

uscite

*Revista de derecho comunitario europeo



Altri titoli	Derecho comunitario europeo
Ente Autore	Centro de Estudios Constitucionales (España) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España)
Editore	Centro de Estudios Constitucionales.
Luogo di pubbl.	Madrid
Da anno - Ad anno	1997-
Lingua	Spagnolo
Periodicità	Quadrimestrale
Paese di pubblicazione	Spagna
ISSN	1138-4026
ISSN-L	1138-4026
Codice CDU	34(4-672 UE)"19/20"(094.9); 34(4-672 UE)"19/20"(094.5)
Codice Dewey	320
Codice rivista	P 00202049
Fonte	acnp
Supporto	Printed text
Ha per altro supporto	*Revista de derecho comunitario europeo (Internet)
Già	*Revista de instituciones europeas
Poss. cumulativo Acnp	1997-
Permalink	https://acnpsearch.unibo.it/journal/1068776
Biblioteche	16



Doc. Delivery



Titoli Collegati



Altri link



Indici



Cerca doni

**DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS PROGENITORES
NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS E INTERES
SUPERIOR DEL NIÑO «EUROPEO»**

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala)
de 10 de mayo de 2017 en el asunto *Chávez-Vílchez*

VALERIA DI COMITE¹
valeria.dicomite@uniba.it

Cómo citar/Citation

Di Comite, V. (2017).

Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño «europeo». Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 en el asunto *Chávez-Vílchez*.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 58, 1041-1058.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.58.07>

Resumen

El derecho derivado de residencia en favor de los nacionales de países terceros, familiares de ciudadanos UE, que residen en el Estado miembro de nacionalidad del ciudadano UE junto con él fue reconocido por vía pretoriana en la sentencia

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Granada, profesora titular de Derecho de la Unión europea en la Universidad de Bari Aldo Moro, Italia. La autora agradece a la profesora Amelia Díaz Pérez de Madrid su imprescindible ayuda en la redacción en castellano de esta nota. Este comentario se ha realizado en calidad de colaboradora del grupo de investigación «Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos» (SEJ-133).

Ruiz Zambrano. Desde entonces, tal derecho derivado de residencia, basado en el art. 20 TFUE, ha sido objeto de numerosas sentencias dictadas en procedimientos prejudiciales, la última de las cuales es la recaída en el asunto *Chávez-Vilchez*. Este comentario analiza la sentencia *Chávez-Vilchez* y pone de manifiesto cómo la argumentación del TJUE en este asunto no se ciñe exclusivamente a la interpretación del art. 20 TFUE, sino que atribuye a la aplicación del principio de interés superior del niño un carácter central en el examen de la problemática jurídica. En el comentario se pone en evidencia que a través de la aplicación contextual del art. 20 TFUE, del art. 7 de la Carta y del principio del interés superior del niño, reconocido en el art. 24 de la Carta, el Tribunal refuerza la tutela de los derechos de los ciudadanos UE de corta edad, especialmente cuando se pone en tela de juicio el derecho de residencia de sus madres nacionales de países terceros, si con estas mantienen relaciones de tal naturaleza que una eventual denegación a estas del derecho de residencia obligaría a sus hijos —ciudadanos europeos de corta edad— a abandonar el territorio de la Unión europea y por ello les privaría del «disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadanía europea».

Palabras clave

Ciudadanía de la UE; derecho derivado de residencia de los nacionales de países terceros; acceso a prestaciones sociales y a prestaciones familiares; interés superior del niño.

THE RIGHT OF RESIDENCE OF EU CITIZENS' PARENTS, NATIONALS FROM THIRD-COUNTRIES, AND THE HIGHEST INTEREST OF THE EU CHILD. JUDGMENT OF THE COURT (GRAND CHAMBER) OF 10 MAY 2017, CASE C-133/15, CHÁVEZ-VÍLCHEZ

Abstract

The derived right of residence of EU citizens' relatives, nationals from third-countries, recognized by the case-law, has been widely discussed in recent years, above all after *Ruiz Zambrano* judgment. In *Chávez-Vilchez* judgment, analysed in this work, the Court of Justice focuses its attention not only on the interpretation of TFUE Article 20, but above all on the principle of the highest interest of the child. The work points out that EU younger citizens are better protected by a joint application of Article 20 TFEU and Article 7 of the Charter together with the principle recognised by Article 24 of the Charter. These young citizens strongly depend on their mothers, therefore if the right of residence is not given to their mothers, nationals from third-countries, their children will be obliged to leave EU, thus depriving them of «the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by the status» of EU citizenship.

Keywords

EU Citizenship; derived right of residence to third-countries nationals; access to social assistance and child benefit; the highest interest of the child.

LE DROIT DE SEJOUR DES RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS, PARENTS DE CITOYENS DE L'UE, ET L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT DE L'UE. ARRET DE LA COUR (GRAND CHAMBRE) DU 10 MAI 2017, C-133/15, CHAVEZ-VILCHEZ

Résumé

Le droit dérivé de séjour des ressortissants de pays tiers, familiaux de citoyens de l'UE, qui habitent dans l'État membre de résidence des citoyens de l'UE, a été reconnu par la jurisprudence dans l'affaire Ruiz Zambrano. L'interprétation de ce droit dérivé, qui ne se fonde que sur l'art. 20 du TFUE, a fait l'objet de nombreuses décisions préjudicielles ces dernières années. Dans l'affaire Chávez-Vilchez, que nous aborderons dans la présente étude, la Cour de justice se prononce non seulement sur l'interprétation de l'art. 20 TFUE, mais également et surtout sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans notre étude, nous mettrons en évidence la manière dont la jurisprudence a renforcé la tutelle des citoyens mineurs de l'UE, par le biais de l'application conjointe de l'art 20 TFUE, de l'art. 7 de la Charte et du principe reconnu par l'art. 24 de la Charte, surtout lorsqu'il est remis en cause le droit de résidence de leurs mères, qui ne sont pas de citoyennes de l'UE mais avec lesquelles les enfants gardent une relation de dépendance effective à tel point que leur éloignement comporterait l'obligation pour les mineurs de quitter le territoire de l'UE et par conséquent leur impossibilité de bénéficier de la «jouissance effective de l'essentiel des droits» conférés par le statut de citoyen de l'Union européenne.

