con uno de estos derechos, es relevante respecto de las posibilidades de justificar la medida en el contexto del otro derecho. A saber, a mayor impacto en la vida familiar, será más difícil sostener que la interferencia con un derecho de ciudadanía se encuentra justificada; e igualmente, a mayor impacto en la calidad de los derechos de ciudadanía, mayor complejidad en demostrar que las medidas son necesarias y se encuentran justificadas para los propósitos de los artículos 8 y 7 de la Carta, esto no implica que el grado de impacto sobre la ciudadanía sea concluyente, o central para la justificación de la cuestión en el contexto de los derechos humanos, otros intereses públicos son factores legítimos a tomar en consideración, por ejemplo, los controles de inmigración; esto nos lleva a

adjetivar el test de proporcionalidad como un proceso de harta complejidad. De ahí que tanto la cuestión de la vida familiar como la de la ciudadanía son exámenes que el Tribunal realiza de forma independiente pero interconectada para plantear una interrogante mayor, a saber, ¿el Estado ha alcanzado una conclusión sostenible o no?.

### **La aplicación del Derecho más allá del concepto de familia nuclear**

Los asuntos *Ruiz Zambrano* y *Dereci* fallados por el Tribunal afirman unos principios generales sobre el derecho de un ciudadano de residir en la Unión, pero esto nos abre un enigmático túnel sobre relaciones y situaciones familiares a las que el principio puede ser de aplicación; primero, si de los dos progenitores uno es amenazado con la expulsión y el otro es un ciudadano de la Unión, cómo puede afectar la situación jurídica; y dos, cuando el progenitor que va a ser expulsado no es el responsable principal del menor, pero tiene relación con su hijo/a. Cómo se puede medir el cuidado, y qué grado de dependencia y participación en la vida del menor es necesario para que la expulsión sea contraria al Derecho de la Unión Europea.

Que ocurriría en caso de que los padres no formaran propiamente una familia nuclear, esto es si en el caso *Ruiz Zambrano*, la demanda no fuera presentada por el progenitor sino por la progenitora, el caso del género siendo irrelevante y como lo preeminente era la responsabilidad para con los hijos, y esta era compartida entre ambos, cuál sería la decisión si la señora *Ruiz Zambrano* iniciara un recurso similar, solicitando un permiso de residencia sobre la base del asunto *Zambrano* anteriormente fallado relativo a su marido. La mujer perdería porque sólo se otorgaría un permiso sobre el principio jurídico "no humanitario" en este caso, de "primero en solicitar, primero en obtener"; podría el gobierno belga rechazar su demanda sobre la base de que la expulsión de ella no conllevaría la expulsión forzosa de su hijo, al permanecer su padre en el país. La primera alternativa nos parece completamente ilógica e injusta, lo más razonable si bien esquivo a las políticas migratorias de los Estados es que la esposa tenga derecho a permisos de trabajo y residencia.

Este razonamiento ampliará sus repercusiones en aquellos supuestos, muy frecuentes por otro lado, donde es una realidad, la complejidad de las relaciones personales que acaban en matrimonios por conveniencia e inclusive la procreación para alcanzar un estatuto migratorio, en los que un progenitor sea nacional de un Estado miembro, y el otro no lo sea, este último también podría acudir a la



doctrina Ruiz Zambrano. El hecho de que uno de ellos tenga un estatuto de residencia no pareciera a priori excluir la aplicabilidad de la doctrina Zambrano, no obstante, consideramos que no todos los padres no europeos podrían acogerse a esta doctrina, y se establecerá una jurisprudencia entre padres biológicos y con contacto esporádico, en cierta forma ausentes, y padres presentes y activos en el desarrollo de sus hijos. Por tanto, aquí el elemento probatorio de la relación existente entre descendiente y ascendiente será elemental, y este tendrá que ser siempre sobre una base de hechos individuales, y sobre la atracción que tenga el interés del menor de tener a uno de sus progenitores en el interior de la Unión Europea mejor que en el exterior, nos encontramos ante un plano eminentemente no jurídico donde tiene que entrar en cuestión el criterio del margen de apreciación, y aquí el STEDH tiene una larga experiencia.

