

# NOVEDADES EN LA REAGRUPACIÓN DE LOS PROGENITORES EXTRANJEROS POR PARTE DE UN MENOR COMUNITARIO. EL CASO ZAMBRANO

Lucía Aparicio Chofré

Profesora Asociada  
Departamento de Filosofía del Derecho Moral y Política  
Universidad de Valencia

## Resumen

El presente artículo analiza las últimas novedades, producidas tanto en la jurisprudencia comunitaria como en el ordenamiento jurídico español, relativas al régimen jurídico aplicable a los menores nacionales comunitarios en el ejercicio del derecho a la reagrupación de sus ascendientes cuando son nacionales de un tercer Estado.

En concreto el artículo se detiene en el estudio de la sentencia Zambrano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 y las repercusiones que las mismas han supuesto el régimen de ciudadanía de la Unión Europea y en los derechos de los menores en España en el ámbito de la extranjería

**Palabras Clave:** reagrupación familiar, menores, progenitores, arraigo familiar y ciudadanía de la Unión Europea.

## Abstract

This paper analyses the last novelties both in the EU law and in the spanish legal system concerning the legal status of those minors that enjoy citizenship of a member state and try to exercise their rights to family reunification with their ancestor, when these ancestors are national of athird Country. Specifically, the paper focuses on the analisis of two judgments: the Zambrano Case of the Court of Justice of the European Union and the ruling of the Courtfor contentious administrative proceedings of the Spanish Suprem Court of the1 of june 2010. Finally, the paper sheds light on the consequences of thesetwo rulings in the EU nationality law and in the field of minor rights inSpanish nationality law.

**Key words:** family reunification, minors, parents, family ties and European Union citizenship.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se analizarán las últimas novedades producidas, tanto en la jurisprudencia comunitaria como en el ordenamiento jurídico español, y que suponen una modificación del régimen jurídico aplicable a los menores, que poseen tanto la nacionalidad comunitaria como española, en el ejercicio del derecho a la reagrupación de sus ascendientes que ostentan la nacionalidad de un tercer Estado.

A nivel comunitario esta transformación, tal y como se detallará a continuación, viene dada por la Sentencia pronunciada, el pasado 8 de marzo de 2011, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Ruiz Zambrano, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C/120/2 de 30 de abril de 2011, en la que el máximo organismo jurisdiccional de la Unión Europea en una cuestión prejudicial planteada por el Estado Belga concluye, de una forma totalmente novedosa hasta el momento, en su interpretación jurisprudencial sobre los efectos de la ciudadanía de la Unión, que ésta exige que un Estado miembro autorice a los nacionales de un país tercero, progenitores de un menor que tiene nacionalidad de dicho Estado miembro, a residir y trabajar en dicho Estado, en la medida en que una denegación privaría a este menor del disfrute de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión Europea. Una exigencia, y precisamente es aquí donde radica la innovación

en relación con pronunciamientos anteriores, que es igualmente válida cuando el menor no ha ejercido nunca su derecho a la libre circulación en el territorio de los Estados miembros.

En el caso de España, la modificación en el régimen aplicable a los menores que han adquirido la nacionalidad española a efectos de ejercer el derecho a la reagrupación de sus progenitores en nuestro país, es fruto de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 por la que se anulan diversos preceptos del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al entender que son contrarios a la Directiva 2004/38/CE, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 266 el 3 de noviembre de 2010, Sec. I, p. 92174.

Una sentencia, que por lo que nos interesa a los efectos de este artículo, ha supuesto la aplicación del régimen comunitario de extranjería a los ascendientes de ciudadano español.

A este respecto, se introduce además como una novedad en el artículo 124. 3 del nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 103 el 30 de abril de 2011, Sec. I, p. 43821, la figura del arraigo familiar aplicable a la regularización de los progenitores de menores españoles.

Unas transformaciones jurídicas que conllevan como consecuencia directa que los menores, tanto comunitarios como españoles, puedan beneficiarse de un régimen más favorable para llevar a cabo su derecho a vivir junto a sus padres en el territorio del que son nacionales, tal y como se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas.