Mot clés

Citoyenneté de l'UE; droit dérivé de séjour des ressortissants de pays tiers; accès aux aides sociales ainsi qu'aux allocations familiales; intérêt supérieur de l'enfant.

SUMARIO

I. CONTEXTO JURISPRUDENCIAL DEL ASUNTO CHÁVEZ-VÍLCHEZ. II. ELEMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO NACIONAL DE LOS LITIGIOS PRINCIPALES. III. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES. IV. LA SENTENCIA DEL TJUE: 1. Regreso al Estado de nacionalidad del ciudadano UE y derecho derivado de residencia de los familiares no-UE. 2. Derecho del progenitor nacional de un país tercero de residir con su hijo ciudadano europeo de corta edad en el Estado de nacionalidad del hijo. 3. Carga de la prueba de la incapacidad del otro progenitor para hacerse cargo del menor. V. CONCLUSIONES.

I. CONTEXTO JURISPRUDENCIAL DEL ASUNTO CHÁVEZ-VÍLCHEZ

El derecho de los progenitores —nacionales de países terceros— de residir en el Estado de residencia de los hijos —ciudadanos de la Unión— fue reconocido por primera vez en 2004 en el conocido asunto *Zhu y Chen*²

² Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639 y conclusiones del abogado general Tizzano de 18 de mayo de 2004, EU:C:2004:307. Amplia es la doctrina que ha examinado este asunto y sus implicaciones; entre otros, véanse: Catherine BARNARD, «Of Students and Babies», *The Cambridge Law Journal*, núm. 64(3), 2005, pp. 523-574; Elisabetta BERGAMINI, «Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto», *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, 2006, pp. 347-368; Jean-Yves CARLIER, «Case C-200/02, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department», *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 1121-1131; Id., «La libre circulation des personnes dans l'Union européenne», *Journal de droit européen*, vol. 208, 2014, pp. 167-179; Bjørn KUNOY, «A Union of National Citizens: The Origins of the Court's Lack of *Avant-Gardisme* in the *Chen* Case», *Common Market Law Review*, 2006, pp. 179-190; Denys SIMON, «Les tribulations d'une Chinoise et de sa fille au Royaume-Uni. Un enfant ayant la nationalité d'un Etat membre est un citoyen communautaire bénéficiaire du droit de séjour sur le territoire d'un autre Etat membre et sa mère dispose d'un droit de séjour dérivé», *Europe*, 2004 Décembre, Comm. n° 401, pp. 14-16; Ugo VILLANI, «La cittadinanza europea e il diritto di soggiorno di una mamma cinese», *Sud in Europa*, núm. 2, 2005, accesible en: www.sudineuropa.net.

y, posteriormente, fue confirmado en el asunto *Ruiz Zambrano*³ de 2011. Ambos asuntos presentaban importantes diferencias fácticas y jurídicas⁴, especialmente si se considera que, en el primer asunto, la hija — ciudadana europea — tenía una nacionalidad distinta (irlandesa)⁵ del Estado en cuyo territorio la madre quería establecer la residencia de ambas, Gales, aunque la menor nunca había cruzado las fronteras externas del Reino Unido; mientras que, en el segundo asunto, los hijos del reclamante tenían la misma nacionalidad del Estado (Bélgica) en cuyo territorio vivían desde su nacimiento.

Lo más significativo de estos asuntos es que en ambos se reconoció al ascendente un «derecho derivado» de residencia en el Estado miembro de la Unión, basado en la circunstancia de que el menor no se encontraba en condi-

³ Sentencia del Tribunal de Justicia C-34/09, EU:C:2011:124 y conclusiones de la abogada general Sharpston de 30 de septiembre de 2010, EU:C:2010:560. Entre los numerosos comentarios se pueden ver: Adelina ADINOLFI, «Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza», *Rivista di diritto internazionale*, núm. 2, 2011, pp. 467-470; M.^a del Rosario CARMONA LUQUE, «TJUE — Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala), G. Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi, C-34/09 — «Ciudadanía de la Unión — Artículo 20 TFUE — Derecho de residencia de un menor en el Estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación — Concesión de un derecho de residencia derivado al ascendente no comunitario que asume la manutención del menor». — El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 185-202; Sara IGLESIAS SÁNCHEZ, «El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión europea a la ciudadanía de la Unión», *Revista General de Derecho europeo*, núm. 1, 2011, pp. 1-21; Paolo MENGOZZI, «La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa», *Studi sull'integrazione europea*, vol. 6, 2011, pp. 417-432; Ilaria OTTAVIANO, «Ancora sui diritti riconosciuti ad un cittadino di Paese terzo in quanto genitore di un minore cittadino dell'Unione: la Corte di giustizia estende la giurisprudenza Chen. Nota alla sentenza della Corte di giustizia, causa C-34/09, *Zambrano c. Belgio*», *Gli Stranieri*, núm. 1, 2011, pp. 123-127; Rossana PALLADINO, «Il diritto di soggiorno nel proprio Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?», *Studi sull'integrazione europea*, núm. 2, 2011, pp. 331-356.