También el STJCE tiene su propio criterio jurisprudencial al que denomina doctrina de la consistencia, que le lleva a anular límites que los Estados miembros imponen a los individuos cuando tratan de proteger intereses nacionales; y la anulación se basa en que la argumentación del Estado no se sostiene posteriormente en sus políticas y comportamientos posteriores. En el caso específico de la situación familiar, lo esencial será encontrar un punto de encuentro entre las distintas leyes y prácticas nacionales que establecen en líneas generales, lo relevante que es que un menor tenga la oportunidad de mantener contactos con sus padres en prácticamente toda etapa de la vida del menor. En este sentido cabe destacar como cada vez son menos los Estados que permiten la donación de esperma anónima, y ofrecen la información del donante una vez alcanzada la mayoría de edad el menor producto de la inseminación, cfr, trabajos de pediatras y sicólogos infantiles, por ejemplo, Williams, E.; Radin, N (1999); Pruett, K (1998; 1988). Por tanto, entendemos que esto no tiene que variar cuando el padre/ madre del menor no sea un ciudadano europeo, incluso cuando esto pudiera debilitar la fortaleza europea frente a la inmigración irregular.

### **Situaciones ¿marginales?...y de gran trascendencia. La figura del nasciturus. Ciudadanía como concepto formal o sustantivo**

Una situación de creciente actualidad a raíz de los movimientos migratorios en ambos sentidos y que puede ser un potencial de conflicto que requiere de una respuesta homogénea por parte de la Unión Europea sería la de aquellos supuestos de menores que aún no han establecido su nacionalidad. Por ejemplo, aquellos supuestos de madres no europeas que han tenido hijos con un padre de la Unión Europea. En varios países de la misma, un menor puede obtener la nacionalidad

de su padre incluso cuando estos no están casados y en consecuencia cumpliría los criterios de la Ciudadanía de la Unión, pero esto sólo se produciría cuando se reconoce la paternidad, lo cual en ocasiones no ocurre con facilidad.

Esta situación se complica cuando la madre carece de un derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión, ya sea porque su situación es irregular o porque no se encuentra en el país. Se plantean varias hipótesis de menor a mayor gravedad, veamos: primero, en caso de que se encuentra de forma irregular, frente a la amenaza de expulsión puede mantener que su hijo es o puede ser un ciudadano de la Unión y que requiere un incidente procesal separado; segundo, esta situación se puede producir en los controles migratorios, y señalar que entrar en el país acompañada de un menor, ciudadano de la Unión o con derecho a la ciudadanía; y por último, y el de mayor relieve, una mujer embarazada que en la llegada o una vez detenida, intenta impedir la expulsión sobre la base de que el padre del *nasciturus* es un ciudadano de la Unión, y que el menor una vez nacido tendrá ciudadanía europea.

Se abre la interrogante de si un Estado puede impedir a la madre que establezca que el menor tiene derecho a Ciudadanía europea mediante la expulsión si bien este comportamiento impediría la aplicabilidad del Derecho europeo por tanto también se puede mantener que existen ciertas obligaciones para los Estados respecto de la progenitora y de su hijo. La cuestión a dilucidar se encuentra en determinar qué grado de interferencia con los derechos de la Unión puede ser admisible y para ello es necesario acudir a la Jurisprudencia del Tribunal. En concreto, algunos párrafos elocuentes del asunto *Rottmann*:

“39. A este respecto, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro.” “ 40. Es cierto que la Declaración nº 2 relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, anexa por los Estados miembros al Acta final del Tratado UE, así como la Decisión de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo de Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado UE, dirigidas a aclarar una cuestión especialmente importante para los Estados miembros, a saber, la delimitación del ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Derecho de la Unión que se referían al concepto de nacional, deben ser tomadas en consideración como

instrumentos de interpretación del Tratado CE, en particular para determinar el ámbito de aplicación *ratione personae* de este último.” “41. Sin embargo, el hecho de que una materia sea competencia de los Estados miembros no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetar este último. .... ” “ 48. La reserva según la cual debe respetarse el Derecho de la Unión no menoscaba el principio de Derecho internacional ya reconocido por el Tribunal de Justicia, y recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, según el cual los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero consagra el principio según el cual, cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, como ocurre en particular en el caso de una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal, puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión.”

