

MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE PERSONAS, VIDA FAMILIAR Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CROSS-BORDER MOBILITY OF PERSONS, FAMILY LIFE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Pilar Jiménez Blanco*

Sumario: I.INTRODUCCIÓN. II.FUNDAMENTOS DE LA MOVILIDAD EUROPEA DE LAS PERSONAS Y DE LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS. III. MODELOS FAMILIARES Y RECONOCIMIENTO DE FAMILIAS CONSTITUIDAS. IV. ACREDITACIÓN DE LA SITUACIÓN FAMILIAR. V. PERSPECTIVAS ADMINISTRATIVA Y CIVIL DEL ESTATUTO FAMILIAR. VI. DECISIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y RÉGIMEN DE MOVILIDAD DE LAS PERSONAS. VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La movilidad transfronteriza de personas requiere una adecuada protección de su derecho a la vida familiar, lo que implica, en consecuencia, la posibilidad de trasladarse y residir con los miembros de la familia en otro Estado. El régimen de movilidad dentro de la UE tiene ciertas particularidades para los ciudadanos de la UE pero también para nacionales de terceros países. Puede identificarse un modelo mínimo de familia europea. Asimismo, existe una tendencia al reconocimiento de familias constituidas, en particular, cuando se han establecido como familias en otro Estado UE. En el ámbito del Derecho migratorio, la forma de acreditar y dar eficacia a las relaciones familiares no coincide en todos los casos con los métodos clásicos del Derecho internacional privado. Existen en ocasiones dos visiones diferentes, la civil y la administrativa, sobre la misma realidad familiar. El Derecho migratorio debe supeditarse al derecho a la vida familiar, en particular a la protección del interés superior del menor y a su derecho de relación con ambos progenitores, principios rectores de todas las decisiones que les afecten.

ABSTRACT: The cross-border mobility of persons require adequate protection of their right to family life, which implies, therefore, the possibility of moving and residing with family members in another State. The mobility regime within the EU has certain peculiarities for EU citizens but also for third-country nationals. A minimum European family model can be identified. In addition, there is a trend towards the recognition of already established families, in particular, when they have established themselves as families in another EU State. In the field of immigration law, the way to accredit and make effective the family relationships

Fecha de recepción del original: 2 de febrero de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de marzo de 2018.

* Profesora Titular, Catedrática acreditada, de Derecho internacional privado, Universidad de Oviedo, pilarj@uniovil.es.

Este trabajo se adscribe al Proyecto de Investigación I+D+I del MINECO Ref. DER2017-86107-R, del que son Investigadores Principales ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. y JIMÉNEZ BLANCO, P. de la Universidad de Oviedo.

does not coincide in all cases with the classical methods of private international law. Sometimes there are two different approaches, civil and administrative, on the same family relationship. Immigration law should be subject to the right to family life, in particular to the protection of the best interests of the children and their right of relationship with both parents as guiding principles of all decisions that affect them.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vida familiar.- Ciudadanía UE.- Nacionales de terceros países.- Movilidad europea.- Derecho de residencia.- Derecho internacional privado.- Interés superior del menor.

KEYWORDS: *Right to respect for family life.- EU citizenship.- Third-country nationals.- European mobility.- Right of residence.- Private international law.- Best interest of the child.*

I. INTRODUCCIÓN

1. La movilidad de personas dentro de la UE es inherente a la condición de ciudadanía de la UE, constituyendo la libertad de circulación y de derecho de residencia en la UE parte del contenido esencial de dicho estatuto. Pero la movilidad en el ámbito de la UE también se manifiesta en relación con nacionales de terceros países, establecidos en un Estado miembro que, posteriormente, pretenden desplazar su residencia a otro Estado miembro. A tales efectos, el Derecho europeo ha ido desarrollando vías privilegiadas de movilidad de extranjeros extracomunitarios en atención a su especial vinculación con el territorio de la Unión o como vía de incentivo a un modelo determinado de migración especialmente cualificada¹. En este contexto, como pieza clave, condicionante y habilitante de la movilidad de las personas, se encuentra el derecho a la vida familiar que requiere conciliarse con el ejercicio del derecho a circular y a residir en otro Estado.

Sobre estas premisas, se asienta el estudio que presentamos, que pretende ofrecer una visión integrada de la movilidad de personas tanto desde una perspectiva subjetiva como metodológica. Desde el punto de vista subjetivo, se incluye el tratamiento a los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE (que denominaremos régimen europeo) y de los nacionales de terceros países (régimen de extranjería)². Desde el punto de vista metodológico, se entremezclan los instrumentos propios del Derecho de extranjería con las técnicas de Derecho internacional privado, en ocasiones como coadyuvantes, en ocasiones con soluciones divergentes. Así, se trata de identificar el modelo de familia europeo y las posibilidades de dar continuidad a familias ya constituidas en otros Estados, en particular en relación con el derecho de entrada y permanencia en el Estado de acogida. A estos efectos, el modo y alcance de la acreditación de los vínculos familiares, basada esencialmente en la prueba documental, prescinde en la práctica de las técnicas clásicas

¹ Un estudio estadístico y comparado de esta movilidad dentro de la UE puede verse en EUROPEAN MIGRATION NETWORK (EMN), *Synthesis Report – Intra-EU mobility of third-country nationals*, Comisión Europea, 2013.

² *Vid.* un estudio integrado en CORTÉS MARTIN, J.M., “Ciudadanos de la Unión vs. Nacionales de terceros países: sobre la incipiente convergencia interpretativa del derecho a la reagrupación familiar”, *R.G.D.E.*, nº 26, 2012, pp. 1 y ss.; RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 289 y ss.

del DIPr., acercándose a un modelo de reconocimiento mutuo o de “portabilidad” del estatuto familiar de un Estado a otro³. Aunque las perspectivas civil y administrativa de una misma relación jurídica no son siempre coincidentes, lo cierto es que las medidas de extranjería deben supeditarse al derecho a la vida familiar, en particular a la protección del interés superior del menor y a su derecho de relación con ambos progenitores, principios rectores de todas las decisiones que les afecte y, en particular, de las relativas a la entrada y residencia en un Estado.

II. FUNDAMENTOS DE LA MOVILIDAD EUROPEA DE LAS PERSONAS Y DE LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS

1. Ciudadanía de la UE y libre circulación de personas

A) Ciudadanos UE y miembros de sus familias

2. En el ámbito del Derecho europeo, el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) reproduce la protección de la vida privada familiar establecida en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Establece, además, el interés superior del menor como criterio de actuación principal (art. 24.2) y la protección del derecho de relación entre hijos y padres (art. 24.3). Ahora bien, el alcance de la Carta es más limitado en relación con la extensión del estatuto de la ciudadanía UE a los miembros de la familia. En efecto, el régimen de la ciudadanía de la UE no se extiende a los miembros de la familia sobre la base del derecho a la vida familiar, sino que se fundamenta en la accesividad respecto al ejercicio de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos UE, establecido, con carácter general, en los arts. 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y, de manera sectorial, en el art. 45 TFUE (libre circulación de trabajadores), art. 49 TFUE (libertad de establecimiento) y art. 56 TFUE (libre prestación de servicios). Los términos concretos en los que se desarrolla, en la actualidad, este derecho se encuentran en la Directiva 2004/38/CE⁴.

³ KINSCH, P., “Recognition in the forum of a status acquired abroad – Private international law rules and European human right law”, en BOELE-WOELKI, K. y otros (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pp. 259 y ss. Vid. en este contexto la construcción de PFEIFF, S. (*La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017, pp. 66 y ss.) que apela a un “método europeo de reconocimiento”. Con carácter general, sobre el reconocimiento mutuo, vid. JANSSENS, CH., *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Sobre la interacción entre la movilidad de personas y el Derecho internacional privado, vid. el estudio del PARLAMENTO EUROPEO, *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, Junio 2017.

⁴ Al respecto, el Considerando 5 de la Directiva 2004/38/CE, 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 (D.O. L núm. 150, de 30-IV-2004), indica que: “El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad”. Por su parte, la jurisprudencia del TJUE ha venido reconociendo el carácter derivado del derecho de los miembros de la familia nacionales de terceros países; cf. STJUE de 8 de mayo de 2013, asunto C-87/12: *Ymeraga e Ymeraga-Tafarshiku*, apdo. 35 y jurisprudencia citada.

Así, como elemento coadyuvante al ejercicio de esta libertad, es necesario reconocer, por derivación, un derecho de libre circulación y de residencia a los miembros de la familia del ciudadano europeo y asimilados⁵, quedando incluidos entre los beneficiarios los familiares aunque sean nacionales de terceros países. Este derecho “derivado” de los familiares de europeos requiere que se dé alguno de estos dos presupuestos: o bien que exista un ejercicio previo de la libre circulación por parte del ciudadano europeo; o bien que se posibilite el derecho de residencia en el territorio de la UE del propio ciudadano europeo. Esto explica que queden “excluidos” los familiares del nacional del Estado de acogida que no se haya trasladado a otro Estado UE (es decir, los familiares del español “sedentario”, a los que nos referiremos en el apartado siguiente). Sin embargo, se incluyen como beneficiarios a los miembros de familia del ciudadano UE que, habiendo ejercido previamente la libre circulación, ha adquirido la nacionalidad del Estado de acogida conservando la nacionalidad de su Estado europeo de origen⁶. En estos casos, la lógica de la integración del art. 21.1 TFUE debe garantizar un derecho de residencia para los miembros de la familia en unas condiciones que no deben ser más estrictas que las establecidas en la Directiva 2004/38/CE.

3. El presupuesto del ejercicio previo de la libre circulación supone que el ciudadano de la UE se ha desplazado a otro Estado UE (por ejemplo, a España), de modo que el miembro de la familia solo puede invocar su derecho “derivado” de circulación y residencia cuando acompañe o vaya a reunirse con el ciudadano UE en el Estado de acogida. El reverso de este presupuesto es que quedan excluidos los miembros de la familia que no acompañen al ciudadano de la UE que se traslade a otro Estado miembro⁷.

4. El segundo presupuesto que puede justificar el “derecho de residencia derivado” de los familiares de los ciudadanos UE es que la permanencia de estos en el Estado de acogida sea necesaria para garantizar el propio derecho de residencia del ciudadano UE en el territorio de la UE; esto es, para garantizar el efecto útil del estatuto de la ciudadanía UE. El asunto *Ruiz-Zambrano*⁸ constituye el caso-tipo donde se evidenció esta

⁵ A estos efectos, se asimilan a los ciudadanos UE los nacionales del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) [art. 28 del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo reconoce la libre circulación de trabajadores entre los Estados UE y Asociación Europea de Libre Cambio (AELC)]. También están asimilados los nacionales suizos, en virtud del Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 21 de junio de 1999.

⁶ STJUE de 14 de noviembre de 2017 (asunto C-165/16: *Lounes*), en relación con una nacional española, residente en Londres y que adquiere la nacionalidad británica, manteniendo la española; posteriormente contrae matrimonio en Londres con un nacional argelino a quien se le reconoce el derecho de residencia con base en el art. 21.1 TFUE como familiar de ciudadano de la UE. Sobre esta sentencia, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “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, pp. 56 y ss.

⁷ STJUE de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-40/11: *Iida*) en un caso de un japonés cuando su mujer, nacional alemana, se traslada a Austria, pretendiendo su marido permanecer en Alemania al amparo de la Directiva 2004/38/CE.

⁸ STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09: *Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEm)*. Era un supuesto en el que se trataba de determinar el derecho de residencia de los progenitores (colombianos) de dos niños belgas (nacidos y residentes en Bélgica): concluyó el TJUE que era necesaria la autorización de residencia de los padres para que los hijos pudieran disfrutar del efectivamente de la

problemática. De este modo, el efecto útil de la ciudadanía de la UE puede verse comprometido si la negativa a autorizar la residencia del nacional del tercer país conllevara, en la práctica, que el ciudadano de la UE tuviera que abandonar el territorio de la UE⁹.

B) Familiares de españoles

5. La situación de los familiares de españoles se desdobra en un diferente tratamiento en función de que los españoles hayan ejercido previamente la libre circulación a otro Estado UE y luego regresado a España, o no hayan ejercido esa libre circulación, ya sea porque hayan permanecido siempre en territorio español (españoles “sedentarios”¹⁰) o ya sea porque se trate de españoles emigrantes a terceros países retornados¹¹. En el primer caso, se encontrarán en la misma situación que cualquier otro ciudadano de la UE que se traslade a España. En el segundo caso, la privación de la residencia a los familiares de españoles solo resultará contraria al Derecho UE si ello implica privar al ciudadano UE del disfrute efectivo del contenido de sus derechos de ciudadanía de la UE. En este contexto, la residencia del nacional extracomunitario está garantizada si esta es imprescindible para garantizar la propia residencia del nacional español. Así ocurriría respecto de progenitores nacionales de un tercer país a cargo de un menor español (siguiendo el criterio del citado asunto *Ruiz-Zambrano*), dado que la salida del territorio español de los progenitores supondría, sin margen de elección, la salida del nacional español de la UE. Sin embargo, la solución sería diferente respecto del cónyuge del nacional español, dado que la residencia del cónyuge no sería imprescindible al tener el ciudadano español libertad de opción sobre su lugar de residencia (asunto *Dereci*¹²). Es decir, el art. 20 TFUE puede fundamentar la autorización de residencia de los miembros de la familia si esta es esencial para la propia residencia del español, pero no por mera conveniencia. Si está en juego alguna libertad comunitaria, como la libre prestación de servicios, cualquier “injerencia” en la vida familiar de los ciudadanos de la UE, aunque sean “sedentarios”, también es valorada desde la perspectiva del Derecho europeo. Por tanto, un rechazo a la residencia del cónyuge extranjero podría entenderse que restringe el derecho a prestar servicios del ciudadano UE en otro Estado (asunto *Carpenter*)¹³.

esencia de los derechos vinculados al estatuto del ciudadano UE. Nos encontraríamos ante lo que gráficamente se ha denominado “niños-ancla”.

⁹ Importante la matización de que el estatuto de la ciudadanía de la UE incluye el derecho a residir “en el territorio de la Unión” pero no necesariamente en el Estado de acogida.

¹⁰ Término acuñado por el Abogado General M. Darmon en las conclusiones presentadas el 10 de marzo de 1994 en el asunto C-132/93, *Steen II*, EU:C:1994:254, apartado 20.

¹¹ *Vid.* que este era el supuesto de base de la STS (Sala 3ª) núm. 1295/2017, de 18 de julio, www.westlaw.es, RJ 2017\3227: español emigrado a Cuba y retornado a España y cuya pareja registrada (nacional cubana) solicita la tarjeta de residente como familiar de comunitario.

¹² STJUE de 15 de noviembre de 2011 (asunto C-256/11: *Dereci*.) tenía por objeto analizar la compatibilidad con el art. 20 TFUE de la denegación de residencia en Austria a nacionales de terceros Estados (entre ellos, un nacional turco y un nigeriano) que estaban casados o se casaron con ciudadanos austríacos, cuestión que se resolvió indicando al tribunal remitente que debía analizar si ello privaba a los austríacos de su disfrute efectivo como ciudadanos UE.

¹³ La STJCE de 11 de julio de 2002 (asunto C-60/00: *Carpenter*), así lo puso de manifiesto en un supuesto en el que se trataba de una nacional filipina casada con un británico que se hacía cargo de los hijos del marido (habidos de una relación anterior) que permitía que este desarrollara prestaciones de servicios a través de su empresa en otros Estados UE; *vid.* también la STJUE de 12 de marzo de 2014, asunto C-457/12:

6. En el resto de los casos, los familiares ni pueden invocar el estatuto de la ciudadanía de la UE ni el derecho a la vida familiar recogido en el art. 7 CDFUE, debiéndose acoger al régimen general de la vida familiar del art. 8 CEDH, siguiendo, en consecuencia, las pautas de interpretación establecidas por el TEDH para este derecho fundamental. Desde la perspectiva del Derecho europeo, tales situaciones serán “puramente internas”, lo que supone que cada Estado miembro decidirá el régimen jurídico de los miembros de la familia de sus propios nacionales “sedentarios” ya sea manteniendo una situación de discriminación inversa, esto es, con un peor tratamiento a los extranjeros miembros de la familia de sus propios nacionales, ya sea igualando su tratamiento a los miembros de la familia del resto de los ciudadanos UE. Ejemplo de la primera solución se daba en el Derecho británico, como se evidenció en el asunto *McCarthy*¹⁴. Ejemplo de la segunda solución se encuentra en el Derecho español vigente.

7. Por paradójico que pueda parecer, el tratamiento de los miembros de la familia de los españoles había sido uno de los puntos negros de nuestra regulación de extranjería, quedando en una especie de “limbo jurídico” parcheado a través de remisiones diversas entre fuentes normativas¹⁵. Curiosamente, incluso la versión original del Real Decreto 240/2007, que transpone a nuestro Derecho la Directiva 2004/38/CE¹⁶, “olvidó” incluir el régimen de entrada y permanencia de los familiares de españoles cuando éstos hubieran ejercido la libre circulación y regresado a España y tuvo que ser la STS de 1 de junio de 2010 la que enmendara tal deficiencia¹⁷. La versión vigente deja a los familiares de españoles, al menos formalmente, al mismo nivel que a los familiares de cualquier otro ciudadano UE, como el propio TS ha reiterado¹⁸.

S. y G., EU:C:2014:136 *Vid.* un análisis de esta jurisprudencia en CORTÉS MARTÍN, J.M., *loc. cit.*, pp. 22 y ss.

¹⁴ En la STJUE de 5 de mayo de 2011 (Asunto C-434/09: asunto *McCarthy*), el asunto se suscitó por la denegación por parte de las autoridades británicas de conceder la tarjeta de residencia de familiar comunitario a jamaicano casado con británica-irlandesa. Evidentemente, estamos valorando la situación anterior a la salida del Reino Unido de la UE como consecuencia del Brexit.

¹⁵ *Vid.* en este sentido la Disposición Adicional Tercera del RD 240/2007 que introdujo la Disposición Adicional Vigésima del anterior Reglamento de Extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre), en relación con la normativa aplicable a los miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Espacio Económico Europeo.

¹⁶ RD 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 (*B.O.E.* núm. 51, de 28-II-2007).

¹⁷ STS (Sala 3ª) de 1 de junio de 2010 (www.westlaw.es, RJ 2010\5470). En este sentido, la redacción inicial del art. 1 del RD 240/2007 sólo incluía en su ámbito de aplicación a los “familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la UE o del EEE” cuando le “acompañen o se reúnan con él”; literalmente, dejaba fuera a los familiares de ciudadano español retornado que hubieran ejercido la libre circulación. Tal omisión era claramente contraria a la jurisprudencia del TJUE que había dejado establecido que el ciudadano UE que ha residido en un Estado miembro diferente a su nacionalidad y regresa a su Estado miembro, del que es nacional, le resultará aplicable el Derecho europeo derivado: STJUE de 7 de julio de 1992 (asunto C-370/90: *Singh*); asunto C-60/00: *Carpenter, loc. cit.*; STJUE de 23 de septiembre de 2003 (asunto C-109/01: *Akrich*); STJUE de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-291/2005: *Eind*).

¹⁸ *Cf.* la STS (Sala 3ª) núm. 1295/2017, de 18 de julio.

No obstante, incluso el sistema vigente no ha escapado a la polémica. Por una parte, porque la práctica (velada, o explícitamente, fundada en temores o sospechas de fraude) vino exigiendo un mayor rigor para acreditar la relación familiar con españoles que respecto de cualquier otro nacional. A tal efecto, se requería la inscripción del matrimonio en el Registro civil español cuando tal condición no tiene carácter constitutivo en nuestro sistema¹⁹.

Por otra parte, por las dudas planteadas sobre la aplicación a los familiares extracomunitarios de españoles del requisito de la suficiencia de recursos económicos para poder residir, establecido por el art. 7 RD 240/2007, requisito éste plenamente asentado para los otros ciudadanos de la UE y los miembros de sus familias²⁰. La jurisprudencia parece ir decantándose por igualar esta exigencia para todos los casos²¹. Las dudas derivan de que las situaciones de base no son las mismas: para el resto de los ciudadanos de la UE, está en juego su libertad de circulación y residencia en España; para los españoles, está en juego su derecho a la vida en familia con base en el art. 8 CEDH, dado que la negación del derecho de residencia del miembro de la familia (en concreto, del cónyuge) obligaría al ciudadano español o bien a separarse de su familia o bien a abandonar nuestro territorio. Cuestión esencial resulta, por tanto, en este caso, la interpretación y alcance del derecho fundamental a la vida familiar.

2. Protección de la vida familiar y derecho de reagrupación familiar

8.La protección del derecho a la vida familiar recogido en el art. 7 CDFUE, trasunto del art. 8 del CEDH, fundamenta directamente y modula la reagrupación familiar de nacionales de terceros países (regulada a través de la Directiva 2003/86/CE)²², cuyas exigencias (por ejemplo, la necesidad de contar con recursos económicos suficientes) han

¹⁹ *Vid. infra* apdo. 40.