## 2. LA SENTENCIA ZAMBRANO Y LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el pasado 8 de marzo de 2011, reunido en gran Sala dictó sentencia en el asunto C-34/09 en base a la petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunal du travail* de Bruselas (Bélgica) en relación con la interpretación de los artículos 12, 17 y 18 del Tratado CE y de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El interés de esta sentencia reside en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye de forma pionera en su jurisprudencia, tal y como se analizará a lo largo de este artículo, que la ciudadanía de la Unión exige que un Estado miembro autorice a los nacionales de un país tercero no perteneciente a la Unión Europea, progenitores de un menor que tiene la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, a residir y trabajar en este Estado miembro del que su hijo ostenta dicha nacionalidad.

Antes de entrar en los fundamentos jurídicos que utiliza el Tribunal para llegar a esta conclusión, analizaremos el supuesto de hecho que da origen al planteamiento de este caso y que se recoge en los apartados del 14 al 30 de esta sentencia.

El Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, ambos de nacionalidad colombiana, solicitaron asilo en Bélgica, el 14 de abril de 1999 y en febrero de 2000, respectivamente, país en el que habían entrado mediante un visado expedido por la Embajada de Bélgica en Bogotá, alegando la situación de guerra civil existente en Colombia.

Las autoridades belgas, en fecha 11 de septiembre de 2000, les denegaron la concesión de este estatuto y les ordenaron abandonar el territorio, aunque no se dictó expresamente su repatriación a Colombia dada la situación de guerra civil existente en dicho país.

El Sr. Ruiz Zambrano presentó el 20 de octubre de 2000 una solicitud a fin de regularizar su estancia en Bélgica, invocando para ello la total imposibilidad de regresar a Colombia y el deterioro extremo de la situación en dicho país. A tal fin alegaba que en caso de regresar a Colombia corría el riesgo de que se agravara el síndrome postraumático grave que había sufrido en 1999 como consecuencia del secuestro durante una semana de su

hijo que en aquel momento tan sólo tenía 3 años. Una petición que también se fundamentaba en los esfuerzos realizados para integrarse en la sociedad belga, como por ejemplo su aprendizaje del francés o la escolarización de su hijo en la educación infantil en territorio belga.

Una solicitud que fue desestimada mediante resolución de 8 de agosto de 2001, siendo objeto la misma a su vez de un recurso de anulación y de suspensión ante el *Conseil d'État*, que en su sentencia de 23 de marzo de 2003, desestimó el recurso de suspensión.

Sin embargo, desde el 18 de abril de 2001, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa estaban empadronados en el municipio de Schaerbeek (Bélgica) y a pesar de no contar con un permiso de trabajo, el Sr. Ruiz Zambrano, el 2 de octubre de 2001 firmó un contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo con la empresa Plastoria.

Posteriormente, el 1 de septiembre de 2003, la esposa del Sr. Ruiz Zambrano dio a luz a su segundo hijo, Diego, que adquirió la nacionalidad belga, en la medida en que la ley colombiana no concede la nacionalidad a los nacidos fuera de territorio colombiano si sus progenitores no llevan a cabo expresamente los trámites necesarios para que la adquieran.

Tras este nacimiento y teniendo en cuenta que el Sr. Ruiz Zambrano disponía por razón de su actividad profesional de recursos suficientes para poder mantenerle y que además dicha actividad generaba el pago de las cotizaciones de seguridad social y de las cotizaciones empresariales correspondientes, el 9 de abril de 2004, éste y su esposa presentaron una nueva solicitud de regularización de su estancia, invocando esta vez como nuevo elemento el nacimiento de su segundo hijo y que de acuerdo con el artículo 3 del Protocolo número 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no se podía obligar a este menor a abandonar el territorio del Estado del que este era nacional.