El fondo del asunto trataba de la desnaturalización de un ciudadano alemán, y en consecuencia, la retirada de la ciudadanía europea, y el Tribunal estimó que esta solo era permisible en caso de que se tomará en consideración el derecho europeo. La privación de la Ciudadanía europea y de sus derechos asociados se encuentra dentro de los límites del Derecho europeo y se encuentra sujeta a un examen judicial de proporcionalidad. El Tribunal en su razonamiento se refiere a la competencia de los Estados miembros sobre “ adquisición y pérdida ” de nacionalidad, y afirma que estas competencias nacionales están bajo su esfera de revisión. La desnaturalización no es más que un ejemplo de cómo un Estado miembro puede influir en el “ ámbito de aplicación personal ” del Derecho europeo, y todas estas formas de influencias o interferencias están sujetas a escrutinio judicial por parte del Tribunal, esto implica que todas las medidas nacionales que hacen difícil o imposible acceder a la ciudadanía europea deben ser compatibles con el derecho europeo.

Se puede mantener, que este razonamiento no se pueda esgrimir en el caso de que un Estado no permitiera a una mujer extranjera el acceso al territorio europeo con objeto de determinar la nacionalidad de su hijo, en el primer caso nos encontraríamos ante la privación de un derecho, en éste ante la imposibilidad de ejercer un presunto derecho, entendemos que esto no es así; primero, el Tribunal explícitamente menciona las condiciones de adquisición de nacionalidad en este

asunto, no sería lógica que se retractara y declarara que estas condiciones quedan fuera del Derecho europeo; segundo, el raciocinio detrás de la sentencia *Rottmann* invitan a reflexiones ambiciosas, así, el Tribunal resuelve *a quien corresponde determinar el ámbito personal del Tratado; quien decide quienes disfrutaran los derechos que emanan de los Tratados*; y por supuesto que asume que estos es un aspecto de mucha sensibilidad para los Estados miembros, y la construcción de las condiciones al acceso de la ciudadanía nacional y europea corresponde en primera instancia a ellos, pero añade que esta competencia nacional debe ser acorde con el Derecho de la Unión, precisamente porque determina los receptores de dichas normas. En conclusión, estos argumentos dejan poco espacio a pensar que el derecho europeo solo es de aplicación a la pérdida de nacionalidad y no a las condiciones para su obtención.

En la fórmula de proporcionalidad se tienen que ponderar las consecuencias de la retirada de la nacionalidad para los intereses del individuo y de su familia, y los estatales (más de la Unión) de impedir fraudes en la adquisición de la nacionalidad y controlar por ende las fronteras.

El test de la proporcionalidad no es un test de tornasol y conlleva apreciaciones difíciles y subjetivas, en el supuesto hipotético de arriba, sobre la situación de una madre y su hijo, para un mejor resultado, el Tribunal puede ser tentado de aplicar la fórmula de " un período de tiempo razonable " durante el transcurso del cual se puede encontrar al presunto progenitor y establecer la paternidad, otorgando un estatuto de arraigo temporal de protección de acuerdo con la razonabilidad. En este sentido cabe destacar, una sentencia que sirve para apoyar acciones judiciales creativas; así en el Asunto *MRAX* (STJCE, 2002c), relativo a un ciudadano no europeo que ingreso en Bélgica como pareja de un ciudadano europeo pero sin documentos de identidad ni visado válido, el Tribunal consideró que las autoridades de Bélgica no podrían expulsarlo y que estas estaban obligadas a facilitarle los documentos precisos *tan rápido como fuera posible*. A juicio del Estado belga, el Tribunal de Justicia carecía de competencias para tratar de la situación de un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional belga. Para 60. " los Estados miembros otorgarán a estas personas toda clase de facilidades para obtener los visados que necesiten. Esto significa que, salvo que se haga caso omiso de la eficacia plena de las mencionadas disposiciones de las Directivas 68/360 y 73/148, los visados se expedirán a la mayor brevedad y, en la medida de lo posible, en los lugares de acceso al territorio nacional". De ahí que pensar que el Estado miembro estaría obligado a prestar todo el apoyo necesario a la madre y al hijo para poder establecer sus derechos de ciudadanía y residencia

no sea descabellado. La cuestión será la de fijar unos límites que sean conformes al principio de legalidad y se encuentren abiertos a recursos. Pudiera suceder, a) El caso de que existen razones válidas que hagan creer que el menor o el *nasciturus* puede reunir las condiciones de nacionalidad de un Estado miembro, que este no pueda hacer imposible la reclamación; b) que esta posibilidad sea remota, los Estados no estarán obligados a admitir en su territorio a estas personas a no ser que la historia se compruebe sea fiable y supere el test de los intereses en cuestión. Esto pudiera llevar a su entrada en el país si la devolución comprometería un regreso futuro, y a la localización del progenitor actual o futuro, y la realización de exámenes de ADN según la legalidad nacional.