²⁰ En contra de esta exigencia, se ha mostrado el Defensor del Pueblo en Recomendación de 9 de marzo de 2013, n° expediente 13007759 (<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index2012.html>). Por su parte, la Recomendación del Defensor del Pueblo 235/2014, de 2 de septiembre, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior, impartió instrucciones para que no se incoara expediente sancionador a las personas a las que se hubiera denegado la tarjeta comunitaria por incumplimiento del art. 7 del RD 240/2007.

²¹ A favor de aplicar el art. 7 RD 240/2007 está la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de las Islas Baleares de 9 septiembre de 2015 (www.westlaw.es, JUR 2015\232986), que establece la necesidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos económicos del art. 7 del RD 240/2007 para computar el período de residencia como “legal” a los efectos de que el familiar pueda obtener la tarjeta de residente permanente. En contra de aplicar el citado art. 7 se mostraron la Sent. núm. 185/2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Tarragona de 7 julio de 2015 (*ibid.* JUR 2015\235365) y la Sent. núm. 317/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Sevilla de 21 de diciembre de 2017. Contraria también fue la STSJ de Cantabria de 26 de diciembre de 2013 (*ibid.* JUR 2014, 17999), que, sin embargo, se revocó por la STS (Sala 3ª) núm. 1295/2017, de 18 de julio (*loc. cit.*), que entiende que la aplicación general del RD 240/2007 a los familiares extracomunitarios de españoles conlleva también asumir el art. 7 y, por tanto, justificar la denegación de tarjeta de residente a una cónyuge cubana de un español, careciendo ambos de recursos suficientes para subsistir.

²² *Cf.* STJUE de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08: *Chakroun*, apdo 44. Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*D.O.* L núm. 251, de 3-X-2003).

de examinarse a la luz de los citados textos normativos²³. Ahora bien, su alcance es limitado ya que, en ningún caso, puede utilizarse para ampliar el ámbito competencial del Derecho de la UE, sino sólo como parámetro de valoración del ejercicio de competencias de la UE.

La clave de este derecho es la protección o la continuidad de una familia ya constituida, no tanto la protección del derecho a constituir una familia, lo que va a repercutir en las condiciones de entrada de extranjero al Estado de acogida²⁴. Aunque parezca una obviedad indicarlo, no existe un derecho fundamental a residir en un Estado del que no se es nacional. Los regímenes nacionales de extranjería se asientan precisamente sobre la base de la inexistencia de ese derecho: la extranjería se construye a partir de la discriminación por razón de la nacionalidad y así está legitimada en los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, en el Derecho europeo y en la propia Constitución española²⁵.

9. El contexto normativo indicado marca, por tanto, la inexistencia de un derecho de residencia de los no nacionales que, a su vez condiciona la inexistencia de un derecho fundamental a la reagrupación familiar. La interpretación dada al art. 8.1 CEDH parte de dos pautas esenciales. Por una parte, no está garantizada la libertad de elección de residencia y de reagrupación de una familia que “voluntariamente” se ha roto como consecuencia del movimiento migratorio²⁶. En términos semejantes, se ha indicado que no se interpretará como una obligación del Estado de respetar la elección, por la pareja casada, de su residencia común y de permitir la reagrupación familiar en su territorio²⁷. Por otra parte, se reconoce a los Estados un margen de apreciación, aunque limitado, sobre políticas migratorias. Los Estados pueden justificar sus soluciones de extranjería al amparo de motivos de carácter económico, de orden público o de seguridad pública, pero siempre que sean proporcionales y adecuadas al fin perseguido²⁸. En todo caso, el derecho a la vida familiar limitará la aplicación de aquellas medidas de extranjería cuando se

²³ Vid. la STJUE de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11: *O., S. y Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto y L.*

²⁴ Vid. *infra*, apdo. 22, las consecuencias, por ejemplo, para la adopción.

²⁵ En el ámbito de los textos internacionales, el art. 13.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que existe “un derecho a circular libremente y a elegir su residencia *en el territorio de un Estado*”, pero nada se dice en relación con ese mismo derecho en el territorio de otros Estados. Por su parte, del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) tampoco cabe derivar ningún derecho para un extranjero a entrar y residir en el territorio de un Estado determinado. Vid., entre otras, Sent. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1ª secc.) de 10 de marzo de 2011, nº 2700/10, asunto *Kiyutin c. Rusia*, apdo. 53 y referencias allí incluidas.

²⁶ “No se deduce del artículo 8 CEDH una obligación general impuesta a los Estados de respetar la elección de los inmigrantes del país de residencia y de autorizar la Reunificación familiar en su territorio” (SSTEDH de 28 de mayo de 1985, nº 9214/80 9473/81 9474/81, asunto *Abdulaziz, Cabaes y Balkandali c. Reino Unido*; de 19 de febrero de 1996, nº 23218/94, asunto *Gül c. Suiza*; de 28 de noviembre de 1996, nº 21702/93, *Ahmut c. Países Bajos*; de 1 de diciembre de 2005, nº 60665/00, asunto *Tuquabo-Tekle y otros c. Países Bajos*).

²⁷ STEDH en el asunto *Ahmut c. Países Bajos*, *loc. cit.*, apdo 67; en el mismo sentido la Sent. en el asunto *Kiyutin c. Rusia*, *loc. cit.*, apdo. 53.

²⁸ Vid., por todas, STEDH de 2 de agosto de 2001, nº 54273/00, asunto *Boultif c. Suiza*, apdo. 46.

acredite una imposibilidad de desarrollar la vida familiar en otro lugar, ya sea por un impedimento legal o fáctico²⁹.

La propia jurisprudencia del TEDH establece las circunstancias que los Estados deben ponderar para valorar la vida familiar como condicionantes de las medidas de extranjería³⁰: en qué medida se ha producido realmente una ruptura en la vida familiar; la vinculación con el Estado de acogida y la existencia o no obstáculos insuperables para desarrollar la vida de la familia en el Estado de origen; la edad de los miembros de la familia, con una tendencia muy limitada a reagrupar adultos; o la presencia de factores de control de inmigración basados en el orden público o en la seguridad pública a favor de la exclusión del extranjero³¹. Tales criterios servirán, por tanto, para informar y valorar la aplicación de las normas de extranjería que limiten o condicionen el desarrollo de la vida familiar.

III. MODELOS FAMILIARES Y RECONOCIMIENTO DE FAMILIAS CONSTITUIDAS

1. ¿Existe un modelo de familia de la Unión Europea?

A) Alcance del principio de igualdad

10. La movilidad de personas y de los miembros de sus familias parte de una determinada concepción sobre la familia: en concreto, existe un denominador común sobre la denominada familia nuclear y un mayor margen de apreciación sobre la denominada familia extensa. A tales efectos, aunque ni el Derecho UE ni el CEDH imponen a los Estados miembros ninguna concreta regulación sobre modelos familiares, sí parten del principio de igualdad y, por tanto, de la prohibición de establecer condicionantes o discriminaciones posibles basadas en la nacionalidad, raza u orientación sexual³². En el ámbito de la protección del estatuto personal de las personas refugiadas, el mismo principio de igualdad y de adaptación a la legislación del Estado de acogida se observa en el art. 12.2 de la Convención de Ginebra cuando establece el respeto a los derechos adquiridos y la continuidad de las relaciones familiares, en especial el matrimonio³³. De este modo, sea cual sea el modelo familiar elegido por el Estado de

²⁹ Entre otras, SSTEDH los asuntos *Abdulaziz c. Reino Unido*, *Ahmut c. Países Bajos* y *Boultif c. Suiza*.

³⁰ STEDH de 26 de abril de 2007, nº 16351/03, asunto *Konstantinov c. Países Bajos*, apdo. 48. Vid. en desarrollo de esta cuestión en J.M. Cortés Martín, *loc. cit.*, pp. 7 y ss.

³¹ STEDH de 5 de septiembre de 2000, nº 44328/98, asunto *Solomon c. Países-Bajos*.

³² FALLON, M., "Constraints of Internal Market Law on Family Law", in MEEUSEN, J. y otros (eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2007, pp. 149-181, pp. 174-175. A esta obligación de adaptación en condiciones de igualdad se refiere el propio considerando 5 de la Directiva 2003/109 del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*D.O. L* núm. 16, de 23-I-2004), que obligará a admitir relaciones familiares en las mismas condiciones que pudieran estar previstas en el Derecho nacional del Estado de acogida.

³³ Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, *BOE* núm. 252, de 21-X-1978. Vid. VERHELLEN, J., "La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés", *Rev. crit. dr int. pr.*, 2017, pp. 173 y ss., esp. p. 185. Vid. el estudio del PARLAMENTO EUROPEO, *Private International Law...*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

acogida, este debe garantizar su aplicación a los miembros de la familia que desean moverse o reagruparse con el extranjero residente. Es decir, si un Estado miembro reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo para supuestos internos, ese mismo reconocimiento debe admitirse cuando se invoca en el ámbito de una reagrupación familiar. En la misma línea, si el Estado de acogida admite, para supuestos internos, efectos a las parejas del mismo sexo registradas, esa misma admisión deberá hacerse para parejas registradas en otros Estados³⁴. Se parte en estos casos del principio de la extensión “limitada” de los efectos de las instituciones familiares del Estado de origen, que requiere que se “adapten” a las instituciones conocidas del Derecho del Estado de acogida³⁵. La misma idea subyace, para el ámbito de la Seguridad Social, en el principio de asimilación recogido en el Reglamento (CE) 883/2004, que obliga al Estado de acogida a equiparar los hechos ocurridos en otro Estado miembro como si tales hechos o acontecimientos hubieran ocurrido en su territorio³⁶.

C) Familia nuclear

11. El denominador común en los regímenes europeo y de extranjería es la inclusión, sin margen de discrecionalidad para los Estados³⁷, de los miembros de la familia nuclear, compuesta por cónyuge e hijos menores de edad, que tendrán un verdadero derecho subjetivo para la movilidad familiar³⁸.

12. El carácter imperativo del régimen europeo alcanza, en principio, solo a los cónyuges y no a las parejas de hecho. La condición de cónyuge presupone un vínculo matrimonial válido, no celebrado fraudulentamente, y vigente, esto es, no disuelto ni por divorcio ni por nulidad³⁹. Conforme a lo indicado, la concepción matrimonial que debe tenerse en cuenta es la del Estado de acogida, que fija los elementos esenciales de la institución matrimonial: el libre consentimiento (contrario a los matrimonios concertados o forzados), la monogamia (contraria a los matrimonios poligámicos) o la capacidad

³⁴ Así, por ejemplo, en Hungría, cabe la posibilidad de que las parejas del mismo sexo se reconozcan como pareja registrada, a pesar de que el matrimonio homosexual no se reconoce; *vid. Act II. of 2007 on the entry and right of residence of third-country nationals*.

³⁵ Cf. LEHMANN, M., “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676015, p. 11; *vid. también* LEHMANN, M., “El reconocimiento ¿una alternativa al Derecho internacional privado?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, Vol. 8, nº 2, pp. 240-257.

³⁶ *Vid. en este sentido* los arts. 4 (“Igualdad de trato”) y 5 (“Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos”) del Reglamento (CE) nº 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (*D.O. L* núm. 200, de 7-VI-2004). En concreto, el art. 5 b) establece: “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”.

³⁷ *Vid. el art. 4*, apartado 1, de la Directiva 2003/86/CE y el art. 16.1 de la Directiva 2003/109/CE de larga duración.

³⁸ STJUE de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03: *Parlamento c. Consejo*, apdo. 60; STJUE (Sala Segunda) de 6 de diciembre de 2012, asuntos C-356/11 y C-357/11: *Maahanmuuttovirasto*, apdos. 70 y 74.

³⁹ La separación legal no excluye al cónyuge de su condición de beneficiario del régimen europeo, tal y como estableció la STS de 1 de junio de 2010 basándose en que ello no supone la disolución del vínculo matrimonial.

matrimonial (favorable, o contraria, a los matrimonios entre personas del mismo sexo). En estos casos, juegan no solo elementos y valores esenciales de los Estados, que integran el orden público, sino también la evolución en Derecho comparado que es utilizado en la jurisprudencia del TEDH como parámetro sobre la cambiante concepción de la vida familiar y de las nuevas realidades familiares. Particularmente importante puede ser una interpretación autónoma del concepto de cónyuge como concepto neutro, en el ámbito del art. 2.2 de la Directiva 2004/38/CE, que permita incluir a las personas del mismo sexo a efectos de determinar los beneficiarios del derecho de residencia⁴⁰. No obstante, ello no alcanza a alterar la concepción matrimonial civil del Estado de acogida.

13. La pareja de hecho también puede integrar esa familia nuclear, aunque con mayor margen de decisión para el Estado de acogida. En el régimen europeo, es obligado admitir a la pareja de hecho del ciudadano UE cuando se trate de parejas registradas en un registro de la UE pero solo en la medida en que el Estado de acogida otorgue efectos civiles a la pareja registrada equiparándola al matrimonio⁴¹. Debe valorarse en este contexto la obligación del Estado de acogida, derivada de la protección de la vida familiar del art. 8 CEDH, para reconocer efectos civiles a las uniones del mismo sexo, en atención precisamente a la evolución del Derecho comparado en este ámbito⁴². Tratándose de meros convivientes con un ciudadano de la UE, su condición de beneficiarios del régimen europeo queda a discreción del Estado de acogida, que, en principio, sólo asume la obligación de “facilitar” la entrada y la residencia a la pareja con la que mantiene una relación estable debidamente probada⁴³. Si se trata de parejas de hecho de nacionales de terceros países, el Estado de acogida “podrá” incluirlas como beneficiarios⁴⁴. Queda en

⁴⁰ Ver en este sentido, las conclusiones del Abogado General M. Whatelet de 11 de enero de 2018, en el asunto C-673/16: *Coman y otros*.

⁴¹ Debe considerarse que no se deriva en el estado actual del Derecho europeo un régimen uniforme sobre la existencia y validez de las parejas registradas, que sigue siendo competencia de los Estados miembros, y en este sentido tales aspectos están excluidos del ámbito de aplicación del art. 1.2.b) del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (*D.O.* núm. L 183, de 8-VII-2016).

⁴² Conforme a reiterada jurisprudencia del TEDH, las parejas formadas por personas del mismo sexo también integran el concepto de vida familiar del art. 8 CEDH, aunque este precepto no obliga a los Estados miembros a otorgar acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, “en un ámbito considerado como un derecho en evolución sin consenso establecido” si que esa misma tendencia de Derecho comparado obliga a otorgar efectos civiles a estas uniones de hecho (STEDH de 27 de julio de 2015, *Oliari y Others v. Italia*, nº 18766/11 y 36030/11), aunque con un margen de apreciación de los Estados sobre la modalidad concreta (STEDH de 14 de junio de 2016, asunto nº 35214/09: *Aldeguer Tomás contra España*). Esta misma evolución en el Derecho comparado exige que, en el ámbito de las nuevas legislaciones estatales sobre parejas de hecho, la exclusión de las parejas del mismo sexo debe ser justificada con razones sólidas y convincentes, lo que llevó a considerar contrario al CEDH una legislación como la griega que las excluía (STEDH de 7 de noviembre de 2013, asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*, nº 29381/09 et 32684/09, apdos. 91 y 92). Para el ámbito del Derecho europeo, *vid.* SOTO MOYA, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 150-151.

⁴³ *Vid.* el art. 3.2.b) Directiva 2004/38/CE. Como criterios orientativos para esta acreditación, el art. 2.bis RD 240/2007 indica que deberá probarse una convivencia marital de, al menos, un año convivencia, salvo si tienen hijos en común, en cuyo caso bastará acreditar convivencia estable.

⁴⁴ Art. 4.3 de la Directiva 2003/86/CE. *Vid.* las divergencias en este punto entre las legislaciones nacionales, donde, por ejemplo, Austria, Francia o Polonia no reconocen la reagrupación a las parejas de hecho (*vid.* LA SPINA, E., “Aspectos de armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares

este caso la duda de si ese carácter facultativo podría entenderse como una vulneración del art. 8 CEDH, y del principio de igualdad, si el Estado de acogida protege para supuestos internos a las parejas de hecho pero limita la reagrupación de la familia de hecho de los extranjeros.

14. Respecto de los descendientes, el modelo de familiar nuclear incluye, en los regímenes europeo y de extranjería, a los hijos propios o de su cónyuge (descendientes directos en línea recta) hasta los 18 años, edad fijada al margen del criterio de la mayoría de edad establecida por la ley nacional⁴⁵. Solo en el régimen europeo quedan integrados en la familia nuclear los hijos propios de la pareja registrada del ciudadano UE, siendo facultativa para los Estados en el régimen de extranjería. Curiosamente, en el régimen europeo, el límite de edad se hace sin consideraciones de dependencia, lo que permitiría entender incluidos a los menores emancipados. Sin embargo, el modelo imperativo establecido en la Directiva 2003/86/CE solo abarca a los menores de edad no casados, requisito que, en todo caso, debería interpretarse restrictivamente en beneficio del menor de edad. Cabe incluso que los Estados miembros puedan limitar la edad de acceso a la reagrupación, obligando a presentar la solicitud de reagrupación antes de los 15 años, limitación que, sin embargo, no han utilizado los Estados miembros en las normas de transposición⁴⁶.

La situación de los mayores de 18 años es la que genera diferencias entre el régimen europeo y el régimen de extranjería. En el primer caso, la franja de edad se eleva hasta los 21 años o, incluso mayores de esa edad, si siguen viviendo a cargo de sus padres o son incapaces, solución coherente con la realidad de dependencia económica de muchos jóvenes. En el régimen de extranjería, se excluyen a mayores aunque sigan conviviendo con sus progenitores, excepto si están situación de incapacidad debido a su estado de salud, y aun ello asume un carácter facultativo para los Estados miembros⁴⁷.

Los hijos adoptivos están en igualdad de condiciones que los hijos naturales, igualdad garantizada dentro de la protección de la vida familiar en el ámbito del art. 8 CEDH⁴⁸. En consecuencia, su inclusión es imperativa tanto para el régimen europeo como para el régimen de extranjería.

D) Familia extensa

15. El resto de los miembros de la familia, no incluidos dentro de la familia nuclear, pueden acogerse a la movilidad familiar sujetos a mayores condicionamientos y, según

de nacionales de terceros estados en la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 53/2015, pp. 167 y ss., esp. p. 181).

⁴⁵ Aunque el art. 4.1 de la Directiva 2003/86/CE no establece directamente una edad, sino que lo dejan al criterio de la mayoría de edad del Estado miembro en cuestión, ello no tiene, en este momento, consecuencias prácticas dado que todos los Estados UE establecen la mayoría de edad en los 18 años.

⁴⁶ *Vid.* en LA SPINA, E., *loc. cit.*, p. 182, sobre la fijación del límite de edad para la reagrupación en los 15 años en Dinamarca y los 16 años en Alemania.

⁴⁷ Para el Derecho español, *vid.* el art. 17.1.b) de la LOEx. El carácter facultativo se establece en el art. 4.2.b) de la Directiva 2003/86/CE.

⁴⁸ Los niños adoptivos están plenamente protegidos por el art. 8 del CEDH (STEDH de 10 de julio de 1970, asuntos *X c. Bélgica y Países Bajos*; de 5 de octubre de 1982, asunto *X c. Francia*; y STEDH de 22 de abril de 1997, asunto *X, Y y Z c. Reino Unido*).

los casos, a una mayor discrecionalidad por parte del Estado de acogida, lo que incide en diferentes modalidades de familia⁴⁹.

Quedan incluidos dentro de la familia extensa los ascendientes, siguiendo también la jurisprudencia del TEDH que muestra el carácter limitado del art. 8.1 CEDH en relación con la reagrupación de personas en edad adulta⁵⁰. En el ámbito del estatuto de la ciudadanía de la UE, los ascendientes sólo quedan cubiertos cuando se encuentran a cargo del europeo (o de su cónyuge); en este caso, tienen el mismo derecho subjetivo y tratamiento que los miembros de la familia nuclear. En el régimen de extranjería de la Directiva 2003/86/CE, la inclusión de los ascendientes entra dentro de los márgenes de opción del Estado de acogida. Ello puede originar divergencias entre los Estados miembros tanto en su inclusión (o no) como en las condiciones para la misma. A modo de ejemplo, en Derecho español, se requiere que el reagrupante tenga residencia permanente en España⁵¹. A los estudiantes (y situaciones de temporalidad asimiladas) no se les reconoce la posibilidad de venir con sus ascendientes, ni en el régimen europeo ni en de la extranjería⁵².