⁴ Entre las diferencias, destaca el elemento de la disponibilidad de recursos económicos, ya que de la descripción de los hechos resulta evidente que la familia de la menor no necesitaba de ninguna ayuda social.

⁵ La Sra. Chen había dado a luz a su hija en Belfast con el claro propósito de obtener la nacionalidad irlandesa y, en consecuencia, la ciudadanía comunitaria y los derechos vinculados a ese estatuto.

ciones de ejercer su derecho de residencia «de origen comunitario» de manera autónoma respecto del progenitor a cuyo cargo se encontraba.

Además, el asunto *Ruiz Zambrano* tiene importantes analogías con el reciente asunto *Chávez-Vílchez*⁶, puesto que en ambos casos el derecho de residencia no está vinculado al derecho de circulación; por tanto, la cuestión de los derechos dimanantes del estatuto de ciudadanía adquiere una relevancia autónoma que se centra en la posición jurídica de la persona⁷. Además, en ambos asuntos no se cuestionan las medidas de alejamiento del territorio nacional, sino el derecho de residir de forma legal en el Estado de nacionalidad de los hijos —ciudadanos europeos de corta edad—, para poder vivir en condiciones *dignas*, es decir, obteniendo un permiso de trabajo (asunto *Ruiz Zambrano*) o bien unas ayudas sociales (asunto *Chávez-Vílchez*)⁸.

En sendos asuntos es evidente que los respectivos derechos nacionales exigen la residencia regular en el Estado miembro interesado como condición previa para obtener el permiso de trabajo o el derecho a prestaciones sociales; por consiguiente, la cuestión del derecho de residencia —fundado en el derecho de la Unión— se transforma en el problema jurídico principal que el Tribunal de Justicia debía resolver.

En el asunto *Ruiz Zambrano*, el TJUE pareció tutelar la unidad familiar indirectamente, mediante una determinada interpretación de las disposiciones del Tratado sobre la ciudadanía europea. Sin embargo, la sentencia *McCarthy*⁹, dictada justo dos meses después, puso en evidencia que no se pretendía invadir la competencia de los Estados miembros en materia de inmigración aplicando analógicamente el derecho de reagrupación familiar a

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia *Chávez-Vílchez*, C-133/15, EU:C:2017:354 y conclusiones del abogado general Szpunar en el asunto *Chávez-Vílchez*, C-133/15, EU:C:2016:659.

⁷ Como había subrayado el abogado general Ruiz-Jarabo Colomer, el estatuto de ciudadanía a través de su interpretación jurisprudencial ha implicado un cambio de perspectiva de manera que: «(...) la libre circulación de personas se convierte en una circulación de ciudadanos libres. Un cambio de perspectiva que no parece baladí, pues el centro de atención deja de recaer en la circulación, para trasladarse al individuo», conclusiones recaídas en el asunto *Petersen*, C-228/07, EU:C:2008:281, puntos 27 y 28.

⁸ No hay que olvidar que el respeto de la dignidad humana es el primero entre los valores fundamentales recogidos en el art. 2 TUE; sin embargo, las políticas sociales de los Estados necesitan de sostenibilidad económica, lo que hace muy difícil encontrar un adecuado equilibrio.

⁹ Sentencia del TJUE de 5 de mayo 2011, *McCarthy*, C-434/09; EU:C:2011:277.

ciudadanos que no habían ejercido de alguna manera las libertades establecidas en los tratados.

Ahora bien, con la sentencia *Ruiz Zambrano* se reconoce una nueva dimensión de los derechos de la ciudadanía europea y especialmente del derecho «derivado» de residencia, fundado exclusivamente en el art. 20 TFUE, cuyo punto de equilibrio se halla en que las situaciones controvertidas deben estar vinculadas al ejercicio del núcleo fundamental de los derechos relativos al estatuto de ciudadano europeo¹⁰. De esta manera, se supera la anterior lógica basada en la necesidad del previo ejercicio de una libertad fundamental para gozar de los derechos dimanantes de la ciudadanía¹¹. Sin embargo, el alcance de la sentencia *Ruiz Zambrano* fue cuestionado en el asunto *Dereci*¹² y en la jurisprudencia posterior, y el TJUE ha puntualizado que el derecho derivado de residencia de los familiares puede fundarse en el art. 20 TFUE sola y exclusivamente cuando la denegación de ese derecho de residencia tenga la consecuencia de privar al ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadanía europea, lo

¹⁰ El Tribunal evoca la fórmula, elaborada por primera vez en el asunto *Grzelczyk*: «La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico», véase la Sentencia de 20 de septiembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, EU:C:2001:458, apdo. 31 y sentencia *Ruiz Zambrano*, apdo. 41.

¹¹ Hasta ese momento la jurisprudencia vinculaba el disfrute de dichos derechos (incluida la reagrupación familiar) con el ejercicio de una libertad económica, y el TJUE fundamentaba sus resoluciones (aunque con una interpretación elástica) en un nexo entre la situación controvertida y el derecho de la Unión.