Más tarde, tras el nacimiento de su tercer hijo Jéssica, el 26 de agosto de 2005, que también adquirió la nacionalidad belga, el 2 de septiembre de 2005, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa presentaron una solicitud de residencia permanente basada en su condición de ascendientes de un nacional belga. Unas peticiones que fueron desestimadas respectivamente, el 8 de noviembre de 2005 y el 26 de enero de 2006, al entender las autoridades belgas que el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa habían omitido intencionadamente la realización de los trámites necesarios ante las autoridades diplomáticas o consulares colombianas para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana de sus hijos con la finalidad de que éstos adquirieran la nacionalidad belga y así posteriormente poder valerse de la misma para regularizar su propia estancia en el país. El Sr. Ruiz Zambrano recurrió esta resolución desestimatoria de residencia, interponiendo un recurso de revisión.

Aún así el 13 de septiembre de 2005, se expidió a favor del Sr. Zambrano un certificado de registro de residencia, que legalizaba temporalmente su estancia hasta el 13 de febrero de 2006 y que se ha visto ampliado durante la duración del examen del recurso de revisión contra la resolución desestimatoria de su solicitud de residencia permanente.

Posteriormente el Sr. Ruiz Zambrano pierde su empleo por razones objetivas, por lo que el 10 de octubre de 2005 presenta una solicitud de prestaciones por desempleo, que le es denegada el 26 de febrero de 2006 y recurrida mediante la demanda presentada el 12 de abril de 2006.

El 11 de octubre de 2006 a raíz de una inspección de trabajo realizada en la empresa para la que trabajaba, el empresario extingue su contrato de trabajo sin derecho a indemnización, por lo que el Sr. Ruiz Zambrano presenta el 12 de octubre de 2006 una solicitud de prestación permanente por desempleo que es desestimada, el 20 de noviembre de 2006. Una resolución que también recurre mediante demanda el 20 de diciembre de 2006.

Finalmente el 23 de julio de 2007 se le notificó al interesado la resolución de la *Office des Étrangers* por la que se declaraba inadmisibles las peticiones de regularización de residencia que presentó el 9 de abril de 2004. El recurso que interpuso contra esta resolución ante el *Conseil du contentieux des étrangers* se declaró sin objeto el 8 de enero de 2008, ya que el *Office des Étrangers* la había revocado. El 25 de octubre de 2007 el *Office des Étrangers* comunicó al Sr. Ruiz Zambrano que el recurso de revisión que había interpuesto en marzo de 2006 contra la resolución desestimatoria de su solicitud de residencia permanente de 2 de septiembre de 2005 debía

volver a interponerlo en el plazo de 30 días, en forma de recurso de anulación ante el *Conseil du Contentieux des étrangers*.

Un recurso que el Sr. Ruiz Zambrano presentó el 19 de noviembre de 2007 ante el *Tribunal du travail* de Bruselas (Bélgica) y es el que da origen a la petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El *Tribunal du travail de Bruxelles* plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes tres cuestiones prejudiciales:

- 1- ¿Reconocen los artículos 12, 17 y 18 del Tratado CE, o alguno o algunos de ellos, interpretados independiente o conjuntamente, al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad tiene este ciudadano, con independencia de que haya ejercitado o no previamente su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros?
- 2- Los artículos 12, 17 y 18 del Tratado CE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales [...], ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho que reconocen, sin discriminación por razón de nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros implica, cuando el ciudadano sea un menor de corta edad a cargo de un ascendiente de un país tercero, que el disfrute del derecho de residencia de este menor, en el territorio del Estado miembro en el que reside y del cual tiene la nacionalidad, deba serle garantizado, independientemente del ejercicio previo por su parte o por mediación de su representante legal del derecho de circulación, atribuyendo a este derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fue reconocida por la jurisprudencia comunitaria (sentencia Zhu y Chen), mediante la concesión, al ascendiente nacional de un país tercero que tiene este menor a su cargo y que dispone de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, del derecho de residencia derivado del que gozaría este mismo nacional de un país tercero si el menor que tiene a su cargo fuera un ciudadano de la Unión que no tuviera la nacionalidad del Estado miembro en el que reside?
- 3- Los artículos 12, 17 y 18 del Tratado CE, en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia de un menor, nacional de un Estado miembro, en el territorio del cual reside, debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente – nacional de un país tercero, que tiene a su cargo este hijo menor y que cumpliría la condición de disponer de recursos suficientes y de estar cubierto por un seguro de enfermedad si el Derecho interno del Estado miembro en el que reside no exigiera un permiso de trabajo, ya que realiza un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social de dicho Estado [miembro]– con el fin de atribuir al derecho de residencia de este hijo el efecto útil que la jurisprudencia comunitaria (sentencia Zhu y Chen), ha reconocido a un hijo menor, ciudadano europeo con nacionalidad diferente de la nacionalidad del Estado miembro en el que reside y que se encuentra a cargo de un ascendiente, nacional de un país tercero?

