

# EL DIÁLOGO SORDO ENTRE EL TJUE Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA: DEL REINO UNIDO AL CASO ESPAÑOL

## THE DEAF DIALOGUE BETWEEN CJEU AND IMMIGRATION LAW: FROM THE UNITED KINGDOM TO THE SPANISH CASE

DIANA MARÍN CONSARNAU

*Profesora agregada (acreditada contratado doctor)*

*Derecho internacional privado*

*Universidad Rovira i Virgili*

ORCID ID: 0000-0001-8882-7325

Recibido: 12.07.2019 / Aceptado: 03.09.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4958>

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es examinar el difícil encaje de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de protección de los arts. 20 y 21 TFUE con el Derecho de extranjería interno en referencia a los derechos de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión, especialmente en aquellas regulaciones que promueven la discriminación inversa con carácter directo, como ocurre en el Reino Unido e incluso indirecto, como resulta en el caso español.

**Palabras clave:** ciudadanía de la Unión, derechos de residencia, miembros de la familia, discriminación inversa directa e indirecta

**Abstract:** The aim of this report is to study the difficulties in practice to link the CJEU criteria related to the art. 20 and 21 TFEU with the national Immigration Law in the field of derived rights of residence for the family members of the Union citizens, specially in those regulations that promote the reverse discrimination with direct effects, as in the United Kingdom, and even indirectly, as it results in the Spanish case.

**Keywords:** EU citizenship, residence rights, family members, direct and indirect reverse discrimination

**Sumario:** I. Introducción. II. Reagrupación familiar y familias mixtas en la UE. 1. Razones que afectan a la relación familiar: Coman (2018), *Banger* (2018) y SM (2019). 2. Razones que afectan a la situación del ciudadano de la Unión. III. El manto protector del Derecho de la Unión: el papel de los arts. 20 y 21 TFUE. IV. El art. 21 TFUE a la luz del TJUE y a los ojos del Derecho de extranjería interno. 1. El papel protagonista del art. 21 TFUE en el asunto Lounes. 2. De McCarthy (2011) a *Lounes* (2017). V. ¿Qué clase de solución nos aporta este diálogo desde la perspectiva del Derecho de extranjería interno? 1. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales: el arraigo familiar. 2. Una vuelta de tuerca más al Derecho de extranjería español. VI. Reflexión final.

### I. Introducción

1. La falta de respuesta directa del derecho derivado de la Unión Europea a los derechos de residencia de los familiares para una parte de la realidad de las familias mixtas (ciudadano de la Unión y familiar nacional de un tercer estado) obliga al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a enfrentarse a una rica y parece que imparable caudística. Esta se enmarca en un contexto en el que nos

encontramos, por un lado, con situaciones de reagrupación familiar que se consideran como puramente internas<sup>1</sup>, y, por otro lado, con situaciones que, tras esta inicial apariencia, sí aparecen suficientemente conectadas con el Derecho de la Unión<sup>2</sup>, y cuya vinculación no exige estrictamente un movimiento transfronterizo *stricto sensu* sino que también admite una conexión en términos abstractos aunque reales<sup>3</sup>.

2. Es en estas segundas donde aparece una emergencia para afrontar las desventajas que promueve la discriminación inversa. Esta es aceptada cuando la situación es puramente interna<sup>4</sup>. Sin embargo, con frecuencia sus consecuencias, ya sean o no deseadas expresamente, acaban afectando a situaciones conectadas con el Derecho de la Unión, manifestándose una incompatibilidad con este. Así sucede en el caso del Reino Unido, en el que en el asunto *Lounes*<sup>5</sup> se evidencia la problemática que plantea la exclusión del ámbito de aplicación de la reagrupación familiar en régimen UE libre circulación de los ciudadanos británicos cuando también poseen la nacionalidad de otro Estado miembro, a pesar de haberse ejercido una libertad fundamental. Y es que aunque el Reino Unido salga definitivamente la Unión Europea, no podemos dejar de alabar la riqueza del juego que ha dado este país entorno a la involución/evolución de la protección que ofrece el derecho de la Unión para los ciudadanos en el país de la propia nacionalidad.

3. Ante las dificultades para atacar directamente a las medidas nacionales que promueven la discriminación inversa, precisamente por estar permitida para supuestos puramente internos<sup>6</sup>, la estrategia del TJUE, a nuestro modo de ver, se define por ir limitando cada vez más el margen de maniobra de los Estados miembros, a través de la búsqueda del vínculo con el Derecho de la Unión en el caso concreto y el manto protector que ofrece el derecho primario<sup>7</sup>. En este sentido, ante el desamparo del Derecho derivado, el TJUE se centra en dibujar la protección que debemos hallar en los arts. 20 y 21 TFUE<sup>8</sup>, evidenciándose en la casuística un protagonismo del primero<sup>9</sup>, que incluso ha llegado a desbancar la potencialidad de la tutela que brinda el segundo.

4. Ello, en el presente trabajo, nos conduce a constatar el difícil encaje entre la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance del amparo de los arts. 20 y 21 TFUE y el Derecho de extranjería interno, especialmente en aquellas regulaciones que promueven la discriminación inversa con carácter directo o indirecto, situándonos en el panorama de derechos de extranjería nacionales encorsetados, que, como tendremos oportunidad de examinar, buscan fórmulas para reinventar nuevas restricciones, como sucede en el Reino Unido, o que, como en el caso español, huye de la valoración, caso por caso, según los criterios marcados por el TJUE o se limita a no dar respuesta.

5. El desenlace es el mismo; los obstáculos para responder a una de las grandes necesidades de las familias mixtas con elemento extranjero; el conseguir los permisos de residencia para los familiares de los ciudadanos de la Unión, con independencia de que el ciudadano o ciudadana de la Unión resida

<sup>1</sup> Definidas por el TJUE, por ejemplo, en el asunto *McCarthy* como aquellas cuyos “elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro”. STJUE 5 mayo 2011, *McCarthy*, 434/09, ECLI: EU: C: 2011:277, apartado 45.

<sup>2</sup> H. GAUDEMET-TALLON, P. LAGARDE, “Histories de famille du citoyen européen”, en J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (Coords.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 477-482.

<sup>3</sup> V. VERBIST, *Reverse discrimination in the European Union. A Recurring Balancing Act*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 86.

<sup>4</sup> Desde la perspectiva que la discriminación inversa sea una cuestión que afecta a un tema competencial. J. CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law: A Comparative Institutional Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 125.

<sup>5</sup> STJUE 14 noviembre 2017, *Lounes*, 165/16, ECLI: EU: C: 2017:862.

<sup>6</sup> A. TRYFONIDOU, *Reverse discrimination in EU Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 119.

<sup>7</sup> J. CROON-GESTEFELD, ob.cit., p. 123. La autora pone de manifiesto como cualquier medida nacional susceptible de promover discriminación inversa puede ser puesta en cuestión ante el TJUE, que cada vez más reduce los casos en que dicha medida resulte compatible con el Derecho de la Unión.

<sup>8</sup> En referencia a este juego y las reglas de las situaciones puramente internas como una cuestión emergente A. TRYFONIDOU, *The impact of Union Citizenship on the EU's market freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 182-184.

<sup>9</sup> Impacto que, por ejemplo, en España supuso la introducción de un nuevo tipo de arraigo; el arraigo familiar (art. 124.3 RD 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

en el país de su propia nacionalidad o retorne a él, y que, en un siguiente estadio afectará al Derecho internacional privado, ya sea en sede de acreditación del vínculo en el propio proceso de reagrupación familiar<sup>10</sup> y/o de la continuidad de las relaciones jurídico privadas de carácter familiar, patrimonial o sucesorio, es decir, en el propio *iter vitae* del ciudadano de la Unión y sus movimientos transfronterizos.

6. Este sistema, en su conjunto, ha generado la necesidad de los operadores jurídicos de integrar el esquema que el TJUE ha trazado para el reconocimiento de los derechos derivados, no autónomos, de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión. No en vano hay que resaltar que la Comisión jurídica del Consejo General de la Abogacía española, en su informe de 2017, destaca como uno de los puntos claves el “Derecho de la UE y las situaciones puramente internas o sobre cuándo, en un litigio nacional, pueden invocarse las libertades de circulación y otras normas del Derecho de la Unión”, con especial mención a las excepciones creadas por la jurisprudencia del TJUE para casos en los que todos los elementos se encuentran en el interior de un Estado miembro pero en los que existe una vinculación con el Derecho de la Unión<sup>11</sup>. A nuestro entender, el sistema que brinda la interpretación realizada por el TJUE incita a que desde la perspectiva interna se precise tomar conciencia sobre la necesidad de elaborar un estatuto reflexionado respecto a la reagrupación familiar de los familiares. Y concretamente, desde la perspectiva española, la de los familiares de ciudadanos españoles, que hoy por hoy, presenta aspectos más que discutibles que se amparan en el trato igualitario que reciben los familiares de cualquier otro ciudadano de la Unión que traslade su residencia a España.

7. No obstante, más allá de la comprensión del sistema y de las dificultades para su traslación en el Derecho de extranjería interno, que examinaremos a lo largo del estudio, cabe plantearse si no ha llegado el momento de reformular el propio derecho de la Unión para dar una respuesta directa que armonice el tratamiento de la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión, como tales y no en función del ejercicio de una actividad económica. Ello viene acusado por la casuística que llega al TJUE, y que en muchas ocasiones proviene de cuestiones prejudiciales planteadas desde el Reino Unido, máxime en el momento delicado del *brexit* en el que estamos y que ha puesto en evidencia cómo la libre circulación de personas es tomada desde el discurso político<sup>12</sup>.

## II. Reagrupación familiar y familias mixtas en la UE

8. En atención a las líneas introductorias expuestas, observamos que, en un contexto de ciudadanía de la Unión y de derechos de libre circulación de personas, el esquema para la obtención de los permisos de residencia para los familiares resulta especialmente complejo<sup>13</sup>. Ello es debido a distintas razones, y que hemos centralizado básicamente en dos, teniendo en cuenta las características de los asuntos que llegan al TJUE: aquellas que afectan propiamente al vínculo familiar y aquellas que toman en consideración la situación del ciudadano de la Unión respecto a este estatus y los derechos que de este se derivan, en función de las circunstancias personales del ciudadano de la Unión<sup>14</sup>, encontrándonos en estas últimas un problema no siempre denunciado de discriminación inversa, que, tal y como hemos

<sup>10</sup> Tal y como señala Esteban de la Rosa: “Quizá una de las ocasiones en las que ambos ordenamientos entran en relación de forma más frecuente tiene lugar con ocasión de la tramitación de la reagrupación familiar, dado que es preciso acreditar o demostrar el vínculo del parentesco”. G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 195.

<sup>11</sup> Puede consultarse en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/02/INFORMES-COMISION-JURIDICA-2017-OK.pdf>.

<sup>12</sup> Desde este se pone el foco de atención en las restricciones a la reagrupación familiar de los ciudadanos británicos, evidenciándose como punto de inflexión la sentencia en el asunto *Surinder Singh*. E, GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 47-54.

<sup>13</sup> A. BORRÁS, “Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, tome 317, 2005, pp. 361-363.

<sup>14</sup> El tomar en consideración estas circunstancias, concluye KOCHENOV, implica admitir la configuración de una ciudadanía discriminatoria. D. KOCHENOV, “The Citizenship of Personal Circumstances in Europe”, en D. THYM (Ed.), *Questioning EU Citizenship: Judges and the Limits of Free Movement and Solidarity in the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 55-56.

anunciado, acaba afectando a situaciones conectadas con el Derecho de la Unión.

## 1. Razones que afectan a la relación familiar: *Coman* (2018), *Banger* (2018) y *SM* (2019)

9. Una de las dificultades en el establecimiento de derechos de residencia para los familiares es que la relación o el vínculo familiar sea considerado como tal a efectos de reagrupación familiar. Y, en un escenario, en el que las distintas realidades de modelos familiares reciben un trato interno dispar en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, esto se traduce en serios obstáculos para su incorporación y posterior interpretación en los instrumentos europeos.

10. La evidencia la encontramos en la introducción de determinados miembros de la familia como beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE<sup>15</sup>, plantándose como un tema delicado, por ejemplo, la inclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo o las parejas no casadas. Tanto es así, que esta tensión no solo se pone de relieve en las normas europeas que afectan propiamente a la libre circulación de personas, sino que también se manifiesta con una especial intensidad en la adopción de instrumentos de la UE de Derecho internacional privado y que se ha traducido, en los últimos tiempos, en la necesidad de acudir, aunque de forma crítica<sup>16</sup>, ante los bloqueos para alcanzar la unanimidad, al mecanismo de cooperación reforzada<sup>17</sup>. Ello ocurre con los Reglamentos (UE) 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>18</sup> y los Reglamentos (UE) 2016/1103, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de régimen económico matrimonial y 2016/1104, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de relaciones patrimoniales de las uniones registradas<sup>19</sup>, en los que no participan todos los Estados miembros<sup>20</sup>.