16. En el régimen de extranjería, como se ha dicho, los hijos propios de la pareja de hecho están dentro del marco opcional del Estado de acogida⁵³. Quedan dudas sobre la situación de los menores tutelados. Conforme a las orientaciones dadas por la Comisión⁵⁴, y aunque no se desprende de su literalidad, en el art. 2.2.c) de la Directiva 2004/38/CE estarían incluidos los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente. Con la ampliación del ámbito del RD 240/2007 a la familia extensa podrían entenderse incluidos, en cualquier caso, en el art. 2.bis⁵⁵. En el régimen de extranjería, la Directiva 2003/86/CE no regula la reagrupación de los menores tutelados, de modo que esta reagrupación si prevista por el Derecho español responde al margen de discrecionalidad que en este punto tiene el Estado de acogida⁵⁶.

17. El régimen europeo obliga a los Estados miembros a “facilitar”, conforme a su legislación nacional, la entrada y residencia de cualesquiera otros miembros de la familia que sean dependientes o hayan convivido con el ciudadano UE o, por motivos de salud o discapacidad, sea “estrictamente necesario” que el ciudadano de la UE tenga que hacerse cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Quedan incluidos en este grupo las parejas de hecho no registradas, en el sentido ya indicado. El alcance de las “facilidades”

⁴⁹ Cf. LA SPINA, E., *loc. cit.*, p. 182. *Vid.* al efecto las estadísticas que acompañan al Documento COM (2011) 735 final, Libro Verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE).

⁵⁰ *Vid.* STEDH de 13 de febrero de 2001, nº. [47160/99, asunto Ezzouhdi c. Francia](#), apdo. 34.

⁵¹ Francia, Bélgica o Polonia no prevén, sin embargo, la reagrupación de ascendientes, *vid.* LA SPINA, E., *loc. cit.*, p. 182.

⁵² Véase el art. 7.4 RD 240/2007 y el art. 41.2 RLOEx.

⁵³ *Vid.* el art. 4.3 de la Directiva 2003/86/CE.

⁵⁴ Documento COM(2009) 313 final, *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE*.

⁵⁵ En el régimen general de extranjería, el art. 186 RLOEx, sí contempla expresamente la autorización de residencia derivada de la tutela por un ciudadano comunitario.

⁵⁶ *Vid.* art. 17.1.c) LOEx cuya aplicación podría además invocarse, en cuanto régimen más favorable (art. 1.3 LOEx), para los ciudadanos europeos.

que debe dar el Estado de acogida no está prefijado, sino que es flexible. La Directiva 2004/38/CE solo obliga a que se estudien detenidamente las circunstancias personales, esto es, la situación de dependencia y/o convivencia previa, y que se justifique toda denegación de entrada y residencia. En este sentido, los criterios previstos en el art. 2 bis, apdo. 4 del RD 240/2007 van desde un amplio margen de discrecionalidad, a la hora de valorar la situación de dependencia, hasta el establecimiento de criterios temporales más rígidos relativos a la convivencia previa⁵⁷.

18. Finalmente, en el marco del derecho de asilo, a los efectos de determinar el Estado miembro responsable de la solicitud, la propuesta de reforma del denominado “Reglamento Dublín” incluye por primera vez, dentro del concepto de “miembro de la familia”, a los hermanos del solicitante de asilo⁵⁸.

2. La familia de hecho y nuevas realidades familiares

19. El derecho a la vida familiar parte de una doble realidad (la legal y la fáctica) que permite ampliar el concepto de familia y, con ello, su tratamiento desde la perspectiva de la extranjería. En este contexto, cobra especial importancia la protección de las personas en situación de vulnerabilidad. Asimismo, son relevantes las relaciones de convivencia y afectivas que, sin estar recogidas legalmente, o incluso siendo *contra legem*, van a quedar amparadas dentro del derecho fundamental a la vida familiar. Entran aquí los supuestos de familias reconstituidas o relaciones basadas en la guarda de hecho.

20. La protección de las personas o grupos “vulnerables”, tales como niños y refugiados, conlleva una extensión de la “vida familiar” a las personas que estén a cargo del menor o del refugiado, más allá de los vínculos biológicos o legales entre ellas. Respecto de los menores, debe considerarse, por una parte, la jurisprudencia del TEDH favorable, en caso de duda, a la presunción de la minoría de edad⁵⁹. Determinada esta condición, la situación de dependencia del menor (entendida en sentido amplio) beneficia a la persona que lo tenga a su cargo. En este contexto, la determinación de “progenitor a cargo” no debería entenderse en el sentido de vínculo biológico sino como persona que efectivamente está a cargo del menor, lo que tiene importantes consecuencias para el modelo de la familia reconstituida. El sistema vigente, como hemos indicado, permite extender la movilidad familiar no sólo de hijos comunes, sino también de hijos de la pareja o del otro cónyuge en una clara concesión a un modelo familiar complejo, pero

⁵⁷ En este sentido, se fija un plazo temporal de 24 meses de convivencia previa en el Estado de procedencia, o, en el caso de las parejas, un año de convivencia previa o tener un hijo común con convivencia actual acreditada).

⁵⁸ *Vid.* el art. 2.g) de la propuesta de revisión del del Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Reglamento de Dublín III) [Documento COM (2016) 270 final].

⁵⁹ En este sentido, existe una tendencia jurisprudencial a considerar contrarias al art. 8 CEDH las pruebas de determinación de la edad si las autoridades no parten de una presunción de minoría de edad: *vid.* STEDH de 10 de julio de 2014 (nº 52701/09, nº 2260/10, nº 19113/09, and nº 23851/10, D. 2015) con comentario de S. Corneloup, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2015, pp. 377 y ss.

plenamente asentado en nuestra sociedad actual. Además, esta ampliación fáctica de la familia también repercute en el estatuto de la ciudadanía UE cuando el ciudadano de la UE se encuentre a cargo de una persona con la que no tenga relación biológica o familiar directa (por ejemplo, la nueva pareja que pueda tener su madre biológica)⁶⁰. Adicionalmente, la constitución de otra familia en el Estado de acogida podría justificar la reagrupación de los hijos que quedaron en el Estado de origen, debido a una imposibilidad fáctica para el reagrupante de mantener una vida familiar en este último Estado⁶¹.

Tal y como hemos mencionado, junto con el ejercicio de la libre circulación, el otro presupuesto que justifica el “derecho de residencia derivado” de los familiares de los ciudadanos UE es que sirva para garantizar el derecho de residencia de éste (es decir, garantizar el efecto útil del estatuto de la ciudadanía UE)⁶². Este presupuesto permite “incluir” a cualquier persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que tenga a su cargo al ciudadano de la UE en la medida en que sea necesario para hacer efectivo el propio derecho de residencia de éste. Se aplica en relación con “ciudadano UE menor de edad” pero habría que decir que, en realidad, es aplicable en relación con cualquier ciudadano UE “dependiente”, término más amplio y, creemos, que más ajustado al criterio de la jurisprudencia *Ruiz-Zambrano*. La efectividad del derecho de residencia del ciudadano de la UE debería conllevar una interpretación del criterio de “dependencia” en la clave de protección de la vida familiar del ciudadano europeo al amparo del art. 7 CDFUE. En todo caso, es presupuesto el derecho de residencia del propio menor (o dependiente) ciudadano UE en el Estado de acogida del que, a su vez, deriva el derecho de residencia de la persona que tenga la custodia del menor. Conforme a la jurisprudencia del TJUE, el menor nacional de la UE no tiene un derecho automático de residencia en otro Estado miembro, sino que tiene que cumplir los requisitos establecidos en el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE⁶³.

21. Los extranjeros beneficiarios de protección internacional (vía asilo o protección subsidiaria) también pueden permanecer en el Estado de acogida con los miembros de su familia, entendida esta en un sentido muy amplio. El fundamento de la permanencia de refugiados es la imposibilidad legal de retorno al Estado de origen, criterio que ha sido otra de las constantes de la jurisprudencia del TEDH a la hora de delimitar el régimen de

⁶⁰ Claramente se puede comprobar en el asunto *Carpenter* (asunto C-60/00), respecto de una nacional filipina casada con británico que se hace cargo de los hijos de este, para que su marido pueda ejercer la libre prestación de servicios a través de su empresa a otros Estados UE. Así se derivaría también de los asuntos C-356/11 y C-357/11: *Maahanmuuttovirasto*, aunque en el caso concreto no se acreditara esa relación de dependencia respecto del nacional del tercer país.

⁶¹ Este fue el criterio que se mantuvo en la STEDH de 1 de diciembre de 2005, nº 60665/00, asunto *Tuquabo-Tekle y otros c. Países Bajos*: en el caso se había denegado el visado para entrar en los Países Bajos a una hija de la solicitante que vivía en Eritrea (la madre se había vuelto a casar en los Países Bajos y tenía su vida familiar nueva) con el argumento de que la relación familiar entre madre e hija no existía desde hace mucho tiempo. Sin embargo, el TEDH consideró que esta denegación suponía una violación del art. 8.1 CEDH en la medida en que resultaba imposible, en la práctica, un retorno de la madre a Eritrea.

⁶² *Vid. supra* apdo. 4.

⁶³ STJUE de 30 de junio de 2016, asunto C-115/15: *NA.*; también la STJUE de 10 de octubre de 2013, asunto C-86/12: *Alopka y Moudoulou*.

reagrupación familiar⁶⁴. Las consecuencias sobre la vida en familia de los beneficiarios de protección internacional se manifiestan en los miembros de la familia que pueden entrar y permanecer en el Estado de acogida, las menores exigencias que debe cumplir el reagrupante (al que no se le exige residencia previa en el Estado de acogida) y la flexibilidad probatoria de los vínculos familiares⁶⁵. Desde la perspectiva de los miembros de la familia reagrupables, el beneficiario de protección internacional que sea menor, no casado, puede extender el derecho de asilo a cualquier adulto responsable del mismo. La normativa no exige en este caso acreditar ninguna relación familiar, sino solo el ejercicio de la responsabilidad sobre el menor (podría ser, por ejemplo, vía tutela o *kafala* o similar)⁶⁶. En todo caso, existe la obligación para el Estado de acogida de respetar los derechos adquiridos derivados del estatuto personal que impone el art. 12.2 de la Convención de Ginebra, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, a reserva, en su caso, del cumplimiento de las formalidades establecidas por la legislación de dicho Estado y siempre que el derecho de que se trate sea de los que habrían sido reconocidos por la legislación del respectivo Estado si el interesado no hubiera sido refugiado.

22. Finalmente, el art. 8 CEDH protege el derecho de una familia “ya constituida”, no se protege por esta vía el derecho a constituir o formar una nueva familia. Este planteamiento tiene importantes consecuencias sobre la regulación del Estado de acogida, dado que no existe obligación para los Estados de establecer un sistema o reglas propias que favorezcan la entrada de extranjeros para constituir una nueva realidad familiar. No hay un derecho a entrar en España para contraer matrimonio en nuestro país. Tampoco existe un derecho subjetivo del menor a entrar en nuestro territorio para constituir una adopción, sino que el planteamiento será a la inversa: solo cuando los requisitos de entrada estén solventados, podrá constituirse la adopción internacional⁶⁷. También puede denegarse la entrada de extranjeros en el caso de una constitución de una relación familiar en el Estado de origen cuando no ha existido una vinculación real previa con dicho Estado, como por ejemplo, *kafalas* que se constituyen con la única finalidad de favorecer la entrada del menor extranjero pero sin relación previa con el “tutor”⁶⁸. Tampoco puede invocarse el derecho a la vida familiar para convertir en el Estado de acogida una *kafala* en adopción para obtener un derecho de residencia indefinido, dado que el art. 8 CEDH solo requeriría, en su caso, la permanencia del menor en dicho Estado pero no establece un modelo de autorización de residencia determinada, temporal o indefinida⁶⁹. Lo mismo

⁶⁴ Vid. Entre otras, STEDH de 28 de mayo de 1985, nº 9214/80 9473/81 9474/81, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*; STEDH de 28 de noviembre de 1996, nº 21702/93, *Ahmutc. Países Bajos*; y STEDH de 2 de agosto de 2001, nº 54273/00, asunto *Boultif c. Suiza*.

⁶⁵ Vid. *infra* apdo. 39.

⁶⁶ En este sentido, el art. 40.1.d) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reconoce la extensión familiar a “cualquier adulto que sea beneficiario de la protección internacional, de acuerdo con la legislación española vigente”.

⁶⁷ El art. 5.c) del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, establece que las adopciones conforme al Convenio solo podrán tener lugar cuando las autoridades del Estado de la recepción han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

⁶⁸ En este sentido, la *kafala* puede determinar una relación familiar de *facto* que justifique reagrupación familiar, pero sería difícil su invocación si no ha habido una convivencia previa con el *khafils* (vid. el estudio del PARLAMENTO EUROPEO, *Private International...*, *op. cit.*, pp. 24-25).

⁶⁹ STEDH de 16 de diciembre de 2014, nº 52265/10, *Chbihi Loudoudi y otros c. Bélgica*.

ocurre con las filiaciones a través de contratos de gestación por sustitución establecidas legalmente en el Estado de origen pero nulas o prohibidas en el Estado de acogida. En estos casos, no podría invocarse el vínculo familiar “legal” constituido si no ha surgido una realidad familiar *de facto*, fruto de la convivencia y relaciones afectivas consolidadas entre los padres intencionales y el menor⁷⁰. Desde esta perspectiva, la denegación de entrada en España del hijo nacido por contrato de gestación por sustitución no vulneraría el art. 8 CEDH si no se acredita una convivencia previa como familia de hecho⁷¹.

3. Movilidad y expectativas legítimas: efecto atenuado del orden público y transposición

23. La movilidad de personas se logra plenamente si estas pueden trasladarse y establecerse en el Estado de acogida con los miembros de su familia. Funciona aquí la idea, utilizada en la jurisprudencia del TEDH, de la expectativa legítima de las personas para garantizar la continuidad de sus relaciones a través de las fronteras, de modo que las meras diferencias normativas entre Estados no puedan invocarse como obstáculo a dicha movilidad⁷². El supuesto es claro cuando existe una relación familiar constituida y establecida en el Estado de origen. Ahora bien, la expectativa deja de ser legítima cuando hay abuso de derecho, de modo que no podría invocarse cuando la propia constitución de la relación familiar se hubiera hecho de manera fraudulenta para eludir las prohibiciones o condicionamientos impuestos por el Estado de acogida. De este modo, no es razonable alegar la expectativa legítima de poder establecerse regularmente en un Estado si el inmigrante sabía, desde el principio, que se encontraba en situación irregular⁷³. Es, por

⁷⁰ Esta relación familiar de facto no se ha considerado consolidada en el caso de que la convivencia del menor con los padres intencionales fuera un corto período de tiempo, en el caso concreto, seis meses (STEDH de 27 de enero de 2017, nº 25358/12: *Paradiso y Campanelli v. Italia*). Por el contrario, no puede invocarse el derecho a la vida familiar para exigir el reconocimiento legal de la gestación por sustitución en el Estado de acogida si este otorga efectos y protección a la relación constituida entre el menor y los “padres intencionales” aunque sea por una vía distinta y alternativa a la filiación pero que garantice la responsabilidad parental de aquellos (STEDH de 26 de septiembre de 2014, nº 65192/11: *Menesson*), 71 y 74 y nº 65941/11: *Labassee*): cf. BARATTA, R., “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 103 y ss., esp. p. 112, nota 29.

⁷¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección 1, de 13 Marzo 2017, ECLI: ES:TSJM:2017:1247, confirmó una resolución del Consulado General de España en Moscú, que denegó la solicitud de concesión de salvoconducto formulada para un recién nacido en virtud de un contrato de gestación subrogada celebrado en territorio ruso por los recurrentes y la madre gestante. Entendía en este caso que no se producía una vulneración del derecho a la vida familiar por la inexistencia de vínculo biológico con alguno de los recurrentes. *Vid.* el comentario de MORENO BOTELLA, G., “Material genético de los padres de intención y filiación en el caso Campanelli II. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017”, *Diario La Ley*, Nº 9024, 19-VII-2017.

⁷² KINSCH, P., “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *R. des C.*, T. 318, 2006, pp. 149 y ss.; *id.*, “Recognition in the forum...”, *loc. cit.*, p. 266. Ver también PEIFF, S., *op. cit.*, pp. 126 y ss.; BARATTA, R., *loc. cit.*, pp. 103 y ss.

⁷³ Cuestión en todo caso diferente es que posteriormente la actitud del Estado haya consolidado una situación originariamente irregular. *Vid.* STEDH de 3 de octubre de 2014, en el asunto *Jeunesse c. The Netherlands* (12738/10): el caso era de una madre de Surinam, con tres hijos holandeses, que entró con visado turístico y se quedó en los Países Bajos de manera irregular, denegándosele permisos de residencia, aunque, debido a la inactividad de la administración, logró permanecer en dicho Estado durante 16 años; en un supuesto así, el TEDH consideró que volver al Estado de origen sería una carga desproporcionada para ella y vulneraría derecho a la vida familiar con sus hijos.

tanto, compatible con el derecho a la vida familiar el rechazo a la admisión de la relación constituida basado en los expedientes del orden público, como límite objetivamente impuesto por normas fundamentales del Estado de acogida, y del fraude a la ley, cuando la movilidad pretende utilizarse para eludir la aplicación de la ley de este Estado. El ejemplo del turismo gestacional es elocuente y así se puso de manifiesto en el asunto *Campanelli*⁷⁴. Los parámetros de valoración son, por tanto, la razonabilidad de las expectativas de las partes (que ellas no hayan buscado intencionadamente esa situación), la vinculación previa con el Estado de origen y la proporcionalidad de la decisión de rechazo de reconocimiento por el Estado de acogida⁷⁵.

En consonancia con lo expuesto, la aplicación de las normas de extranjería del Estado de acogida suele estar inspirada en el efecto atenuado del orden público y en la posibilidad de transposición de instituciones desconocidas a su ordenamiento. De este modo, se parte, como se ha indicado, de una extensión de los efectos “limitada” de las relaciones jurídicas constituidas en otro Estado que requería buscar un equivalente en el Estado de acogida.

24. El caso paradigmático de la atenuación del orden público en el ámbito de la extranjería se observa con los matrimonios poligámicos, realidad admitida para permitir la reagrupación familiar de uno solo de los cónyuges, pero con la posibilidad de que sea cualquiera de ellos, no necesariamente el primero de ellos. Se busca así un equilibrio entre los valores esenciales del Estado de acogida y la válida celebración del matrimonio con varios cónyuges en el Estado de origen⁷⁶. Esta atenuación todavía estaría más justificada si el matrimonio procediera de un Estado UE que previamente lo hubiera reconocido⁷⁷. Esta regulación deriva en una diferente valoración, civil y administrativa, de este matrimonio: desde la perspectiva civil, el segundo y ulteriores matrimonios serían nulos; desde la perspectiva administrativa, cualquiera de los matrimonios sería eficaz a los efectos de la reagrupación familiar. A tal efecto, en el momento de la solicitud de reagrupación, el reagrupante solo deberá presentar una declaración jurada de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja⁷⁸.

Problemas de reconocimiento también pueden darse en relación con los matrimonios concertados, los forzados o los matrimonios entre personas del mismo sexo. Los primeros plantean el problema de la posible inexistencia de consentimiento matrimonial libre por

⁷⁴ *Loc. cit.*

⁷⁵ *Vid.* KINSCH, P., “Recognition in the forum...”, *op. cit.*, p. 273. En esta clave, *vid.* STEDH de 28 de junio de 2007, nº 76240/01: *Wagner y JMWL v. Luxemburgo*, en relación con el reconocimiento de una adopción simple constituida en Perú, a pesar de la prohibición del Derecho luxemburgués.

⁷⁶ *Vid.* el art. 17.1.a) LOEx.

⁷⁷ Las *Orientaciones de la Comisión para para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE* (p. 4) recuerdan que los Estados miembros no están obligados a reconocer los matrimonios polígamos, contraídos legalmente en un tercer país, que pueden estar en conflicto con su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, el matrimonio polígamo sí es aceptado en algunos Estados miembros (LEHMANN, M., “El reconocimiento...”, *loc. cit.*, p. 250; MANSEL, H.P., COESTER-WALTJEN, D., HENRICH, D. y KOHLER, CH., ‘Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsunterlagen erleichtern – KOM(2010) 747endg.’, *IPRax*, 2011, pp. 335 y ss., esp. p. 339).

⁷⁸ *Cf.* art. 56.3.a) 4º RLOEx.

parte, al menos, de uno de los contrayentes⁷⁹. Los matrimonios forzados pueden llegar a rechazarse en el Estado de acogida, además, por el límite de edad mínima para solicitar la reagrupación (hasta los 21 años), posibilidad que España no ha utilizado⁸⁰. Finalmente, y aunque desde la perspectiva española ese problema no se da, un Estado de acogida podría rechazar el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque debe entenderse obligado “adaptarlo” a una relación admisible en el Estado de acogida por la vía de las parejas de hecho⁸¹.