En relación con estas tres cuestiones que se le plantean, en primer lugar hay que señalar que todos los Gobiernos y la Comisión Europea que presentaron alegaciones en el presente caso consideraban que una situación como la del segundo y tercer hijo del Sr. Ruiz Zambrano, que tienen la nacionalidad belga, no está incluida entre las situaciones previstas por las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión Europea, en tanto en cuanto que, los menores residen en el Estado miembro del que son nacionales y nunca han abandonado dicho Estado miembro,

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su parte argumenta que el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro y por lo tanto, el segundo y el tercer hijo del Sr. Ruiz Zambrano al tener la nacionalidad belga tienen derecho a este estatuto de manera incontestable.

Y recuerda, que tal y como ha señalado en anteriores ocasiones, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, por lo que el artículo 20 TFUE se opone a 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 y entiende que en el presente caso 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 este efecto.

A este respecto argumenta que en el caso de que se denegara la concesión del permiso de residencia esto tendría como consecuencia que los dos hijos menores del Sr. Ruiz Zambrano, ciudadanos de la Unión Europea, se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores, viéndose así obligados a renunciar a los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos comunitarios. Del mismo modo, que si no se le concediera un permiso de trabajo al Sr. Ruiz Zambrano, éste correría el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, viéndose también abocados en este caso a abandonar el país e imposibilitados de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.

Finalmente y teniendo en cuenta estas argumentaciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye, de una forma totalmente inédita en su jurisprudencia hasta el momento, que el artículo 20 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un tercer Estado, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto del ciudadano de la Unión.

La novedad en esta sentencia reside precisamente en qué este derecho se reconoce con independencia de que los ciudadanos comunitarios, en este caso los dos hijos belgas del Sr. Ruiz Zambrano, no hayan ejercido nunca su derecho de libre circulación en territorio de los Estados miembros, tal y como se analizará a continuación.

### **3. ANÁLISIS SOBRE LA REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA EN LA MODIFICACIÓN DEL EJERCICIO DEL ESTATUTO COMUNITARIO ANTE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS ASCENDENTES.**

La sentencia Ruiz Zambrano recoge la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en anteriores sentencias pronunciadas en casos con características similares, como la sentencia de 19 de octubre de 2004, en el asunto Zhu y Chen (C- 200/02, Rec. P. I-9925), pero el presente caso tiene el mérito de ir un paso más allá al establecer el Tribunal que esta exigencia derivada de la ciudadanía de la Unión es igualmente válida cuando el menor no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación en el territorio de los Estados miembros, lo que sin duda amplía considerablemente la aplicación de esta previsión de cara a un futuro.

En su jurisprudencia anterior, por ejemplo en el caso Zhu y Chen citado en la sentencia a diferencia del caso Ruiz Zambrano, nos encontramos con un supuesto de hecho diferente. La Sra. Chen, de nacionalidad China, que es madre de una menor, Catherine, que posee la nacionalidad Irlandesa tras haber nacido en Belfast (Irlanda), solicita autorización para poder residir junto a su hija en un tercer Estado, el Reino Unido y no en Irlanda, de donde su hija ostenta la nacionalidad.

En ambas sentencias se plantean varias cuestiones jurídicas interesantes, por una parte si estos menores pueden invocar a su favor las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación y residencia aún cuando nunca se han desplazado de un Estado miembro a otro.

En segundo lugar, si el ejercicio de estos derechos puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado una edad mínima y padezca una capacidad suficiente.