11. En este sentido, es de recibo destacar que estamos ante cuatro grupos de Estados miembros, en función de su grado de apuesta por la cooperación reforzada en materia de crisis matrimonial y/o relaciones patrimoniales. Por un lado, países, como España, que han participado de los tres Reglamentos. Es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta y Portugal. Nos encontramos así con que prácticamente el 43% de los países miembros están, en este sentido, avanzando con la misma velocidad. Por otro lado, tenemos Estados miembros que solamente han participado en el Reglamento (UE) 1259/2010. Es el caso de Estonia<sup>21</sup>, Hungría, Letonia, Lituania y Rumanía, representando un 18% del total. Otros países miembros han participado solamente de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, como Chipre, Croacia, Finlandia, Países Bajos, República Checa y Suecia, y que suman un 21%. Y finalmente, contamos con cuatro países que no participan en ninguna de estos instrumentos: Dinamarca, Eslovaquia, Irlanda, Polonia y Reino Unido, y que se traduce en un 18%. En estos últimos, dejando al margen la posición de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda

<sup>15</sup> 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. DO L 158 de 30 de abril de 2004.

<sup>16</sup> P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 41, 2017, pp. 188-189.

<sup>17</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “The Rome III Regulation on the law applicable to divorce and legal separation: much ado about little”, en A. BONOMI, C. SCHMID (Éds.), *Droit international privé de la famille. Les développements récents en Suisse et en Europe. Actes de la 24<sup>e</sup> Journée de droit international privé de 16 mars 2012 à Lausanne*, Genève-Zurich, Schulthess, éditions Romandes, 2013, p. 31.

<sup>18</sup> DO L 343 de 29 de diciembre de 2010.

<sup>19</sup> DO L 183 de 8 de julio de 2016.

<sup>20</sup> Reglamentos que han sido aprobados como un bloque indivisible. En este sentido, en el estudio a la justificación de su aprobación véase A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 11, 1, 2019, p. 10.

<sup>21</sup> No obstante, Estonia manifestó su intención de participar en los nuevos reglamentos sobre régimen económico matrimonial y relaciones patrimoniales de las uniones registradas una vez adoptados como señala J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n° 40, septiembre 2016.

respecto a los instrumentos europeos de Derecho internacional privado, cabe atender a que la falta de participación de Polonia se da precisamente por la postura que este país miembro mantiene respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo.

**12.** No obstante lo dicho, los Estados miembros sí están vinculados por la Directiva 2004/38/CE, en la que se incluyen el cónyuge y las uniones registradas como familiares beneficiarios de esta y en el que dentro de la familia extensa, las uniones no registradas, reciben un tratamiento favorable y expreso, presentándose como relaciones familiares que han sido claves en asuntos en los que el TJUE ha tenido la oportunidad de abordar la protección que brinda el art. 21 TFUE y la aplicación analógica de Directiva 2004/38/CE<sup>22</sup> como en la aplicación directa de la propia Directiva.

**13.** Respecto al matrimonio, que el cónyuge de un ciudadano de la Unión es un familiar beneficiario de la reagrupación familiar reconocido por la Directiva 2004/38/CE en su art. 2 es un punto que no precisa debate. Ahora bien, si nos movemos en el terreno de los matrimonios entre personas del mismo sexo, este se vuelve pantanoso; en la UE no todos los EM aceptan y/o reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo y en algunos sí se regulan relaciones de pareja registradas<sup>23</sup>, y este panorama, en un entorno de ciudadanía y de libre circulación, tiene sus consecuencias.

**14.** La cuestión que ha estado en el ojo del huracán es si el cónyuge que recoge la Directiva 2004/38/CE incluye o no al cónyuge del mismo sexo y las implicaciones que ello conlleva<sup>24</sup> en un Estado miembro que no reconoce este tipo de unión o que incluso la prohíbe, como es el caso de Rumanía. De una lectura literal del precepto, observamos que la introducción del cónyuge en el art. 2 como beneficiario de la Directiva no viene acompañada de una definición ni tampoco contiene remisión alguna para determinar dicha condición a los derechos nacionales. Ahora bien, teniendo en cuenta las distintas opciones que se manejan entre los Estados miembros sobre la concepción del matrimonio, era pues una cuestión de tiempo que se planteara en un caso perfecto una cuestión prejudicial. Y catorce años después de la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, el TJUE ha tenido el reto de pronunciarse en el asunto *Coman*<sup>25</sup>, pero atención, en un supuesto concreto en el que la Directiva no resulta de aplicación directa sino analógica, conectándose con la segunda de las razones que, hemos anunciado, afectan a la complejidad de la realidad de las familias mixtas. Y ello en tanto que en el asunto *Coman* (matrimonio entre nacional rumano y estadounidense celebrado en Bélgica, país en el que el cónyuge ciudadano de la Unión trabaja) no se pretende la reagrupación en un Estado miembro de acogida (Bélgica), en éste ya la ha obtenido, sino en el Estado miembro de origen al que se quiere retornar tras haber ejercido la libre circulación (Rumanía).

**15.** El TJUE ha entendido, siguiendo a las conclusiones del Abogado General<sup>26</sup>, que la interpretación del concepto de “cónyuge” en el sentido del artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38/CE, es un concepto autónomo neutro, y, por tanto, con independencia del sexo de la persona que esté casada con el ciudadano de la Unión<sup>27</sup>. Por tanto, a efectos exclusivos de la residencia del cónyuge estadounidense-

<sup>22</sup> Por ejemplo, en un principio, la Directiva permite que los ciudadanos de la Unión busquen países miembros más liberales respecto al matrimonio homosexual generando un “nuevo mapa migratorio europeo, A. FAVELL, E. RECCHI, “Pioneers of European integration: an introduction”, en E. RECCHI, A. FAVELL (Eds.), *Pioneers of European integration: citizenship and mobility in the EU*, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 2. En la actualidad, lo cierto es que este nuevo mapa no se circunscribe solamente en la búsqueda de un Estado miembro de acogida, sino que también tiene sus consecuencias en el retorno del ciudadano de la Unión al Estado miembro de origen que no mantiene esta postura respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, emergiendo otro plano de mapa migratorio.

<sup>23</sup> Véase C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado europeo”, en S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006, pp. 99-112 y, extensamente, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>24</sup> Puesta ya de manifiesto en la negociación y adopción de la norma. E. GUILD; S. PEERS; J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 34-36.

<sup>25</sup> STJUE 5 junio 2018, *Coman*, 673/16, ECLI: EU: C: 2018:385.

<sup>26</sup> Presentadas el 11 de enero de 2018, ECLI: EU: C: 2018:2.

<sup>27</sup> Apartado 35.

se<sup>28</sup>, Rumanía tiene que reconocer el matrimonio de un nacional con otra persona del mismo sexo, lo cual no supone atentar contra la identidad nacional ni amenazar el orden público del Estado miembro afectado<sup>29</sup>. Cuestión distinta será cuando se pretenda, por ejemplo, la liquidación de su régimen económico matrimonial en Rumanía, teniendo en cuenta que este Estado miembro no ha participado en el Reglamento (UE) 2016/1103<sup>30</sup>, y sin obviar que su participación hubiera comportado también serias dificultades teniendo en cuenta que este instrumento, en principio, no sigue la técnica de la Directiva; el Reglamento en el considerando número 17 deja en manos de los derechos nacionales el concepto de cónyuge<sup>31</sup>.

**16.** A diferencia de lo que ocurre con el concepto de cónyuge en la Directiva 2004/38/CE, las uniones registradas sí aparecen definidas en la Directiva. Sin embargo, ello no obsta para que surjan conflictos respecto a su definición<sup>32</sup>. En este sentido, desde la perspectiva del Derecho de extranjería español destacamos los problemas surgidos por las diferencias de registro en las distintas CCAA que dan lugar a que según dónde resida la pareja pueda o no obtenerse una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión sobre la base del art. 2 o del art. 2 bis RD 240/2007, de 16 de febrero<sup>33</sup>, y los problemas de encaje en las definiciones proporcionadas por la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento (UE) 2016/1104, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de efectos patrimoniales de las parejas registradas<sup>34</sup>, en cuanto al alcance de la exigencia del registro obligatorio para la aplicación principalmente del Reglamento<sup>35</sup>. El efecto en el caso español es que pueden otorgarse derechos de residencia a estas parejas, según en la CCAA en la que residan, pero resultando ser discutible, por ejemplo, que ante una crisis de la pareja pueda determinarse la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de la pareja por el referido Reglamento<sup>36</sup>.

**17.** Por otra parte, tampoco deben obviarse las trabas a las que se han enfrentado los miembros de la familia extensa. EL TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a las parejas no casadas (no registradas) como familia extensa y el amparo del art. 21 TFUE en situaciones de regreso al propio país de origen del ciudadano de la Unión. Así en el asunto *Banger* el TJUE acaba afirmando el amparo de éste y la aplicación analógica de la Directiva (CE) 2004/38<sup>37</sup>, en un caso en el que la pareja como tal había gozado del reconocimiento a efectos de residencia en los Países Bajos y que pretende

<sup>28</sup> Lo cual no significa que ello no vaya a tener un impacto para el Derecho internacional privado. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C- 673/18: Coman”, *La Ley Unión Europea*, nº 61, 2018.

<sup>29</sup> Apartado 46.

<sup>30</sup> A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley Unión Europea*, nº 56, 2018.

<sup>31</sup> “El presente Reglamento no define el concepto de “matrimonio”, que es definido por el Derecho nacional de los Estados miembros”.

<sup>32</sup> En el ámbito propio de la libre circulación, M.N. ARRESE IRIONDO, *La Ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de Circulación de los Familiares Extranjeros*, Bilbao, Lete argitaletxea, 2012, pp. 79-84, así como también en el plano del Derecho internacional privado. G. PALAO MORENO, “La determinación de la ley aplicable en los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104”, *REDI*, nº 71, 1, 2019, pp. 90-91.

<sup>33</sup> Puede consultarse la versión consolidada del Real Decreto en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184>.

<sup>34</sup> Ampliamente tratado en D. MARÍN CONSARNAU, “Las “uniones registradas” en España como beneficiarias del Derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 9, 2, 2017, pp. 419-447.

<sup>35</sup> Cuestión puesta de relieve en el debate sobre si dicha obligatoriedad es una exigencia para la constitución de la unión o si la unión debe considerarse necesariamente registrada. M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *Indret*, 2, 2017, pp. 282-284 y M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado”, *REEI*, nº 35, 2018, p. 7. Debate en el que se invita a acudir a la *lex registrii* para que, tanto el carácter constitutivo o declarativo del registro, sean posibles. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Ámbito de aplicación y definiciones”, en J. L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 52-53.

<sup>36</sup> M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, “El puzzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre los instrumentos europeos conexos”, en M. GUZMÁN ZAPATER, C. ESPLUGUES MOTA (Dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 313-329.

<sup>37</sup> STJUE 18 julio 2018, *Banger*, 89/17, ECLI: EU: C: 2018:570.

que continúe en el Reino Unido, país de la nacionalidad de uno de los miembros de la pareja, cuando la normativa del Reino Unido solamente reconoce como familiares beneficiarios a las uniones registradas, en atención a los arts. 7, 8 y 9 de las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>38</sup>, que implementa en el Reino Unido la Directiva (CE) 2004/38, y que ha sido modificada en diversas ocasiones<sup>39</sup>, derogadas en la actualidad por las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2016*<sup>40</sup>, que se complementan mediante las *European Casework Instructions*<sup>41</sup>.

**18.** Finalmente, otra de las relaciones familiares que ha presentado una especial dificultad son los descendientes. En el asunto *SM*<sup>42</sup> se plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE respecto a un supuesto de kafala. La cuestión es si la kafala puede considerarse como descendiente directo del ciudadano de la Unión, según lo previsto en el art. 2 Directiva 2004/38/CE. En el caso que nos ocupa nos encontramos a un matrimonio de franceses que residen en el Reino Unido. La pareja constituyó una kafala en Argelia sobre una menor abandonada por sus padres biológicos al nacer, a la que incluso se le llegan a transmitir los apellidos. Al cabo de un tiempo se pretende de nuevo la entrada en el Reino Unido por parte de estos ciudadanos de la unión interesando la entrada de la pequeña como hija adoptiva, rechazándose la solicitud por parte de las autoridades debido a que la tutela en régimen de kafala no está reconocida como adopción en el Reino Unido y que no se había formulado solicitud de adopción internacional. A tal efecto, la cuestión prejudicial tantea si el concepto de descendiente directo debe recibir una interpretación autónoma por parte del Derecho de la Unión, o bien, si es una cuestión que debe quedar en manos de los derechos nacionales. El TJUE apuesta de nuevo, como en *Coman*, por la técnica de interpretación autónoma<sup>43</sup> y basándose en esta considera que el descendiente directo previsto en la Directiva no incluye a una menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano de la Unión con arreglo a la institución de la kafala argelina. La razón es que este régimen no crea ningún vínculo de filiación adoptivo o biológico<sup>44</sup>. Para el TJUE, en la interpretación autónoma del concepto de descendiente es preciso este vínculo, aunque ello no obsta para que la menor sea considerada como miembro de la familia extensa que recoge la propia Directiva en el art. 3, en el que en las facilidades que debe darse para su entrada en el Reino Unido corresponde tener en cuenta el art. 7 CDF, art. 8 CEDH y el interés superior de la niña.