¹² Sentencia del TJUE de 15 de noviembre 2011, *Dereci* y otros, C-256/11, EU:C:2011:734. Se pueden ver los siguientes comentarios: Carine BRIÈRE, «La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt «Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 4, 2011, pp. 731-736; José Manuel CORTÉS MARTÍN, «TJUE — Sentencia de 15.11.2011 (Gran Sala) M. Dereci y otros / Bundesministerium Für Innere C-256/11 — Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 871-893; Niahm NIC SHUIBHNE, «(Some of) the Kids Are all Righth», *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 349-380; Valeria DI COMITE, «Il desiderio di «vivere insieme» e il mancato diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini europei 'statici' alla luce del caso *Dereci*», *Studi sull'integrazione europea*, núm. 2-3, 2012, pp. 463-487.

que ocurre sin duda cuando el ciudadano UE está obligado a «abandonar el territorio de la UE» considerado en su conjunto.

En otros términos, es preciso determinar si la relación de *dependencia* del ciudadano UE con el familiar es de tal naturaleza e importancia (económica, material o afectiva) que el alejamiento de este último tendría la consecuencia de obligar al ciudadano UE a dejar todo el territorio de la Unión y no solo el Estado de su nacionalidad¹³. Solo en esa circunstancia, el familiar puede gozar del derecho de residencia sobre la base del art. 20 TFUE; en todos los demás casos, este derecho no se puede reconocer y el problema del mantenimiento de la unidad familiar queda completamente dentro de la competencia del Estado miembro, aunque este deba respetar el art. 8 CEDH y la pertinente jurisprudencia del TEDH. En definitiva, el reconocimiento del derecho de residencia del familiar depende de la naturaleza de la relación entre el ciudadano UE y su familiar, y este elemento se pone en tela de juicio en el asunto *Chávez Vilchez*.

II. ELEMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO NACIONAL DE LOS LITIGIOS PRINCIPALES

Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia tienen su origen en el ámbito de ocho litigios principales pendientes ante el Tribunal Central de Apelación de los Países Bajos, todos ellos concernientes a la denegación de prestaciones de asistencia social o de prestaciones familiares a nacionales de países terceros, caracterizados por ser las madres de menores de corta edad de nacionalidad neerlandesa.

En todos estos casos, la decisión de denegar las prestaciones sociales o familiares se basó en la ausencia del «permiso de residencia» de la madre, que, conforme a la normativa neerlandesa, constituye un requisito imprescindible para obtener el derecho a percibir dichas prestaciones. En los Países Bajos, la concesión del permiso de residencia a progenitores no-UE de menores de nacionalidad neerlandesa cuyo otro progenitor tiene nacionalidad neerlandesa

¹³ La opinión del abogado general Mengozzi pone en énfasis que las circunstancias específicas de cada asunto influyen sobre la posibilidad de aplicabilidad del art. 20 TFUE; sin embargo, esta no puede limitarse solo a supuestos relativos a la residencia de los progenitores extranjeros de ciudadanos UE de corta edad. Sobre las diferentes problemáticas subyacentes y sus repercusiones en términos de seguridad jurídica véanse las conclusiones de 29 de septiembre de 2011, recaída en el asunto *Dereci*, EU:C:2011:626, especialmente puntos 46-50.

está supeditada a estrictos requisitos y, además, la carga de la prueba de su existencia recae sobre el solicitante. La normativa neerlandesa sobre extranjería establece que el nacional de un tercer país —progenitor de un menor de nacionalidad neerlandesa— solo obtiene el derecho a la residencia legal en los Países Bajos cuando la denegación de dicha residencia tenga como consecuencia obligar al menor a seguir al progenitor extranjero y, en consecuencia, a «abandonar el territorio de la Unión». *Prima facie*, la normativa nacional parece cumplir con la jurisprudencia establecida en los asuntos *Ruiz Zambraño* y *Dereci*. Sin embargo, en la práctica obstaculiza una aplicación real de los principios dimanantes de la jurisprudencia, puesto que la autoridad nacional competente (IND) nunca considerará que el menor está obligado a seguir al progenitor extranjero y a abandonar el territorio de la Unión «cuando el otro progenitor posea la residencia legal con arreglo a (...) la Ley de Extranjería o la nacionalidad neerlandesa, y cuando dicho progenitor pueda hacerse cargo concretamente del menor»¹⁴. Los criterios para esta determinación no dejan margen de apreciación a la autoridad nacional que *deberá considerar* que el otro progenitor puede encargarse «concretamente» del menor si tiene su guarda y custodia o bien puede obtenerla, o si puede «recurrir a la ayuda y al apoyo en el cuidado y la educación que ofrecen las autoridades públicas o los organismos sociales». El IND considerará que el otro progenitor no puede hacerse cargo del hijo cuando está materialmente imposibilitado para ello o cuando el otro progenitor demuestra que no se le puede atribuir la guarda y custodia del hijo.

Los ocho asuntos principales tienen importantes elementos de hecho comunes, aunque subrayaremos algunas características específicas. Todos los menores obtuvieron la nacionalidad por el hecho de haber sido reconocidos por padres de nacionalidad neerlandesa, pero todos los menores convivían con sus madres, que eran quienes se hacían cargo de ellos efectivamente; todas ellas estaban separadas de los padres. Además, durante los periodos en los que habían solicitado las prestaciones sociales o familiares, ninguna de las madres era titular de un permiso de residencia. En ninguno de los casos se habían adoptado medidas tendentes a trasladar a las reclamantes fuera de la frontera¹⁵. En el periodo considerado, ninguna de las madres tenía permiso de trabajo y cinco de ellas vivían en centros de acogida con sus hijos menores. Sin embargo, en las relaciones entre los padres y los hijos menores existían importantes diferencias de un caso a otro: en uno, se desconocía el paradero del padre, que no contribuía a la manutención del menor; en otro, el padre

¹⁴ Sentencia *Chávez-Vilchez*, apdo. 30.

