



INSTRUCCIONES DGM 8/2020 SOBRE LA RESIDENCIA EN ESPAÑA DE LOS PROGENITORES, NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES, DE MENORES CIUDADANOS DE LA UNIÓN, INCLUIDOS ESPAÑOLES.

Resumen:

El progenitor, nacional de un tercer país, de un menor nacional de otro Estado miembro que se encuentre en España puede solicitar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión en virtud de la doctrina del caso c-200/02, Zhu y Chen. Será necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en la Directiva 2004/38, entre ellos, los previstos en el artículo 7. En concreto, se destaca la necesidad de acreditar para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, sin que esta disposición de recursos suficientes implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia.

La figura del arraigo familiar podrá emplearse cuando no se acrediten los requisitos exigidos para la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, de acuerdo con la interpretación del TJUE sobre ciertos elementos y del TS en relación a su carácter prorrogable.

En relación con el progenitor, nacional de un tercer país, de un menor de nacionalidad española se tramitará una autorización análoga, pero de carácter nacional, dado que este último caso no tiene fundamento, a diferencia del caso Zhu y Chen, ni en la Directiva 2004/38 ni el artículo 21 TFUE. Para la concesión de esta autorización, deberá atenderse a la jurisprudencia del TJUE (caso Zambrano, Rendón Marín y Chávez-Vílchez, entre otros): la decisión de concesión o denegación de esta autorización no puede basarse en criterios de denegación automáticos (i.e. límites temporales o materiales no sujetos a valoración –antecedentes penales, relación de dependencia entre el progenitor y el menor).

La figura del arraigo familiar ha venido, hasta la fecha, dando cobertura jurídica a las autorizaciones de residencia de los progenitores, nacionales de terceros países, de menores españoles. Dicha figura viene regulada por lo dispuesto en los artículos 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y



libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Ley Orgánica 4/2000) y 124.3 de su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (el Reglamento, en lo sucesivo). En concreto, el artículo 124.3.a) del Reglamento dispone *“Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con este o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo”*.

Además, de acuerdo con el contenido del criterio de gestión 64-2011 de la Subdirección General de Inmigración, esta figura se ha extendido en relación con la residencia de los progenitores, nacionales de terceros países, de menores nacionales de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o Suiza que residen en España.

La concesión de un arraigo familiar (autorización de carácter nacional) **a los progenitores de un menor nacional de otro Estado miembro que se encuentren en España** entra en contradicción con la doctrina del TJUE y se aleja de la práctica de otros Estados miembros.

La sentencia del TJUE en el asunto c-200/02, Zhu y Chen, reconoció a los menores de edad la capacidad para ejercer la libre circulación y, por tanto, ostentar los derechos a la libre circulación que el entonces artículo 18 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCE) y la entonces vigente Directiva 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia, reconocían a quienes se desplazaban y residían en otro Estado miembro sin ejercer una actividad económica. La Directiva exigía disponer *“para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida”*. Como sigue la sentencia, *“basta con que los nacionales de los Estados miembros «dispongan» de los recursos necesarios, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia”*.

Al mismo tiempo, añade la sentencia, *“el artículo 18 TCE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en*



el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida" Este derecho, que la sentencia precisa que debe ser de carácter indefinido **tiene base, por tanto, en la misma Directiva que el derecho del menor ciudadano de la UE.**