**19.** No puede obviarse el impacto que esta sentencia tiene respecto al Derecho de extranjería interno<sup>45</sup>. Ello, especialmente debe plantearse en el caso español. El régimen de tutela legal no se encuentra contemplado expresamente en el art. 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, pero que sí puede incluirse en el art. 2 bis que cubre a la familia extensa, cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión, entendiéndose también la persona que posee la nacionalidad española. Tras la STJUE en *SM* debe discutirse si puede mantenerse la diferencia en el tratamiento de las kafalas en la reagrupación familiar que sostiene la Instrucción DGI/SGRJ/07/2007, de 27 de septiembre de 2007 sobre la kafala<sup>46</sup>. En base a esta, se distingue sobre el tratamiento de las autorizaciones de residencia del *makful* respecto a si se califica la kafala como una tutela dativa (para casos de abandono del menor por padres biológicos o muerte) o como un supuesto de acogida (para casos de constitución de kafala intrafamiliar cuando los padres están vivos). Hasta el momento, solamente el primer tipo de kafalas (tutela) puede considerarse como familiar

<sup>38</sup> SI 2006 n° 1103.

<sup>39</sup> The Immigration (European Economic Area) Amendment) Regulations 2009, SI 2009 n° 1113; The Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2011, SI 2011 n° 1247; The Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012, SI 2012 n° 1547 y The Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012, SI 2012 n° 2560.

<sup>40</sup> SI 2016 n°1052.

<sup>41</sup> Disponibles en: <https://www.gov.uk/government/collections/eea-swiss-nationals-and-ec-association-agreements-moder-nised-guidance>.

<sup>42</sup> STJUE 26 marzo 2019, SM, 129/18, ECLI:EU:C:2019:248.

<sup>43</sup> Apartado 51.

<sup>44</sup> Apartado 54.

<sup>45</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “La kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, n° 71, junio de 2019.

<sup>46</sup> [http://extranjeros.mtramiss.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones\\_sgje/documentos/2007/Instruccion\\_DGI\\_06-2007.pdf](http://extranjeros.mtramiss.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones_sgje/documentos/2007/Instruccion_DGI_06-2007.pdf)

reagrupable en el régimen general de extranjería (art. 53 RD 557/2011, de 20 de abril<sup>47</sup>, que recoge los familiares beneficiarios de la reagrupación familiar en el régimen general) o en el régimen UE de libre circulación (art. 2 bis RD 240/2007), expulsando al segundo tipo de kafala (acogida) de cualquiera de estos regímenes de reagrupación. La cuestión es si ello es compatible con la doctrina emanada de *SM*.

**20.** Si bien puede dudarse de su compatibilidad cuando el reagrupante es ciudadano de la unión, se antoja más difícil mantener el argumento cuando el reagrupante es una nacional de un tercer Estado. Respecto al primero, en la regulación de la familia extensa en la Directiva lo importante para el TJUE no es la calificación jurídica de la figura que recibe en el Estado miembro de acogida sino atender a la concepción y efectos que esta tiene en origen<sup>48</sup> cuando se toma en cuenta el art. 7 CDF, el art. 8 CEDH y el interés superior del menor en el caso concreto, pues no es desconocido que la figura de la kafala difiere de un país a otro. Cuestión distinta se nos plantea en el segundo de los supuestos, por cuanto la Directiva 2003/86/CE, sobre reagrupación familiar<sup>49</sup> no incluye con carácter preceptivo como familiares reagrupables a los miembros de la familia extensa en condiciones similares a las de la Directiva (CE) 2004/38; el art. 3 habla de hijos y no de descendientes y no se abre a otros familiares a cargo. No obstante, el régimen general de reagrupación familiar español es más favorable a lo previsto en la Directiva e incluye el régimen de tutela legal en el art. 53 RD557/2011, por lo que la calificación jurídica que se recibe en España es relevante, porque, precisamente, los Estados miembros no están compelidos a incluir este tipo de relaciones como beneficiarias del derecho a la reagrupación familiar.

**21.** De nuevo, en el régimen de libre circulación UE, en atención a la inclusión de un *makful* como miembro de la familia extensa en el régimen UE libre circulación, implicará que la autoridad nacional facilite su entrada y su residencia procediendo a una apreciación equilibrada y razonable del conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta los intereses en juego y en especial el interés superior de los menores afectados: edad desde la cual los menores están en régimen de kafala; existencia de vida en común con el *kafil* o la *kafila* y su grado de relaciones afectivas, así como el nivel de dependencia con estos que se valora en función de la asunción que tengan de la patria potestad legal y económica<sup>50</sup>, cuestión que aparece vinculada a la regulación de la figura en el país de origen, teniéndose en cuenta además que la denegación de la entrada y residencia en el Estado miembro de acogida impida que “estos últimos lleven una vida en común en dicho Estado miembro, puesto que uno de ellos se ve obligado a permanecer con los menores en cuestión en el Estado de origen de estos para cuidar de ellos”<sup>51</sup>.

## 2. Razones que afectan a la situación del ciudadano de la Unión

**22.** La otra de las razones que suma conflictos a las familias mixtas viene dada por la nacionalidad que poseen los miembros de la familia y sus efectos en la reagrupación familiar<sup>52</sup>. Complejidad

<sup>47</sup> Puede consultarse la versión consolidada del Real Decreto en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>.

<sup>48</sup> Así lo entiende el Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona en sus conclusiones presentadas el 26 de febrero de 2019, ECLI: EU:C:2019:140, apartado 33: “La duda así expuesta no admite una respuesta generalizada, en abstracto. La kafala es una institución del derecho de familia de algunos países de tradición coránica que no tiene un tratamiento uniforme en todos ellos. Para discernir si un *makful* (el menor) puede reputarse “descendiente directo” del *kafil* o de la *kafila* (los adultos que lo acogen) habrá que: tender, en primer lugar, a la legislación civil del país de origen del menor (es decir, del país que permitió su acogimiento); dilucidar si, en el marco de esa legislación, la kafala puede revestir formas jurídicas dispares y analizar, de ser así, qué efectos jurídicos despliega la elegida por el *kafil* o la *kafila* para hacerse cargo del menor; y comprobar que entre aquellos efectos jurídicos se halla la formación de un genuino vínculo parental (paterno-filial) entre el *kafil* o la *kafila* y el *makful*, más allá del nexo propio de las relaciones de tutela. De no ser así, habría que estudiar si la relación entre el *kafil* o la *kafila* y el *makful* pudiera asimilarse, funcionalmente, a la de una adopción”.

<sup>49</sup> Directiva 2003/86/CE DEL Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. *DO L* 251/12 de 3 de octubre de 2010.

<sup>50</sup> Apartados 68 y 69.

<sup>51</sup> Apartado 72.

<sup>52</sup> Las dificultades a las que se enfrentan las familias cuyos miembros poseen la nacionalidad de algún tercer Estado son para algunos autores un modo de penalizar a aquellos nacionales que no han escogido como a familiares a otros nacionales o ciudadanos de la Unión. En este sentido E. GUILD, “EU Inclusion and Exclusion: From Workers to Citizens to People”, en C.

especialmente delicada cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión que pretende dicha reunificación: a) en el Estado miembro de su nacionalidad en el que siempre ha residido o b) en el Estado de su nacionalidad tras ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro y retorna. Y ello por cuanto en estos supuestos decae el amparo directo de la Directiva 2004/38/CE. El ámbito de aplicación material, tal y como se expresa en el art. 3.1, se circunscribe al ciudadano de la Unión que se traslade o resida en un Estado miembro distinto de su nacionalidad, y que así ha sido reforzado por el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>53</sup>.

**23.** Esta opción, a nuestro entender, fomenta la cultura de la discriminación inversa en aquellos países miembros que promueven que el familiar extracomunitario de sus propios nacionales reciba, en cuanto a derechos de residencia, un trato menos favorable que el que recibiría el familiar de cualquier otro ciudadano de la Unión que trasladara su residencia a dicho Estado miembro, ofreciéndonos, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, una subclase de ciudadanos de la Unión<sup>54</sup>, y que, como tal, ha sido concebido en el discurso político del *brexit*, aunque desde una perspectiva un tanto distorsionada.

**24.** La exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva no significa automáticamente que ambas situaciones queden fuera de toda protección del Derecho de la Unión cuando existe una vinculación con este. Tal y como hemos señalado en la introducción, la rica casuística que gira sobre los efectos de la discriminación inversa en relación con los permisos de residencia de los familiares nos muestra como la reagrupación familiar no se concibe en la realidad de estas familias como un derecho asociado exclusivamente al ejercicio de la libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión.

**25.** Si bien se ha utilizado como argumento a la justificación de este tipo de políticas discriminatorias hacia los propios nacionales que tiene que ver con el hecho de que si los Estados favorecen la residencia a los inmigrantes es probable que se suscite una irritación considerable entre sus ciudadanos<sup>55</sup>, la evolución del estatuto de ciudadanía de la UE nos conduce a otro resultado; el que el ciudadano de la UE no acepte en su reagrupación familiar el ser discriminado en su Estado miembro de origen respecto a otro ciudadano de la Unión. En consecuencia, es la casuística la que ha llevado al TJUE a ofrecer una protección basada en los arts. 20 y 21 TFUE, superándose la visión de las cuestiones puramente internas en el ámbito de la reunificación familiar en supuestos muy concretos, pero que van ampliándose, acotándose el margen de las políticas que la promueven. Es por ello que nos preguntamos si no sería más adecuado que el derecho derivado también evolucionara en un sentido inclusivo, superándose las barreras que en la negociación de las Directivas 2003/86/CE y 2004/38/CE, supusieron el fracaso para abordar la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión que residen en el Estado miembro de su nacionalidad<sup>56</sup>. O, si, por el contrario, podemos seguir manteniendo el pulso a los efectos de la discrimi-

---

GRÜTTERS, S. MANTU, P. MINDERHOUD (Eds.), *Migration on the move*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, p. 203.

<sup>53</sup> STJUE 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, 34/09, ECLI: EU: C: 2011:124. 2011, apartado 39. P. ABARCA JUNCO, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE *Ruiz Zambrano*)”, *REEI*, nº 23, 2012, pp. 13-15.

<sup>54</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 5771, 2003. En consecuencia, la regla es que no todos los ciudadanos de la Unión gozan al mismo de los beneficios del Derecho de la Unión, puesto que la propia Directiva restringe su ámbito de aplicación. S. MANTU, “Alternative Views on EU Citizenship”, en C. GRÜTTERS, S. MANTU, P. MINDERHOUD (Eds.), *ob.cit.*, p. 229. Regla, que como manifiestan algunos autores, nos lleva incluso a una categorización de casta de ciudadanos de la unión, en función del nivel adquisitivo o de estudios, que va a poder ejercer efectivamente, o al menos con una mayor potencialidad, su derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro, constatándose que no es un privilegio del que van a poder beneficiarse todos los ciudadanos de la Unión. M.P. GRANGER, “The protection of civil rights and liberties and the transformation of Union citizenship”, en S. SEUBERT, M. HOOGENDOORN, T. KNIJN, S. DE VRIES, F. VAN WAARDEN (Eds.), *Moving Beyond Barriers. Prospects for EU Citizenship*, Northampton, Edward Elgar Publishing, Publisher, 2018, pp. 183-185.

<sup>55</sup> B. SUNDERBERG-WEITMAN, *Discrimination on grounds of nationality. Free movement of Workers and Freedom of Establishment under ECC Treaty*, The Netherlands, North-Holland, 1977, p. 116.

<sup>56</sup> En la negociación de las Directivas 2003/86/CE y 2004/38/CE se pretendió sin éxito abordar la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión que residen en el Estado miembro de su nacionalidad. D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación*

nación inversa a supuestos que sí están vinculados al Derecho de la Unión a través de la construcción de la protección que brindan los arts. 20 y 21 TFUE<sup>57</sup>.

**26.** Respecto a la primera de las ideas, quizás incluso puede decirse que ello llega en un momento adecuado con el *brexít* del Reino Unido, siempre y cuando no suponga una reforma de la Directiva que rebaje las expectativas que gracias al TJUE se han conseguido para su aplicación directa o analógica<sup>58</sup>.