¹⁵ Sentencia *Chávez-Vilchez*, apdos. 30 y 41.

seguía un programa de vivienda asistida; en otra situación, padre y madre compartían la guarda y custodia del hijo, aunque el padre no contribuía a la manutención del menor; en otros casos, los padres habían declarado expresamente no querer o no poder hacerse cargo de los hijos, aunque contribuyeran ocasionalmente a su manutención y mantuvieran contacto con ellos.

En la mayoría de los asuntos, los ciudadanos europeos menores de edad y sus progenitores habían residido siempre en los Países Bajos, pero la situación de la reclamante Sra. Chávez-Vílchez¹⁶ y de su hija era diferente, puesto que ellas habían vivido junto con el padre de la niña en Alemania.

III. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Está claro que los litigios principales no se refieren a la obligación de las madres de alejarse del territorio nacional, sino al derecho a obtener prestaciones sociales o familiares; a pesar de ello, en sustancia, el problema jurídico de fondo es el relativo al «derecho derivado» de residencia de los nacionales de terceros países progenitores de ciudadanos de la UE, puesto que el permiso de residencia constituye —en el derecho nacional— un requisito imprescindible para obtener el derecho a solicitar prestaciones sociales nacionales y, por tanto, para poder seguir viviendo en condiciones dignas en el Estado de nacionalidad del propio hijo. La ausencia de un permiso de residencia, además, puede implicar la imposibilidad de encontrar un trabajo de forma legal, otro elemento que influye decisivamente en las condiciones de vida de los progenitores de los ciudadanos europeos de corta edad y, por ende, de toda la familia.

Los ocho litigios principales planteaban distintas cuestiones jurídicas en relación con la ciudadanía europea y el derecho de residencia de los familiares no UE, para cuya solución el juez remitente había planteado tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del art. 20 TFUE. Con las primeras dos cuestiones, el juez *a quo* preguntaba acerca del valor que debía atribuirse a la circunstancia de que sobre el nacional del país tercero no recayese por completo la «carga legal, económica o afectiva» del cuidado del hijo, en función del reconocimiento del derecho derivado de residencia¹⁷. La tercera cuestión prejudicial buscaba aclarar si la «carga de la prueba» de la incapacidad del otro

¹⁶ Conclusiones *Chávez-Vílchez*, puntos 61-63.

¹⁷ El juez remitente quería conocer si el art. 20 TFUE se opone a que un Estado «deniegue el derecho de residencia en su territorio a un progenitor, nacional de un país tercero, encargado del cuidado diario y efectivo de su hijo menor de edad que es nacional de dicho Estado miembro, cuando no se excluye que el otro progenitor,

progenitor nacional del Estado de cuidar del hijo podía constituir un obstáculo a la aplicación del art. 20 TFUE.

IV. LA SENTENCIA DEL TJUE

1. REGRESO AL ESTADO DE NACIONALIDAD DEL CIUDADANO UE Y DERECHO DERIVADO DE RESIDENCIA DE LOS FAMILIARES NO-UE

Las cuestiones prejudiciales planteadas solicitaban al Tribunal de Justicia una puntualización sobre el alcance del derecho «derivado» de unas madres separadas de residir junto con sus hijos —ciudadanos de la Unión de corta edad— en el Estado de nacionalidad de ellos y de sus padres. Las cuestiones prejudiciales se limitaban a pedir la interpretación del art. 20 TFUE, a pesar de lo cual el Tribunal de Justicia —fundándose en el principio *iura novit curia*— ha considerado relevante pronunciarse preliminarmente sobre la interpretación del art. 21 TFUE y de la Directiva 2004/38/CE, puesto que la situación de la reclamante Sra. Chávez-Vílchez ponía en tela de juicio, igualmente, la aplicación de las reglas concernientes a la libertad de circulación de los ciudadanos UE¹⁸.

En el interesante razonamiento de la Gran Sala se pone de manifiesto la diferencia entre los ciudadanos «estáticos», que nunca han ejercido el derecho de circulación, y los ciudadanos «dinámicos», que han regresado a su propio Estado miembro. A pesar de que la Directiva 2004/38 y, en consecuencia, el derecho a la reagrupación familiar no se aplican cuando el ciudadano UE reside en el Estado de su nacionalidad¹⁹, la situación de los ciudadanos que han *regresado* a su propio Estado miembro merece atención específica, porque, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del art. 21 TFUE, cuando se ha ejercido del derecho de circulación y de residencia en otro Estado miembro y posteriormente el ciudadano UE regresa a su propio Estado, la concesión del

que tiene la nacionalidad del mismo Estado miembro, pueda encargarse del cuidado diario y efectivo del menor», sentencia *Chávez-Vílchez*, apdo. 59.

¹⁸ Sentencia *Chávez-Vílchez*, apdo. 52.

