

*EX FACTO ORITUR IUS? MENORES EXTRANJEROS Y  
UNIDAD FAMILIAR*

*EX FACTO ORITUR IUS? FOREIGN MINORS AND UNITY OF  
THE FAMILY*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 964-979*



Gabriele  
CARAPEZZA  
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de agosto de 2021  
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

**RESUMEN:** El artículo considera el principio de efectividad como clave de la cuestión jurídica de la protección de la unidad familiar de los menores extranjeros en la sociedad pluralista actual.

**PALABRAS CLAVE:** Menor; extranjero; unidad familiar; derechos humanos; efectividad.

**ABSTRACT:** *The article considers the principle of effectiveness as a key to understanding the question of the protection of the family unit of foreign minors in the current pluralist society.*

**KEY WORDS:** *Child; foreigner; unity of the family; human rights; effectiveness.*

**SUMARIO.- I. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y TUTELA DE LA UNIDAD FAMILIAR.- II. REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS MENORES EXTRANJEROS.- III. AUTORIZACIÓN TEMPORAL PARA LA ENTRADA Y ESTANCIA DE UN FAMILIAR DEL MENOR.- IV. TUTELA DEL MENOR Y EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO.**

---

## **I. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y TUTELA DE LA UNIDAD FAMILIAR.**

A finales de la década de 1960, Cesare Massim o Bianca planteó el principio de efectividad como un «problema di metodo della dottrina privatistica»<sup>1</sup>. Después de haber destacado la fractura entre la teoría y la práctica del derecho<sup>2</sup>, el recién fallecido Maestro del Derecho Civil italiano destacaba: «Quello che è palesemente mancato alla dottrina privatistica continentale è stato il riconoscimento del fatto come fenomeno normativo»<sup>3</sup>. Por tanto, postulaba la necesidad de tomar como objeto de investigación la norma jurídica «così come essa si presenta nella realtà dell'esperienza di un determinato tempo e di un determinato luogo»<sup>4</sup>.

La identificación de la efectividad como «momento essenziale della giuridicità»<sup>5</sup> permite un cambio hermenéutico, que orienta al intérprete a buscar la norma efectivamente aplicada que opera como «generale e coercitiva regola d'ordine del corpo sociale»<sup>6</sup>, de la cual la jurisprudencia ofrece un índice concreto de existencia<sup>7</sup>.

Cincuenta años después, la enseñanza del Maestro encuentra un banco de prueba de extraordinaria relevancia en el asunto normativo de la protección de la unidad familiar de los menores extranjeros en la sociedad pluralista actual, cada vez más caracterizada por la diversidad étnica, religiosa y cultural<sup>8</sup>.

- 
- 1 BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969, p. 61 ss., ahora en Id.: "Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici", vol. I, I, Milano, 2002, p. 35 ss.
  - 2 BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 38 s. V., también, PERLINGIERI, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss., ahora en Id.: "Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile", Napoli, 1989, p. 3 ss.
  - 3 BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 39.
  - 4 BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 42.
  - 5 BIANCA, C. M.: "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 796.
  - 6 BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 42.
  - 7 BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 44.
  - 8 PERLINGIERI, P.: *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, *Dir. succ. don.*, 2017, 165 ss.

• **Gabriele Carapezza Figlia**

Full Professor of Civil Law, Head of the Department of Law, Lumsa Palermo. Correo electrónico: g.carapezzafiglia@lumsa.it

## II. REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS MENORES EXTRANJEROS.

El instituto de la reunificación familiar es el instrumento más significativo para el ejercicio del derecho a la unidad familiar del menor extranjero, el cual, en una dimensión multinivel, se basa no solo en los principios constitucionales internos (artículos 2, 3, 29, 30 y 31 de la Constitución), pero también en numerosas fuentes internacionales y europeas (artículos 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3, 9 y 10 Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño; 8 TEDH; 7, 24 y 33 Carta de los derechos fundamentales de la Un. eur.)<sup>9</sup>.

El derecho a la unidad familiar está calificado por el Tribunal Constitucional italiano, a partir de 1995, como un «derecho fundamental» de la persona, que corresponde «también a los extranjeros que se encuentren en el territorio del Estado». El derecho permite la «garantía de la convivencia familiar» y de una «vida común» entre progenitores e hijos<sup>10</sup>, «en el signo de la unidad familiar»<sup>11</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el hecho de la vida familiar merece una fuerte protección contra la interferencia de la autoridad cuando se trata de las relaciones verticales entre padres e hijos. La convivencia entre ellos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia y el menor está protegido frente a toda acción arbitraria de las autoridades públicas<sup>12</sup>.