25. El efecto atenuado y la relatividad espacial del orden público pueden también comprobarse en los supuestos de filiación por gestación por sustitución. No tendría justificación una aplicación universal de la nulidad del contrato establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida en supuestos en los que claramente, y sin atisbo de fraude por los padres intencionales, la filiación viene así establecida desde el Estado de origen. Tal forma de filiación podría plantear dificultades en orden a su acceso al Registro civil español, pero si, en un caso concreto, se acredita válidamente constituida en origen (por ejemplo, en Portugal respecto de un padre portugués o residente en Portugal), la filiación debería entenderse incuestionada a los efectos de la movilidad transfronteriza⁸².

26. En el ámbito de la reagrupación de menores representados legalmente por el extranjero reagrupante, un problema particular se presenta en la práctica con las denominadas *kafalas*, institución propia del Derecho islámico. Dado que se trata de una institución desconocida en nuestro sistema, se plantea un problema de calificación que se ha resuelto con base en un doble criterio⁸³. Por una parte, si la *kafala* ha sido constituida

⁷⁹ En la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 diciembre de 2005 (www.westlaw.es, JUR 2006\121013), considera improcedente una denegación de visado por reagrupación familiar no se ha considerado que un posible matrimonio concertado con una menor de edad (16 años) pueda ser tratado como un matrimonio en fraude ley, en la medida en que no significa necesariamente que exista una falta de consentimiento de los cónyuges.

⁸⁰ La Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar permite que los Estados miembros fijen una edad mínima del cónyuge (que no puede exceder de 21 años) antes de poder reunirse con el cónyuge reagrupante (STJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-338/13: *Noorzia*). En todo caso, es relevante la crítica a esta exigencia como contraria al art. 8 CEDH, *vid.* al respecto CHÉLIZ INGLÉS, M., “Los matrimonios forzados y el establecimiento de una edad mínima para la reagrupación familiar”, *REDMEX*, 2015, nº 40, pp. 15 y ss.

⁸¹ Recuérdese en este sentido la STEDH de 27 de julio de 2015, *Oliari y Others v. Italia*, *loc. cit.* Una equiparación de este tipo es la que ha venido realizándose, entre otros, en el Derecho alemán (*vid.* M. Soto Moya, *op. cit.*, pp. 167 y ss.). Obsérvese que esa transposición a las instituciones admitidas en el Estado de acogida (por ejemplo, a parejas de hecho del mismo sexo) no sería necesaria de seguir un sistema puro de “reconocimiento europeo de decisiones” en el sentido defendido por PFEIFF, S., *op. cit.*, pp. 559 y ss., esp. p. 573.

⁸² *Vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Recognition in Spain of Parentage created by Surrogate Motherhood”, *Y.P.I.L.*, vol. 12, 2010, pp. 619-637, esp. p. 621 y nota 8. Esta misma idea de relatividad o conexión especial con el Estado de origen subyace en la STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 dado que en el caso concreto lo que hacía “sancionable” el contrato era la “huida” del Derecho español por parte de los comitentes.

⁸³ Al respecto debe consultarse la Instrucción DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal, y la Instrucción DGI/SGRJ/06/2007, sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado “kafala”; al respecto, *vid.* DIAGO DIAGO, P., “La reagrupación familiar de descendientes,

por los padres biológicos, dado que la patria potestad no es disponible ni renunciable por los padres y, por tanto, no existe situación de desamparo del menor, el menor que viene a España lo hace en situación de acogimiento temporal del art. 187 del Reglamento de extranjería (RLOEx)⁸⁴. Por otra parte, si la *kafala* se constituyó por una autoridad judicial o administrativa, se equipara a tutela dativa y, por tanto, el menor podría venir a España por la vía de la reagrupación familiar⁸⁵. También se ha considerado que la institución de la “heredera tanzil” cumple con el requisito de la representación a los efectos de la reagrupación y la menor se ha equiparado a una hija⁸⁶. En todos estos casos, se busca, por tanto, la continuidad de la relación constituida en origen buscando la equivalencia con las instituciones del Estado de acogida y el respeto a los principios esenciales de este.

Del mismo modo, para la reagrupación de parejas de hecho en el régimen de extranjería, se requiere que la pareja “reúna los requisitos para producir efectos en España”⁸⁷ y, para los hijos adoptivos, que la adopción reúna los efectos como tal en nuestro país, lo que sirve para excluir las adopciones simples por su falta de equivalencia con la adopción española⁸⁸.

4. Especialidades de la movilidad dentro de la Unión Europea

A) Facilidades para la movilidad

27. La movilidad de personas (y de sus familias) dentro de la Unión Europea se beneficia de un régimen privilegiado precisamente porque el marco normativo europeo refuerza la expectativa legítima de ver garantizada la estabilidad y continuidad de las relaciones constituidas en un Estado UE en el resto de los Estados UE. Esta garantía debe

personas sujetas a representación legal y de la “pareja de hecho” en la enésima modificación de la Ley 4/2000”, *REDMEX.*, 2011, nº 26, pp. 11 y ss., esp. pp. 19 y ss. *Vid.* las posibles diferencias en el trato administrativo y civil de la *kafala* en DE VERA Y BEAMONTE, J.R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico”, *La Ley*, 7393, 3 de mayo de 2010.

⁸⁴ R.D. 557/2011, de 20 de abril, *BOE*, núm. 103, de 30-IV-2011. *Cf.* STS (Sala 3ª) de 9 diciembre 2011, www.westlaw.es, RJ 2012\2630; STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso) de 5 de junio de 2008, *ibid.*, JUR 2008/294252.

⁸⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso) de 3 de abril de 2008, www.westlaw.es, JUR 2008/189480.

⁸⁶ Sent. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Bilbao, de 22 noviembre de 2013, www.westlaw.es, JUR 2014\70753. Esta institución se encuentra regulada en el art. 149 del Código de familia marroquí, en virtud de la cual, aunque no se establecen vínculos de filiación, el causante puede dar el mismo trato que a sus familiares a una persona que es ajena a la familia, a través de su institución como heredera en el testamento (*cf.* ESTEBAN DE LA ROSA, G., *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, Junta de Andalucía, 2009, p. 136).

⁸⁷ En el ámbito del RD 240/2007, el art. 2 sólo se refiere a la pareja inscrita en un registro público en un Estado de la Unión, debiendo aportarse la documentación acreditativa correspondiente [art. 8.3.b)]; sin embargo, el art. 17.4 LOEx no sólo exige la acreditación de la pareja registrada en origen sino también que “reúna los requisitos para producir efectos en España”. Sobre esta problemática *vid.* MARÍN CONSARNAU, D., “La categoría registral de las parejas no casadas en el Derecho de Extranjería”, en PARRA, C. (Dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho Catalán*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 191-214.

⁸⁸ En este mismo contexto, las autoridades alemanas suelen denegar el visado de reagrupación familiar de las adopciones simples que no rompen el vínculo con la familia biológica, *cf.* el estudio del PARLAMENTO EUROPEO, *Private International Law...*, *op. cit.*, p. 25.

entenderse de manera transversal, tanto para el régimen europeo, como para el régimen de extranjería.

Desde la perspectiva de los ciudadanos UE y de los miembros de su familia, la libre circulación beneficia al ciudadano UE tanto si se mueve desde otro país UE como si lo hace desde un tercer Estado⁸⁹. Desde el punto de vista normativo, únicamente se advierte una diferencia respecto al tratamiento de la pareja de hecho, cuya admisibilidad directa como miembro de la familia nuclear solo se predica de la pareja de hecho “registrada en otro Estado UE”. El resto de las situaciones, convivientes no registrados o registrados en terceros países, queda dentro del margen de discrecionalidad de los Estados miembros.

Desde la perspectiva de los nacionales de terceros países, se establece un régimen de movilidad especial que beneficia a los residentes de larga duración-UE y titulares de Tarjeta azul UE para las familias “ya constituidas como tales” en el Estado UE de origen⁹⁰. Si la movilidad se realiza desde un tercer Estado, la entrada y residencia en el Estado de acogida quedan sometidas a las reglas generales de la reagrupación familiar.

En todos estos supuestos de movilidad dentro de la Unión Europea, se garantiza desde el momento inicial la posibilidad de traslado de residencia de todos los miembros de la familia, sin que resulte exigible un período de carencia o residencia previa en el Estado de acogida del ciudadano o nacional “reagrupante”. Precisamente este privilegio de la movilidad dentro de la UE hace que resulte inapropiado referirse a estos supuestos como casos de “reagrupación” dada la inexistencia de obligada separación previa entre los integrantes de la familia.

28. Adicionalmente, esta movilidad europea privilegiada, sea de ciudadanos UE o de nacionales de terceros países, permite la aplicación de los criterios del reconocimiento mutuo y de la confianza mutua en las autoridades. Tales criterios se manifiestan en la flexibilización de los controles sobre el fraude o falsedad documental: si supuestamente las autoridades del Estado UE de origen realizaron dicho control a los efectos de verificar la condición de miembro de la familia, difícilmente puede justificarse una duplicación de dicho control en el Estado UE de acogida, a menos que se revelaran hechos novedosos. Así, por ejemplo, sí podrían considerarse para denegar una autorización por vida familiar circunstancias posteriores que evidenciaran una situación de fraude, tal como el control de la vida conyugal posterior que permite el art. 16 Directiva 2003/86/CE.

29. Las condiciones especiales de movilidad también se manifiestan en una flexibilización en las medidas de integración exigidas por el Estado de acogida. La regla

⁸⁹ Cf. GUILD, E., PEERS, S. y TOMKIN, J., *The EU Citizenship Directive*, OUP, Oxford, 2014, p. 53.

⁹⁰ Art. 16 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los residentes de larga duración, *D.O.* L núm. 16, de 23-I-2004; art. 19 de la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo 2009, *ibid.* L núm. 155, de 18-VI-2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Un régimen similar se prevé para los miembros de la familia de un investigador que posean un permiso de residencia válido expedido por el primer Estado miembro, que tendrán derecho a entrar en uno o varios segundos Estados miembros, y a permanecer en ellos, a fin de acompañar al investigador (art. 30.1 de la Directiva (UE) 2016/801, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair (*ibid.* L núm. 132, de 21-V-2016).

general es la posibilidad de un examen de integración incluso antes de que haya concedido la reagrupación familiar, excepto si se trata de refugiados o miembros de sus familias⁹¹. La movilidad privilegiada dentro de la UE exige a los residentes de larga duración-UE que se trasladen a otro Estado miembro de someterse a un examen o prueba de integración si ya se hubieran exigido en el Estado de origen. Esto significa que es suficiente la integración exigible en un Estado miembro, aunque no coincida con el Estado de acogida al que posteriormente se desplace el nacional del tercer país⁹².

E) Obstáculos para la movilidad y duplicidad de condiciones

30. A pesar de las facilidades descritas para la movilidad dentro de la UE, no se impone un reconocimiento automático de la “familia constituida” en el Estado de origen, dado que el orden público, el mantenimiento de las competencias estatales sobre el Derecho civil y los márgenes de discrecionalidad permitidos a los Estados UE en el ámbito de la extranjería, suponen obstáculos legítimos a la movilidad también dentro de Europa. Estos obstáculos se manifiestan en el tipo y calidad de los miembros de la familia incluidos en el ámbito de la movilidad familiar, en las autorizaciones exigibles y en las condiciones que puede imponer el Estado de acogida.

31. En efecto, la movilidad dentro de la UE no altera el catálogo de familiares reagrupables sobre el que sigue decidiendo el Estado de acogida. Así ocurre en el régimen general de extranjería, en el que la autorización de residencia por reagrupación familiar en un Estado UE no se extiende directamente al resto de los Estados miembros si estos no admiten esos vínculos familiares a efectos de reagrupación⁹³. Pero lo mismo ocurre en el ámbito de los regímenes privilegiados de movilidad dentro de la UE. El art. 16.1 de la Directiva 2003/109 de larga duración solo obliga a aceptar, de manera imperativa, a los integrantes de la familia nuclear del reagrupante. El acogimiento de otros miembros de la familia (ascendientes y parejas de hecho), cuando la “familia ya estuviera constituida” en el Estado de origen, es opcional para el Estado de acogida (art. 16.2)⁹⁴. Adicionalmente,

⁹¹ En este sentido, el art. 7.2 de la Directiva 2003/86 establece que, con respecto al refugiado y a los miembros de su familia, las medidas de integración mencionadas en el primer párrafo sólo podrán aplicarse una vez se haya concedido la reagrupación familiar a las personas de que se trate.

⁹² Así, el art. 15.3 de la Directiva 2003/109 establece que no se aplicará la exigencia de cumplir las medidas de integración cuando las mismas se hubieran ya exigido para concederles el estatuto de residente de larga duración, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 5. Al respecto, *vid.* IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 326.

⁹³ *Vid.* en este sentido el Considerando 10 de la Directiva 2003/86. *Vid.* IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *op. cit.*, pp. 324-325.

⁹⁴ El antecedente del art. 16 se encuentra en el art. 18 de la Propuesta de Directiva (Documento COM (2001) 127 final): “*Los miembros de la familia, tal y como ésta estaba ya constituida en el primer Estado miembro, tendrán derecho a acompañar o a reunirse con el residente de larga duración que ejerciere su derecho de residencia en el segundo Estado miembro*”. Versión que ha quedado un poco más matizada en la versión vigente del art. 16.1: “*En el supuesto de que el residente de larga duración ejerza su derecho de residencia en un segundo Estado miembro y la familia estuviera ya constituida en el primer Estado miembro, deberá autorizarse a los miembros de su familia que cumplan las condiciones referidas en el apartado 1 del art. 4 de la Directiva 2003/86/CE a acompañar al residente de larga duración o a reunirse con él*” (las cursivas son mías).

los márgenes de discrecionalidad que la Directiva permite a los Estados miembros para determinar los familiares reagrupables pueden producir desajustes entre los modelos familiares definidos por los Estados de origen y de acogida, lo que en la práctica deriva en obstáculos a la movilidad.

Varios ejemplos se pueden poner en el ámbito de las relaciones matrimoniales. Así, si un Estado miembro admite a un cónyuge de 18 años como beneficiario de la Tarjeta Azul UE, puede plantearse un problema si, al año siguiente, el matrimonio pretende moverse a otro Estado miembro que impone un límite de edad de 21 años para la reagrupación del cónyuge⁹⁵. El interrogante es si el Estado de acogida puede exigir ese límite de edad si la familia ya estaba constituida como tal en el Estado de origen. En el caso de matrimonios polígamos, también podría presentarse un obstáculo si, residiendo uno de los cónyuges en el Estado UE de origen, pretende trasladarse al Estado de acogida donde reside otro de los cónyuges, que entró por el régimen general de extranjería. Aquí la cuestión es si es exigible la declaración jurada del cónyuge polígamo sobre la falta de convivencia en el Estado de acogida con otro cónyuge⁹⁶. En relación con los cónyuges con vínculos matrimoniales anteriores disueltos, podría presentarse un problema si el Estado de acogida, como ocurre en España, exige que queden fijados los derechos de cónyuges anteriores mediante resolución judicial⁹⁷. Si el nuevo cónyuge ya residía en tal condición en el Estado de origen, parece difícil que el Estado de acogida rechace la movilidad por la ausencia de dicha resolución judicial, máxime cuando tal requisito no se contempla en la Directiva de reagrupación familiar.

También pueden plantearse dificultades en relación con la movilidad de los hijos. En el caso de hijos en régimen de custodia compartida, el establecimiento de la familia en un Estado UE no supondrá su reconocimiento automático en el Estado de acogida si uno de los titulares de la custodia es un tercero, dado que será necesario recabar su consentimiento para el traslado del menor de un Estado a otro⁹⁸. Otro obstáculo a la movilidad se originaría si el Estado de origen permite reagrupar a los hijos de la pareja de hecho y el Estado de acogida decide lo contrario. Asimismo, se plantearían dificultades al traslado cuando las instituciones familiares no sean equivalentes en el Estado de origen y en el Estado de acogida. Así se manifestaría, por ejemplo, en relación con la adopción, si el Estado de origen admitió la reagrupación en caso adopción simple frente al modelo de adopción plena establecido en el Estado de acogida⁹⁹.

⁹⁵ Art. 10.4º de la Ley belga *sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, de 15 de diciembre de 1980 exige ese mínimo de 21 años, aunque dispensable en algún caso. También los Países Bajos: art. 3.14, apdo. 2 y art. 3.15 apdo. 2 de la *Dutch Aliens Decree*.

⁹⁶ *Vid. supra*, apdo. 24, sobre esta declaración.

⁹⁷ *Cf.* art. 17.1.a) LOEx.

⁹⁸ *Cf.* art. 4.1, apdos. c) y d) de la Directiva 2003/86 y las Directrices para su aplicación [Documento COM(2014) 210 final, p. 5]. Curiosamente la LOEx contempla el supuesto de la custodia exclusiva en caso de divorcio, pero nada dice sobre reagrupación unilateral matrimonio constante que, en cuanto custodia compartida, requiere lógicamente el consentimiento del otro progenitor [*vid.* al respecto la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 febrero de 2014 (www.westlaw.es, JUR 2014\81061)].

⁹⁹ *Cf.* DIAGO DIAGO, P., *loc. cit.*, pp. 17 y 18. Recuérdese lo indicado respecto a la práctica en Alemania en este punto, *vid. supra* en el estudio del PARLAMENTO EUROPEO, *Private International Law...*, *op. cit.*, p. 24.

32. Consecuencia de lo señalado, es que la constitución de una familia en el Estado de origen no será “reconocida” como tal en el Estado de acogida porque ni siquiera está garantizado que un miembro de la familia en origen se reconozca como tal en otro Estado. A ello, se une como limitación a la movilidad dentro de la UE que, aunque no se requiera visado, sí deberá obtenerse la correspondiente autorización de residencia en el Estado de acogida. Precisamente será en este momento cuando deberá acreditarse la condición de miembro de la familia según las normas de reagrupación de este segundo Estado. En el régimen europeo, la acreditación de los vínculos familiares se realizará cuando se solicite la tarjeta de residente como familiar de ciudadano de la Unión¹⁰⁰. En el régimen de extranjería, la solicitud podrá presentarse en España o desde la oficina diplomática o consular del Estado de la Unión Europea donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquel¹⁰¹. A tales efectos, el objeto de la prueba es doble¹⁰²: por una parte, la prueba de que ha vivido en el Estado UE de origen como miembro de la familia del residente de larga duración UE o del titular de la Tarjeta Azul UE, a los efectos de la exención de visado; por otra parte, la prueba de su condición de beneficiario de la reagrupación familiar según los supuestos y condiciones establecidos en la ley del Estado de acogida.

No existe expresamente ninguna concesión por tratarse de un caso de movilidad dentro de la UE, aunque parece razonable que deberían flexibilizarse determinadas exigencias y evitar duplicidades de control: por ejemplo, si ya quedó acreditada una situación de dependencia en el Estado de origen, no debería exigirse una nueva acreditación en el Estado de acogida; del mismo modo, tampoco se justificaría un doble control sobre un posible fraude matrimonial (matrimonio de conveniencia) si tal aspecto ya fue controlado por las autoridades de origen.

33. Excepto la exigencia de visado, también deberán cumplirse los restantes requisitos para la obtención de la residencia en el Estado de acogida, aunque con alguna particularidad. En concreto, la posibilidad de traslado simultáneo del familiar con el titular de la residencia de larga duración UE permite que no solo sea éste, sino también el propio familiar, el que pueda acreditar la tenencia de los recursos económicos necesarios [art.156.3.d) RLOEx]. Sin embargo, no varía el contenido material de esos recursos, siendo aplicable la misma cuantía que en el régimen de la reagrupación familiar. De este modo, los diferentes niveles de vida existentes en los Estados de origen y de acogida pueden implicar otro obstáculo para el establecimiento en este último, dado que los recursos suficientes para el primero pueden ser insuficientes para el segundo¹⁰³. Queda, en todo caso, la duda sobre la necesidad de acreditar la vivienda en las mismas condiciones exigibles para la reagrupación familiar, dado que, aunque así se establece en el RLOEx, tal requisito no se deriva de la Directiva 2003/86/CE¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Vid. art. 8 RD 240/2007.

¹⁰¹ Cf. art. 155.2 RLOEx.

¹⁰² <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja049/index.html>

¹⁰³ Vid. en este sentido la STJUE de 21 de abril de 2016 (asunto C-558/14: *Khachab*) en relación con la exigencia de requisitos económicos futuros para poder ejercer la reagrupación familiar.

¹⁰⁴ Así lo resalta expresamente IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *op. cit.*, p. 327.