¹⁹ El TJUE, refiriéndose a su sentencia de 12 de marzo 2014 (S. y G., C-457/12, EU:C:2014:136, apdo. 34), subraya que la directiva regula «los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados Miembros distintos de su nacionalidad. Por lo tanto, las disposiciones de esta Directiva no pueden dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro de que éste es nacional», sentencia *Chávez-Vílchez*, apdo. 53.

derecho derivado de residencia al familiar nacional de un país tercero no puede estar supeditada a requisitos que, en principio, sean «más estrictos que los establecidos por la Directiva 2004/38». Ahora bien, la directiva no contempla el supuesto del regreso al propio Estado, de modo que esta *debe* «aplicarse por analogía»²⁰. Como destaca el TJUE, el juez nacional es quien tiene que comprobar que se cumplan los requisitos previstos en la Directiva 2004/38. A este respecto, el abogado general Szpunár había subrayado que si el Estado de nacionalidad de la hija hubiera concedido a la reclamante Sra. Chávez-Vílchez un permiso de residencia de corta duración de conformidad con la Directiva, aquella se hubiera encontrado en las condiciones de buscar un trabajo para poder cumplir con los requisitos de carácter económico previstos en la Directiva 2004/38²¹. Es evidente que la aplicación analógica de estos requisitos debería efectuarse de conformidad con la consolidada interpretación del TJUE, mantenida en el asunto *Zhu y Chen*²², que continúa inalterada en relación con el art. 7 de la Directiva 2004/38²³.

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

Como se ha señalado, las cuestiones prejudiciales primera y segunda interrogaban sobre la interpretación del art. 20 TFUE, para aclarar si este se opone a una normativa nacional que deniega el derecho derivado de resi-

²⁰ El TJUE afirma que: «En efecto, aunque la Directiva 2004/38 no contempla el mencionado supuesto de regreso, *debe aplicarse por analogía* en lo que respecta a los requisitos de residencia del ciudadano de la Unión en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, dado que en los dos casos *es el ciudadano de la Unión el que constituye la persona de referencia* para que pueda concederse un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de este ciudadano de la Unión», sentencia *Chávez-Vílchez*, apdo. 55, cursiva añadida.

²¹ Conclusiones *Chávez-Vílchez*, puntos 66-74, especialmente punto 72.

²² El TJUE, cuando estaba en vigor la Directiva 90/364, puntualizó que la normativa no establecía la «más mínima exigencia» en cuanto a la procedencia de los recursos necesarios, puesto que el fin perseguido era solo evitar que el derecho de residencia del ciudadano UE se convirtiera en una carga para el erario del Estado de acogida; añadir un requisito relativo a la procedencia de los recursos hubiera sido una «injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y de residencia» garantizado por el tratado, sentencia *Zhu y Chen*, apdos. 28-33.

²³ Sentencias *Alokpa and Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, apdo. 27; *Singh*, C-218/14, EU:C:2015:476, apdos. 74-76.

dencia a un nacional de un país tercero, progenitor de un ciudadano UE de corta edad que reside en su propio Estado «cuando no se excluye que el otro progenitor, que tiene la nacionalidad del mismo Estado, pueda encargarse del cuidado diario y efectivo del menor».

El Tribunal recuerda que el art. 20 TFUE constituye el fundamento jurídico del derecho derivado de residencia de los progenitores extranjeros en el Estado de nacionalidad del hijo cuando la denegación de tal derecho tenga el efecto de «privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto»²⁴. Los nacionales de los países terceros no gozan de derechos «autónomos», puesto que «la finalidad y la justificación» de sus derechos «derivados» de residencia se fundamenta en la consideración de que «no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión». Solo en situaciones muy específicas estos derechos se reconocen también a los ciudadanos europeos estáticos para no vulnerar el *efecto útil* de la ciudadanía de la Unión²⁵. Sobre la base de estas argumentaciones, la Gran Sala considera que en los casos de autos corresponde al juez nacional verificar si la denegación del permiso de residencia obligaría a las reclamantes «a abandonar el territorio de la Unión» y sobre todo valorar si los hijos se verían obligados a acompañar la madre²⁶. Esta afirmación no concluye el razonamiento del Tribunal de Justicia, que analiza con más detalle las consecuencias concretas de la aplicación de una normativa nacional, como la neerlandesa, que en la práctica excluye la posibilidad de reconocer al progenitor extranjero un derecho de residencia por la simple circunstancia de que «en abstracto» (e incluso con la ayuda de los servicios sociales) el progenitor neerlandés residente en los Países Bajos pudiera hacerse cargo del cuidado del hijo menor. A este respecto, el Tribunal subraya la importancia de la *relación entre progenitor e hijo* a la hora de determinar si el menor estaría obligado a abandonar el territorio de la Unión Europea, y recuerda la dimensión «jurídica» de la relación de dependencia entre progenitor y menor, puesto que «es la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia la que puede desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la

²⁴ Sentencia *Chávez-Vilchez*, apdos. 60-61.

²⁵ Sentencia *Chávez-Vilchez*, apdos. 62-63.

²⁶ El juez nacional debería valorar si «(...) de ello podría derivarse una restricción de los derechos que confiere a sus hijos menores el estatuto de ciudadano de la Unión y, en particular, del derecho de residencia, puesto que dichos hijos menores podrían verse obligados a acompañar a su madre y, por tanto, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto», sentencia *Chávez-Vilchez*, apdo. 66.

Unión» (apdo. 69). Esta relación de dependencia no se refiere exclusivamente a la vertiente jurídica relativa a la guarda y custodia del menor, sino también a los elementos concretos de cada situación, puesto que, según el TJUE, hay que valorar si «la carga legal, económica o afectiva de dicho menor es asumida por el progenitor nacional de un país tercero»²⁷.

La Gran Sala concluye la parte central de la argumentación afirmando que, para valorar si el menor será privado del disfrute del contenido esencial de los derechos que le confiere el art. 20 TFUE, es preciso determinar en el caso concreto «cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor, y si existe una relación de dependencia efectiva entre éste y el progenitor nacional de un país tercero». Además, añade que el juez remitente, cuando realice este examen, «debe» tener en cuenta «el derecho a la vida familiar, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta», que «debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apdo. 2, de la referida Carta»²⁸.