**27.** La postura del Reino Unido en 2016 fue anunciar la imposición de las mismas restricciones previstas para la reagrupación de los familiares de los nacionales británicos a cualquier otro ciudadano de la Unión. Esta solución acompañada de una reforma de la Directiva en dichos términos hubiera significado la desaparición del régimen actual de discriminación inversa, pero situándose muy lejos de la interpretación del TJUE sobre la propia Directiva y el alcance de la protección actual que proporciona el art. 21 TFUE<sup>59</sup>.

**28.** En estos términos lo que se adopta es una actitud defensiva ¿Es un abuso el buscar el amparo del Derecho de la Unión para las familias mixtas? Estamos en la franja del uso y el abuso, y para respetar el uso, ¿debe controlarse desde una regulación para frenar el abuso incluso cuando se recurre a un uso legítimo cuyo manto de protección deriva de los arts. 20 y 21 TFUE?

**29.** Esta actitud es la que se observa en la carta dirigida por Cameron al presidente del Consejo el 19 de noviembre de 2015<sup>60</sup>:

“We need to crack down on the abuse of free movement, an issue on which I have found wide support in my discussions with colleagues. This includes tougher and longer re-entry bans for fraudsters and people who collude in sham marriages. It means addressing the fact that it is easier for an EU citizen to bring a non-EU spouse to Britain than it is for a British citizen to do the same”.

**30.** En estas líneas puede verse como se da la vuelta al razonamiento. Es decir, es la Directiva 2004/38/CE la que perjudica a los nacionales británicos en la reagrupación familiar y no la política de discriminación inversa que mantiene el Reino Unido. Pero, como señala Guild, para acabar con las desventajas, ¿no es más adecuado poner fin a la exclusión que sufren los ciudadanos británicos respecto al ámbito de aplicación de las *Immigration (European economic Area) 2006*?<sup>61</sup>.

---

*familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 103. En este sentido, algunos autores defienden que esta reforma es necesaria para acabar con la discriminación inversa. C. DAUTRICOURT, S. THOMAS, “Reverse discrimination and Free Movement of Persons Under Community Law: All for Ulysses, Nothing for Penelope?”, *European Law Review*, nº 3, 2009, pp. 450-454; H. VERSCHUEREN “Reverse discrimination: An Unsolvably Problem?”, en P. MINDERHOUD, N. TRIMIKLINIOTIS (Eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, p. 199. Incluso se propone una reforma de los arts. 20 y 21. A. TRYFONIDOU, *The impact of Union Citizenship on the EU’s market freedoms*, ob.cit., pp. 204-207, o del art. 20 en el sentido que los ciudadanos de la Unión tienen derecho a la libre circulación y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuyo principio debería trasladarse al espíritu de una futura reforma de la Directiva 2004/38/CE. C. BERNERI, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 122.

<sup>57</sup> Cuestión ya puesta en duda por K. GROENENDIJK, “Reverse Discrimination, Family Reunification and Union Citizens of Immigrant Origin”, en E. GUILD, C. GORTÁZAR ROTAECHE, D. KOSTAKOPOULOU, (Eds.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 183-185.

<sup>58</sup> En este sentido se expresa Guild en referencia al endurecimiento de las condiciones a las que la Comisión parecía estar dispuesta. E. GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, ob. cit., pp. 55-67.

<sup>59</sup> V. VERBIST, ob. cit., pp. 126-128.

<sup>60</sup> [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/475679/Donald\\_Tusk\\_letter.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/475679/Donald_Tusk_letter.pdf) visited 25 August 2016. En referencia al trato en la campaña, S. REYNOLDS, “(De)constructing the Road to Brexit: Paving the Way to Further Limitations on Free Movement and Equal Treatment?”, en D. THYM, ob.cit., p. 80, poniéndose de manifiesto que ello ha servido para poner sobre la mesa la división entre los ciudadanos de la UE que se mueven y los estáticos, D. THYM, “The Evolution of Citizens’ Rights in Light of the European Union’s Constitutional Development”, en D. THYM, ob.cit., p. 127.

<sup>61</sup> E. GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, ob. cit., p. 59.

31. Se trata de un ejemplo más del discurso político orientado hacia el *brexit*, cuya respuesta en las conclusiones de 19 de febrero de 2016, especialmente en la declaración de la Comisión que consta en el anexo VII, sorprende hacia una propuesta de endurecimiento de la Directiva (CE) 2004/38/ respecto a la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en aras a reducir el ámbito de aplicación a los movimientos “genuinos”<sup>62</sup>, y que ha llevado a la doctrina a plantearse el sentido de esta orientación si finalmente el Reino Unido va a salir de la UE, aunque evidenciándose como algunos Estados miembros, con la excusa del *brexit*, se muestran proclives a ello<sup>63</sup>.

32. En el planteamiento de estos interrogantes topamos con la STJUE en el asunto *Lounes* en el que, como insistiremos en el apartado cuarto de este trabajo, las circunstancias que envuelven al ciudadano de la Unión no se enmarcan estrictamente en ninguno de los dos supuestos estándares a) y b) mencionados, convirtiéndose en una muestra más de esta rica casuística en la que la conexión comunitaria se muestra con distintas facetas y de cómo el mantenimiento de políticas de discriminación inversa acaban provocando desventajas para situaciones que, bajo la doctrina del TJUE, no se consideran puramente internas. Tras su análisis, pondremos sobre la mesa algunas reflexiones que nos asaltan respecto al lugar de fondo que ocupa la discriminación inversa en esta casuística y nos focalizaremos especialmente en las dificultades que para el Derecho de extranjería de origen interno supone integrar las reglas del TJUE, especialmente, sobre el papel del art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE.

### III. El manto protector del Derecho de la Unión: el papel de los arts. 20 y 21 TFUE

33. La premisa de la casuística a la que nos estamos refiriendo es que el ciudadano de la Unión busca soluciones para no ser discriminado y poder residir en el país de su nacionalidad con sus familiares<sup>64</sup>. No nos engañemos, una de las urgencias de las familias internacionales es poder residir en términos de legalidad, y que, en sus inicios, nace de la compensación al esfuerzo de aquellos ciudadanos de la Unión que participan económicamente en el mercado único, pero que ya ha sido superado por un estatuto de ciudadanía cuya vocación es convertirse en un estatuto fundamental. Sin embargo, como hemos podido apreciar en el discurso político en el contexto del *brexit*, esta búsqueda se concibe negativamente al generalizarse como un abuso del Derecho de la Unión.

34. Y es que, aunque no se haya ejercido el derecho a la libre circulación y residencia o de hacerlo se retorne al Estado miembro de origen, se trata de ciudadanos de la Unión, lo que provoca que los asuntos planteados vayan sorprendiendo a los órganos jurisdiccionales internos ante las dificultades para la obtención de permisos de residencia para los familiares en situaciones en las que se van desdibujando los límites para considerar que los hechos revelan una situación puramente interna en la que la discriminación inversa resulta admisible, y que presenta como un síntoma de las deficiencias en la adaptación a la doctrina del TJUE por parte del Derecho de extranjería interno. Síntoma que encuentra su origen, como hemos visto, en la falta de respuesta directa en el derecho derivado, generándose, en consecuencia, la necesidad de plantear cuestiones prejudiciales con unos contornos extremadamente perfilados al caso concreto y que aumentan al compás de los pronunciamientos evolutivos del TJUE. Y allí dónde el derecho derivado no da cobijo, sí que va ofreciendo tutela, gracias a la interpretación del TJUE, el derecho de primario. El paraguas protector lo encontramos en los arts. 20 y 21 Tribunal de Luxemburgo.

35. El art. 20 TFUE para aquellos supuestos en los que el ciudadano de la Unión reside y siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad (asunto *Ruiz Zambrano*, en el caso de unos

<sup>62</sup> EUCO (European Council document) 10/16 de 19 de febrero de 2016, pp. 8-37, en especial en referencia al anexo VII, p. 35.

<sup>63</sup> K. GROENENDIJK, “Brexit: Free Movement of Union Citizens and the Rights of Third-Country Nationals under Threat?”, en C. GRÜTTERS, S. MANTU, P. MINDERHOUD (Eds.), ob.cit. pp. 292-302.

<sup>64</sup> S. SEUBERT, “From protection to empowerment”, en S. SEUBERT, O. EBERL, F. VAN WAARDEN, *Reconsidering EU citizenship: contradictions and constraints*, Northampton, Edward Elgar Pub., 2018, pp. 254-259.

niños belgas que han nacido y siempre han residido en Bélgica y en el que se pretende la regularización de sus progenitores colombianos) o para aquéllos en los que no cubre el art. 21 TFUE (asunto *Rendón Marín*, en el supuesto de la hija polaca de un nacional colombiano, nacida en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, pero en el que siempre ha residido sino se tiene recursos para no ser una carga en el Estado miembro de acogida, teniendo en cuenta que por sus casos vínculos con Polonia es difícil que pueda residir en dicho país)<sup>65</sup>. Y el art. 21 TFUE para los casos en los que el ciudadano de la Unión ejerce su derecho a la libre circulación, pero la circunstancia concreta que envuelve su situación no está recogida en la Directiva 2004/38/CE (asunto *Zhu y Chen*, en el que se trata el permiso de residencia derivado de la madre de una menor nacida en Irlanda que traslada su residencia al Reino Unido, contando la niña con recursos suficientes para no ser una carga para el Estado miembro de acogida)<sup>66</sup>.

**36.** Desde esta realidad la lógica nos lleva a afirmar que existe protección, pero con distintos fundamentos<sup>67</sup>. Sin embargo, el problema es que desde la perspectiva del legislador interno y/ o aplicador u operador práctico creemos que no se entiende este diálogo o que es difícil de comprender y trasladar hacia la normativa. No es cuestión de transponer únicamente la Directiva 2004/38/CE a los ordenamientos jurídicos nacionales, sino de regular un Derecho de extranjería atendiendo también a la jurisprudencia del TJUE conforme a la protección que brindan los arts. 20 y 21 TFUE<sup>68</sup>, que precisa entender una triple tipología de situaciones: las que directamente están cubiertas por la Directiva (CE) 2004/38/CE, las que no están cubiertas pero en las que sí existe un vínculo con el Derecho de la Unión y finalmente las puramente internas. Ello se advierte, especialmente, desde la perspectiva del Derecho de extranjería interno, en el que el peso de la Directiva 2004/38/CE es tal que esta y las normas internas para su transposición se convierten en la fuente principal para resolver sobre los permisos de residencia de los familiares, tomando un papel más secundario, diríamos que judicializado, los arts. 20 y 21 TFUE, dificultándose el diálogo del TJUE con las medidas nacionales y los problemas de compatibilidad que plantean con el Derecho de la Unión.

**37.** Papel que, en el caso del art. 21 TFUE, parece perder incluso fuerza tras el protagonismo alcanzado por el art. 20 TFUE en el asunto *Ruiz Zambrano*. En este sentido, se advierte que, en algunas cuestiones prejudiciales, el órgano remitente interno omite completamente interrogar al TJUE sobre la compatibilidad de la medida nacional con el art. 21 TFUE, cuando podría hacerlo, agotando toda su estrategia en el art. 20 TFUE si la Directiva 2004/38/CE no resulta aplicable o existen dudas sobre su aplicación. Cuestión que ha tenido que ser señalada por el TJUE en diversas ocasiones, como en el asunto *Rendón Marín*, y que tomaremos como referencia en este trabajo por poner en jaque precisamente la compatibilidad de la normativa española de extranjería.

#### **IV. El art. 21 TFUE a la luz del TJUE a los ojos del Derecho de extranjería interno**

**38.** Con el ánimo de ilustrar sobre las dificultades que presenta el diálogo entre el art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE para el Derecho interno, centraremos nuestro estudio en el asunto *Lounes*, precisamente por las novedades que aporta; protección del art. 21 TFUE en supuestos de doble nacionalidad a diferencia de un asunto precedente, *McCarthy*, en el que la doctrina emanada del TJUE tuvo consecuencias restrictivas en el Derecho de extranjería del Reino Unido.

**39.** Ninguna de las características de este caso puede estrictamente ubicarse en las situaciones a) y b) referenciadas en el apartado II. 2 de este trabajo, sino que, como hemos apreciado, muestra una de las múltiples situaciones en las que puede encontrarse un ciudadano de la Unión en el momento de

<sup>65</sup> STJUE 13 septiembre 2016, *Rendón Marín*, 165/14, ECLI: EU: C: 2016:675.

<sup>66</sup> STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, 200/02, ECLI: EU: C: 2004:639.

<sup>67</sup> M. SOTO MOYA, "La libre circulación de personas como concepto ambivalente", *REDI*, vol. LX, nº1, 2008, pp. 163-177.

<sup>68</sup> Ello se torna especialmente complejo en un sistema asimétrico en el que se da prioridad a las libertades económicas y en el que los derechos fundamentales se instrumentan para evaluar si las medidas nacionales constituyen limitaciones legítimas. C. O'BRIEN, *Unity in Adversity: EU Citizenship, Social Justice and the Cautionary Tale of the UK*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 33.

reagrupar a su familiar, conectada con el Derecho de la Unión sin ser catalogada como una situación puramente interna, aunque no cumpla con los estándares de la Directiva 2004/38/CE.