Y en tercer y último lugar, si en dichos casos se ha producido una utilización abusiva o fraudulenta de las normas para adquirir así la nacionalidad de dichos países y por ende la nacionalidad comunitaria, con un propósito específico lograr con ello un permiso de residencia para sus progenitores.

Respecto a esta última cuestión el Tribunal concluye en ambos casos que la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es una competencia de cada Estado miembro, remitiendo para ello a su jurisprudencia en casos como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011 en el asunto C-34/09, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2004, en el asunto C-200/02, la Sentencia de 3 de marzo de 2010 en el caso Rottmann, C- 135/08 la sentencia de 7 de julio de 1992 en el caso Micheletti y otros, C-369/90 y la Sentencia de 20 de febrero de 2001, Kaur, C-192/99, remarcando que en el ejercicio de este derecho se debe respetar siempre el derecho comunitario

En cuanto al requisito de una edad mínima para el ejercicio de estos derechos, el Tribunal en la sentencia Chen concluye que la aptitud de un nacional de un Estado miembro para ser titular de los derechos garantizados por el Tratado y por el derecho derivado en materia de libre circulación de personas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para ejercitar por sí mismo dichos derechos. Una opinión con la que está conforme el abogado general al observar en sus conclusiones, que ni del tenor ni de la finalidad perseguida de los artículos 18 y 49 CE ni por las Directivas 73/148 y 90/346, se desprende que el disfrute de los derechos que constituye su objeto esté supeditado a un requisito de edad mínima.

A este respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a fin de fundamentar esta orientación jurisprudencial cita los precedentes judiciales de la sentencia de 15 de marzo de 1989 en el caso Echternach y Moritz, asuntos acumulados 389/87 y 390/87 y la sentencia de 17 de septiembre de 2002 en el caso Baumbast y R.

Para concluir este análisis, nos detendremos en la cuestión que constituye la principal contribución de estas sentencias, como es la aplicación del estatuto comunitario y de los beneficios de la ciudadanía de la Unión aún cuando el ciudadano comunitario, en este caso un menor, no haya ejercitado su derecho a la libertad de circulación y desplazamiento en el territorio de la Unión.

A pesar de la inicial oposición de los Estados miembros y de la Comisión Europea que consideran que el supuesto de hecho del Asunto Ruiz Zambrano no está incluido entre las situaciones previstas por las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión, en la medida en que los menores residen en el Estado miembro del que son nacionales y nunca han abandonado dicho Estado miembro, Bélgica en este caso, el Tribunal tras rechazar la aplicación de la Directiva 2004/38/CE al presente caso fundamenta el reconocimiento de este derecho directamente en el artículo 20 TFUE, como una exigencia derivada de la ciudadanía de la Unión Europea.

A este respecto considera que, el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro y que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Un estatuto al que se oponen todas aquellas medidas 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, como en el presente caso 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 nacional de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo.

De esta forma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con este pronunciamiento reconoce como parte del contenido del Estatuto de ciudadano de la Unión el derecho de estos menores a residir con sus progenitores en el país del que son nacionales, un derecho que no se vincula como en el caso de la Directiva 2004/38/CE al ejercicio por parte de éstos de sus derechos a la libertad y circulación en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Una decisión que puede tener importantes consecuencias de ahora en adelante en la interpretación del régimen de reagrupación de los ciudadanos comunitarios. Esta sentencia posibilita la eliminación de la tradicional discriminación, propiciada por el ámbito de aplicación establecido en la Directiva 2004/38CE, que existía, en algunos estados miembros entre aquellos ciudadanos comunitarios que habían ejercido su derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro y los que no y que residían en su país de origen, en el ejercicio del derecho a reagrupar a los miembros de su familia que no tenían la nacionalidad comunitaria. Una situación, que tal y como se analizará a continuación, se producía hasta hace poco también en España. En todo caso habrá que

estar atentos al alcance que da el Tribunal Europeo a este estatuto fundamental de ciudadano comunitario, una cuestión que excede el objeto del presente artículo y que se puede ampliar consultando a Crespo Navarro (2007).