A lo largo de todo el razonamiento, se subraya la «obligación» de las autoridades nacionales de respetar el derecho a la vida familiar interpretada a la luz del interés superior del niño, y se aportan al juez nacional criterios adicionales con los que asegurar que este principio sea efectivamente aplicado. La afirmación de que un progenitor —ciudadano de la Unión (en este caso, ciudadano neerlandés)— puede encargarse de su custodia no es suficiente por sí misma para garantizar el respeto del interés superior del menor, el cual podría verse compelido a salir del territorio de la Unión con el progenitor no-UE con el que mantiene una «relación de dependencia»²⁹. Por esta razón, el TJUE

²⁷ *Ibid.*, apdo. 68. Véase asimismo la Sentencia de 6 de diciembre de 2012, O. y otros C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apdos. 51 y 56, y las relativas conclusiones de 27 septiembre 2012, del abogado general Bot, EU:C:2012:595, que en relación con ese asunto (que se refería a una situación familiar muy compleja) señalaba que compete al juez nacional una «valoración justa y equilibrada de los respectivos intereses (...) y, en particular, si le ha guiado el afán de respetar la vida familiar de los interesados y de llegar a la mejor solución para el niño. En este contexto, deberá examinar en profundidad la situación familiar en su conjunto y tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, tanto de orden fáctico, como de carácter afectivo, psicológico o material», subrayando asimismo que «los Estados miembros deben asegurarse de que el niño pueda mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre», conclusiones *O. y otros*, punto 78.

²⁸ Sentencia *Chávez-Vilchez*, apdo. 70.

²⁹ «(...) la circunstancia de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello constituye un elemento pertinente, pero no suficiente por sí mismo para poder

sugiere al juez nacional que base su decisión en el «respeto del interés superior del niño» y tomando en consideración el «conjunto de las circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de éste entrañaría para el equilibrio del menor»³⁰.

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

La tercera cuestión prejudicial se refiere a la carga de la prueba de la «incapacidad» del otro progenitor —nacional neerlandés— de ocuparse del cuidado diario y efectivo del menor. En la normativa nacional, la carga de la prueba recae sobre el progenitor nacional del país tercero que se encarga del hijo, porque, según el Gobierno neerlandés, se aplica la regla general de que quien invoca un derecho debe acreditar que se aplica a su situación. Sin embargo, el TJUE destaca que, si bien al reclamante corresponde demostrar la existencia de los requisitos de la aplicación del derecho derivado de residencia dimanante del art. 20 TFUE y, sobre todo, la existencia de una significativa relación de dependencia con el hijo menor (cuya interrupción llevaría al ciudadano de corta edad a abandonar el territorio de la UE), sin embargo las autoridades nacionales deben garantizar que la aplicación de las reglas nacionales sobre la carga de la prueba no pongan «en peligro el efecto útil de artículo 20 TFUE»³¹. En definitiva, el TJUE considera que el art. 20 TFUE «no se opone» a una normativa nacional sobre la carga de la prueba que obliga al solicitante del permiso de residencia a aportar los datos para acreditar que la denegación de este permiso implicaría que el menor abandonaría el territorio de la UE³². Sin embargo, ello no puede dispensar a las autoridades nacionales de efectuar las investigaciones necesarias para «determinar» todos los elementos pertinentes, como la capacidad y la *disponibilidad* del otro progenitor de

declarar que no existe entre el progenitor de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión si a ese nacional de un país tercero se le denegase el derecho de residencia», sentencia *Chávez-Vilchez*, apdo. 71.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Sentencia *Chávez-Vilchez*, apdo. 76.

³² Sentencia *Chávez-Vilchez*, apdo. 78.

cuidar del menor, y, sobre todo, las consecuencias que la ruptura de la relación con el progenitor nacional del tercer país tendrían para el menor³³.

V. CONCLUSIONES

La sentencia Chávez-Vílchez vuelve a abordar la cuestión del derecho derivado de residencia de los progenitores de ciudadanos europeos estáticos, destacando decididamente la posición de vulnerabilidad de los niños. El principio del interés superior del menor se convierte en un elemento central en la valoración de los elementos de derecho de este asunto que, en realidad, se refieren más al acceso a las ayudas sociales que al permiso de residencia de las madres de los menores europeos de corta edad.

Tanto las conclusiones del abogado general —que le dedica la primera parte del análisis jurídico³⁴— como la propia sentencia, cuya motivación empieza refiriéndose a la posición jurídica de los hijos de las reclamantes, coinciden en subrayar la importancia de la interpretación de la normativa nacional aplicable a la luz del principio del interés superior del menor.

Como subraya el abogado general, se trata de «uno de los principios del ordenamiento jurídico de la Unión»³⁵. En tanto que «norma-guía de toda actuación relacionada con la infancia»³⁶ está expresamente previsto en el art. 24, apdo. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y, como puntualizan sus «Explicaciones»³⁷, trae causa de la Convención de Naciones Unidas

³³ Según el TJUE, la normativa sobre la carga de la prueba «no dispensa» a las autoridades nacionales competentes «de proceder, basándose en los elementos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor nacional de dicho Estado miembro y para examinar, por una parte, si éste es realmente o no capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y estás dispuesto a ello, y, por otra parte, si existe o no, una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor nacional de un país tercero que una decisión que deniegue el derecho de residencia a éste privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto», sentencia *Chávez-Vílchez*, apdo. 77.

³⁴ Conclusiones Chávez-Vílchez, puntos 42-47.

³⁵ Conclusiones Chávez-Vílchez, punto 472.