40. En este sentido, nos encontramos con que la Sra. Ormazabal no es una ciudadana de la Unión que siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad ni tampoco es una ciudadana de la Unión que tras residir en otro Estado miembro regresa al Estado miembro de su nacionalidad. La Sra. Ormazabal, de nacionalidad española, se traslada al Reino Unido para cursar sus estudios en el año 1996, estableciendo allí su residencia. Trabaja en dicho Estado miembro a tiempo completo desde septiembre de 2004 y en agosto de 2009 adquiere la nacionalidad británica con motivo de su naturalización por residencia, aunque conservando la nacionalidad española. En 2013 inicia una relación con el Sr. Lounes, un nacional argelino que, desde que expira su visado de residencia temporal en 2010, permanece de forma irregular en el Reino Unido. En 2014, cuando la Sra. Ormazabal, recordemos es ya ciudadana británica, contraen matrimonio religioso (enero) y civil (mayo) y el esposo solicita un permiso de residencia acogiéndose a las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*. La solicitud de permiso de residencia es denegada puesto que la Sra. Ormazabal ya no es considerada beneficiaria de estas ni tampoco de la Directiva 2004/38/CE, y ello, aunque mantenga también la nacionalidad española.

41. La situación de la sra. Ormazabal se nos revela, por tanto, como una situación híbrida de a) y b), fruto precisamente, de la rica casuística que se da en términos de reagrupación familiar en países que siguen políticas de extranjería que alimentan la discriminación inversa, como es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Países Bajos o el Reino Unido, que optan por tratar de forma menos favorable en la regulación de la reagrupación familiar cuando el reagrupante es nacional de dicho Estado miembro y siempre ha residido en él<sup>69</sup>, cuyos efectos acaban afectando a situaciones que no son puramente internas. Es por ello por lo que insistimos en que el *background* de estos casos siempre está presente la discriminación inversa, aunque no esté pensada para que tenga consecuencias en casos que sí están vinculados con el Derecho de la Unión. El asunto *Lounes* se presenta, así, como otro ejemplo de esta casuística en evolución continúa y que responde, reclamamos, a un denominador común: el problema no denunciado de la discriminación inversa. Sin embargo, como sucede en el marco de otras cuestiones prejudiciales el TJUE no alude directamente a la discriminación inversa<sup>70</sup>. Cuestión que sí ha llegado a ser afrontada por algunas de las conclusiones de los abogados generales<sup>71</sup>.

42. Concretamente, en el Reino Unido, los nacionales, aunque posean, a su vez, la nacionalidad de otro Estado miembro, están excluidos del ámbito de aplicación de la normativa que regula los permisos de residencia para los familiares de los ciudadanos de la Unión que trasladan su residencia al Reino Unido; *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*. La versión original de la *regulation 2* precisaba que el Reino Unido estaba excluido del concepto de “Estado del EEE” y tras las sucesivas modificaciones producidas a través de las *Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012 (2012/1547)* y las *Immigration (European Economic Area) (Amendment) (n.º 2) Regulations 2012 (2012/2560)*, la *regulation 2* dispone que “Se entenderá por nacional del EEE cualquier nacional de un Estado del EEE que no sea también ciudadano británico”.

43. Esta exclusión debe relacionarse necesariamente con la *regulation 9* que hace referencia a los miembros de la familia de los ciudadanos británicos que resultan beneficiarios cuando el ciudadano

<sup>69</sup> Fenómeno examinado exhaustivamente en los distintos Estados miembros por A. WALTER, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Nijmegen, Centre for Migration Law, 2008.

<sup>70</sup> Esta estrategia se enmarca en el contexto de presión en el que se encuentra el TJUE entre los intereses de los Estados miembros y del propio estatuto de ciudadanía. U. ŠADL, S. SANKARI, “Why Did the Citizenship Jurisprudence Change?”, en D. THYM, ob.cit., p. 89.

<sup>71</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “La evolución de la protección que brinda el estatuto de ciudadanía de la unión vs. el fenómeno de la discriminación inversa”, en J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ, ob.cit., pp. 598-599. Es más, algunos autores en el estudio de los orígenes de la discriminación inversa acuñan el término a la doctrina y que ha logrado consolidarse hasta el punto que es recogida en las opiniones de los Abogados Generales. V. VERBIST, ob.cit., p. 8.

británico ha ejercido su derecho a la libre circulación y retorna al Reino Unido<sup>72</sup>. Dicha distinción, que es heredada de una política consolidada de discriminación inversa, ha conducido y sigue conduciendo a que en la realidad los ciudadanos británicos que tienen la oportunidad prefieran establecer su residencia en otro país miembro de la UE para poder beneficiarse del régimen de libre circulación en referencia a los permisos de residencia para sus familiares a su retorno al Reino Unido que someterse directamente al régimen general de extranjería propio<sup>73</sup>. Se mantiene, por tanto, una situación diferenciada a efectos de reagrupación familiar respecto al ciudadano británico que ha residido y trabajado en otro Estado miembro respecto a aquél ciudadano británico que solo ha residido y trabajado en el Reino Unido, y que es catalogada por algunos autores como una situación jurídicamente “curiosa”<sup>74</sup>, cuya connotación política negativa en la era del *brexit*, como se ha visto, achaca dicha diferenciación al Derecho de la Unión.

44. Pero, ¿por qué llega a darse esta exclusión tan extensa? La respuesta está en el margen de maniobra que proporcionó el asunto *McCarthy*, cuyo fallo sirvió para que limitar aún más al no incluir en el ámbito de aplicación de las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*, a sus propios nacionales en el caso inclusive de que se poseyera la nacionalidad de otro país miembro. Aspecto que destaca el apartado 20 de la Sentencia:

“De la resolución de remisión se desprende en efecto que, antes de esa modificación, los ciudadanos británicos que también tenían la nacionalidad de un Estado del EEE, como la Sra. Ormazabal, eran considerados, a diferencia de quienes no poseían doble nacionalidad, nacionales del EEE en el sentido del artículo 2 del Reglamento de 2006 y podían, por lo tanto, ampararse en los derechos conferidos por este Reglamento. Sin embargo, a partir de dicha modificación, esos ciudadanos ya no son considerados nacionales del EEE y, por ende, ya no disfrutaban de tales derechos, de modo que los miembros de sus familias que sean nacionales de un tercer Estado tampoco pueden invocar un derecho de residencia en el Reino Unido en esa condición”.

## 1. El papel protagonista del art. 21 TFUE en el asunto *Lounes*

45. Para el TJUE los elementos que se dan en el caso de la Sra. Ormazabal sitúan el asunto fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE, atendiendo a que en la fecha que contrae matrimonio ella es ciudadana británica<sup>75</sup>. Desde que adquirió la nacionalidad británica, la Sra. Ormazabal ya no reside en un Estado miembro distinto del Estado del que tiene la nacionalidad, tal y como exige el artículo 3.1 Directiva 2004/38/CE. En consecuencia, ya no está incluida en el concepto de “beneficiario” previsto en el instrumento. Y es en el Reino Unido, el Estado miembro en el que su marido pretende residir como familiar de ciudadano de la Unión, no en un tercer Estado, lo que aparentemente nos conduce a una situación puramente interna en la que el Derecho de la Unión no debe intervenir.

46. Ahora bien, que no se beneficie directamente de la Directiva 2004/38/CE no significa que no haya ninguna conexión con el Derecho de la Unión. Existe un ejercicio de libre circulación previo y bajo la nacionalidad de otro Estado miembro, que ella aún conserva, lo que permite que la situación de la Sra. Ormazabal no quede catalogada como una situación puramente interna. En este sentido advierte el Tribunal que, aunque la cuestión prejudicial se ciñe a la interpretación del mantenimiento o no de la situación de beneficiario de la Directiva conforme al art. 3.1 en las circunstancias de la Sra. Ormazabal, ello no obsta para que el Tribunal introduzca otros elementos de interpretación del Derecho de la Unión oportunos, como resulta ser en el presente caso el alcance de la protección del art. 21.1 TFUE<sup>76</sup>. Abre de nuevo pues el TJUE el diálogo entre el art. 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE con el derecho interno.

<sup>72</sup> M. PHELAN, J., GILLESPIE, *Immigration Law handbook*, Oxford University press, 2015, p. 1359.

<sup>73</sup> Opción puesta de manifiesto desde de sus inicios. N. MOLE, *Immigration: family enter and settlement*, Bristol, Jordan & sons limited, 1987, p. 25.

<sup>74</sup> G. CLAYTON, *Immigration and Asylum Law*, Oxford University Press, 2006, p. 279.

<sup>75</sup> Apartados 37 a 44.

<sup>76</sup> Apartados 46 a 48.

47. Ciertamente resulta difícil clasificar la situación en el estándar del perfil fáctico del marco de protección del art. 20 TFUE que viene siendo utilizado desde *Ruiz Zambrano*, porque en puridad la Sra. Ormazabal no es una ciudadana de la Unión nacional de un Estado miembro en el que siempre ha residido, aunque *sí lo es* desde que adquiere la ciudadanía del Estado miembro de acogida. Con anterioridad a esta nueva condición de ciudadanía poseía otra nacionalidad, bajo la cual trasladó su residencia al Reino Unido ejerciendo, por tanto, su derecho a la libre circulación. Ello permite al TJUE, antes de entrar en la protección que podría ofrecer el art. 20 TFUE a las circunstancias de la Sra. Ormazabal, acudir con carácter previo al art. 21 TFUE, teniendo en cuenta que el TJUE ha reconocido la aplicación analógica de la Directiva para aquellos supuestos en los que ésta no expresamente contemplados en ella.

48. En consecuencia, la obtención de la nacionalidad del Estado miembro al que se ha trasladado, siendo ella con anterioridad también ciudadana de la Unión, proporciona un nuevo frente a esta rica casuística, puesto que sí había existido un traslado de residencia de un Estado miembro a otro previo a la naturalización en el que había sido su Estado miembro de acogida y manteniendo su nacionalidad de origen.

## 2. De *McCarthy* (2011) a *Lounes* (2017)

49. Como hemos advertido, la postura del TJUE en el asunto *McCarthy* fue aprovechada por el Reino Unido para limitar aún más el ámbito de aplicación de las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>77</sup>. Pero la realidad de las familias mixtas supera, de nuevo, a la doctrina emanada en *McCarthy*.

50. En este tipo de casuística relacionada con los arts. 20 y 21 TFUE el TJUE utiliza técnicas de argumentación interpretativa para mantener sus razonamientos con pronunciamientos que provocan resultados distintos, inducidos por los elementos que provocan diferencias en el caso concreto de un asunto precedente<sup>78</sup>. En el caso de la Sra. McCarthy, su doble nacionalidad británica e irlandesa no fue suficiente para considerarla beneficiaria de la Directiva 2004/38/CE ni tampoco para afirmar la existencia de un amparo directo e indiscutible del art. 21, al no haber ejercido su derecho a la libre circulación<sup>79</sup>, ejercicio que, por el contrario, sí que ha existido en el caso de la Sra. Ormazabal, aunque posteriormente hubiera obtenido la nacionalidad del Estado miembro de acogida. A diferencia de los hechos en el asunto *McCarthy*, la situación de doble nacionalidad de la Sra. Ormazabal sí permite entonces activar la protección del art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE, y se traduce en el reconocimiento de un derecho de residencia derivado para el Sr. Lounes. El Tribunal así lo reconoce, de acuerdo con su jurisprudencia anterior, con sujeción a unos requisitos de concesión que no deberán ser más estrictos que los contemplados en la Directiva 2004/38/CE, siguiendo la doctrina en *O. y B.*<sup>80</sup>, debido a que ésta se aplica, pero no por resultar la Sra. Ormazabal y su esposo beneficiarios de ésta, sino por analogía, tal y como resulta también de la doctrina emanada en *Chávez-Vilchez y otros*<sup>81</sup>.

51. Entendemos pues que el mantenimiento de la otra nacionalidad no es el elemento clave que activa dicha protección sino que existió un ejercicio de libre circulación y residencia en el transcurso de la vida del ciudadano de la Unión y que fue el que precisamente le llevó a un nivel de integración que

<sup>77</sup> Se trata de una estrategia propia de una política que favorece la discriminación inversa que apuesta por endurecer los requisitos para la reagrupación familiar de los ciudadanos británicos, como, por ejemplo, la reforma propiciada en 2012, que exige recursos económicos para ello. E. GUILD; S. PEERS; J. TOMKIN, ob.cit., p. 11.

<sup>78</sup> Ello, por ejemplo, justifica la diferencia de resultado de *Ruiz Zambrano* a *McCarthy*. R. CIPPITANI, “Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia y el derecho a libre circulación de los familiares nacionales de países terceros”, *Revista electrónica Cátedra Jean Monnet*, nº 2, 2014, pp. 32-36.