El derecho a la libre circulación, reconocido entonces en el artículo 18 TCE, se prevé actualmente en el 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y las disposiciones para su ejercicio que antes se encontraban en diversas directivas, entre ellas la 90/364/CEE, se refunden ahora en la Directiva 2004/38/CE (considerando 4 de esta Directiva). En principio, la Directiva 2004/38/CE no prevé entre sus beneficiarios el supuesto de progenitor de un menor que ejerce la libre circulación, por lo que los progenitores no son, según la literalidad de la Directiva 2004/38, beneficiarios de la misma. No obstante, como ha reconocido el TJUE, en su sentencia de 25 de julio de 2008 en el asunto C-127/08, Metock (apartado 59) los derechos reconocidos al amparo de las anteriores directivas sectoriales deben incorporarse a la interpretación de la Directiva 2004/38/CE: "La misma interpretación debe adoptarse a fortiori con respecto a la Directiva 2004/38, que modificó el Reglamento nº 1612/68 y derogó las directivas anteriores relativas a la libre circulación de las personas. En efecto, como resulta de su tercer considerando, la Directiva 2004/38 tiene por objeto, en particular, reforzar «el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión», de manera que no pueden reconocerse en esa Directiva menos derechos a los ciudadanos de la Unión que en los actos de Derecho derivado que aquélla modifica o deroga". Por tanto, los derechos de residencia, tanto del menor que ejerce la libre circulación como de su progenitor, deben incardinarse en el ámbito de la Directiva 2004/38 y documentarse según este régimen.

El requisito que deben cumplir para beneficiarse de un derecho de residencia es el de disponer "*para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida*". Este criterio se reitera en la sentencia del caso c-86/12, Alokpa.

El TJUE ya desde su sentencia Zhu y Chen no impone, como se ha destacado antes, "*la más mínima exigencia en cuanto a la procedencia*" de los recursos. En la sentencia de 2/10/2019 en el asunto c-93/18,



Bajratari señala *"aún cuando dichos recursos procedan de los ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor, nacional de un tercer Estado que no dispone de permiso de residencia y trabajo en dicho Estado miembro."*

Finalmente, para aquellos supuestos en los que el menor nacional de un Estado de la UE o su progenitor no puedan acreditar recurso alguno, podrá solicitarse, de acuerdo con el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, una autorización de residencia temporal de carácter excepcional por motivos de arraigo familiar (artículo 124.3 a) del Reglamento), sin perjuicio de que, durante su vigencia, si acceden a una actividad laboral o perciben recursos suficientes sin ser una carga para la asistencia social, soliciten la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.

Por lo que respecta a la residencia de los progenitores de un menor de nacionalidad española, no hay en este caso, a diferencia del anterior, un elemento transnacional que haga aplicables las disposiciones del TFUE o el derecho derivado sobre libre circulación. No es aplicable, por tanto, la Directiva 2004/38. Sin embargo, el derecho del menor a residir en compañía de los progenitores que se hacen cargo de él está amparada por el Derecho de la Unión, en concreto, por el estatuto de ciudadanía de la UE reconocido en el artículo 20.1 TFUE.

El TJUE ha reconocido que este estatuto se opone a las medidas nacionales que nieguen a los progenitores *"que asumen la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo"* (sentencia de 8/3/2011 en el asunto C-34/09, Zambrano). Entiende el TJUE que, en caso de denegación, el menor de corta edad tendría que acompañar a sus padres al Estado de origen de estos, obligándole a abandonar el territorio de la UE en su conjunto. En este caso, la residencia no puede condicionarse a la disposición de recursos y debe habilitar para trabajar.

Cabe recordar, además, que el TJUE ha señalado que, "[...]el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de unos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene



antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión.” (P. 87. STJUE Rendón Marín).

Cabe asimismo apuntar que el TJUE únicamente ha reconocido el derecho a denegar tal autorización en los casos de que la misma pueda suponer un peligro para el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad pública, teniendo en cuenta que *“el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que el concepto de «orden público» requiere en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Por lo que respecta al concepto de «seguridad pública», de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que ese concepto comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior y que, en consecuencia, pueden afectar a la seguridad pública el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o, incluso, la amenaza a intereses militares (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, apartados 43 y 44, y de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartados 65 y 66).*” (P. 83. STJUE Rendón Marín).

Además, el TJUE ha declarado que *“El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un menor, ciudadano de la Unión Europea, se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele de este modo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere dicho artículo si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate, el hecho 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 es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional 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 en su conjunto en caso de que se produjese esa denegación. Tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de*



la Unión y con el progenitor de un país tercero y del riesgo que separarlo de este último entrañaría para el equilibrio del niño.”