El derecho a la unidad familiar representa, así, un parámetro de legitimidad constitucional y convencional de la disciplina legislativa sobre el extranjero: el legislador puede someter el disfrute mutuo de la convivencia entre familiares a supuestos y límites, siempre que estos aseguren «un correcto equilibrio con otros

- 
- 9 En doctrina, ver MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Il diritto all'unità familiare in Europa tra «allargamento» dei confini e «restringimento» dei diritti", *D. imm. citt.*, 2004, p. 63 ss.; SENIGAGLIA, R.: "Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa «tradizione». I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.; EVOLA, M.: "La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani", *D. um. dir. int.*, 2010, p. 279 ss. Un resumen efectivo de la elaboración jurisprudencial más reciente en PASCUCCI, L.: "Diritto all'unità familiare dello straniero", *Fam. e d.*, 2011, p. 827 ss.
- 10 Cfr. BIANCA, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del minore alla propria famiglia", *Giust. civ.*, 2001, p. 429 s., ahora en *Id.*, "Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici", vol. I, I, Milano, 2002, p. 1069 ss.
- 11 La reunificación familiar se cuenta entre los derechos fundamentales de la persona por C. cost., 12 de enero de 1995, núm. 28, *F. it.*, 1995, I, c. 2068; C. cost. 5 de julio de 2003, núm. 198, *ibid.*, 2003, I, c. 2240; C. cost., 27 de julio de 2000, núm. 376, *ibid.*, 2002, I, c. 355; C. cost., 26 de junio de 1997, núm. 203, *G. it.*, 1998, p. 205. Sobre el derecho a vivir en familia en la jurisprudencia constitucional y europea, véase PASTORE, M. y CONSOLE, M.: "L'immigrazione e i rapporti familiari, en LENTI, L. (a cargo de): "Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia", *Tratt. dir. fam.*, dirigido por ZATTI P., Milano 2002, p. 621 ss.; con especial referencia a la jurisprudencia luxemburguesa, ADINOLFI, A.: "Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea", *R. d. intern.*, 2011, p. 5 ss.
- 12 Cabe destacar la configuración de la existencia de una "vida familiar" entre padres e hijos protegida por el art. 8 CEDH en términos de una "cuestión de hecho", que no depende de vínculos formales, sino "de la realidad práctica de vínculos personales estrechos": TEDH 13 de junio de 1979, *Marckx* c. Bélgica, párrafo 31; TEDH, *Gran Sec.*, 12 de julio de 2001, *K. y T. c. Finlandia*, párrafo 150; TEDH de 18 de diciembre de 1986, *Johnston* c. Irlanda, párrafo 56.

valores dotados de igual protección», como cuando se pide al extranjero que pueda garantizar condiciones de vida dignas a los miembros de la familia<sup>13</sup>.

Si bien los Tribunales Constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se reservan el control de la razonabilidad del balance realizado por el legislador, a este reconocen una amplia discrecionalidad o un amplio margen de apreciación, «ya que el concepto de solidaridad no implica necesariamente el de convivencia, porque es posible que el extranjero cumpla la obligación de alimentos de diferentes formas»<sup>14</sup>. En esta perspectiva, se otorga una protección intensa al derecho a la unidad familiar únicamente «con referencia a la familia nuclear, también en formación y, por tanto, en relación a la reunificación del extranjero con su cónyuge e hijos menores»<sup>15</sup>.

De lo contrario, cuando el extranjero invoca la reunificación con hijos adultos o padres incluso ancianos, «el legislador puede equilibrar» el interés al afecto «con otros intereses dignos de protección»<sup>16</sup>. En varias ocasiones, efectivamente, las Cortes han considerado completamente razonable la elección del legislador de limitar la reunificación familiar del extranjero «a casos en los que exista una efectiva y grave situación de necesidad» de miembros ajenos a la familia nuclear que en el país de origen no puedan de ninguna manera satisfacer autónomamente sus propias necesidades primarias de vida<sup>17</sup>.

Además, la legislación actual italiana sobre reunificación familiar, en aplicación de la Directiva 2003/86/CE, establece que el derecho a mantener o recuperar la unidad familiar se reconoce a los extranjeros que residen legalmente, en presencia de algunas condiciones específicas, tales como, por ejemplo, «una vivienda que cumpla con los requisitos de salud e higiene» y «un ingreso mínimo anual proveniente de fuentes legítimas» (art. 29, texto único de inmigración).

Sin embargo, en varias ocasiones la jurisprudencia procede directamente a una interpretación correctora de la disciplina del ingreso y permanencia del extranjero en el territorio estatal, que se opone a la interpretación declarativa y literal, con garantía inmediata del derecho a la unidad familiar del menor, teniendo en cuenta con carácter prioritario su interés superior.