<sup>79</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “Artículo 21 TFUE. Libre circulación de personas. Nacional que siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad. Nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 41, 2012, pp. 221-236. El TJUE excluye la protección cuando no existe un elemento que nos conecte con el Derecho de la Unión. A. TRYFONIDOU, *Reverse discrimination in EU Law*, ob.cit., p. 119.

<sup>80</sup> STJUE 12 de marzo 2014, O. B, 456/12, ECLI: EU: C: 2014:135, apartados 50 y 61.

<sup>81</sup> STJUE 10 mayo 2017, H.C. Chávez-Vilchez y otros, 133/15, ECLI: EU: C: 2017:354, apartados 54 -55.

le permitió llegar a la obtención de la nacionalidad del Estado miembro de acogida<sup>82</sup>. Para el Tribunal, atendiendo a las consideraciones del Abogado General Yves Bot<sup>83</sup>, la adquisición de la nacionalidad del Estado miembro de acogida significa el mayor grado de integración y tendría impactos negativos que ello representara situarse en una posición menos favorable a efectos de reagrupación familiar, resultando así incompatible con el Derecho de la Unión, la exclusión de los ciudadanos británicos que posean la nacionalidad de otro Estado miembro.

**52.** Sin embargo, cabe señalar que en su decisión el TJUE incluye que el ciudadano de la Unión “conserva al mismo tiempo su nacionalidad de origen”, cuestión que también podría ser tomada como referencia para nuevos límites tal y como sucedió tras *McCarthy* en el Reino Unido. Ello si finalmente no hay *brexit*, de haberlo, aventuramos que el régimen UE de libre circulación acabará desapareciendo<sup>84</sup>. Hasta el momento, con independencia de *Lounes*, la estrategia del Reino Unido en el propio régimen UE ha sido poner más frenos a la entrada de inmigración familiar, mediante modificaciones más restrictivas en las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>85</sup>, derogadas por las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2016*, en las que se incluyen, la exigencia de una *genuine residence* para el familiar y el ciudadano británico y la *purpose of residence test*<sup>86</sup>, desarrolladas en la *Guidance Free movement rights: family members of British citizens*<sup>87</sup>:

“Reg. 9. (1) If the conditions in paragraph (2) are satisfied, these Regulations apply to a person who is the family member (“F”) of a British citizen (“BC”) as though the BC were an EEA national. (2) The conditions are that—(a)BC—(i)is residing in an EEA State as a worker, self-employed person, self-sufficient person or a student, or so resided immediately before returning to the United Kingdom; or (ii)has acquired the right of permanent residence in an EEA State; (b)F and BC resided together in the EEA State; and (c)F and BC’s residence in the EEA State was genuine. (3) Factors relevant to whether residence in the EEA State is or was genuine include—(a)whether the centre of BC’s life transferred to the EEA State; (b)the length of F and BC’s joint residence in the EEA State; (c)the nature and quality of the F and BC’s accommodation in the EEA State, and whether it is or was BC’s principal residence;(d)the degree of F and BC’s integration in the EEA State; (e)whether F’s first lawful residence in the EU with BC was in the EEA State”.

## V. ¿Qué clase de solución nos aporta este diálogo desde la perspectiva del Derecho de extranjería interno?

**53.** A pesar de que el art. 21 TFUE ofrezca amparo para la situación concreta que no ha sido sea relegada a una cuestión puramente interna, lo cierto es que los efectos en la normativa o en la práctica interna no consiguen un impacto suficiente para dar cobertura a las distintas posibilidades que pueden

<sup>82</sup> S. PEERS, “Dual citizens and EU citizenship: clarification from the ECJ”. Recuperado de <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/search?q=Lounes>, 2017.

<sup>83</sup> Presentadas el 30 de mayo de 2017, ECLI: EU: C: 2017:407.

<sup>84</sup> Tal y como advierte Jiménez Blanco: “El eventual acuerdo entre la UE y el Reino Unido, para la implantación del Brexit, habrá de integrar y considerar la situación de los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE residentes en el Reino Unido, aunque también sean nacionales británicos. Hecho efectivo el Brexit, la constitución de cualquier relación familiar futura con estos ciudadanos quedará exclusivamente sometida a las leyes británicas”, en este último supuesto el conducto, para la autora, será el art. 8 CEDH. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión”, *La Ley Unión Europea*, nº 56, febrero 2018.

<sup>85</sup> AA. VV, *Immigration Manual*, London, HJT Training professionals, 2017, p. 389.

<sup>86</sup> I. A. McDONALD, R. TOAL, *McDonald’s Immigration Law & Practice*, vol. 1, London, LexisNexis, 2017, pp. 46-47. Estas restricciones muestran el escrutinio que puede llegar a darse y que se traducen en nuevos obstáculos o barreras justificadas en el abuso del Derecho de la Unión como la regla general de estas familias mixtas. A. STAVER, “Free Movement for Workers or Citizens? Reverse Discrimination in European Family Reunification Policies”, en W. MASS (Ed.), *Democratic Citizenship and the Free Movement of People*, Brill/Nijhoff, 2013, p. 88.

<sup>87</sup> Publicadas el 25 de noviembre de 2016 y actualizadas a 29 de marzo de 2019. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/790934/family-member-of-british-citizen-v4.0-ext.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/790934/family-member-of-british-citizen-v4.0-ext.pdf)

presentarse, ante la rigidez que caracteriza al Derecho de extranjería y seguimos enfrentándonos a la siempre eterna judicialización del problema. De igual modo nos ocurre con el art. 20 TFUE. Sale a cuenta denegar porque ¿cuántas denegaciones llegarán al recurso judicial?<sup>88</sup>

## 1. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales: el arraigo familiar

54. Un ejemplo de este escenario lo encontramos en el Derecho de extranjería español en el asunto *Rendón Marín*, en el que una de las bondades de la interpretación del TJUE es que, aunque se reconoce que pueden existir límites a la aplicación del art. 20 TFUE como manto protector, debe ponderarse, caso por caso, el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor<sup>89</sup>. El resultado es que el TJUE, recuperando el espíritu de *Ruiz Zambrano*<sup>90</sup>, ha declarado que una normativa que, como la española, prevé la denegación automática, sin dicha valoración, de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales al progenitor de un menor español por tener antecedentes penales resulta contraria al art. 20 TFUE<sup>91</sup>.

55. Aun así, la normativa interna española no ha sido modificada y el interés superior del menor tampoco aparece en el precepto reglamentario que regula la figura del arraigo familiar; art. 124.3 RD 557/2011, de 20 de abril. En consecuencia, en sede administrativa difícilmente prosperará una solicitud de residencia si existen antecedentes penales, llegándose necesariamente a la vía del recurso judicial por las dificultades a las que se enfrentará el recurso administrativo. Y es que parece que el sistema confía en la valoración natural, caso por caso, de los órganos competentes para resolver y ello, en la realidad práctica que envuelve el Derecho de extranjería, nos conduce inevitablemente, ciñéndonos a la literalidad de las normas; art. 31.5 LO 4/2000, de 11 de enero y art. 128 RD 557/2011, de 20 de abril, a acudir a los tribunales para la obtención de permisos de residencia por motivos de arraigo familiar.

56. Pero *Rendón Marín* nos da la oportunidad de revelar algo más. En el caso, el progenitor, nacional de Colombia, tenía un hijo español y una hija polaca. El Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial no pregunta por el papel que el art. 21 TFUE jugaría en el supuesto si se pretendiera un derecho de residencia para el padre al amparo del art. 21 TFUE teniendo en cuenta la situación de la hija; una niña ciudadana de la Unión, nacional de otro Estado miembro, que ha nacido en el Estado miembro de acogida y en el que siempre ha residido.

57. Y es que la parte recurrente ni se plantea esta vía. La normativa española de extranjería no la contempla, a pesar de la jurisprudencia en *Zhu y Chen*, seguida también en *Alokpa y otros*<sup>92</sup>. Es más, en este terreno nosotros nos preguntamos si la solución del arraigo familiar para los progenitores de españoles prevista en el art. 124.3 RD 557/2011, no es en sí misma una manifestación de discriminación inversa encubierta, en el caso en el que pudiera tramitarse una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión del progenitor de un menor ciudadano de la Unión que poseyera la nacionalidad de otro Estado miembro<sup>93</sup>. Pero la vía, hoy por hoy, no está prevista expresamente en el RD 240/2007, de 16 de febrero,

<sup>88</sup> D. MOYA MALAPEIRA, “Solicitudes de identificación de extranjeros y prácticas administrativas de control de extranjeros: Una revisión crítica”, ponencia al Encuentro *Nuevos retos del Derecho de Inmigración y de Asilo*, 16 de junio de 2017. Universidad Pontificia de Comillas. Facultad de Derecho-ICADE.

<sup>89</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “Familia, extranjería e interés superior del menor”, en S. SANZ CABALLERO, *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 360-362. En referencia a las consecuencias de este asunto respecto a la figura del arraigo familiar D. MARÍN CONSARNAU, “La denegación de autorizaciones de residencia a propósito de la STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14”, en A. RUDA GONZÁLEZ, C. JEREZ DELGADO (Dir.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Madrid, Sepin, 2018, pp. 737-748.

<sup>90</sup> Coincidiendo en una etapa post *brexit* D. KOSTAKOPOULOU, D. THYM, “Conclusion: The Non-Simultaneous Evolution of Citizens’ Rights”, en D. THYM, ob. cit., pp. 321-322.

<sup>91</sup> M. HAAG, “CS and *Rendón Marín*: Union Citizens and their Third-Country National Parents – A Resurgence of the *Ruiz Zambrano* Ruling?”. Recuperado de: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/09/cs-and-rendonmarin-union-citizens-and.html>, 2016.

<sup>92</sup> STJUE 13 de octubre 2013, *Alokpa*, 86/12, ECLI:EU:C:2013:645.

<sup>93</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “Luces y sombras del arraigo familiar como solución a la situación de los progenitores extranjeros

al contrario de lo que sucede en el Reino Unido con la reforma del 2012 a las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>94</sup>. En la actualidad, en la versión de 2016, la *regulation* 16, párrafo 2, contempla los derechos de residencia derivados de los progenitores que sean cuidadores principales de los menores de 18 años que sean ciudadanos de la Unión que residen en el Reino Unido con recursos suficientes y que no podrían continuar residiendo en el Reino Unido si el progenitor abandonara este país por un tiempo indefinido. También en la misma *regulation*, párrafo 5, se da la solución a los derechos de residencia derivados de los progenitores de los menores ciudadanos británicos que no podrían residir en el Reino Unido o en otro Estado miembro de la UE o del AEEE si el progenitor abandonara el Reino Unido por un período indefinido.

**58.** Desde esta óptica, observamos como nuestro Derecho de extranjería se ha conformado en dar una solución a asuntos que puedan mostrar circunstancias afines a *Ruiz Zambrano*, aunque situándola fuera del régimen UE de libre circulación, y *Zhu y Chen*, a nuestro entender, es la gran olvidada, aunque no en vía judicial.

**59.** Ello provoca que llegase a arrinconarse el papel del art. 21 TFUE hasta el punto que el TJUE tiene que recordarlo. En este sentido, como ya hemos advertido, somos de la opinión que la doctrina *Ruiz Zambrano* basada en la protección del art. 20 TFUE ha llegado a eclipsar el acudir al recurso del art. 21 TFUE como fundamento para el reconocimiento en el caso concreto de derechos de residencia derivados<sup>95</sup>. Así puede observarse en los asuntos *Aloka*, *Rendón Marín* y *Chavez-Vilchez*, en los que el TJUE, recordando la doctrina emanada en *Zhu y Chen*, realiza la advertencia de que son situaciones en las que, dados ciertos requisitos de medios económicos del menor, acordes con lo previsto en el art. 7 Directiva 2004/38/CE, aunque este sea dependiente de su progenitor extracomunitario, los derechos de residencia del progenitor encuentran amparo en el art. 21 TFUE. De este modo, antes de entrar a analizar la compatibilidad respecto del art. 20 TFUE, acude en primer lugar a considerar si la situación encuentra cobijo en el art. 21 TFUE.