IV. ACREDITACIÓN DE LA SITUACIÓN FAMILIAR

1. Objeto y medios de prueba

A) Prueba documental

34. La normativa de extranjería parte de una flexibilidad y carácter abierto de los medios de prueba admitidos para acreditar las relaciones familiares¹⁰⁵. Aunque lo habitual será la prueba documental, se combina con otros medios, tales como las declaraciones juradas, para acreditar determinados extremos de difícil comprobación (caso de la poligamia) o cuando la obtención de la documental sea imposible (caso de los refugiados). Asimismo es práctica habitual la realización de entrevistas personales cuando existan dudas sobre veracidad del acto contenido en el documento (caso de los matrimonios o filiaciones de conveniencia).

La prevalencia por la prueba documental es clara. Así, el matrimonio podrá probarse mediante la certificación de la autoridad ante la que se celebró o la certificación registral, si está inscrito. Si se trata de hijos de uno solo de los cónyuges, también deberá acreditarse documentalmente el ejercicio en solitario de la patria potestad o que estén efectivamente a su cargo, para evitar la utilización de la reagrupación familiar para una sustracción internacional de menores; si se trata de parejas de hecho, el objeto de la acreditación es la relación de afectividad (no la convivencia) y tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública¹⁰⁶.

36. El matiz en la eficacia de la prueba documental viene dado por el tipo de autoridad interviniente: la confianza mutua en la documentación expedida por una autoridad europea. Actualmente, el marco normativo está presidido por el Reglamento (UE) 2016/1191¹⁰⁷. La confianza es predicable de los documentos emitidos por autoridades de otro Estado miembro, pero no se extiende a documentos emitidos por autoridades de terceros Estados aunque estos hubieran sido ya aceptados por autoridades de Estados miembros¹⁰⁸. Ello implica, por ejemplo, que un “reconocimiento documental” por una autoridad francesa de una certificación matrimonial expedida por Marruecos no resultaría vinculante para una autoridad española a efectos de movilidad, ni se beneficiaría del régimen “privilegiado” del Reglamento (UE) 2016/1191.

Con carácter general, las autoridades administrativas han venido utilizando, a estos efectos de acreditar las relaciones familiares, las reglas del art. 323 LEC, reproducidas, en el aspecto de autenticidad formal, en la Instrucción DGI 6/2008, que incluía la

¹⁰⁵ Vid. el art. 5.2 de la Directiva 2003/86/CE.

¹⁰⁶ Vid. DIAGO DIAGO, P. (*loc. cit.*, p. 25) indica que la LOEx ni siquiera exige convivencia, lo que puede facilitar la posibilidad de fraudes.

¹⁰⁷ Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, *D.O.* L núm. 200, de 26-VII-2016.

¹⁰⁸ Vid. el Considerando 17 y el art. 2.3.a) del Reglamento (UE) n.º 2016/1191, que excluye de su ámbito a los documentos expedidos por autoridades de países terceros.

exigencia de traducción y de legalización (doble o apostilla)¹⁰⁹, aunque atemperada en la práctica si no consta impugnación del documento¹¹⁰. En el ámbito del ejercicio del derecho de entrada y residencia en España, el régimen europeo venía aplicando también las reglas generales sobre legalización o apostilla y traducción¹¹¹, que deben entenderse ahora eliminadas por el Reglamento (UE) 2016/1191. En este Reglamento se parte de una presunción de regularidad del documento, de modo que las comprobaciones sobre la autenticidad solo están previstas para casos de dudas razonables sobre dicha regularidad del documento, derivadas de problemas de identificación de la autoridad que lo firma, de la calidad en la que lo hace, de la falta de integridad (tachaduras) del documento o de la no acreditación de cumplimiento de condiciones esenciales del Estado de origen. También en esta sede podrían plantearse los supuestos de falta de autenticidad del documento emitido por un notario carente manifiestamente de competencia según la ley del Estado de origen¹¹². La confianza mutua condiciona el modo de comprobación de la regularidad del documento. En concreto, el modelo establecido al efecto por el Reglamento (UE) 2016/1191 es el de la cooperación con las autoridades de origen, a través del Sistema de Información del Mercado Interior establecido por el Reglamento (UE) nº 1024/2012, cuando se manifiesten dudas sobre la validez o veracidad del documento. Un sistema de cooperación jurídica internacional con las autoridades de origen también se establece expresamente para la acreditación de la edad de los MENAS cuando la filiación o la edad figuren en un documento expedido por autoridad de otro Estado miembro, evitando que se recurra en este caso a la realización de pruebas médicas¹¹³.

37. Cuando se trata de documentos emitidos por autoridades de terceros Estados, las dudas acerca de la autenticidad del documento o la veracidad del acto documentado pueden solventarse acudiendo a entrevistas personales o a la realización de pruebas de ADN. De hecho, una de las características esenciales del procedimiento administrativo de extranjería es precisamente la posibilidad, en todo procedimiento, de exigir esa comparecencia personal. La regla general en los procedimientos administrativos es el carácter excepcional de la comparecencia de las personas ante las oficinas públicas (art. 19 de la Ley 39/2015), pudiendo actuar a través de representante (art. 5 de la Ley 39/2015). En los procedimientos en materia de extranjería, sin embargo, la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería (LOEx) exige la presentación de las solicitudes por el legitimado, en particular, para las solicitudes de autorización de residencia por reagrupación familiar, salvo los menores que podrán hacerlo por

¹⁰⁹ Instrucción DGI/SGRJ/06/2008, sobre la aportación de documentos públicos de extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración.

¹¹⁰ STS (Sala 3ª) de 20 de julio de 2016, www.westlaw.es, RJ 2016\4384: *vid.* el art. 319 en relación con art. 326 LEC.

¹¹¹ En este punto, el art. 8.3.b) del RD 240/2007 sigue refiriéndose a las reglas generales sobre traducción, legalización o apostilla, en relación con la documentación acreditativa del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada.

¹¹² Así ocurriría, por ejemplo, si un notario otorgase el documento en otro Estado, *vid.* GEIMER, R. y SCHÜTZE, R.A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3ª ed., C.H. Beck, Munich, 2010, p. 838.

¹¹³ Capítulo III, Apartado segundo.1 del Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, *B.O.E.* núm. 251, de 16-X-2014.

representante¹¹⁴ y también para la solicitud de la Tarjeta de Identidad de Extranjero, en la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía¹¹⁵.

B) Pruebas alternativas

38. En todo caso, la prueba documental no siempre resulta suficiente o no siempre podrá recabarse, por lo que deben articularse medios de prueba alternativos¹¹⁶. Para acreditar determinadas relaciones familiares, la prueba documental no es idónea por insuficiente, sobre todo en supuestos en los que deben probarse hechos negativos, como cuando se trata de acreditar extremos como la no convivencia en el Estado de acogida con otro cónyuge (en el caso de matrimonios poligámicos) o con otra pareja de hecho (en el caso de reagrupación de una pareja). En estos casos, se admiten las declaraciones juradas del reagrupante como prueba suficiente¹¹⁷.

Además, los controles y las dudas sobre la realidad del vínculo familiar pueden conllevar, según los casos, la posible utilización de pruebas médicas (toma de muestras de ADN), aplicables tanto en el régimen de extranjería o como en el europeo¹¹⁸. En nuestro sistema, tales pruebas biológicas están expresamente previstas para el caso de los MENAS “falsamente acompañados”, es decir, aquellos casos en los que el menor entra acompañado de un adulto que afirme tener vínculos biológicos con el menor y no se acredite de manera indubitada¹¹⁹, y también se ha admitido durante el trámite del expediente correspondiente en las oficinas consulares, siempre que el solicitante haya prestado su consentimiento¹²⁰.

¹¹⁴ Vid. el art. 58.2 RLOEx.

¹¹⁵ Entre otros, *vid.* al respecto los art. 49.8, art. 56.2 y art. 70.2 RLOEx. Pueden realizarse por representante la solicitud y la recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, aunque la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal. *Vid.* el art. 10 del Reglamento (CE) n° [810/2009](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (*D.O.* L núm. 243, 15-IX-2009); arts. 30.2 y 57.1, ambos del RLOEx.

¹¹⁶ *Vid.* un análisis de Derecho comparado sobre diferentes alternativas en el estudio del Parlamento Europeo, *Private International Law...*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹¹⁷ *Cf.* art. 56.3.a).4° RLOEx.

¹¹⁸ *Vid.* LA SPINA, E., *loc. cit.*, pp. 188 y ss. *Vid.* en Derecho comparado las posibilidades de utilizar ADN para determinar la filiación en EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Misuse of the Right to Family Reunification, Marriages of convenience and false declarations of parenthood*, Comisión Europea, 2012, pp. 38-39.

¹¹⁹ *Vid.* el Capítulo IV, apdo. 4, del Protocolo Marco sobre los MENAS.

¹²⁰ Así consta en un Informe de 2005 de la Abogacía del Estado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (*vid.* en el informe español para el estudio de la EUROPEAN MIGRATION NETWORK, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/family-reunification/es_20120723_familyreunification_es_version_final_es.pdf, p. 15). En el expediente registral no se admite la eficacia de las pruebas de ADN, sin perjuicio de que puedan hacerse valer ante el Juez en el procedimiento judicial correspondiente. En este sentido, dada la imposibilidad de desvirtuar el contenido de los certificados de nacimiento, las pruebas más frecuentes son las entrevistas personales, el estudio de los datos biográficos recogidos en los documentos en busca de contradicciones o solicitar copia de originales en los países de origen para detectar falsificaciones. Podrá denegarse la inscripción registral del reconocimiento y la determinación de la filiación subsiguiente si hay indicios concluyentes en el sentido de la falsedad de aquel (*cf. ibídem*, p. 19).

39. Por su parte, los solicitantes de protección internacional (vía asilo o protección internacional subsidiaria) y los apátridas también se benefician de una flexibilidad probatoria, debido a que la situación personal hace inviable en la práctica que puedan documentarse a través de sus autoridades del Estado de origen, dada la imposibilidad (legal o de hecho) de retorno a ese Estado. Por este motivo, no puede denegarse una solicitud basándose únicamente en la falta de documentos justificativos. Si un refugiado no puede presentar documentos para acreditar sus vínculos familiares, el Estado miembro examinará otras pruebas, como pueden ser la realización de entrevistas o incluso recurriendo a muestras de ADN¹²¹. A ello debe unirse el interés material de especial protección de los menores refugiados que justifica la presunción de minoría de edad, salvo prueba en contra¹²².

40. Un problema distinto es el que se derivaría de la limitación de medios de acreditación del estado civil y su compatibilidad con el Derecho de la Unión. En concreto, el problema se planteó en relación con la exigencia de prueba exclusiva a través de la certificación del Registro civil español cuando afecte a un ciudadano español, como se preveía en las Instrucciones DG/SGRJ/03/2007, en relación con la prueba del matrimonio con español, sin diferenciar si había ejercido o no la libre circulación. No obstante, tales Instrucciones ya se derogaron considerando que no son preceptivas para la obtención de la tarjeta de familiar de ciudadano UE¹²³. Para el sector de las prestaciones sociales, también se rechaza la exclusividad de nuestro Registro civil¹²⁴. Así, claramente se expresa la STSJ de Cataluña (Sala de lo social) nº 1306/2011, de 17 de febrero, reconociendo la plena virtualidad y eficacia de las certificaciones registrales de la Unión (en este caso, el

¹²¹ Cf. el art. 11.2 de la Directiva 2003/86/CE. Vid. las *Directrices de la aplicación de la Directiva 2003/86/CE...*, *op. cit.*, p. 23. Así se ha defendido crear reglas especiales para ellos, VERHELLEN, J., *loc. cit.*, pp. 177-178.

¹²² Art. 25.5 de la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *D.O. L* núm. 180, de 29-I-2013. Vid. las STEDH de 10 de julio de 2014, asunto *Muganzi c. Francia*, nº 52701/09; asunto *Tanda-Muzinga c. Francia*, nº 2260/10; Senigo Longue and Others v. France, nº 19113/09. Esta jurisprudencia parte de una flexibilización en las reglas de valoración de la prueba y celeridad en el procedimiento, atendiendo a la situación especial en la que se encuentran los solicitantes de asilo.

¹²³ Vid. ZABALO ESCUDERO, E., “Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia”, *REDMEX*, nº 18, 2008, pp. 45 y ss., esp. pp. 71 y 72. Dicha Instrucción ha sido, sin embargo, derogada por la Instrucción de la Secretaría General de Inmigración y Emigración 03/2013, de 28 de febrero. Se mantiene, sin embargo, la duda sobre la práctica administrativa en orden a seguir exigiendo dicha inscripción para otorgar el visado o la tarjeta de familiar, a pesar de que los tribunales vienen mostrándose ya contrarios a dicho requisito, carente de soporte normativo (*vid.* en MARÍN CONSARNAU, D., “El documento público extranjero en el procedimiento de extranjería y la “exigencia” de inscripción del matrimonio mixto celebrado ante autoridad extranjera”, en FONT I MAS, M. (Dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, J.B. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 333 y ss., esp. pp. 345 y ss.). Existen en este sentido resoluciones judiciales que rechazan ese carácter constitutivo de la inscripción en el Registro civil español para obtener la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE. Así, la STSJ de las Islas Canarias, de Santa Cruz de Tenerife, 11 de febrero de 2016 (www.westlaw.es, JUR2016\93377) considera suficiente a estos efectos el acta de matrimonio legalizada de la Registradora del Estado de Miranda (Venezuela).

¹²⁴ Téngase en cuenta a estos efectos la respuesta flexible dada por la jurisprudencia de lo social, al admitir, al menos a los efectos de una pensión de viudedad, la prueba de la existencia de un matrimonio por vías alternativas, aun sin constar su inscripción en el Registro Civil; *vid.* STS (Sala 4ª) de 15 diciembre 2004 (www.westlaw.es, RJ 2005\2170).

Registro civil italiano) a efectos de prestaciones de la seguridad social, sin que resulte justificado denegar la misma por no inscripción en el Registro civil español¹²⁵. Cuestión diferente es que los documentos aportados no tengan fuerza probatoria suficiente en origen¹²⁶ o que puedan derivarse contradicciones entre los diferentes documentos aportados¹²⁷. Éste es el planteamiento que entendemos más acorde con el Derecho europeo que ha partido de una flexibilización sobre los medios de acreditación de la condición de beneficiario de la libre circulación¹²⁸.

2. El efecto legitimador de los documentos públicos

41. Uno de los efectos más visibles, y claramente vinculados a la libre circulación de personas, se manifiesta en el efecto legitimador ante las administraciones derivado del documento público otorgado por una autoridad de otro Estado miembro que acredita una circunstancia habilitante, generalmente sobre el estado civil, para obtener una prestación o un derecho. Así se recogió por el Tribunal de Justicia en el asunto *Dafeki*¹²⁹. En esta Sentencia se determinó que el rechazo de una rectificación registral realizada por la autoridad de otro Estado miembro era incompatible con la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad dado que, en la práctica, suponía la imposibilidad de acceso a la prestación de jubilación en el Estado de acogida. Y ese mismo efecto legitimador se hace perceptible en relación con la acreditación para la entrada o permanencia de los no nacionales en España.

En este contexto, puede decirse que la mera prueba, a través del documento, de la existencia (y presunción de validez) del acto o negocio en el Estado de origen es suficiente para desplegar sus efectos sustantivos en el Estado requerido como consecuencia del reconocimiento mutuo. Es cierto que, pese a las ambiciosas iniciativas iniciales, el Reglamento (UE) 2016/1911 se ha quedado en una flexibilización de los controles formales del documento, pero sin prejuzgar la validez y eficacia de fondo del acto documentado¹³⁰. Sin embargo, la inscripción de una circunstancia relativa al estado civil

¹²⁵ STSJ de Cataluña (Social) núm. 1306/2011, de 17 febrero (www.westlaw.es, AS 2011\1718) rechazando las alegaciones de la Seguridad Social basadas en que la inscripción en el Registro civil italiano no implicaba un control de legalidad previo del matrimonio.

¹²⁶ STSJ de Madrid (Social) 12 de abril de 2010 (www.westlaw.es, AS 2010\1609).

¹²⁷ SAN (Contencioso-Administrativo) de 18 mayo 2009 (www.westlaw.es, JUR 2009\256052) que entendía no acreditado el matrimonio por la existencia de contradicciones entre diversas certificaciones aportadas de un Registro civil de Guinea Ecuatorial; en el mismo sentido, en relación con el mismo país, la SAN (Contencioso-Administrativo) de 21 noviembre 2011 (*ibid.*, JUR 2011\436029).

¹²⁸ La flexibilidad sobre la forma de acreditación de la condición de beneficiario del derecho de entrada ya había sido establecida en la STJCE de 25 de julio de 2002 (Asunto C-459/99: *MRAX*). En este sentido, claramente el art. 4.4 del RD 240/2007.

¹²⁹ STJCE de 2 de diciembre de 1997, asunto C-336/94: *Dafeki*. En el caso se trataba del valor probatorio de una rectificación registral expedida en Grecia como medio para probar la edad a los efectos de una pensión de jubilación en Alemania.

¹³⁰ El antecedente del Reglamento se encuentra en el *Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil*, Documento COM(2010) 747 final, que introduce como una de las opciones la vía del reconocimiento mutuo o de pleno derecho de los actos del estado civil. *Vid.* un estudio de estos antecedentes en GUZMÁN ZAPATER, M., “La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea”, en M. Font i Mas (Dir.), *op. cit.*, pp. 85 y ss.; *vid.* también GÖTZEN, E. DE, “La Propuesta de Reglamento relativa a la

en el Registro de otro Estado miembro tiene un efecto probatorio de la institución en el Estado de origen y, en la medida en que esa inscripción responda a un control de legalidad por parte de las autoridades de aquel Estado, otorga una presunción de validez de ese acto “en el Estado de origen”. En estos supuestos, la mera acreditación a través de la certificación registral puede ser suficiente para otorgar eficacia a la institución documentada¹³¹.

En el marco del Derecho Unión Europea, una obligación de esta admisión de pleno derecho se deriva del principio de unicidad del *status* del ciudadano de la Unión, que incide directamente en materias de estado civil cuando está en juego la libre circulación de personas y trata de evitar que el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias pueda variar de un Estado miembro a otro¹³². Así ocurre, por ejemplo, en relación con el nombre atribuido en otro Estado miembro y acreditado mediante la correspondiente certificación registral¹³³. Esta doctrina puede tener sus consecuencias sobre otros actos de estado civil constituidos en el Estado de origen, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, o una filiación por sustitución o una pareja inscrita. La eficacia de tales actos en el Estado de acogida puede plantearse desde la perspectiva de una integración total (por ejemplo, permitiendo la inscripción en el Registro de ese Estado) o con efectos meramente legitimadores para el ejercicio de acciones judiciales, el acceso a prestaciones sociales o, en lo que aquí nos interesa, para la entrada y permanencia en el Estado de acogida.

42. Pero más allá del origen europeo del documento, la relevancia y especialidad de la prueba documental es que, en la práctica administrativa de extranjería, mientras no se demuestre la falsedad del documento o el fraude del acto contenido, tales documentos tienen un pleno efecto legitimador, haciendo prueba y otorgando eficacia administrativa al acto o vínculo familiar, sin estar supeditada, y esto es lo relevante, al cumplimiento de las condiciones y métodos de Derecho internacional privado; es decir, se prescinde de las técnicas de reconocimiento de resoluciones judiciales y se obvia el régimen del Derecho

libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea: ¿Es el camino a seguir para mejorar la vida de los ciudadanos?”, *AEDIPr.*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 417 y ss.

¹³¹ Sobre la incidencia de la libre circulación en la extensión del método de reconocimiento *vid.* LAGARDE, P., “La reconnaissance. Mode d’emploi”, en *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, pp. 481-501. Con un alcance más general *vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., “El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario?” *RDCE*, vol. 3, 1998, págs. 137-170; LEHMANN, M., *loc. cit.*, pp. 240 y ss.

¹³² El principio de «unicidad» del *status* del nacional comunitario procede del asunto *Micheletti* (STJCE de 7 de julio de 1992, (Asunto C-369/90): estando acreditada la condición de nacionalidad de un Estado miembro, la apreciación ulterior de la nacionalidad por cada Estado no es compatible con el Derecho comunitario ello porque “admitir tal posibilidad supondría que el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias relativas a la libertad de establecimiento podría variar de un Estado miembro a otro” (Cdo. 12). En el mismo sentido, en relación con el régimen del nombre, STJCE de 30 de marzo de 1993 (Asunto C-168/91: *Konstantínidis*), también subyace la unidad de tratamiento de la persona en función de las circunstancias personales que tiene en función del Estado del que procede y no debe ser objeto de apreciaciones diversas en cada Estado.