13 C. cost., 19 de enero de 1995, núm. 28, *F. it.*, 1995, I, c. 2068; C. cost., 26 de junio de 1997, núm. 203, *G. it.*; C. cost., 6 de julio de 2001, núm. 232, *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1392; C. cost., 23 de noviembre de 2006, núm. 395, *G. cost.*, 2006, p. 1567.

14 C. cost., 26 de septiembre de 2007, núm. 335, *F. amm.*, 2007, p. 2392; C. cost., 9 de noviembre de 2006, núm. 368, *Dejure online*; C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1987.

15 C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1987.

16 C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, cit.; C. cost., Ord., 23 de diciembre de 2005, núm. 464, *F. amm.*, 2005, p. 3542.

17 Véase, al menos, C. cost., 9 de noviembre de 2006, núm. 368, cit.; C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, cit.; C. cost., 24 de junio de 2004, núm. 187.

De hecho, en los casos que involucran a un menor, el derecho al respeto de la vida familiar se ve afectado por el principio del interés superior del niño, que limita las injerencias admisibles de la autoridad pública<sup>18</sup>. Desde esta perspectiva, el interés del menor no se considera de forma aislada, sino en una dimensión relacional hacia los demás miembros del grupo, que benefician, en consecuencia, de la protección que se brinda a la posición del niño<sup>19</sup>. La necesidad de hacer prevalecer el *best interest of the child* en todas las decisiones que le conciernen reduce el margen de discrecionalidad del Estado en la evaluación de la ponderación de los intereses en conflicto, de modo que la jurisprudencia considera en sí mismo correspondiente al interés superior del niño el mantenimiento de relaciones significativas con los padres, haciendo recaer sobre los poderes públicos la carga de la prueba de las circunstancias de especial gravedad, que justifican la injerencia en el ámbito familiar.

### III. AUTORIZACIÓN TEMPORAL PARA LA ENTRADA Y ESTANCIA DE UN FAMILIAR DEL MENOR.

Para comprender la evolución interpretativa de la disciplina para la protección de menores extranjeros, de particular interés es el instituto de la autorización temporal para la entrada y estancia de un familiar del menor (artículo 31, párrafo 3, texto único de inmigración). Permite al Juzgado de Menores – sin perjuicio de cualquier otra disposición – admitir en el territorio nacional, «por un tiempo determinado», al familiar de un menor que ya se encuentre allí, en presencia de «motivos graves relacionados con [su] desarrollo psicofísico»<sup>20</sup>.

La disposición se basa en el supuesto de que, en el sistema jurídico italiano, existe una prohibición general de expulsión de extranjeros menores de dieciocho años, «sin perjuicio del derecho a seguir al padre o tutor expulsado» (artículo 19, párrafo 2, texto único de inmigración), que es un corolario del derecho fundamental del niño a vivir con sus padres<sup>21</sup>.

18 LENTI, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 148 ss.

19 LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 100 ss.

20 La jurisprudencia se dividió en dos direcciones hermenéuticas (que una primera intervención del Tribunal de Casación, Secciones conjuntas, 20 de septiembre de 2006, núm. 22216, *G. it.*, 2007, p. 932 ss. no había podido resolver): una más restrictiva que interpretó los "motivos serios" en términos de una "situación de emergencia" caracterizada por la temporalidad (Cass., 10 de marzo de 2010, núm. 5856, *D. fam.*, 2010, p. 1639 ss.); la otra que, en cambio, reconoció la *ratio legis* en la "protección incisiva del derecho del menor a la familia y al mantenimiento de relaciones continuas con ambos progenitores" (Cass., 19 de enero de 2010, núm. 823, *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 611 ss.). Sobre el tema ver MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "L'autorizzazione provvisoria di soggiorno del familiare nell'interesse del minore straniero: occorrono gravi motivi, ma non per forza eccezionali", *Nuova g. civ. comm.*, 2010, p. 678 ss.; MARGIOTTA, M.: "Diritti del minore ed esigenze di ordine pubblico: il (tormentato) impatto dei nostri giudici con gli istituti di protezione del fanciullo", *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 802 ss.

21 C. cost., 27 de julio de 2000 núm. 376, cit.

El Tribunal Supremo es secciones conjuntas 25 de octubre de 2010, núm. 21799 ha descartado, en primer lugar, que la norma sea de carácter excepcional, calificándola, en cambio, como una «regla de cierre del sistema de protección de menores extranjeros»<sup>22</sup>. La función de la disposición es salvaguardar el interés superior del menor en situaciones en las que la expulsión o la no entrada de un miembro de la familia podría poner en grave peligro su existencia. El interés del familiar recibe protección refleja, cuando es funcional para salvaguardar el desarrollo psicofísico del menor, que es el bien jurídico amparado por la ley así como el único motivo de la medida de autorización.