**60.** ¿Y cómo se recibe esta primera consideración del TJUE? Como hemos señalado, la normativa interna española sigue sin contemplar expresamente el cauce por el cual en el caso del señor Rendón Marín podría obtenerse un derecho de residencia amparado por el art. 21 TFUE, al tratarse del progenitor de una ciudadana de la Unión que reside en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad y que depende de su padre que es nacional de un tercer Estado. Tampoco el Tribunal Supremo presta mayor atención a este aspecto en su Sentencia de 10 de enero de 2017<sup>96</sup>, tras la respuesta del TJUE en el asunto *Rendón Marín*. No va más allá de afirmar que los hijos del solicitante cumplen las exigencias del artículo 7.1.d) de la Directiva 2004/38 y no entra a pronunciarse sobre el tipo de autorización de residencia que en este supuesto correspondería; el recurso de casación versa sobre una denegación de una autorización

---

de menores españoles”, en A. SOLANES CORELLA, E. LA SPINA (Coord.), *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 395-422. En este trabajo nos preguntábamos sobre las dificultades ante la necesidad de una prórroga para este tipo de autorizaciones y su manifiesta incompatibilidad con el art. 20 TFUE tras la doctrina *Ruiz Zambrano*, defendiendo que el requisito exigible para la concesión de la autorización; la condición de progenitor de un menor español, permanecía vivo en el momento extinción de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, no siendo posible acudir siempre a una modificación hacia una autorización de residencia y trabajo. A esta precisa cuestión atiende el TS en su sentencia de 27 de mayo de 2019, en la textualmente reconoce que los límites impuestos para este tipo de arraigo familiar son “un claro ejemplo de una norma oscura que dificulta una respuesta segura a la hora de su aplicación”, justificándose la disparidad de criterios manifestada por los distintos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para el TJUE tras una lectura literal del art. 130 RD 557/2007, carece de sentido que “transcurrido el plazo del año de la autorización, permaneciendo inalterable la situación contemplada al tiempo de la autorización, pueda ser denegada la prórroga”, vulnerándose el derecho de la Unión, art. 20, aludiéndose también a la doctrina *Ruiz Zambrano*. STS 27 mayo 2019, 1678/2019, ECLI: ES:TS:2019:1678.

<sup>94</sup> J. SHAW; N. MILLER, M., FLETCHER, *Getting to grips with EU citizenship: Understanding the friction between UK immigration law and EU free movement law*. Edinburgh, Edinburgh Law School Citizenship Studies, 2013, pp. 22-23.

<sup>95</sup> Diferenciándose el derecho a estar (art. 20 TFUE) y el derecho a moverse (art. 21 TFUE) del ciudadano de la UE. N. SHUIBHNE, “Integrating Union Citizenship and the Charter of Fundamental Rights”, en D. THYM, ob. cit., pp. 216-234.

<sup>96</sup> STS 10 de enero 2017, 9/2017, ECLI: ES:TS:2017:9.

de residencia por circunstancias excepcionales y no sobre una denegación de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

**61.** En su sentencia de 10 de enero de 2017 el Tribunal Supremo reconoce el derecho a una autorización de residencia por circunstancias excepcionales al Sr. Rendón Marín, al atender al interés superior del menor y valorar con los antecedentes penales del progenitor del menor español. Esta es también la postura adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de enero de 2018<sup>97</sup>, en el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado contencioso administrativo de Murcia que aceptó el recurso contencioso administrativo contra la resolución de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con motivo de arraigo familiar. En el caso nos encontramos con el padre extranjero, nacional de un tercer país, de una menor española. Al progenitor le constan antecedentes penales; fue condenado por delito de violencia doméstica y género, lesiones y maltrato familiar (2009); conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas (2014) y por quebrantamiento de condena y medidas cautelares (2015). Entiende el TSJ de Murcia que el progenitor de la menor española ya cumplió por las penas de violencia de género, habiendo transcurrido ya ocho años en la fecha que se solicita el permiso. El padre no estaba privado de la patria potestad ni constaban medidas respecto de la relación de éste con su hija, presumiéndose a tal efecto, que tal y como exige el art. 124.3 RD 557/2011, el padre desempeñaba sus obligaciones paterno filiales, alegándose no expresamente *Rendón Marín*, sino la jurisprudencia emanada por el TJUE a la luz de *Ruiz Zambrano*, de la que bebe, desde nuestra perspectiva y sin lugar a dudas, *Rendón Marín*.

**62.** También, entre otras, la STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2018<sup>98</sup>, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 14 de julio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 10 de Barcelona, que desestima el recurso contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno por la cual se denegó la solicitud inicial de autorización por circunstancias excepcionales por arraigo familiar por ser los antecedentes penales un requisito ineludible exigido en la Ley de extranjería. El recurso de apelación se formula en base a que la Administración debió haber valorado las circunstancias personales y familiares. El interesado vive en España con su mujer y sus cuatro hijos uno de los cuales posee la nacionalidad española, invocándose el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor. El TSCAT falla en favor del recurso amparándose en la doctrina *Ruiz Zambrano*, *Chávez Vilchez* y *Rendón Marín*. Entiende el Tribunal que la mera existencia de condenas penales no es por si sola un dato excluyente para la autorización, sino que debe valorarse en el conjunto de circunstancias como la situación familiar. Si bien es cierto que el actor fue condenado (en 2010) por un delito cuya gravedad y pena es indiscutible (condena por delito de tráfico de sustancias nocivas para la salud: 3 años de prisión y 3 años de inhabilitación para el sufragio pasivo), también lo es que ha acreditado convivir con su esposa y con cuatro hijos, todos ellos con permiso de residencia, resultando una de las hijas de nacionalidad española. Por lo que el Tribunal pondera, junto a la gravedad de este, si el actor está al cuidado efectivo de los menores, su edad, su desarrollo físico y emocional, la intensidad la relación afectiva con los progenitores y el riesgo en caso de separación.

**63.** Esta valoración, en función de las circunstancias del caso concreto, implica que no en todos los pronunciamientos se llegue a la misma solución. En este sentido contamos con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de marzo de 2018<sup>99</sup>, sobre el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Tarragona, de 10 de noviembre de 2015, en relación a la denegación de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por motivo de arraigo familiar (art. 124.3 RD 557/2011). Los hechos del caso se circunscriben a la situación de un matrimonio de bolivianos con un hijo de nacionalidad española nacido en 2007. La familia convive en un domicilio de Tarragona. Consta el contrato del padre como empleado del hogar (desde enero de 2014) y de la madre como peón de la industria manufacturera (desde marzo de 2012). En 2009 el padre

<sup>97</sup> STTSJM 29 enero 2018, 125/2018, ECLI: ES: TSJMU: 2018:125.

<sup>98</sup> STTSJCAT 29 de junio 2018, ECLI: ES: TSJCAT:2018:11561.

<sup>99</sup> STTSJCAT 20 marzo 2018, ECLI: ES: TSJCAT:2018:6823.

fue detenido por estar involucrado en un delito contra la salud pública, dictándose sentencia condenatoria por ser cómplice de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, a la pena de dos años de prisión, que fue suspendida durante dos años. En octubre de 2013 se formula solicitud de autorización de residencia por arraigo familiar, denegada por la Subdelegación de Gobierno de Tarragona, debido a la emisión de un informe gubernativo desfavorable y la concurrencia de dichos antecedentes penales.

64. Se alega en el recurso la STJUE en el asunto *Rendón Marín*, por la cual el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que exija como condición *sine qua non* para otorgar la residencia al progenitor de un menor ciudadano de la Unión el carecer de antecedentes penales. El TSJ Cataluña constata la gravedad del delito y advierte que, aunque el progenitor convive con su hijo que el niño depende de ambos progenitores, no se acredita que el padre atiende a sus necesidades, puesto que no se verifica un arraigo laboral ni los medios económicos de los que dispone a tal efecto.

65. Como puede observarse, de la doctrina *Rendón Marín* no se deriva que automáticamente los antecedentes penales no han de ser tenidos en cuenta para autorizar al progenitor a residir. Es más, el TJUE reconoce que sí existen límites al art. 20 TFUE y estos límites pueden ser un delito que atente contra la salud pública, ¿pero ¿qué ocurre con ponderación a realizar con el derecho a la vida familiar y el interés superior del niño? Es aquí donde aparece la crítica ¿Es suficiente constatar que no hay unos recursos económicos del padre cuando por el contrario está afirmando que el menor es dependiente del padre y que se convive?, ¿no pueden ser tomados en consideración los recursos aportados por la madre a la unidad familiar?, ¿se han tenido en cuenta la edad del menor y su situación como emana de la doctrina *Rendón Marín*?, ¿se ha valorado como exige la doctrina *Ruiz Zambrano* que no existe un riesgo a que el menor tenga que abandonar el territorio de la Unión? Igual que en *Ruiz Zambrano* ambos progenitores son nacionales de terceros estados, a diferencia de lo que sucede en *Dereci*; *Alokpa* y *Chávez Vilchez* y otros.

## 2. Una vuelta de tuerca más al Derecho de extranjería español

66. Situándonos de nuevo en los hechos que dieron lugar a la sentencia en el asunto *Lounes*, y con el ánimo de denunciar dónde nos sitúan en el contexto de la UE y en los derechos nacionales las políticas de discriminación inversa, planteamos ahora cuál hubiera sido la situación en España, para la viabilidad de la obtención de una tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión, si la interesada hubiera trasladado su residencia a España como ciudadana británica y con posterioridad hubiera adquirido la nacionalidad española por residencia<sup>100</sup>.

67. En términos de residencia y a tenor de lo dispuesto en el art. 2 RD 240/2007 no hubiera existido un problema de exclusión del ámbito de aplicación de esta regulación nacional, debido a que, en España, al contrario de lo que ocurre en el Reino Unido, la reagrupación familiar de los propios nacionales no se somete a un régimen normativo distinto en función de si se ha ejercido o no la libre circulación, a pesar de que la exposición de motivos del RD 240/2007 mantiene el anuncio esta distinción. Y en consecuencia el sr. Lounes hubiera podido solicitar la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, cuestión que tenía vetada en el Reino Unido.

68. Ello nos lleva de nuevo a preguntarnos si en el contexto de la UE sigue teniendo sentido que el trato de los propios nacionales en el régimen de reagrupación familiar sea tan distinto de un Estado miembro a otro a través de la justificación de que se trata de una cuestión interna cuando cada vez es más difícil sostener en la casuística que no existe ningún índice de conexión con el Derecho de la Unión por falta de ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia. ¿Es esta una cuestión de asimetría o de equilibrio para garantizar la no intromisión en aquellas cuestiones que puedan resultar ser sin lugar a

<sup>100</sup> En este caso, según lo dispuesto en el art. 23 del Código Civil se le hubiera exigido la renuncia a la nacionalidad de origen y como española hubiera contraído matrimonio en España con un nacional de Argelia.

dudas puramente internas? Sea como fuere lo cierto es que el cerco a las cuestiones puramente internas a través de la casuística mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales coadyuva a delimitar cuando puede llegar a intervenir el Derecho de la Unión, proporcionándonos un marco de criterios, pero, que insistimos, se ciñen a las peculiaridades del caso concreto, posicionando al TJUE como un neo legislador y dificultando la capacidad de acción, reacción y adaptación en las medidas nacionales.

69. No obstante lo dicho, se precisa incidir en dos aspectos. Por un lado, que la normativa proporcione los mismos derechos de residencia para los familiares, con independencia de que el reagrupante sea o no un propio nacional, no implica indiscutiblemente que se elimine todo rastro de discriminación inversa en el proceso de obtención de los permisos de residencia<sup>101</sup>. A nuestro parecer, resulta incluso aún más complicado lidiar con situaciones de discriminación inversa indirectas. Y ello nos ocurre en el caso español. La normativa da derecho a autorizaciones de residencia como familiares de ciudadano de la Unión, pero atención, es preciso tener la condición de beneficiario. Por ejemplo, el cónyuge lo es, aunque el inconveniente es *acreditar dicha condición* (la cursiva es nuestra para enfatizar la posible traba a la obtención de la residencia por parte del cónyuge). Nos explicamos. En el caso *Lounes* llevado a España si el matrimonio se celebra ante autoridad española no existiría mayor problema, en principio, a efectos de residencia atendiendo a la situación de inclusión en el RD 240/2007 a los familiares de los nacionales españoles. Ahora bien, si el matrimonio se celebra ante una autoridad extranjera, la pareja tiene que enfrentarse a elementos extra de acreditación de vínculo que no se exigen a cualquier otro ciudadano de la Unión. Mientras que si la señora *Lounes* hubiera sido nacional de otro EM le hubiera bastado con la presentación del certificado de matrimonio con los requisitos de autenticidad y traducción oportunos<sup>102</sup>, como española se le exigiría que el matrimonio se encontrara inscrito en el Registro civil español<sup>103</sup>, iniciándose también todo un periplo de problemáticas en torno al control del consentimiento matrimonial<sup>104</sup> y a la competencia del Registro consular o del Registro Civil central, que puede poner impedimentos a la obtención de la autorización de residencia para el miembro de la pareja extracomunitario<sup>105</sup>.

70. Y, por otro lado, tampoco podemos afirmar categóricamente que el trato igualitario cuando se trata de propios nacionales es la panacea, porque es muy difícil sostener los aspectos que proporcionan un régimen que ofrece los mismos derechos de residencia para los familiares, sin tener en cuenta las peculiaridades que plantean las situaciones de los propios nacionales en el Estado miembro de origen<sup>106</sup>. Ello se evidencia perfectamente, de nuevo, en el caso español, en el que urge la regulación de un estatuto específico para la reagrupación de los familiares de españoles, que abandere esta situación de trato igualitario, pero atendiendo a las exigencias específicas de las personas que ostentan la nacionalidad española.