¹³³ Así se deriva de la STJCE de 14 de octubre de 2008 (Asunto C-353/06: *Grunkin y Paul*). En esta clave *vid.* la Instrucción DGRN de 24 febrero de 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros civiles de otros países miembros Unión Europea (*BOE* núm. 60, de 10-III-2010) y el art. 56 de Ley 20/2011, de Registro civil.

aplicable a través de las normas de conflicto¹³⁴, partiendo directamente del “reconocimiento del acto”. Lo mismo ocurre cuando ha existido una resolución judicial, de manera que se dota de eficacia a su contenido al margen del régimen habitual de reconocimiento de sentencias. Ello puede constatarse en diversos supuestos.

Un ejemplo puede verse en lo que ocurre con las *kafalas*: no se siguen aquí las reglas conflictuales sobre la aplicación de la ley de la residencia habitual del Convenio de La Haya de 1996¹³⁵, sino que simplemente, con base en el documento aportado, se comprueba su contenido en el Derecho del Estado donde se constituyó y se busca su equivalente en el Derecho español a los efectos del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar¹³⁶. Lo mismo ocurre con la prueba de otras instituciones, como el matrimonio, donde la presentación de la certificación matrimonial junto a una resolución judicial del Estado de origen (sin exequatur en España) se ha considerado suficiente para acreditar la existencia y eficacia del vínculo matrimonial¹³⁷. En este sentido, el art. 9 RD 240/2007 solo exige la presentación de la certificación registral a los efectos de acreditar el vínculo familiar para la obtención de la tarjeta de familiar de ciudadano UE. Tal certificación por sí misma no solo prueba el acto contenido, sino que le otorga en la práctica una presunción de validez y eficacia. Paradigmáticos en este sentido son también los documentos que acreditan disoluciones matrimoniales previas, la titularidad de la custodia o la filiación adoptiva.

Así, en caso de segundas o posteriores nupcias, se exige no solo probar la disolución del vínculo matrimonial anterior, sino que debe quedar garantizada la situación del excónyuge y de los hijos a través de un procedimiento jurídico de disolución del vínculo, ya sea divorcio o nulidad matrimonial. Esta exigencia excluye el mero acuerdo de voluntades como medio para la disolución del vínculo, aunque sí serán eficaces las resoluciones de divorcio mutuo acuerdo ante una autoridad que cumpla unas

¹³⁴ STS (Sala 3ª) de 20 de julio de 2016 (www.westlaw.es, RJ 2016\4384). Concede visado de reagrupación familiar, porque nadie impugnó judicialmente el documento extranjero no legalizado y apostillado por lo que, a juicio del Tribunal, no existen razones para dudar de su autenticidad del mismo y del valor probatorio de los hechos que incorpora. Se recuerda, en este sentido, que incluso los documentos privados cuya autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique harán prueba plena en el proceso en los términos previstos en el art. 319 para los documentos públicos (art. 326 LEC).

¹³⁵ Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. *Vid. supra* en relación con la eficacia de los distintos tipos de *kafala*.

¹³⁶ Las condiciones exigidas al documento que contiene la *kafala* variarán en función del efecto pretendido para esta, sea por razones de extranjería o en relación con alguna vía de protección del menor a través de la adopción, tutela o acogimiento (*vid.* al respecto DIAGO DIAGO, P., “La kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, nº 1, pp. 140 y ss., esp. pp. 158 y ss.

¹³⁷ STS (Sala 3ª) de 20 de julio de 2016 (www.westlaw.es, RJ 2016\4384). En el informe encargado por la Embajada de España en Islamabad se afirmaba que el certificado de matrimonio de la solicitante había sido inscrito a posteriori en el registro, pues faltaban algunos números de serie y las firmas estampadas no se correspondían con las existentes en otros certificados contenidos en el registro, lo que determinó que albergase dudas sobre la autenticidad del certificado de matrimonio y motivó la denegación del visado. Para acreditar la autenticidad de este documento la recurrente acudió a un proceso judicial, aportándose certificación de la sentencia judicial que disipaba las dudas de autenticidad que albergaba la embajada y acreditaba que la recurrente había contraído un matrimonio válido en Pakistán y que había sido inscrito en el registro, desapareciendo así la objeción que motivó la denegación del visado solicitado. Por otra parte, de la información recabada en el expediente administrativo (testimonio de vecinos y familiares) no pone en duda la existencia del vínculo matrimonial.

determinadas garantías, en los términos que ha establecido la jurisprudencia del TS¹³⁸. A tales efectos, se exige la presentación de una copia de la resolución judicial que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos¹³⁹. Subyace aquí la idea de protección a los acreedores de alimentos para tratar de evitar que la concesión de la reagrupación familiar pueda consolidar una situación de abandono de la familia anterior. La jurisprudencia no ha venido exigiendo que la sentencia de divorcio se haya reconocido en España con carácter previo para poder ejercer la reagrupación, siendo suficiente que quede acreditado el divorcio en el Estado de origen¹⁴⁰. Cabe entender que dicha exigencia sería, por otra parte, inviable en la práctica a menos que se articulara directamente un procedimiento incidental de reconocimiento en vía administrativa.

A efectos de la reagrupación de los hijos de uno solo de los cónyuges, la determinación de la custodia debe interpretarse de manera autónoma como equivalente al derecho a fijar la residencia, siguiendo el criterio seguido por el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis¹⁴¹. En el caso de custodia compartida, sería válida la reagrupación si queda acreditado que el cotitular del derecho de responsabilidad parental ha consentido en el traslado unilateral del hijo a España; pero ello se examina directamente considerando el Derecho del Estado de procedencia del menor, sin atender expresamente a las reglas conflictuales derivadas del Convenio de La Haya de 1996¹⁴². Incluso las directrices sobre la Directiva prevén la posibilidad de que las autoridades estatales adopten una solución, en interés del menor, en el caso de un bloqueo o imposibilidad de acuerdo entre los padres¹⁴³.

En caso de hijos adoptivos, deberá acreditarse que la resolución de constitución de la adopción reúne los elementos para producir efectos en España y para ello debe aportarse la resolución por la que se acordó la adopción¹⁴⁴ o cabe entender que bastaría, en su caso,

¹³⁸ En el ámbito civil, *vid.* STS (Civil) de 25 enero 2006 (*ibid.*, RJ 2006\4338). Sobre esta cuestión, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 463 y ss.

¹³⁹ <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/informacionintereses/informacionprocedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja012/index.html>

¹⁴⁰ *Vid.* STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de mayo de 2005 (www.westlaw.es, JUR 2006\217475); STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 2014 (*ibid.*, JUR 2014\136557).

¹⁴¹ *Cf.* art. 5.a) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (*B.O.E.* núm. 202, de 24-VIII-1987) y art. 2.9 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003 (*D.O.* L núm. 338, de 23-XII-2003). Ese es el criterio establecido en las *Directrices para la aplicación de la Directiva 2003/86/CE*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴² Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (*B.O.E.* núm. 291, de 2-XII-2010). *Vid.* la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 marzo de 2015 (www.westlaw.es, JUR 2015\172653). También la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 febrero de 2014 (*ibid.*, JUR 2014\81061): en este asunto se pretendió la reagrupación por la madre, residente en España, de los hijos menores, permaneciendo su marido y padre de los niños en Marruecos. Se concede por el tribunal el visado por reagrupación porque *consta cumplimentado el Derecho marroquí* que exige el consentimiento del padre para la salida de los menores y este se hizo constar en el expediente. Importante este extremo en la medida que, de no ser así, el visado de reagrupación familiar serviría para consolidar una sustracción internacional.

¹⁴³ Ver las *Directrices para la aplicación de la Directiva 2003/86/CE*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁴ <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/informacionintereses/informacionprocedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja012/index.html>. Así, la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 junio

la certificación de la adopción constituida por el Convenio de La Haya de 1993¹⁴⁵. Obsérvese que no se exige propiamente el reconocimiento de la adopción sino acreditar que sea “reconocible” en España, lo que implica un control incidental del reconocimiento a realizar por la propia autoridad administrativa. No obstante, sí se exige que la adopción sea apta para “producir efectos en España”, lo que significa que habría que excluir, a estos efectos, a las adopciones menos plenas, dado que no reunirían la cualidad de “hijos adoptivos”, quedando en su caso en la categoría de representados legalmente por el reagrupante.

V. PERSPECTIVAS ADMINISTRATIVA Y CIVIL DEL ESTATUTO FAMILIAR

1. Eficacia civil de las autorizaciones administrativas de entrada y residencia

43. La documentación oficial, de carácter administrativo, que permite la entrada o permanencia de los no nacionales en España, debe entenderse que hará prueba, a todos los efectos, de las circunstancias personales y de las relaciones familiares que documentan. En este contexto, de especial relevancia son el pasaporte, el visado o la tarjeta de identidad de extranjero.

44. Así, la reciente jurisprudencia del TS corrobora la fuerza probatoria del pasaporte para acreditar la edad. El pasaporte, como documento público “administrativo”, tiene unas connotaciones parcialmente diferentes de otros documentos, en la medida en que, al margen de su carácter probatorio sobre la identidad de su titular, cumple una clara función de orden público y de control de entrada de extranjeros. Su especialidad se manifiesta, en primer término, en el control de su regularidad “extrínseca”, dado que no se exige ni legalización ni apostilla, requiriéndose únicamente que esté válidamente expedido por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares y contener datos suficientes para la determinación de su identidad y nacionalidad¹⁴⁶. Una segunda especialidad, que diferencia al pasaporte de otros documentos públicos, se manifiesta en su fuerza probatoria en relación con los datos que contiene. La regla general, *ex art.* 323 LEC, es realizar el doble test sobre el alcance probatorio del documento, primero, en el Estado de origen (que cumple los requisitos para hacer prueba plena en juicio en dicho Estado) y, posteriormente, otorgar la eficacia que el documento “equivalente” tiene en territorio español. Sin embargo, conforme al Derecho español, los pasaportes no hacen fuerza plena en juicio, sino que simplemente otorgan presunciones *iuris tantum* que, conforme al art. 319.2 LEC, pueden desvirtuarse con otros medios de prueba.

de 2004 (www.westlaw.es, JUR 2004\299618), para un supuesto anterior a la Ley de Adopción Internacional, denegó la reagrupación familiar como hijos adoptivos si esta adopción solo se acredita con un acta notarial, no constando ni siquiera una resolución judicial que acredite el cumplimiento de requisitos en España.

¹⁴⁵ Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (*B.O.E.* núm. 182, de 1-VIII-1995).

¹⁴⁶ En caso de duda, los controles concretos para comprobar estos extremos son llevados a cabo por los agentes responsables de los puestos fronterizos a través de diferentes sistemas: con informes técnicos [STS, (Sala 3ª), de 11 de octubre de 2005, www.westlaw.es, RJ 2005\8249] o contactando con la embajada del país [STS (Sala 3ª) 16 de noviembre de 2006, *ibid.*, RJ 2006\9627].

Tanto la práctica jurisprudencial como el Protocolo sobre los MENAS han establecido presunciones de falsedad que permitirían considerar indocumentado al extranjero a pesar de tener pasaporte¹⁴⁷. Tal conclusión ha sido, sin embargo, rechazada por el TS, confirmando el alcance probatorio del pasaporte mientras no se haya impugnado su autenticidad¹⁴⁸. Acreditada, por tanto, la minoría de edad a través del pasaporte debe considerársele como tal también a los efectos civiles pertinentes, en relación con su limitada capacidad de obrar y la necesidad de contar con representante legal. El reverso de esta situación se sitúa en aquellos casos en los que la personarealmente esté indocumentada y la fijación de la edad se realice a través de decreto del Ministerio Fiscal¹⁴⁹. Además de las consecuencias que procedan en su tratamiento desde la perspectiva de la extranjería, tal decreto tendrá asimismo consecuencias civiles inmediatas: determinada, en su caso, la mayoría de edad, ello supondrá la inexistencia de una situación de desamparo y, por tanto, de tutela y el reconocimiento, a todos los efectos, de la capacidad de obrar de un mayor de edad.

45. El resto de la documentación que se expide a los extranjeros para su entrada y permanencia (visados, autorizaciones de residencia o tarjetas de residente como familiar, tarjeta de identidad de extranjero) también son documentos públicos “administrativos”

¹⁴⁷ El Capítulo II, apdo. sexto del Protocolo sobre los MENAS establece: “2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del art. 25.1 LOEx serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados.

B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente.

C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos.

D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española.

E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado.

F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento.

G) Incorporen datos inverosímiles.

3. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado”.

¹⁴⁸ La STS (Sala 1ª) de 23 de septiembre de 2014 (www.westlaw.es, RJ 2014\4839) se refiere al siguiente supuesto: Dña. Bridget Abena Boamoa (nacional de Ghana) formuló demanda de oposición a la medida administrativa sobre protección de menores del art. 780 de la LEC referida a una resolución de la Dirección de Atención a la Infancia de la Generalitat de Cataluña, en la que se cesaba el ejercicio de las funciones tutelares asumidas con carácter preventivo, se dejaba sin efecto la guarda otorgada a la directora de un centro de acogida y se cerraba el expediente de amparo de una joven al considerar acreditado que era mayor de edad. En la demanda se ponía de manifiesto que la actora estaba en posesión tanto de pasaporte como de partida de nacimiento, por lo que, al no estar indocumentada, no deberían de habersele practicado las pruebas médicas. El TS establece que, en la medida en que la menor disponía de un pasaporte y de un certificado médico que establecía su edad, no se la puede considerar indocumentada sin impugnación previa de los documentos que acreditan dicha edad. En el mismo sentido pueden consultarse las STS (Sala 1ª) de 24 de septiembre de 2014 (*ibid.*, RJ 2014\4689) y la STS (Sala 1ª) de 22 de mayo de 2015 (RJ 2015\2260) sobre la no prevalencia de las pruebas médicas para desvirtuar pasaporte, sin previa impugnación de éste.

¹⁴⁹ *Vid.* al respecto el Capítulo V del Protocolo sobre los MENAS.

que, por tanto, tendrán la fuerza probatoria *iuris tantum* sobre las circunstancias que documenten. Ello significa que mientras no se demuestre la falsedad del documento y no se pruebe nada en contrario, deberán darse por probadas las relaciones familiares documentadas (acreditación del matrimonio o de la filiación) y surtirán los efectos civiles que les son propios. En este contexto, la decisión administrativa condiciona la valoración civil de la institución en cuestión.

El ejemplo más claro se obtiene en el caso de los matrimonios poligámicos. Desde la perspectiva civil, el segundo y posteriores matrimonios son claramente nulos por existir impedimento de ligamen previo y vulnerar nuestro orden público. Sin embargo, desde la perspectiva administrativa, el segundo o posterior cónyuge podrá ser autorizado a residir en España por la vía de la reagrupación familiar. La propia documentación de la residencia como cónyuge deberá entenderse que servirá para un reconocimiento civil “incidental” a los efectos, por ejemplo, de una reclamación de alimentos, que no prejuzga un pronunciamiento sobre el estado civil¹⁵⁰. Pero tal acreditación también debiera entenderse admisible a los efectos de un eventual divorcio ante un juez español, sin que parezca justificado en este caso utilizar la posibilidad de veto que permite el art. 13 del Reglamento Roma III¹⁵¹. Resultaría incoherente dar eficacia a una relación matrimonial desde la perspectiva de la extranjería y, posteriormente, negársela desde la perspectiva civil.

Algo similar ocurriría con la *kafala*. Dependiendo de su configuración en el Estado de origen, su tratamiento en extranjería será diferente, ya sea como auténtica tutela o como una mera situación de acogimiento¹⁵². Esa calificación administrativa condicionaría su régimen desde la perspectiva civil. En concreto, la *kafala* quedaría incluida dentro del art. 16 CH 1996, de modo que, a partir de la calificación funcional de la institución en función de su contenido en el Estado de origen, la *kafala* subsistiría en España, como Estado de la nueva residencia habitual del menor, hasta la constitución de una nueva medida por una autoridad española.

2. Las relaciones familiares fraudulentas: identificación y efectos

46. La prueba de la relación familiar a través de la presentación de un documento puede ser desvirtuada atacando la falsedad intrínseca del mismo. Se trata de supuestos en los que, sin cuestionar la regularidad del documento, existen diferentes indicios que pueden suscitar dudas sobre la autenticidad de su contenido y que afecta, fundamentalmente, a la valoración de la documentación emitida por autoridades de terceros Estados. A este respecto, la Recomendación nº 9 de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil (CIEC), en materia de lucha contra el fraude documental en materia de estado civil (incorporada al Derecho español a través de la Instrucción DGRN de 20

¹⁵⁰ Vid. el art. 22 del Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*ibid.* L núm. 7, de 10 de enero de 2009)

¹⁵¹ Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *D.O.* L 343, de 29-XII-2010. El veto del art. 13 permitiría eximir a un juez español de la obligación de pronunciar un divorcio si el matrimonio no se considerara válido en nuestro Derecho.

¹⁵² Vid. *supra* apdo. 26.

de marzo de 2006¹⁵³), estableció diferentes criterios que podrían hacer sospechar sobre la autenticidad del documento. Tales dudas podían referirse a su exactitud por causas “internas” del documento (aspectos inverosímiles constatados en el documento) y circunstancias “externas” al mismo (por ejemplo, prácticas anteriores de irregularidad en el registro de origen). En este contexto, la Comisión Europea también editó un manual con criterios orientativos para detectar posibles casos de matrimonios de conveniencia¹⁵⁴. En cualquier caso, el poder de “revisión” por parte de las autoridades del Estado de acogida sobre la falsedad del acto documentado difícilmente puede conllevar la anulación del documento público si éste ha sido regularmente emitido desde el visto formal; cuestión diferente es la posibilidad de rechazo incidental en el marco de un procedimiento judicial o administrativo abierto en España. Entran aquí los supuestos de matrimonios de conveniencia¹⁵⁵ o filiaciones de complacencia¹⁵⁶. Los controles y las dudas sobre la realidad del vínculo familiar no deben ser controles o inspecciones generales de categorías específicas de matrimonios, relaciones de pareja o adopciones¹⁵⁷. Estos controles pueden conllevar, según los casos, la posible utilización de pruebas médicas (tales como pruebas de ADN). No está prevista, sin embargo, la prueba biológica en el expediente registral en supuestos de falsos reconocimientos de paternidad.

En todos estos casos, coexisten dos perspectivas, la civil y la administrativa, que pueden diferir en la valoración de una misma relación jurídica: así, un matrimonio incluso certificado civilmente puede ser considerado fraudulento por parte de la autoridad administrativa encargada del procedimiento de extranjería; a la inversa, una reagrupación

¹⁵³ Instrucción, de 20 de marzo de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil.

¹⁵⁴ *Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación*, Documento SWD(2014) 284. Vid. también el estudio de European Migration Network (EMN), *Misuse of the Right to Family Reunification Marriages of convenience and false declarations of parenthood*, junio 2012.

¹⁵⁵ Un supuesto de matrimonio de conveniencia puede verse en la STS (Sala 3ª) de 9 abril 2014 (www.westlaw.es, RJ 2014\2438): se trataba de un matrimonio celebrado ante autoridad marroquí, que se valoró a partir de los antecedentes de otros matrimonios de conveniencia previos del reagrupante, sin que quedara siquiera acreditada por fotos la identidad del contrayente con el solicitante de visado. Otros supuestos se han dado en casos de antecedentes de otros matrimonios previos del reagrupante [STS (Sala 3ª) de 9 de abril de 2014 (*ibid.*, RJ 2014\2438)]; o en supuestos en los que, en entrevista personal, el marido desconocía datos esenciales de su presunto cónyuge [STS (Sala 3ª) de 25 de abril de 2014, *ibid.*, RJ 2014\2358] o se constató la total inexistencia de relaciones personales entre los cónyuges [STS (Sala 3ª) de 23 de julio de 2014, RJ 2014\4453].

¹⁵⁶ La posibilidad de rechazo incidental del documento extranjero ha sido utilizada en la práctica española. Así, por ejemplo, STS (Sala 3ª) de 6 de julio de 2012 (www.westlaw.es, RJ 2012\8080), a efectos de visado por reagrupación familiar, confirma la jurisprudencia según la cual aunque las inscripciones de las actas de nacimiento fuera de plazo no es indicio por sí mismo que haga dudar de la validez de dichos documentos, si esa inscripción se realiza en fechas cercanas a la solicitud del visado, y no existen otros medios de prueba, aparte de las certificaciones de nacimiento, que acredite la relación de parentesco entre reagrupante y reagrupado, sí constituye un indicio claro que hace inferir dudas razonables sobre la validez de tal documento, dudando del rigor de los Registros del Estado de origen (en el caso, Senegal). En el estudio del PARLAMENTO EUROPEO (*Private International Law...*, *op. cit.*, p. 24) se ponen otros casos que revelarían indicios de adopciones por conveniencia, por ejemplo, adopciones realizadas en el ámbito familiar por un tío o adopciones procedentes de determinados países, como Benim o el Congo.