#### **4. LA NUEVA FIGURA DEL ARRAIGO FAMILIAR PARA LOS PROGENITORES DE MENORES ESPAÑOLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.**

En España, el régimen jurídico aplicable a la reagrupación de los ascendientes no comunitarios de un menor español también ha sido objeto de una reciente modificación.

Mediante la Sentencia 4259/2010, de 1 de junio de 2010, del Tribunal Supremo se han anulado una serie de preceptos del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al considerarse que se oponen a lo establecido en la Directiva 2004/38/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

En concreto en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia se anula la expresión “otro Estado miembro” que se contiene en el Artículo 2 de este Real Decreto 240/2007, relativo a la aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, extendiendo su ámbito de aplicación también a los familiares del propio ciudadano español que ejercite su derecho de vuelta o regreso a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia.

Siguiendo a Freire (2010) podemos afirmar que hasta este pronunciamiento se aplicaba una discriminación injustificada e inédita en la regulación del régimen comunitario en nuestro país, entre los ciudadanos comunitarios y los españoles que habían ejercido su derecho a la libertad de circulación y residencia.

Una modificación que ha sido interpretada y desarrollada mediante la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, relativa a la anulación de varios apartados del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo fechada a 4 de noviembre de 2010.

A este propósito la aprobación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo fechada a 4 de noviembre de 2010, contemplaba en su Disposición Final Tercera, la introducción de una disposición Adicional vigésima en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, relativa a la normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

De esta forma, tras esta modificación, a los ascendientes de los españoles si no eran titulares de una tarjeta de familiar comunitario en vigor o susceptible de ser renovada obtenida al amparo del anterior Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se les aplicaba el régimen general de la reagrupación familiar, quedando de esta forma, tal y como señala Freire (2010), en peor situación que el ascendiente de un ciudadano comunitario que ejercita su derecho a la libre circulación en España, constituyendo un trato discriminatorio y de dudosa constitucionalidad, cuestionado incluso por el propio Consejo de Estado.

Sin embargo y a pesar de esta regulación, la jurisprudencia española en diversos pronunciamientos, apoyándose en las decisiones judiciales comunitarias y en especial en el caso Chen antes mencionado, ha autorizado la

residencia en España de los ascendientes de menores de edad de nacionalidad española que se encontraban en situación de irregularidad.

A modo de ejemplo se pueden citar la sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 10 de marzo de 2006, la sentencia 130/2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Alicante de 4 de abril, la sentencia 197/2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante de 3 de mayo u otras más recientes como la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 7 julio 2010, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 19 mayo 2010 o la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 10 junio 2009.

Recientemente el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma por Ley Orgánica 2/2009, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 103 el 30 de abril de 2011, introduce como novedad en su artículo 124.3, la concesión de una autorización de residencia por arraigo familiar en estos supuestos.

Los requisitos que se deberán cumplir para poder beneficiarse de este arraigo familiar son: que se trate del padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo y también cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Una modificación que como bien se señala en la propia exposición de motivos de este Real Decreto, se encuentra en consonancia y obedece a la doctrina de nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### **Bibliografía**

- Crespo Navarro, E. (2007). La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 28, 883-912.
- Freire, A. (2010). El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 23, 2010, 113-160.

### **Jurisprudencia:**

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011 en el asunto C-34/09
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, DOUE de 4 de diciembre de 2004, C 300/7.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2010, Rottmann, C- 135/08, Rec. P. I-000.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros, C-369/90, Rec. P. I-4239.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de febrero de 2001, Kaur, C-192/99, Rec. P. I-1237.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 1989, Echternach y Moritz, asuntos acumulados 389/87 y 390/87, Rec. P. 723,
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R., C-413/99, Rec. P. I-7091, apartados 52 a 63.
- Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 10 de marzo de 2006.
- Sentencia 130/2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Alicante de 4 de abril.
- Sentencia 197/2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante de 3 de mayo.



- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 7 julio 2010 (JUR\2010\288923).
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 19 mayo 2010, (JUR\2010\182768).
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 10 junio 2009 (RJCA\2009\569).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 1 diciembre 2003, Recurso de Casación núm. 5479/1999, ( RJ 2004, 301).