El TJUE viene a concluir, por tanto, que los Estados miembros tienen competencia para valorar en cada caso si las decisiones de denegación de la autorización de residencia del progenitor extranjero de un menor comunitario vulneran el artículo 20 del TFUE, pero que esta decisión no puede basarse en criterios de denegación automáticos (i.e. límites temporales o materiales no sujetos a valoración –antecedentes penales, relación de dependencia–).

A la vista de las sentencias del TJUE, la figura del arraigo familiar como la autorización concedida a los progenitores, nacionales de terceros países, de menores españoles que no han ejercido la libre circulación, presenta una serie de limitaciones que no la hacen a priori la más idónea en base a las siguientes razones.

En primer lugar, dado el carácter excepcional de la figura, se ha venido interpretando, de acuerdo con el artículo 130.1 del Reglamento, que la misma únicamente podía otorgarse por el plazo de un año, sin que sea posible su prórroga. Limitación ya superada por la jurisprudencia del TS.

En segundo lugar, en el momento de su concesión se procede a la verificación de los antecedentes penales.

En tercer lugar, y dada esa limitación temporal, sus titulares, de acuerdo con la interpretación dada del artículo 130.4 con carácter previo a la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2019, debían solicitar, transcurrido el año, en base al artículo 202 del Reglamento, una autorización de residencia o de residencia y trabajo, *“siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos para su obtención”*.

De la exigencia normativa de dar cumplimiento a los requisitos establecidos para su obtención se impide su acceso para aquellos que no contasen con una oferta de empleo, pese a que se ha tratado de flexibilizar dicho requisito mediante la aplicación, en su caso, del *“esfuerzo de integración del extranjero”* (ex. artículo 31.7 Ley Orgánica 4/2000), como mecanismo para superar la falta de cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos para la concesión de las referidas autorizaciones.



Como el **Defensor del Pueblo** ha venido recomendando, es necesario un cambio en la regulación del arraigo familiar que no deje en situación de irregularidad sobrevenida a aquellos progenitores extracomunitarios de menores españoles que transcurrido un año (periodo máximo de la autorización por arraigo familiar según la interpretación previa a la sentencia del TS), no cumplen con los requisitos para obtener la autorización recogida en el artículo 202 del Reglamento.

El **Tribunal Supremo** en su sentencia de 27 de mayo de 2019 ya ha mostrado su **oposición a la imposibilidad de prorrogar la figura del arraigo familiar** y entiende que la autorización por arraigo familiar debe ser prorrogada siendo su plazo de vigencia “aquel en el que perdure la situación de excepcionalidad”. Si bien, tanto por el objeto de la autorización (garantizar un entorno estable para la manutención y desarrollo del menor), como por la protección ofrecida frente a la expulsión, así como la no discriminación a los menores españoles en comparación con los menores nacionales de otro Estado de la Unión residentes en España, principio reiterado por el Consejo de Estado (en sus dictámenes 2679/2002 y 1829/2006), es preciso que el alcance de la autorización a los progenitores, nacionales de terceros países, de menores de nacionalidad española deba ser análogo al de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.

Ante este contexto jurisprudencial y de oportunidad, y con la finalidad de que se produzca una aplicación uniforme, esta Dirección General, en el ejercicio de la función que le corresponde según lo establecido en el artículo 6.1.b) del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, dicta las siguientes Instrucciones:

PRIMERA.- Solicitudes de autorizaciones para progenitor, nacional de un tercer país, de un menor nacional de otro Estado miembro que se encuentre en España.

1. Las solicitudes de residencia de progenitores, nacionales de terceros países, de un menor nacional de otro Estado miembro que se encuentre en España, se resolverán, en caso de que puedan acreditarse los siguientes requisitos, mediante la concesión de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión con una vigencia de cinco años.



En concreto, se verificará:

- a) La identidad del solicitante mediante la presentación del pasaporte en vigor. En caso de que esté caducado, será admisible la presentación de la copia de este y solicitud de renovación.
- b) La situación que da lugar a la autorización: padre o madre, nacional de un tercer país, de un menor nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o Suiza que se encuentre en España.
- c) El cumplimiento de los requisitos del artículo 7 y 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En concreto, se destaca la necesidad de acreditar para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social.