¹⁵⁷ Cf. las Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, *op. cit.*, p. 27.

familiar basada en una relación matrimonial no impide que pueda anularse civilmente si posteriormente se detecta el fraude.

47. En efecto, a la autoridad administrativa no le vincula el contenido de los documentos presentados, generalmente certificaciones registrales, para acreditar las relaciones familiares. En este sentido, las autoridades consulares pueden, a la vista de nuevas circunstancias, valorar la presencia de un fraude no identificado por el registro civil. Cabe subrayar que no solo se trata de la posibilidad de desvirtuar una certificación registral de otro Estado, sino incluso una certificación del Registro civil español. Para el primer caso, resultan útiles las pautas establecidas en la citada Recomendación de la CIEC, que introducen indicios sobre la falta de rigor del Registro extranjero¹⁵⁸. Para el segundo caso, la tramitación del expediente registral previo permite identificar en gran número de supuestos relaciones familiares fraudulentas utilizando, por ejemplo, la vía de la audiencia separada del art. 246 RRC¹⁵⁹. Ahora bien, si no se han detectado por esa vía los fraudes, quedaría la posibilidad de un control en el momento de la autorización de residencia o de la tramitación del visado por parte del Cónsul¹⁶⁰. La admisión civil, y la correspondiente inscripción registral, no vincula ni predetermina necesariamente un pronunciamiento positivo por parte de las autoridades que intervienen en los procedimientos de extranjería.

El procedimiento para la concesión de los visados por reagrupación familiar, incorporan un doble acto administrativo¹⁶¹: por un lado, la autorización de residencia por la (sub)Delegación del Gobierno; por otro lado, el visado por la autoridad diplomática o consular. En este sentido, el art 56.3.b) RLOEx establece la obligación, para el reagrupante, de presentar una copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares, de la pareja de hecho o de la dependencia, que será analizada y valorada por la sud(Delegación) del Gobierno. Por otro lado, el familiar reagrupado, presentará la documentación original que acredite esos vínculos ante la autoridad diplomática o consular que podrá denegar el visado si la documentación aportada no acredita el

¹⁵⁸ La citada STS (Sala 3ª) de 6 de julio de 2012 es un ejemplo en ese sentido. En este contexto, conviene citar las reglas relativas a los expedientes de inscripción de nacimiento fuera de plazo (arts. 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958) que permiten al Encargado del registro investigar de oficio la autenticidad de lo declarado en el expediente incluida, en su caso, el establecimiento de la filiación.

¹⁵⁹ La Resolución DGRN de 15 de Enero de 2016 (1ª) deniega la inscripción de un matrimonio con dominicana, celebrado en la República Dominicana, por inexistencia de contacto previo entre los contrayentes y desconocimiento de hechos fundamentales sobre el otro; la Resolución de 15 de Enero de 2016 (14ª), en un caso de matrimonio con hondureña, también la rechaza por desconocimiento de datos fundamentales, en concreto, no saber la fecha exacta del matrimonio, ni que ella tiene un hijo, ni tampoco el nombre de sus hermanos; la Resolución de 22 de Enero de 2016 (5ª), en un caso de matrimonio con cubana, la denegación se basa en el desconocimiento de datos esenciales, como la fecha y el modo de conocerse, así como datos familiares del otro.

¹⁶⁰ Vid. las diferentes vías posibles para detectar fraudes en matrimonios o filiaciones de complacencia en EUROPEAN MIGRATION NETWORK (*Misuse...*, *op. cit.*, pp. 37-38) como el examen de la falsedad documental, entrevistas, investigación o pruebas ADN. Ver las discrepancias entre el registro y la valoración por la autoridad consular en MARÍN CONSARNAU, D., "El documento público...", *loc. cit.*, p. 353.

¹⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pp. 172 y ss.

cumplimiento de los requisitos o se han presentado documentos falsos, formulado alegaciones inexactas o medie mala fe (art. 57.3 RLOEx). Esto significa que las autoridades diplomáticas no pueden entrar a valorar el contenido de la documentación (si existe o no dependencia, por ejemplo), aspecto decidido en el trámite de la autorización de residencia. Dichas autoridades se limitarán a cotejar si la documentación original presentada coincide con la copia presentada por el reagrupante. Esto supone que solo podrán denegar el visado si no se aporta la documentación, si se constata la falsedad al cotejar los originales con las copias que se presentaron en España para obtener la autorización, o si se aprecian, en el procedimiento del visado, datos o elementos de juicio novedosos que hacen dudar de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al otorgar la autorización, lo que podría motivar, en su caso, una revisión de oficio de esta¹⁶². De este modo, a pesar de la inscripción registral e incluso de la autorización de residencia, la autoridad diplomática o consular puede denegar el visado si detectara un fraude a la vista de las circunstancias por ella valoradas¹⁶³. Si no constara tal inscripción, las posibilidades de control por parte de la autoridad diplomática o consular son mayores, dado que no ha existido un procedimiento previo de control ante el Encargado del registro civil.

48. Evidentemente, la denegación de visado sobre la base de una realidad familiar fraudulenta deberá tener consecuencias civiles. Si el matrimonio o la filiación estuvieran inscritos, y se detectara el fraude por la autoridad diplomática o consular, ello obligaría a ordenar, a través del Ministerio Fiscal, la cancelación del correspondiente asiento registral¹⁶⁴ o la revisión de oficio de una previa autorización de residencia¹⁶⁵. El resultado final es que, en supuestos de fraude, no debería existir discrepancia entre la decisión administrativa y la civil: si el fraude se identifica previamente en la vía civil debe revisarse la autorización para la reagrupación familiar por incumplimiento de los requisitos legalmente exigibles; si se detectara en vía administrativa (en particular, por la autoridad consular durante el expediente de visado), deberá instarse la cancelación del asiento registral correspondiente, caso de existir éste. De no constar este asiento, esa decisión administrativa debería ser considerada en cualquier procedimiento judicial en el ámbito civil.

3. ¿Control administrativo sobre el “turismo civil”?

¹⁶² Esta ha sido la doctrina establecida por la STS (Sala 3ª) de 15 de noviembre de 2011 (www.westlaw.es, RJ 2012, 2204) y que se ha ido siguiendo en la jurisprudencia. *Vid.*, entre otras, STS (Sala 3ª) de 15 de junio de 2012 (*ibid.*, RJ 2012\7434) y STS (Sala 3ª) de 25 de abril de 2014 (*ibid.*, RJ 2014\2358).

¹⁶³ Véase, por ejemplo, en un caso de filiación por complacencia la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 diciembre de 2013 (www.westlaw.es, JUR 2014\136556): en este caso, pese haberse autorizado la residencia en España (sobre la base del certificado de nacimiento inscrito tardíamente donde consta el posterior reconocimiento), el Consulado en Lima denegó el visado de reagrupación familiar: reconocimiento “fraudulento” de la hija de la esposa, dado que el presunto padre no estuvo (según los datos que consta en el Consulado) en ese período en Lima, por tanto, no puede ser hija natural y no consta adopción. Se trata de un ejemplo de hecho nuevo que puede valorar el Consulado.

¹⁶⁴ *Vid.* los art. 95.2 de la Ley del Registro Civil y 163 y 164 del Reglamento del Registro Civil, debiendo el Ministerio Fiscal instar la nulidad.

¹⁶⁵ STS (Sala 3ª) de 20 julio de 2016, www.westlaw.es, RJ 2016\4384.

49. La importante divergencia existente en Derecho comparado sobre la regulación de las instituciones civiles genera un fenómeno de “turismo civil” con la intención de acceder a relaciones jurídicas familiares existentes en un Estado, con el que se carece de vinculación efectiva real, y que son inexistentes, nulas o están prohibidas en el Estado realmente vinculado a la persona. Tal sería el caso del “turismo matrimonial”, para acceder a matrimonios entre personas del mismo sexo, o del “turismo gestacional”, para establecer una filiación a través de contratos de gestación por sustitución¹⁶⁶. En estos supuestos, los Derechos estatales pueden oscilar entre permitir un acceso incondicional universal a cualquier persona, aún a riesgo de constituir relaciones claudicantes en otros Estados, o restringir su acceso, exigiendo una proximidad real y efectiva con el mismo. En esta clave puede entenderse el requisito del domicilio en España de al menos uno de los contrayentes para poder contraer matrimonio ante una autoridad española (art. 57 C.c.), lo que evidentemente tiene consecuencias para la válida celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁶⁷. Cuestión problemática es la interpretación del concepto domicilio, cuyo significado administrativo no determina necesariamente una conexión real con el territorio si se entendiera equiparable a un mero empadronamiento¹⁶⁸.

50. En este contexto, a los efectos de poder acceder a las instituciones civiles previstas en el Estado de acogida, podría plantearse si resultaría exigible una situación de residencia para los no nacionales, es decir, una permanencia regular en nuestro territorio por un período de más de tres meses. Parece claro que el acceso a determinadas instituciones civiles no puede quedar supeditado a la regularidad administrativa de la residencia si tal exigencia no se establece en la normativa sectorial de base, máxime cuando ello puede suponer una restricción injustificada a algún derecho fundamental. En este sentido, el TSJ de Castilla y León declaró la nulidad de la resolución denegatoria de la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León¹⁶⁹ y de la norma reglamentaria indirectamente impugnada que exigía el permiso de residencia a los extranjeros no comunitarios para acceder al registro. Se dio en este caso una interpretación favorable del ejercicio del derecho a convivir como pareja de hecho, que no podía restringirse por una norma de rango reglamentario, estableciendo una regulación más restrictiva incluso que la de la institución matrimonial. El requisito de residencia en la Comunidad Autónoma exigido por el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, admite pluralidad de situaciones fácticas y no puede entenderse como equivalente al concreto al permiso de residencia exigido en la Orden que lo desarrolla y cuya nulidad se declara. Si esto es así, en relación con parejas de hecho, con más razón debería entenderse en relación con la posibilidad de contraer matrimonio, puesto que va a verse afectado el *ius connubi*, lo que justificaría una interpretación extensiva y flexible del requisito de domicilio exigido en el art. 57 del Cc. El riesgo, no obstante, de esta interpretación extensiva se encuentra en la posibilidad de

¹⁶⁶ El caso más reciente lo tenemos con las previsiones sobre los viajes de españoles a Portugal para beneficiarse de su regulación sobre gestación por sustitución (*vid.* en la prensa, “Los españoles ya pueden acceder a la gestación subrogada en Portugal, que la acaba de legalizar”, en <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/08/02/598069dd468aeb70f8b460b.html>).

¹⁶⁷ Véase al respecto el art. 57 C.c. *Vid.* la Resolución-Circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

¹⁶⁸ Téngase en cuenta, no obstante, que el art. 40 C.C. equipara domicilio a residencia habitual.

¹⁶⁹ STSJ de Castilla y León de Valladolid (Contencioso-administrativo) de 10 de abril de 2017, *Diario La Ley*, nº 9016, de 7 de Julio de 2017, ECLI: ES:TSJCL:2017:1494.

constitución de relaciones jurídicas claudicantes, esto es, sin efectos en el Estado con el que realmente existe vinculación y donde estaría llamada a desplegar la eficacia de la relación. Piénsese, por ejemplo, en un matrimonio contraído entre dos varones marroquíes que residen, de hecho, en Marruecos, y cuya legislación no reconoce este tipo de vínculo matrimonial.

De hecho, debe subrayarse, la jurisprudencia del TJUE sobre el régimen de movilidad europea basada en el art. 21.1 TFUE en relación con el derecho de residencia derivado invocable por los miembros de la familia de un ciudadano UE que, después haber ejercido la libre circulación a un Estado UE de acogida, retorna a su Estado de origen. Un ejemplo sería el de una nacional española que habiendo residido en Francia con su marido argentino pretende regresar a España con su cónyuge. En este caso se exige como presupuesto que el ciudadano UE haya tenido una vinculación significativa con el Estado de acogida y que haya constituido en ese Estado una convivencia familiar, cuyo reconocimiento es el que precisamente se quiere garantizar al regresar a su Estado de origen. Conforme al criterio sostenido ya desde la STJUE en el asunto *O. y B.*¹⁷⁰, la conexión o vinculación significativa con otro Estado miembro implica que el ciudadano ha tenido que tener en dicho Estado una residencia basada en el art. 7.2 (esto es, una residencia superior a 3 meses) o en el art. 16.2 de la Directiva 2004/38/CE (esto es, una residencia permanente). En consecuencia, el derecho de residencia derivado del miembro de la familia no surge si el ciudadano de la UE ha tenido únicamente períodos de “residencia de corta duración” o poco relevantes con dicho Estado, como fines de semana o períodos vacacionales. Es decir, el estatuto de “retornado” lleva inherente la residencia previa en otro Estado UE. Se trata con ello básicamente de evitar situaciones fraudulentas o prácticas abusivas creando conexiones artificiales para beneficiarse del régimen de las libertades comunitarias. Es necesario asimismo que se haya constituido o mantenido la relación familiar cuando el ciudadano UE residía en ese otro Estado UE, ya que la finalidad es proteger la expectativa legítima de ver “reconocida” la relación familiar ya constituida.

51. Por otra parte, la cuestión de la exigencia de una residencia regular en España ha tenido especial incidencia práctica en el ámbito de los expedientes matrimoniales previos con vistas a la celebración de un matrimonio en España con un extranjero en situación irregular o pendiente de ejecución de una resolución de expulsión. En estos supuestos, el Defensor del Pueblo ha denunciado la inidoneidad de que los Encargados de los Registros comuniquen dichas circunstancias a los funcionarios policiales, dado que esto acababa desembocando en muchas ocasiones en la efectiva expulsión del extranjero y, por tanto, la suspensión del expediente matrimonial¹⁷¹. La denuncia sobre este proceder se fundamenta en la limitación que supone del *ius connubi* y también de las facultades del propio encargado del registro para comprobar, en su caso, la intención defraudatoria de los contrayentes mediante la entrevista personal. En este sentido, la Instrucción DGRN

¹⁷⁰ Cf. STJUE de 12 de marzo de 2014 (Asunto C-456/12: *O. y B.*)

¹⁷¹ Cf. RELAÑO PASTOR, E., “Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (Coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, CGPJ, Madrid, 2015, pp. 113 y ss., con referencia a la Recomendación 37/2012, de 15 de marzo, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia.

de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia, entiende que no es relevante a efectos de identificar un matrimonio de este tipo el hecho, por sí solo, de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería¹⁷².

VI. DECISIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y RÉGIMEN DE MOVILIDAD DE LAS PERSONAS

1. Derechos de relación con los hijos y entrada en España

52. En el ámbito del Derecho europeo, el art. 7 de la CDFUE reproduce la protección de la vida privada familiar establecida en el art. 8 CEDH. Esta disposición de la Carta debe, además, ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el art. 24, apartado 2, de ésta, tomándose en consideración la necesidad del menor de mantener de forma periódica relaciones personales con su padre y con su madre, expresada en el apartado 3 del mismo artículo¹⁷³. Este contexto normativo determina que el criterio del interés del menor debe operar como parámetro rector de las medidas de extranjería. Tal y como ha establecido TEDH y recoge el citado art. 24.3 CDFUE, el derecho a la vida familiar comprende el derecho de relación entre padres e hijos y a disfrutar de su mutua compañía, lo que supone que la regulación de extranjería no sólo debe establecer mecanismos concretos para permitir la residencia de los miembros de la familia, sino también vías privilegiadas para la estancia de familiares en el Estado de acogida para garantizar este derecho de comunicación con los hijos¹⁷⁴.

53. El planteamiento tiene importantes consecuencias en el ámbito del Derecho español de extranjería donde la incidencia que este derecho de relación entre padres e hijos debiera tener en la LOEx no se ha producido. En efecto, la regla general es que los nacionales de terceros países no tienen un tratamiento especial para entrar en territorio español en régimen de estancia invocando su condición de miembros de la familia de un extranjero residente en España. En el régimen de extranjería, la reagrupación familiar con un extranjero residente en España solo está concebida para el acceso a la residencia, pero no para la mera estancia en territorio español. De ahí se deriva la necesidad de establecer un régimen específico de entrada y estancia de los extranjeros por razones familiares que sirva, al menos, para garantizar el derecho de relación con los hijos. En este contexto del art. 24 CDFUE, el margen de discrecionalidad de los Estados miembros en relación con

¹⁷² De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simulatoria de los contrayentes en la celebración del matrimonio, como ya ha sido declarado en varias ocasiones por la DGRN (*vid.* Resoluciones de 27-3.ª octubre 2004, 19-3.ª octubre 2004) (*cf.* Apdo. IX, I.c). 1.º de la Instrucción de 31 de enero de 2006, *BOE* núm. 41, de 17-II-2006).

¹⁷³ STJUE en los asuntos C-356/11 y C-357/11, *Maahanmuuttovirasto*, apdo. 76; STJCE de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03: *Parlamento c. Consejo*, apartado 58, y STJCE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU: *Detiček*, apartado 54.

¹⁷⁴ En la STEDH de 30 de julio de 2013 (nº 33169/10, asunto *Polidario c. Suiza*) así se puso de manifiesto: la concesión de la custodia de un menor a favor del padre, conlleva que, en todo caso, que la madre pueda entrar y permanecer en Suiza para hacer efectivo el derecho de comunicación con el hijo; por tanto, del art. 8 CEDH se deriva una obligación para las autoridades suizas para autorizar la estancia de la madre con esa finalidad.

los visados de estancia debe entenderse limitado para proteger este derecho de comunicación entre padres e hijos.

54. En el régimen europeo del RD 240/2007, la vida familiar, en cuanto derecho accesorio a la libre circulación de los ciudadanos europeos, ampara ya la entrada incluso para estancia de los miembros de la familia¹⁷⁵. En realidad, para otorgar el visado a los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión es irrelevante el objeto de su viaje y su intención de permanencia en España. Junto a ello, debe recordarse que cualquier nacional de un tercer país que tenga la custodia de un menor ciudadano de la UE tendrá un derecho de residencia garantizado cuando el menor es nacional del Estado de acogida (caso *Ruiz-Zambrano*) o es nacional de otro Estado UE y los menores tuvieran, por sí mismos, un derecho de residencia en el Estado de acogida (caso *NA*).

55. Queda el interrogante sobre la situación del nacional de un tercer país que tenga un derecho de visita respecto de un menor español o de un nacional de otro Estado UE. En sentido estricto, la situación de un progenitor que no tenga a su cargo al menor no queda amparada ni por los arts. 2 y 2.bis RD 240/2007 ni por la jurisprudencia *Ruiz-Zambrano*. Esta situación no es problemática si el extranjero ha residido previamente en España. En tal caso, el art. 9 del citado RD incluye, dentro de los supuestos de mantenimiento de la residencia en España, el caso de un nacional de tercer país, ya residente en España, que rompe su vínculo conyugal con el ciudadano UE y mantiene un derecho de visita sobre el hijo menor residente en España (al margen de la nacionalidad de este menor). Aunque el art. 9 no lo indica, tiene que haberse fijado judicialmente el cumplimiento del derecho de visita en el Estado de acogida (en nuestro caso, España), tal y como establece el art. 13.2.d) de la Directiva 2004/38/CE. Sin embargo, la protección del derecho de visita del extranjero sí es problemática si este no ha residido previamente en España. La ruptura del vínculo conyugal lo deja fuera del listado de beneficiarios del art. 2 del RD 240/2007 y no estaría tampoco en ningún supuesto que le permita obtener, en un régimen favorable, un visado de estancia para poder ejercer su derecho de relación con el menor residente en España, incluso aunque este fuese nacional español.

La jurisprudencia del TJUE ha sido estricta en el sentido de no extender ni de reconocer un derecho de residencia más allá de lo previsto en la Directiva 2004/38/CE o de lo necesario para garantizar los derechos inherentes a la ciudadanía UE¹⁷⁶. Sin embargo, ha quedado abierta la posibilidad de que, si en un caso concreto, la negativa de un visado de estancia a un nacional de tercer país privara efectivamente del goce de derechos a un menor nacional de un Estado UE residente en España ello podría suponer una vulneración de los arts. 20-21 TFUE (ciudadanía UE). Desde esta perspectiva, sobre la base del art. 24.2 CDFUE en relación con los arts. 20 y 21 TFUE (relativos a la ciudadanía UE), podría defenderse un verdadero derecho subjetivo a entrar en España que elimine el margen de discrecionalidad general en el régimen de concesión de visados y restrinja los supuestos de denegación a motivos basados en el orden público, la seguridad

¹⁷⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de abril de 2013 (www.westlaw.es, JUR\2013\190741).

¹⁷⁶ Así en el asunto C-40/11: *Iida*, se consideró que un japonés no podía invocar un derecho de residencia basado en la ciudadanía de la UE para permanecer en Alemania si su esposa, nacional alemana, se ha trasladado con su hija a Austria, aunque ambos mantengan la custodia compartida.

pública o la salud pública. A la misma solución habría que llegar en relación con el derecho de visita de nacionales españoles, al amparo del derecho a la libre circulación de los españoles recogido en el art. 19 CE.