³⁶ Cfr. Araceli MANGAS MARTÍN, «Comentario artículo 2», en Araceli MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, p. 441 ss.

³⁷ «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», publicadas en DOUE C303/17 de 14 de diciembre 2007.

sobre los Derechos del Niño³⁸, ratificada por todos los Estados miembros de la UE, además de estar reconocido y protegido por diferentes instrumentos internacionales. De hecho, esta convención es uno de los tratados internacionales que el propio Tribunal de Justicia toma en consideración en el reconocimiento y aplicación de los principios generales de derecho UE³⁹.

Así, los ciudadanos de la UE menores de edad, aunque sin capacidad de obrar autónoma, son titulares de derechos dimanantes del ordenamiento de la Unión que pueden invocarse ante los órganos jurisdiccionales, cuya garantía de respeto y aplicación concreta comporta para los Estados miembros obligaciones negativas y positivas. La protección de los derechos del menor en el ordenamiento de la Unión ha ido cobrando cada vez mayor trascendencia, como se desprende del art. 3, apdo. 3 TUE, del art. 24 de la Carta, del derecho derivado, de los actos de *soft law*⁴⁰ que permean las políticas de la Unión y, claramente, de la jurisprudencia⁴¹.

En el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, especialmente en las decisiones relativas a medidas que repercuten sobre la vida familiar, cuya tutela se encuentra reconocida en el art. 7 de la Carta —que, a su vez, recoge

³⁸ Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, aprobada y abierta a la firma por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, con la Resolución 44/25, y entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. En base a su artículo 3, cuando se adoptan medidas que conciernen a los menores, todos los órganos del Estado e incluso las instituciones privadas de bienestar social deben asegurar que se atenderá «una consideración primordial» al «interés superior del niño».

³⁹ Sentencia de 27 junio de 2006, Parlamento/Consejo, C-540/03, EU:C:2006:429, apdo. 37 y Conclusiones AG Kokott de EU:C:2006:517.

⁴⁰ La trascendencia de la protección de los derechos de los niños en el contexto de las diferentes políticas europeas se subraya en los documentos de *soft law* aprobados por las distintas instituciones; véase Comunicación de la Comisión, Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia, COM(2006)367, de 4 de julio de 2006; Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de octubre de 2008, sobre la promoción de la inclusión social y la lucha contra la pobreza, incluida la pobreza infantil, en la Unión Europea (2008/2034(INI)), DO C 9E, de 15 de enero 2010; Conclusiones del Consejo, de 19 de noviembre de 2010, relativas a las Agendas Europeas e Internacionales sobre la Infancia, la Juventud y los Derechos de la Infancia, DO C 326, de 3 de diciembre de 2010; Recomendación de la Comisión, 2013/112/UE, Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas, de 20 de febrero de 2013.

⁴¹ Entre las más recientes, véanse las sentencias del TJUE de 13 de septiembre de 2016 en los asuntos CS-304/14 CS EU:C:2016:674 y Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675; y las correspondientes conclusiones del abogado general Szpunar del 4 de febrero de 2016, EU:C:2016:75.

el art. 8 de la CEDH y la pertinente jurisprudencia del TEDH⁴²—, se pone en evidencia la obligación de tomar en adecuada consideración la disposición del art. 24, apdo. 2, de la Carta⁴³.

En conclusión, la sentencia *Chávez-Vilchez* confirma la nueva dimensión reconocida al ciudadano europeo como persona y añade un importante elemento que obliga a los Estados miembros a considerar los derechos fundamentales y, sobre todo, los derechos de los niños en su conjunto y de manera coherente con las demás políticas de la Unión. Ello porque la decisión sobre el derecho de residencia de los progenitores no puede estar supeditada a automatismos y las reglas nacionales no pueden estar orientadas a hacer más difícil un reconocimiento oficial de situaciones que de hecho están toleradas, pero que impiden el desarrollo de la vida de los menores y de su familia en condiciones de dignidad. No cabe duda de que el interés superior del niño incluye, como establece el art. 24, apdo. 3 de la Carta, el derecho de mantener relaciones personales y contactos con el padre y la madre. Está claro que esta disposición no se toma en consideración en las motivaciones de la sentencia porque está orientada a disciplinar otras cuestiones de derecho de familia. Sin embargo no solo es preciso asegurar la coherencia en la interpretación de las distintas normativas UE que tutelan la infancia, sino que hay que reconocer que la denegación del derecho de residencia a uno de los progenitores (previsto en la normativa nacional solo porque en teoría el otro puede hacerse cargo del hijo, aunque declare no quererlo) es susceptible de tener consecuencias materiales y afectivas —como la separación del progenitor que efectivamente se ocupa del hijo— que claramente no contribuyen a dicho interés superior.

Por estas razones, hay que valorar de manera muy positiva esta reciente sentencia que considera relevante, para una adecuada aplicación del art. 20 TFUE, la obligación de las autoridades nacionales de examinar concretamente la relación de dependencia efectivamente existente entre el progenitor nacional de un país tercero y el hijo ciudadano UE de corta edad.

⁴² En la jurisprudencia del TEDH se realiza un atento examen de todas las circunstancias de cada situación fáctica y jurídica antes de constatar la violación del art. 8 CEDH. En particular, en relación con el derecho de residencia de una madre, véase el interesante asunto *Jeunesse v. The Netherlands* [GC], 3 de octubre de 2014, no. 12738/10, especialmente el apdo. 109.

⁴³ Sobre este interesante aspecto, véase el apdo. 70 de la sentencia *Chávez-Vilchez*.