## CONCLUSIONES

Primera, como se ha puesto de relieve, el derecho de un ciudadano a disfrutar de la Ciudadanía de la Unión no puede ser limitado, y esto se extiende por ende a cuándo el ciudadano no ha realizado ningún traslado en el interior del territorio comunitario, por tanto cuando la expulsión de un miembro de la familia haga el ejercicio de un derecho de la Unión más difícil, si bien no imposible, sobre la efectividad de un derecho comunitario y la prohibición de normas nacionales que hagan el disfrute de este derecho imposible, (TJCE (1976a; 1976b), la expulsión debe ser proporcionada en el sentido de que refleje un justo equilibrio entre los límites del artículo 8 CEDH, artículo 7 de la Carta, el derecho a la vida familiar, los intereses del menor, la ciudadanía de la Unión, el grado de integración europeo, y otros intereses más difusos que los Estados miembros puedan añadir a la ecuación, y todo esto tiene que pasar por el filtro de la proporcionalidad.

Segunda, el principio de protección efectiva de los derechos de la Unión debe significar que las obligaciones estatales vayan más allá del respeto de los derechos de menores ciudadanos y de sus progenitores, y que les requiere que establezcan las vías para facilitar el acceso de aquellos menores cuya ciudadanía está por determinar. Dado que la Ciudadanía de la Unión es un calidoscopio de mezclas de historia, descendencia, política, nacimiento, preferencias todas ellas como amalgama de la nueva Europa, el Tribunal en el asunto *Grzelczyk* señaló: " la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (...) (TJCE, 2001), sería ilógico que normas nacionales de migración o de Derecho civil impidieran que esta Ciudadanía siguiera enriqueciéndose, negándose a una determinación de los hechos o de la paternidad.

Tercera, hasta la fecha cuando el Tribunal se ha enfrentado a conceptos como "ciudadanía" y "menor" lo ha hecho otorgándole una gran importancia, y se ha enfrentado a los Estados miembros, de ahí que en futuros casos no consideramos que el Tribunal vaya a desviarse de estos parámetros para permitir que un Estado miembro expulse a los progenitores de un menor ciudadano europeo.

Cuarta, como una garantía añadida para todos los derechos fundamentales y mientras no se aclare la situación de la Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, mantenemos que sería un avance la pronta ratificación por parte de sus Estados miembros, del Protocolo n. 16 anexo al Convenio que vendría a ser un instrumento más en la consolidación de una política migratoria equilibrada entre seguridad nacional y humana. En julio de 2013, el Comité de Ministros aprobó el Protocolo n. 16 que se encuentra abierto a la firma desde el mes de octubre y que hasta la fecha ha sido firmado por 14 Estados sin que aún haya sido ratificado por ninguno de los diez necesarios para su entrada en vigor. Mediante esta técnica se permite una pasarela flexible para que los órganos judiciales nacionales presenten opiniones consultivas a la que pueden añadirse comentarios tanto de otros Estados partes y más relevante aún, como del Comisario de Derechos Humanos. La respuesta de la Gran Sala si bien no es vinculante abre el diálogo y la colaboración de ambos órganos judiciales, en forma semejante a como lo ha hecho la cuestión prejudicial en el seno de la Comunidad Europea. Ciertamente esta es la inspiración y existen ciertas semejanzas si bien el TEDH opera como un *ultimum subsidium*, esto es cuando se han agotado los recursos internos (Giannopoulos (2015)). Si bien los efectos pueden variar, de lo que no hay duda es de su autoridad persuasiva no sólo para el juez que alza la cuestión sino también para otros tribunales nacionales que pueden enfrentarse a una situación similar y puede servir para formalizar las relaciones y guiar la interacción que hasta la fecha ha tenido lugar exclusivamente en torno al agotamiento de los recursos internos.