71. En este sentido, uno de los requisitos que los Estados miembros pueden exigir a los ciudadanos de la Unión para residir en el Estado miembro de acogida junto con sus familiares es acreditar recursos económicos para que no supongan una carga, precisamente, para el Estado miembro de acogida, de conformidad con el art. 7 Directiva 2004/38/CE. En España esta exigencia no fue recogida hasta 2012,

<sup>101</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado", *REEI*, nº 35, 2018, pp. 5-7.

<sup>102</sup> En referencia a los documentos públicos en el trámite de la solicitud de la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión véase M. FONT I MAS, "Los procedimientos de validación de los documentos públicos en el derecho de extranjería: especial referencia a la apostilla electrónica", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 31, 2012, pp. 224-229.

<sup>103</sup> V. ANZIL, J. ROCA, R. YZUSKY, "Amores en el Registro. Mecanismos institucionales de gestión del 'amor verdadero' en los matrimonios binacionales", *Scripta Nova*, vol. XX, nº 538, 2016, pp. 1-30.

<sup>104</sup> Cuestión en la que incide M. GUZMÁN ZAPATER, "Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *REDI*, Vol. 69, 2, 2017, pp. 95-96.

<sup>105</sup> D. MARÍN CONSARNAU, "El documento público extranjero en el procedimiento de extranjería y la "exigencia" de inscripción del matrimonio mixto celebrado ante autoridad extranjera", en M. FONT I MAS (Dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 333-357.

<sup>106</sup> Por ejemplo, poco preocupa en el Reino Unido que casi el 52 % de sus nacionales no puedan acreditar los requisitos económicos que se exige para la reagrupación familiar. E. GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, ob.cit., pp. 56-57.

mediante la reforma al RD 240/2007, de 16 de febrero, a través del el RDL 16/2012, de 20 de abril<sup>107</sup>. Si nos retrotraemos a ese momento, la cuestión que se suscitó entonces es si cuando el reagrupante fuera un nacional español se le exigiría que demostrara recursos económicos suficientes para que su familiar obtuviera la tarjeta de residencia. La administración entendió que sí y parte de la jurisprudencia menor entendió que no, al justificar que un ciudadano español no precisa obtener su residencia en España y que, por lo tanto, no es de recibo exigir dichos medios en al trámite de la autorización de residencia para los familiares. Así también fue puesto de relieve por distintas Recomendaciones del Defensor del Pueblo<sup>108</sup>.

72. Finalmente, el TS parece haber zanjado esta cuestión, pero a nuestro modesto entender, desde una posición absolutamente criticable. En su sentencia de 18 de julio de 2017<sup>109</sup>, apartándose de este último razonamiento propiciado por parte de la jurisprudencia menor, ha indicado que el art. 7 RD 240/2007 es aplicable para la obtención de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión a los familiares extranjeros de españoles. En consecuencia, también serán exigibles los medios económicos suficientes al español para que su familiar pueda beneficiarse de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

73. Y este es el precio a pagar por un sistema que irreflexivamente nos sitúa en el mantenimiento de igualdad de condiciones de cualquier otro ciudadano de la Unión que traslade su residencia a España. Irreflexivo, por cuanto, cuando al Derecho de extranjería sí le interesa nos apartamos de este régimen, como hemos evidenciado, sucede en el caso de la celebración del matrimonio ante una autoridad extranjera y la “exigencia” de su inscripción en el Registro Civil.

74. Pero, si la finalidad que se persigue en la Directiva 2004/38/CE es que el ciudadano de la UE no debe representar una carga para el EM de acogida ¿no es absurdo situarnos en la posición de que España es Estado miembro de acogida, a estos efectos, para su propio nacional? Ello evidencia que una cosa es querer equiparar la condición de beneficiarios para la obtención de los permisos de residencia a las familiares de nacionales españoles, pero otra cosa es fundamentar al extremo que dicho derecho de residencia deriva exclusivamente de la Directiva 2004/38/CE. ¿Qué ocurre entonces con el derecho a la vida familiar, art. 8 CEDH, o el principio de no discriminación, art. 14 CE? En atención a algunos de estos interrogantes sacamos a colación la sentencia del Juzgado contencioso administrativo nº 9 de Sevilla, de 21 de diciembre de 2017<sup>110</sup>. El caso versa sobre el hijo no comunitario de un ciudadano español que solicitó a la Subdelegación del Gobierno en Sevilla la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión, no pudiéndose acreditar que el padre disponía de medios suficientes para él y para su familia por no tener actividad laboral alguna. Tras, y a pesar, de la STS de 18 de julio de 2017 se reconoce el derecho de los ciudadanos españoles a la reagrupación familiar sus familiares extracomunitarios sin tener en cuenta la acreditación de recursos económicos suficientes: “el derecho a fundar una familia, el derecho a vivir en familia, es innegable que es un derecho que corresponde a todos los españoles que debe ser protegido por los poderes públicos, de tal modo que el establecimiento de requisitos para su ejercicio se debe realizar por una norma con rango de ley”, advirtiéndose que dicho extremo “no se cumple con la normativa española”, en consonancia con el art. 8.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos, que requiere que las injerencias de las autoridades públicas en la vida privada y familiar estén previstas por una norma con rango de ley, cuestión que no sucede en la normativa española que regula el derecho a la reagrupación familiar de no comunitarios por ciudadanos españoles; únicamente prevista en una normativa reglamentaria; RD 240/207 y la Orden Ministerial y la Orden Ministerial PRE 1490/2012 de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 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.

<sup>107</sup> Puede consultarse la versión consolidada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184>.

<sup>108</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS; P. JIMÉNEZ BLANCO, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y los ciudadanos de la UE*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 296-297.

<sup>109</sup> STS 18 julio 2017, 2966/2017, ECLI: ES: TS: 2017:2966.

<sup>110</sup> SJCA nº 9 de Sevilla 21 diciembre 2017, ECLI:ES: JCA: 2017:2048.

75. En consecuencia, a *sensu contrario* de lo que indica el TS en su Sentencia de 18 de julio de 2017, el juez entiende que no resultan aplicables los arts. 7 y 8 RD 240/2007 que exige dicha acreditación, y anula la resolución impugnada “por no ser ajustada a Derecho”, ordenándose a la administración conceder la autorización solicitada por el recurrente, advirtiéndose además, como hemos indicado al introducir esta problemática, que en el caso de familiares de españoles los preceptos del art. 7 y 8 no resultan de la transposición de la Directiva 2004/38/CE.

76. Ello no deja de ser un síntoma más de la patología que muestra nuestro Derecho de extranjería en el que urge una regulación reflexionada sobre la reagrupación familiar de los ciudadanos españoles.

77. Patología que de nuevo ha sido puesta en evidencia en la STS de 3 de junio de 2019<sup>111</sup>, en la que se responde a la cuestión que presenta interés casacional con el objetivo para la fijación de jurisprudencia, sobre la aplicación o no del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles, entendiéndose en el fallo que sí se aplica. Y ello por cuanto el RD 240/2007 no se ocupa solamente de la transposición de la Directiva 2004/38/CE sino también, más a allá de la Directiva, de la reagrupación de los familiares de ciudadanos españoles residentes en España y que no han ejercido el derecho de libre circulación, a los que, tras el trato igualitario que propicia la STS de 1 de junio de 2010, les resulta de aplicación las condiciones exigibles en el art. 7 RD 240/2007.

78. Por tanto, esta nueva STS no recoge el argumento de nuestra crítica. Si bien es cierto, que el RD 240/2007 opta por esta regulación, tampoco ello es así por el imperativo de la STS de 1 de junio de 2010 como se afirma. En este sentido, no podemos dejar de apuntar que la anulación de los preceptos del originario RD 240/2007 por el TS respecto a este trato, tiene que ver con que la falta de compatibilidad del texto del originario RD 240/2007 que, en ciertos aspectos, pretendía un trato diferenciado para los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la UE pero sin tener en cuenta que ello no era posible cuando el ciudadano español había ejercido su derecho a la libre circulación en otro Estado miembro y después retornaba a España, su país de origen, de acuerdo con la interpretación del TJUE respecto al manto protector del art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva en estos supuestos. A nuestro entender, de haberse formulado efectivamente en el articulado tal distinción, anunciada en el preámbulo del texto, podía haberse seguido manteniendo las diferencias que pretendía el texto inicial del RD 240/2007. Pero no fue así e inexplicablemente la exposición de motivos mantiene el anuncio de esta diferencia.

## VI. Reflexión final

79. Las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales internos han permitido avanzar al TJUE en limitar las políticas nacionales que promueven la discriminación inversa sin atacarla directamente. En nuestra modesta opinión, pese al *brexiteo*, la estrategia seguida por el TJUE en el asunto *Lounes* representa un paso más, pero tampoco es el pulso final. Ello a nuestro entender, tras el entramado complejo en el que nos encontramos sobre la protección que brindan los art. 20 TFUE y 21 TFUE en los supuestos no comprendidos directamente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (CE) 2004/38/CE, queda en manos del legislador europeo, planteándonos si ha llegado el momento de una reforma del derecho derivado que obligue a los Estados miembros a regular de una manera armonizada la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión en cualquier circunstancia o tomando en consideración la trilogía de situaciones en las que pueden encontrarse. Y ello por cuanto, gracias a la labor interpretativa del TJUE, los derechos de extranjería nacionales deben contemplar soluciones y vías compatibles con el Derecho de la Unión, más allá de la mera transposición de la Directiva (CE) 2004/38, pero que, hoy por hoy, nos llevan al diálogo sordo entre los criterios del TJUE y el Derecho de extranjería interno.

<sup>111</sup> STS 3 de junio 2019, ECLI: ES:TS:2019:1794.

**80.** Por el momento, la estrategia del TJUE permite, sin necesidad de atacar abiertamente este tipo de regulaciones, a través del art. 21 TFUE, el reconocimiento de derechos de residencia derivados y con un estándar que no puede ser resultar más exigente al previsto en la Directiva 2004/38/CE. El resultado es que cada Estado miembro debe cuestionar si sus políticas de discriminación inversa, como en el caso del Reino Unido e incluso para aquellas que resultan indirectas, como sucede en el caso español, resultan o no acordes con los estándares de amparo de los arts. 20 y 21 TFUE proporcionados por el TJUE, pero cuya dificultad estriba en instrumentar unos derechos de residencia que se va orquestando a base de las circunstancias del caso concreto, inclinando la balanza en favor o no de dicha protección, dificultándose una conciencia que invite a expulsar la discriminación inversa en la regulación del derecho a la reagrupación familiar.

**81.** Respecto al impacto del manto protector que brindan los arts. 20 y 21 TFUE, el caso español nos muestra como no puede sostenerse el régimen previsto en el RD 240/2007 sin denunciar y solucionar las cuestiones que indirectamente discriminan la reagrupación familiar de los familiares de nacionales españoles. Pero también es necesario eliminar la exigencia de los requisitos económicos cuando el reagrupante es un nacional español. Urge, por tanto, un régimen específico y compatible con el Derecho de la Unión para la reagrupación de los familiares de ciudadanos españoles. No basta con adaptarnos en un sinsentido a todo lo previsto en la Directiva (CE) 2004/38/CE, alegándose, como ha entendido el TS en su Sentencia de 3 de junio de 2019 que el estatuto que ahora se regula fue aprovechando el momento de la transposición de la Directiva 2004/38/CE.

**82.** También hay que reflexionar sobre el régimen del arraigo familiar. De mantenerse, debería matizarse la exigencia de la denegación automática de la autorización por circunstancias excepcionales en el caso de la existencia de antecedentes penales. En este sentido, es preciso incorporar la valoración, caso por caso, atendiendo a las circunstancias del interesado y del interés superior del menor. Esta sería la solución más inmediata. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que el arraigo familiar tiene que repensarse. Así ha sido puesto de manifiesto en la STS de 27 de mayo de 2019 en cuanto a la posibilidad de la prórroga de dichas autorizaciones. El arraigo familiar, fue concebido para dar una salida a la residencia de los progenitores extranjeros de menores españoles a la luz de *Ruiz Zambrano*, pero ello no obsta para que el arraigo familiar sea la solución a otras situaciones. Por ejemplo, no ofrece la solución a los supuestos de menores ciudadanos de la Unión nacionales de otro Estado miembro que residan en España cuando tienen un progenitor extranjero y que desde *Zhu y Chen* reciben la protección del art. 21 TFUE. Una reformulación de esta figura nos llevaría a cuestionarnos si debiera ampliarse a los progenitores de cualquier ciudadano de la Unión o si ello debería contemplarse propiamente en el marco del RD 240/2007. En atención a esto último, no debemos obviar que si se mantuviera el 124.3 RD 557/2011 estaríamos ante un régimen de discriminación inversa respecto a los menores españoles y sus progenitores. En este caso, la regulación del Reino Unido es mucho más clara, puesto que incluye, aunque con sus límites, la residencia de los progenitores en el régimen UE de libre circulación.