2. En aquellos supuestos en los que el solicitante no cumpla los requisitos del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, se podrá conceder una autorización de arraigo familiar de acuerdo con lo previsto en el artículo 124.3 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Ha de suprimirse la interpretación del límite temporal del arraigo familiar, que, de conformidad con el artículo 130.1 del Reglamento, podrá prorrogarse anualmente, tantas veces como sea necesario, de acuerdo con el interés superior del menor.

Por lo tanto, cuando el progenitor, nacional de tercer país, de un menor nacional de otro Estado miembro que se encuentren en España, transcurrido un año, solicite la prórroga de la autorización de arraigo familiar, deberá procederse como sigue:

- 1) *Si cumple con las condiciones* para la obtención de una **autorización de residencia y trabajo** conforme a lo dispuesto en el **artículo 202 del Reglamento**, o de cualquier otra autorización ordinaria que permita residir y trabajar en España, se procederá a su concesión. Propiciando el cambio de una autorización por circunstancias excepcionales a una autorización ordinaria.



2) Si no cumpliera con dichas condiciones, se le otorgará una **prórroga de la autorización por arraigo familiar**.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, el solicitante, durante la vigencia del arraigo o de sus prórrogas, podrá solicitar una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión si accede a una actividad laboral o percibe recursos suficientes sin ser una carga para la asistencia social puesto que, en estos casos, cumplirá los requisitos del artículo 7 (necesarios para la expedición de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión).

4. Se motivará adecuada y exhaustivamente, en cada caso, las denegaciones de las solicitudes la residencia en España del progenitor, nacional de un tercer país, de un menor nacional de otro Estado miembro que se encuentre en España.

SEGUNDA. Solicitudes de autorizaciones para progenitor, nacional de un tercer país, de un menor de nacionalidad española.

1. Las solicitudes de residencia de progenitores, nacionales de terceros países, de un menor, de nacionalidad española, se resolverán, en caso de que puedan acreditarse los siguientes requisitos, mediante la concesión de una autorización de residencia, con una vigencia de cinco años, que le habilitará a trabajar.

En concreto, se verificará:

- a) La identidad del solicitante mediante la presentación del pasaporte en vigor. En caso de que esté caducado, será admisible la presentación de la copia de este y solicitud de renovación.
- b) La situación que da lugar a la autorización: padre o madre, nacional de un tercer país, de un menor de nacionalidad española.
- c) El hecho de que la denegación de la autorización implicaría que el menor tuviera que abandonar el territorio de la UE, de acuerdo con la relación de dependencia existente entre el progenitor y el menor.



- d) Que tal autorización no supone un riesgo para el orden o la seguridad públicos, haciendo de esto una interpretación estricta, que atienda al principio de proporcionalidad y se base exclusivamente en la conducta personal del interesado (no meros antecedentes penales).

En particular, no podrá denegarse automáticamente esta autorización por contar el solicitante con antecedentes penales, salvo que la entidad de estos permita aplicar una excepción por *“mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad pública”*, Los conceptos de orden público y de seguridad pública, en estos supuestos, deben ser objeto de interpretación estricta de acuerdo con los señalado por el TJUE.

En concreto, ha de considerarse si las infracciones penales cometidas implican la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, único caso en el que cabrá la denegación de la autorización por estas circunstancias. En todo caso, la valoración habrá de ser individualizada y atinente a la solicitud concreta.

2. De acuerdo con el TJUE, a la hora de efectuar este análisis, deberán tenerse en cuenta criterios tales como:

- a) El interés superior del menor, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- b) Las circunstancias del caso concreto, y en particular, en relación con el menor, su edad, su desarrollo físico y emocional y la intensidad de su relación afectiva con sus progenitores (ver cómo le afectaría la separación a su equilibrio emocional).

3. Se motivará adecuada y exhaustivamente, en cada caso, las denegaciones de las solicitudes la residencia en España de los progenitores, nacionales de terceros países, de menores de nacionalidad española que no hayan ejercido la libre circulación.

El Director General de Migraciones,
Santiago Antonio Yerga Cobos