Quinta, mientras se alcance una revisión normativa de armonización y la firma del Convenio sobre la nacionalidad, auspiciado por el Consejo de Europa, es reseñable destacar que algunos países del espacio de la Unión Europea han creado un estatuto privilegiado de tolerancia respecto de estas personas, en lo que se conoce como *arraigo familiar*.

Sexta, existe el temor por parte de Estados miembros con sistemas de protección social más avanzado que el refuerzo de la ciudadanía comunitaria a

través de su escisión del contexto económico pudiera fomentar el denominado "turismo social" tanto de personas de los nuevos Estados miembros del Este como de los ´empobrecidos´ del Sur, ocupando el discurso la anatemización de ciudadanos europeos que realizan un "turismo social, médico o de beneficios " y a pesar de las indicaciones en contrario de las estadísticas oficiales.

## **AGRADECIMIENTO**

Se agradece la labor de revisión de Camila Alejandra Rojas Sánchez, asistente de investigación de la Universidad Autónoma de Chile.

## **REFERENCIAS**

- Abarca, A. & Vargas, M. (2012). El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 23, 3-23.
- Alanen, J. (2010). Consular notification and Access requirements for foreign national children. *American Journal of Family Law*, 24 (01), 51-55.
- Azoulai, L. (2010). La citoyenneté européenne, un stataute d'intégration sociale " Chemins d'Europe. En Cohen-Jonathan, G. (Ed.). *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*. París: Dalloz.
- Bhabha, J. (2003). The Citizenship Deficit: on being a citizen child. *Development*, 46 (3), 53-59.
- Carmona, M. (2011). El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de Ciudadanía de la Unión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 38, 185-202.
- Chueca, A. (2005). Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 8, 85-102.
- Dubiel, H. (1998). The Future of citizenship in Europe. *Constellation*, 4 (3), 368-373.
- Giannopoulos, C. (2015). Considerations on Protocol N. 16: Can the new advisory competence of the European court of human rights breathe new life into the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 16 (02), 337-350.
- Hailbronner, K. & Thym, D. (2011). Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm) Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011. *Common Market Law Review*, 48 (04), 1253-1270.
- Kastrougalos, G. (2007). The (Dim) Perspectives of the European Social Citizenship. *Jean Monnet Working Paper*, 05. Recuperado de: [www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/070501.pdf](http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/070501.pdf)

- Kochenov, D. (2010). Rounding up the circle: the mutation of member status nationalities under pressure from EU Citizenship. *EUI Working Papers RSCAS*, 23, 1-34.
- Mangas, A. (2008). *Carta Europea de Derechos Fundamentales. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Morgese, G. (2001). Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione Europea. En Triggiani, E. (ed.). *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*. Bri: Cacucci Editore.
- Pruett, K. (1988). Father's influence in the development of infant's relationships. *Acta paediatrica Scandinavica*, 77 (344), 43-52.
- Pruett, K. (1998). Role of the father. *Pediatrics*, 102 (05), 1253-61.
- Reich, N. & Harbacevica, S. (2003). Citizenship and family on trial: A fairly optimistic overview of recent court practice with regard to free movement of persons. *Common Market Law Review*, 40 (03), 615-638.
- Rivero, F. (2011). *El interés del menor*. Madrid: Dykinson.
- Rosas, A. (2011). Is the EU a Human Rights Organization?, *CLEER Working Papers*, 1, 3-16.
- Sarmiento, D. (2008). A vueltas con la Ciudadanía Europea y la Jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia, *Civitas*, 26, 211-227.
- Sawyer, C. (2006). Not Every Child Matters: the UK's Expulsion of British Citizens. *International Journal of Children's Rights*, 14 (02), 157-185.
- Sharpston, E. (2010). Conclusiones de la Abogada General de 30 de septiembre de 2010. Recuperado de: <http://curia.eu>, [http://conflictuslegum.blogspot.cl/2010/09/tribunal-de-justicia-de-la-union\\_30.html](http://conflictuslegum.blogspot.cl/2010/09/tribunal-de-justicia-de-la-union_30.html)
- Soto, M. (2008). La libre circulación de personas como concepto ambivalente. *Revista española de derecho internacional*, 1, 163-178.
- Spaventa, E. (2004). From Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic European Constitution. *Common Market Law Review*, 41 (03), 743-773.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011). Caso *McCarthy y Secretary of State for the Home Department* (C-434/09). Sentencia de 05 de mayo de 2011. Recopilación de Jurisprudencia 2011 I-03375.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1976a). Caso *Comet BV y Produktschap voor Siergewassen* (C-45/76). Sentencia de 16 de diciembre de 1976. Recopilación de Jurisprudencia 1976 I- 02043.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1976b). Caso *Rewe y Landwirtschaftskammer für das Saarland* (C-33/76). Sentencia de 16 de diciembre de 1976. Recopilación de Jurisprudencia 1976 I- 01989.



Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1997). Caso *Land Nordrhein-Westfalen y Uecker* (C-64/96), y entre *Jacquet y Land Nordrhein-Westfalen* (C-65/96), Sentencia de 05 de junio de 1997. Recopilación de Jurisprudencia 1997 I-03171.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2001). Caso *Grzelczyk y Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (C-184/99). Sentencia de 20 de septiembre de 2001. Recopilación de Jurisprudencia 2001 I-06193.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2002a). Caso *Carpenter y Secretary of State* (C-60/00). Sentencia de 11 de julio de 2002. Recopilación de la Jurisprudencia 2002 I-06279

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2002b). Caso *D'Hoop y Office national de l'emploi* (C-224/98). Sentencia de 11 de julio de 2002. Recopilación de Jurisprudencia 2002 I-06191.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2002c). Caso *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) y Etat belge* (C-459/99). Sentencia de 25 julio de 2002. Recopilación de la Jurisprudencia 2002 I-06591.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2002d). Caso *Baumbast y Secretary of State for the Home Department* (C-413/99). Sentencia de 17 de septiembre de 2002. Recopilación de Jurisprudencia 2002 I-07091.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2004). Caso *Chen y Secretary of State for the Home Department* (C-200/02). Sentencia de 19 de octubre de 2004. Recopilación de la Jurisprudencia 2004 I-09925.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2005). Caso *Office national de l'emploi y Ioannidis*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Recopilación de Jurisprudencia 2005 I-08275.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2006). Caso *Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-540/03). Sentencia de 27 de junio de 2006. Recopilación de Jurisprudencia 2006 I-05769.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2009). Caso *Deticek y Sgueglia* (C-403/09 PPU). Sentencia 23 de diciembre de 2009. Recopilación de Jurisprudencia 2009 I-12193.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2010a). Caso *Rottmann y Bayern* (C-135/08). Sentencia de 10 marzo 2010. Recopilación de Jurisprudencia 2010 I-01449.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2010b). Caso *Povse y Alpago* (C-211/10 PPU). Sentencia de 01 de julio de 2010. Recopilación de Jurisprudencia 2010 I-06673.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2010c). Caso *Purrucker y Vallés* (C-296/10). Sentencia de 09 de noviembre de 2010. Recopilación de Jurisprudencia 2010 I-11163.

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2010d). Caso *Land Baden-Württemberg y Tsakouridis* (C-145/09). Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Recopilación de Jurisprudencia 2010 I-11979.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1988). Caso *Berrehab y The Netherlands* (A-10730/84). Sentencia de 21 de junio de 1988.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1994). Caso *Keegan y Ireland* (A-16969/90). Sentencia de 26 de mayo de 1994.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2001). Caso *Boultif y Suiza* (A-54273/00). Sentencia de 02 de Agosto de 2001.
- Unión Europea (1968). Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, *Diario Oficial de la Unión Europea L 257*, 19 de octubre de 1968, 88-91.
- Unión Europea (1973). Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados Miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 172*, 28 de junio de 1973, 132-134.
- Unión Europea (1990). Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, *Diario Oficial de la Unión Europea L 180*, 13 de julio de 1990, 26-27.
- Unión Europea (2003). Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *Diario Oficial de la Unión Europea L 251*, 3 de octubre de 2003, 12-18.
- Unión Europea (2004). Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. *Diario Oficial de la Unión Europea L 158*, 30 de abril de 2004, 35-48.
- Valle, A. (2006). El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular. *Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián*, 6, 11-26.
- Williams, E. & Radin, N. (1999). Effects of father participation in child-rearing: twenty-year follow-up. *American Journal of Orthopsychiatry*, 69 (03), 328-336.