56. En la misma clave de protección del derecho de comunicación y relación con los menores, cabe entender el régimen de las adopciones abiertas, recogidas en nuestro Derecho, tras la reforma del art. 178 C.c.¹⁷⁷. Tal configuración de la adopción permite que la entidad pública valore en el caso concreto, con base en el interés del menor, el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto del menor adoptado con la familia de origen y en especial con los hermanos biológicos. La garantía de este derecho de comunicación y visita debiera suponer, en consecuencia, la posibilidad de obtener el visado en un régimen “preferente”, limitando el margen de discrecionalidad para su concesión, con vistas a poder mantener el derecho de relación establecido judicialmente en interés del menor.

2. Custodia y derecho de residencia

A) Primacía del interés del menor sobre la extranjería de los progenitores

57. Otra vertiente de la interrelación entre las decisiones administrativas de entrada y permanencia y las decisiones sobre responsabilidad parental se manifiesta en la incidencia que puede tener sobre la custodia la situación de residencia, regular o irregular, de su progenitor o, viceversa, qué consecuencias pueden derivarse de la concesión de un derecho de custodia sobre su situación de extranjería. Así, por ejemplo, cabe preguntarse cómo afecta el hecho de que un extranjero haya incurrido en una infracción susceptible de expulsión en la atribución de la custodia de sus hijos. El interrogante oscila entre dos posibles respuestas: privar de la custodia del menor al progenitor infractor y otorgársela al otro progenitor, de modo que la eventual expulsión del extranjero no incidiera en la salida del menor del territorio español; o bien sustituir la sanción de expulsión por la multa para que el progenitor infractor pueda seguir ejerciendo la custodia sobre el menor en nuestro territorio. De la protección de la vida familiar cabe derivar que las decisiones sobre extranjería deben estar claramente supeditadas a las decisiones sobre la protección del menor (y no a la inversa). Así puede deducirse del asunto *Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. los Países Bajos*, en el que el TEDH concluyó que existió una vulneración del art. 8 CEDH en un caso en el que el juez holandés, al adoptar la decisión sobre la custodia, partió del criterio del bienestar económico del país (*ratio* de las leyes de inmigración) que motivaba la expulsión de la madre a su Estado de origen, en vez de utilizar el criterio del bienestar de su hija, al margen de que la madre residiera ilegalmente en el Estado de acogida en la época de nacimiento de la niña¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Vid. al respecto DURÁN AYAGO, A., “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, 2016, pp. 415 y ss., pp. 434-435.

¹⁷⁸ STEDH de 31 de enero de 2006 (nº 50435/99, asunto *Rodrigues da Silva and Hoogkamer c. Países Bajos*): en el caso, tenemos una madre brasileña (en situación irregular en los Países Bajos) y un padre holandés; se le concede la custodia al padre por parte de las autoridades civiles holandesas considerando que dársele a la madre supondría (irremediabilmente) el retorno de la niña a Brasil y la ruptura con la

58. En consecuencia, la condición de extranjería de los progenitores, o su eventual situación de irregularidad o de posible expulsión, no puede condicionar la decisión judicial sobre la custodia del menor. Las decisiones sobre responsabilidad parental no pueden supeditarse a la nacionalidad de los progenitores, dando preferencia al progenitor que sea español o ciudadano de la UE en detrimento del extranjero extracomunitario. Esta preferencia por razones de nacionalidad no sería de recibo desde la perspectiva de la protección del menor. En estos casos, el parámetro del interés del menor, recogido como criterio rector en la propia Convención NNUU sobre derechos del niño y en el art. 24.2 CEDH, debe prevalecer sobre las políticas de control migratorio, cuya aplicación debe ser restrictiva y adecuadamente fundamentada¹⁷⁹. En este contexto, el TJUE, en el asunto C-133/15 (*Chavez-Vílchez y otros*), deja claro que la custodia deberá decidirse en atención al desarrollo y protección del menor y, en función de ello, procederá el pronunciamiento sobre la residencia del extranjero en el Estado de acogida y, en su caso, la concesión de ayudas y prestaciones familiares. Por ello, 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, para poder 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.

B) Residencia en el Estado de acogida de los titulares de la custodia

59. Tomada la decisión sobre la custodia de un menor, la situación de residencia del menor en el Estado de acogida va a influir sobre el derecho de residencia de los titulares de la custodia. El derecho a la vida familiar introduce aquí una presunción a favor de la permanencia del extranjero en el Estado de acogida, presunción que sólo puede desvirtuarse con la prueba en contra, por parte de este Estado, de fundadas razones de orden público o de seguridad pública. En todo caso, la interrelación custodia y residencia también tiene consecuencias sobre el propio derecho de residencia del menor en el Estado de acogida. Para valorar el derecho derivado de los titulares de la custodia, el menor nacional de la Unión ha de tener un derecho de residencia propio en el Estado de acogida, debiendo cumplir los requisitos económicos mínimos exigibles ya sea por sí mismos o ya sea por quienes ejercen la custodia¹⁸⁰. Evidentemente, el supuesto problemático no es el menor español que quiera mantener su residencia en España, sino el del menor nacional de otro Estado UE para mantener su residencia en nuestro territorio. En estos casos, si ni el menor ni los progenitores tienen recursos propios, aquel no podría invocar un derecho

familia del padre. Este mismo argumento sirve, paradójicamente, para que las autoridades administrativas holandesas rechacen la autorización de residencia de la madre dado que, al no tener la custodia de la hija, no tiene el arraigo familiar que justifique su permiso de residencia. El círculo vicioso entre ambas decisiones es evidente.

¹⁷⁹ Vid. KLAASSEN, M. y RODRIGUES, P., “The Best Interests of the Child in EU Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24(2) Charter”, *Journal of Migration and Law*, 2017, pp. 191 y ss., esp. pp. 212-213.

¹⁸⁰ Claramente, STJUE de 30 de junio de 2016, en el asunto C-115/15: NA.

de residencia en el Estado de acogida y, en consecuencia, sus progenitores tampoco. La ausencia de derecho de residencia restringiría, en tales circunstancias, el acceso a prestaciones sociales o ayudas familiares del Estado UE de acogida¹⁸¹.

60. Para garantizar el derecho de residencia de los menores nacionales de la Unión es necesario autorizar la residencia de los progenitores que estén a su cargo, tal y como se estableció en la citada sentencia *Ruiz-Zambrano*. Así lo exige una interpretación conjunta de los arts. 20 y 21 TFUE, relativos a la ciudadanía UE, art. 7 CDFUE, relativo a la vida familiar, y art. 24 CDFUE, sobre el interés del menor. La atribución de la custodia al progenitor del menor europeo implica, incluso, la residencia independiente en caso de disolución del vínculo matrimonial, por nulidad o divorcio, con el ciudadano de la Unión (art. 9 RD 240/2007). En estos casos, el derecho de residencia de los progenitores extracomunitarios deriva del derecho de residencia del menor nacional UE, dado que no reconocer aquel podría suponer un menoscabo de la libertad de circulación y derecho de residencia del propio ciudadano de la Unión¹⁸². En todo caso, a estos efectos, la permanencia del nacional de un tercer país debe ser “imprescindible” para garantizar la residencia del menor nacional de la Unión; no es suficiente que aquella sea meramente “conveniente” para el cuidado del menor¹⁸³.

En consecuencia, la custodia sobre menores nacionales de la Unión impone una aplicación estricta y restrictiva de las causas de denegación de autorización de residencia y de expulsión de sus titulares. Por ello, no cabe denegar automáticamente la residencia al progenitor extracomunitario, que tenga su cargo a un menor nacional de la UE, por el solo hecho de que aquel tenga antecedentes penales, sin haber examinado previamente las circunstancias personales concretas concurrentes en el caso ni el tipo delictivo existente. En esta clave, los apartados 5 y 7 del art. 31 LOEx serían contrarios al Derecho UE¹⁸⁴. De este modo, solo una vulneración de los principios de orden público o de

¹⁸¹ En efecto, conforme a la reciente jurisprudencia del TJUE, la ausencia de derecho de residencia justificaría la exclusión de la asistencia social del Estado de acogida. *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, enero 2015, pp. 5-16.

¹⁸² Entre otras, STJUE en el asunto *Rendón Marín*, apdos. 72 y 73, y de 13 de septiembre de 2016, asunto *CS*, apdos. 27 y 28. *Vid.* al respecto KLAASSEN, M. y RODRIGUES, P., *loc. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁸³ En el asunto *Carpenter*, que la mujer filipina, casada con el británico, se hiciera cargo efectivo de sus hijos fue determinante para considerar el derecho de residencia de aquella en el Reino Unido. Ahora bien, la invocación por la suegra peruana de un ciudadano holandés de querer hacerse cargo de los nietos no es suficiente a estos efectos dado que el cuidado del hijo estaba asegurado por el cónyuge del ciudadano de la Unión: “(...) el hecho de que pudiera parecer deseable que asumiera tal cuidado el nacional de un tercer Estado, ascendiente directo del cónyuge del ciudadano de la Unión, no basta por sí solo para reconocer” que la denegación de la residencia a esta pudiera tener un carácter disuasorio de ejercer el ciudadano de la UE los derechos que el art. 45 TFUE le confiere (en el caso, desplazamiento regular a otro Estado UE)” (*cf.* STUE en el asunto C-457/12: *S. y G.*, apdo. 43).

¹⁸⁴ STJUE de 13 de septiembre de 2016, asuntos C-165/14 y C-304/14: *Rendón Marín*: el Derecho de la Unión no permite ni denegar automáticamente una autorización de residencia a un nacional de un país no miembro de la UE que tiene la guarda exclusiva de un ciudadano menor de la UE ni expulsarlo del territorio de la UE debido únicamente a que tiene antecedentes penales. Para que pueda ser adoptada una medida de expulsión debe ser proporcionada y basarse en la conducta personal del nacional de un país no miembro de la UE, conducta que ha de constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida. El art. 31.5 LOEx establece: “Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en

seguridad pública podrían justificar una denegación de residencia al progenitor con derecho de custodia sobre un ciudadano de la UE.

61. Asimismo, la protección del derecho de residencia en España de los menores nacionales españoles, incluido en el art. 19 CE, tiene consecuencias sobre la situación de extranjería de sus progenitores, al margen de la nacionalidad de estos, tanto para la regularización de su residencia en España como para limitar las posibilidades de su expulsión de nuestro territorio. La primera perspectiva se recoge en el art. 124.3.a) RLOEx, al permitir la regularización por arraigo familiar a los extranjeros en situación irregular cuando son padre o madre de un menor nacional español, siempre que progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo¹⁸⁵. La segunda perspectiva se reflejó perfectamente en la STS de 26 de enero de 2005¹⁸⁶, que subrayó que el ordenamiento jurídico, entendido en su conjunto, no puede permitirse la expulsión de padres de españoles menores de edad en la medida en que supone o bien una expulsión implícita de éstos (prohibida por el citado art. 19 CE) o bien una desmembración de la familia alterando los principios rectores de la actuación de los poderes públicos establecidos en el art. 11.2 de la LO 1/1996 Protección del menor. En este contexto, ha sido especialmente polémica la STC de 4 de noviembre de 2013 (asunto *Albararracín*)¹⁸⁷, que justificó la expulsión de una ciudadana argentina madre de una niña española de tres años de edad, considerando que

España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido”; por su parte, el apdo. 7 dice: “Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso: a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.”. En este sentido, una condena penal de una nacional de un tercer país, a cargo del menor, solo podría llegar a justificar una medida de expulsión “siempre que ésta se base en la conducta personal del referido nacional de un tercer Estado, que ha de constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad de dicho Estado miembro” [STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, asunto C-304/14: CS].

¹⁸⁵ Es el caso de la regularización por la vía de los denominados “niños-ancla”, *vid.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pp. 473 y ss.

¹⁸⁶ STS (Sala 3ª) de 26 de enero de 2005, www.westlaw.es, RJ 2005\1520. En la misma clave, la Sent. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife de 27 mayo de 2013 (JUR 2013\296349), declaró la improcedencia de denegar la tarjeta de familiar de residente comunitario a la persona que se encarga del cuidado de un descendiente a su cargo.

¹⁸⁷ El asunto que dio lugar a la STC de 4 de noviembre de 2013 fue el siguiente: una ciudadana argentina, madre de una niña española de tres años de edad, recurre en amparo frente al acto administrativo que ordenaba su expulsión del territorio español con base en el art. 57.2 LOEx (que ampara la expulsión en los supuestos en los que el extranjero cometa un delito que conlleve una pena privativa de libertad superior a un año). Se daban las circunstancias adicionales de que el padre de la niña (nacional español) estaba en la cárcel. La conclusión a la que llegó el TC es cuanto menos sorprendente: “no se puede obviar que la menor de edad, aunque se ejecute la decisión administrativa de expulsión de su madre del territorio nacional, seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el art. 19 CE” (FJ 5º).

la niña seguía teniendo arraigo en España¹⁸⁸. La Sentencia partía realmente de un planteamiento formalista, que no sólo hacía una interpretación muy estricta del derecho a la residencia en España de los españoles, sino que, además, no hacía ninguna concesión a una posible (y necesaria) vinculación entre la residencia de un menor y sus vínculos familiares más estrechos, como son la relación con sus dos progenitores. Por ello, la Sentencia del TC abocaba a una contraposición de intereses: el ejercicio del derecho de residencia de la menor implicaría, de hecho, una renuncia a una parte de la vida familiar o, para mantener la relación con la madre, la hija tendría que renunciar al derecho de residencia en España. El anuncio del recurso ante el TEDH por vulneración del derecho a la vida familiar finalmente motivó una revocación de la orden de expulsión¹⁸⁹.

62. También se protege especialmente el derecho de residencia de los titulares de la custodia de menores nacionales de terceros países. La vía utilizada en este caso para hacer efectiva la protección a la vida familiar ha sido a través del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, vía que se desarrolló en la STC de 15 de junio de 2009¹⁹⁰. En este caso, se admitió el amparo de una decisión de expulsión por ausencia de proporcionalidad y de motivación considerando el arraigo familiar de extranjero, que tenía una pareja de hecho con tarjeta de residente y padre de cuatro niños escolarizados en España. El arraigo familiar en España introduce, por tanto, un criterio adicional que debe incorporarse en la motivación de los actos que impliquen la expulsión de los extranjeros de nuestro territorio.

VII. CONCLUSIONES

1. El contenido esencial de la ciudadanía de la UE ampara un derecho derivado de los miembros de la familia a entrar y reunirse en el Estado de acogida cuando aquellos ejerzan la libre circulación o sea imprescindible para garantizar su propio derecho de residencia en el territorio UE. Ello incluye a los nacionales de un país que tengan a cargo a un menor nacional de la UE.

2. Los miembros de la familia de españoles que no han ejercido la libre circulación (españoles sedentarios o emigrantes retornados) están equiparados, en el Derecho vigente, a los familiares del resto de los ciudadanos de la UE.

¹⁸⁸ Se daba la circunstancia adicional que su padre se encontraba interno en un establecimiento penitenciario. *Vid.* el comentario de esta Sentencia de BOZA MARTÍNEZ, D., “El caso Albarracín: la vida familiar como límite a la expulsión derivada de sentencia penal y su aplicación en España”, *REDMEX*, nº 37, 2014, pp. 237 y ss.

¹⁸⁹ Por ese motivo, ante el anuncio del recurso ante el TEDH por vulneración del art. 8 CEDH, el Estado español se allanó y ordenó la revocación de la orden de expulsión (Declaración unilateral del Reino de España de 27 de noviembre de 2014, que fue aceptada por la Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2015, nº 35765/14).

¹⁹⁰ En el asunto resuelto por la STC de 15 de junio de 2009 se admite el amparo frente a una decisión de expulsión, con base en el art. 24 CE, por ausencia de proporcionalidad y de motivación considerando el arraigo familiar de extranjero (pareja de hecho con tarjeta de residente y padre de cuatro niños escolarizados en España)

3. El derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH no recoge un derecho fundamental a la reagrupación familiar ni protege la libertad de elección de residencia en un Estado, pero sí obliga a los Estados a justificar sus políticas migratorias conforme a un principio de proporcionalidad. También limita la aplicación de la normativa de extranjería cuando se acredite una imposibilidad legal o fáctica de desarrollar la vida familiar en otro Estado, lo que afecta, en particular, a los refugiados.

4. En ningún caso, el derecho a la vida familiar ampara un régimen de entrada y permanencia con fines de constituir una familia, pero sí garantiza una expectativa legítima para el reconocimiento de familias constituidas en otro Estado siempre que esa expectativa sea razonable y no derive de una situación manifiestamente fraudulenta y abusiva. Tal idea pro reconocimiento se traduce en una flexibilización del orden público en relación con relaciones familiares (tipo matrimonio poligámico) y en un desarrollo de la transposición de instituciones desconocidas para el foro (tipo las *kafalas*).

5. Ni el Derecho UE ni el derecho a la vida familiar del CEDH imponen a los Estados un modelo de familia, pero sí que el modelo de familia implantado se aplique en condiciones de igualdad respecto de relaciones familiares constituidas en otro Estado. En todo caso, de la regulación europea se deriva una mínima protección a la familia nuclear compuesta por cónyuges e hijos menores de 18 años, denominador común a los regímenes europeo y de extranjería.

6. La protección de la familia de hecho y de las nuevas realidades familiares, en particular de las familias reconstituidas, determinan un tratamiento favorable a la entrada y permanencia en el Estado de acogida de responsables y cuidadores de personas vulnerables al margen de la relación biológica o legal existente entre ellas. Ello afecta, en particular, a los responsables de menores y solicitantes de protección internacional

7. La movilidad dentro de la UE beneficia a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países con especial vinculación con el territorio UE, tratando de favorecer la circulación de las familias ya constituidas como tales en el Estado de origen. Tal régimen privilegiado no exige separación previa entre los integrantes de la familia y suaviza ciertas condiciones de integración en el Estado de acogida. La movilidad dentro de la UE también se beneficia de la confianza mutua en torno a los documentos emitidos por las autoridades de otros Estados de la Unión y que obliga a un sistema de cooperación jurídica en caso de dudas sobre su regularidad.

8. Subsisten, no obstante, obstáculos a la movilidad de las familias dentro de la UE, dado que los Estados miembros siguen teniendo márgenes de apreciación sobre los familiares reagrupables, mantienen la competencia para regulación de las instituciones civiles y pueden seguir fijando exigencias para la autorización de residencia en su propio Estado.

9. La acreditación de las relaciones familiares se realiza, con carácter general, mediante la prueba documental, salvo excepciones por el objeto de la prueba (hechos negativos, como la no convivencia de otro cónyuge en el Estado de acogida) o por el tipo

de extranjero (solicitantes de protección internacional que no tienen acceso a documentos en el Estado de origen). El documento cumple, en el ámbito administrativo, un efecto legitimador de modo que, salvo irregularidad o falsedad, hace prueba y otorga presunción de validez a la relación familiar acreditada sin tener que recurrir a las técnicas de Derecho internacional privado, de ley aplicable o de reconocimiento de decisiones. Así se constata para acreditar, desde la perspectiva administrativa, matrimonios, divorcios, medidas de protección del menor o adopciones.

10. La visión civil y administrativa de una misma relación familiar puede no ser coincidente. Ahora bien, detectada por cualquiera de las vías una relación fraudulenta, ello debe tener consecuencias directas en la otra, ya sea para revisar de oficio la autorización administrativa o para instar la cancelación del asiento registral.

11. En la medida en que no resulte expresamente exigible por la normativa sectorial, no cabe exigir la residencia regular de los extranjeros para poder constituir relaciones familiares en España.

12. La protección del derecho de relación entre padres e hijos obliga a establecer un régimen específico de entrada y estancia de los extranjeros por razones familiares que sirva, al menos, para garantizar el derecho de visita u otra forma de comunicación entre aquellos. En estos casos, el interés superior del menor debe limitar la discrecionalidad de la autoridad consular al otorgar los visados de estancia.

13. Las decisiones sobre responsabilidad parental de un menor deben adoptarse, no con base en la (in)existencia de un derecho de residencia del progenitor extranjero, sino solo sobre la base del interés del menor. La custodia debe atribuirse al margen de la condición de extranjeros de los progenitores y sin privilegiar la nacionalidad del Estado de acogida o de otro Estado UE.

14. La custodia sobre menores nacionales de la Unión impone una aplicación estricta y restrictiva de las causas de denegación de autorización de residencia y de expulsión de sus titulares, basadas en motivos de orden público y seguridad pública. Esto obliga a una relectura de determinados preceptos de nuestra normativa de extranjería que rechazan la residencia automáticamente por la presencia de antecedentes penales.