Según la Corte Suprema, es necesario permitir la autorización temporal del familiar para ingresar o permanecer dentro de las fronteras del Estado, no solo en presencia de situaciones de emergencia, sino siempre que, en el caso particular, pudieran resultar daños graves a su equilibrio psicofísico, que tiene que ser valorado por el juez de mérito, teniendo en cuenta la peculiaridad y todas las posibles variables del caso concreto<sup>23</sup>.

La jurisprudencia posterior reconoció y desarrolló los principios enunciados por las Secciones Unidas, interpretando «en un sentido amplio»<sup>24</sup> las graves razones vinculadas al desarrollo psicofísico del menor:

Se señaló que el carácter temporal de la autorización de la estancia del familiar no implica necesariamente que sea también temporal la situación de malestar o daño grave para el menor<sup>25</sup>.

Además, se señaló<sup>26</sup> que la evaluación de los daños resultantes de la remoción de los padres y el desarraigo del menor deben basarse en un juicio pronóstico basado en: la tierna edad del menor<sup>27</sup>; el grado de enraizamiento en nuestro país, también en relación con la duración de la estancia, y las perspectivas de posibilidades concretas de relación con los padres en caso de repatriación; el esfuerzo por integrarse en la sociedad italiana y la problemática de adaptar al menor a las condiciones de vida y costumbres de un país extranjero en caso de denegación de la autorización<sup>28</sup>; el malestar psicofísico al que se expondría

22 Cass., Secciones conjuntas, 25 de octubre de 2010, núm. 21799, *Corr. giur.*, 2011, p. 177 ss., con nota de MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "L'art. 31, comma 3, d.lgs. 286/1998 e la clausola generale dei gravi motivi", que considera la posición de las secciones conjuntas respondiente a "cánones de razonabilidad bien conocidos por la jurisprudencia europea en materia de familia".

23 Cass., Secciones conjuntas, 25 de octubre de 2010, núm. 21799, cit.; Cass., Sección I, Cass., 17 de marzo de 2020, núm. 7404.

24 Cass., Sección I, 17 de abril de 2019, núm. 10785.

25 Cass., Sección I, 21 de febrero de 2018, núm. 4197.

26 Cass., Sección VI, 29 de enero de 2016, núm. 1824; Cass., Sección VI, 5 de marzo de 2018, núm. 5084.

27 Cass., Sección VI, 20 de julio de 2015, núm. 15191.

28 Cass., Sección VI, 17 de diciembre de 2015, núm. 25419.

el menor en caso de desapego del lugar donde es el centro de sus intereses y relaciones o de separación de uno o ambos progenitores<sup>29</sup>.

En particular la evaluación de las condiciones para la emisión de dicha autorización no puede limitarse a un juicio sobre el enraizamiento del menor en el territorio italiano, que sería una grave violación de la prohibición de expulsión. La consideración del enraizamiento del menor sólo puede ser utilizada como un elemento integrador, que contribuye a la formulación del juicio pronóstico, que debe basarse, indefectiblemente, en la constatación, según un juicio probabilístico, de la relación de causalidad entre la expulsión forzosa del progenitor y los probables efectos perjudiciales sobre el equilibrio psicofísico del menor.

Además, el art. 31, párrafo 3, texto único de inmigración, también establece que «La autorización se revoca cuando cesan las razones graves que la justifican o por actividades del familiar incompatibles con las necesidades del menor o con la estancia en Italia». En 2019, sin embargo, la Suprema Corte aclaró que la denegación de la autorización no puede derivarse automáticamente de la condena del familiar por unos delitos que impidan el ingreso o la estancia<sup>30</sup>. En cambio, el juez debe determinar si la presencia del familiar en el territorio del Estado constituye una amenaza concreta y actual al orden público o la seguridad nacional. Por lo tanto, debe establecerse un equilibrio entre estos intereses del Estado y el del menor al que la legislación asigna un valor prioritario, pero no absoluto, ya que puede ser recesivo sólo al resultado de un examen detallado del caso específico<sup>31</sup>.

#### IV. TUTELA DEL MENOR Y EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO.

El derecho a la unidad familiar también tiene un fuerte impacto en la disciplina de la expulsión del extranjero del territorio nacional.

En primer lugar, el legislador establece una prohibición general de expulsión no solo para los extranjeros menores de dieciocho años, sino también para las mujeres embarazadas y en los seis meses posteriores al nacimiento de su hijo (artículo 19, párrafo 2, texto único de inmigración)<sup>32</sup>.

El Tribunal Constitucional no ha ampliado la prohibición de expulsión a los extranjeros que viven en Italia con un cónyuge extranjero residente legalmente, debido a la heterogeneidad de la situación en comparación con la del extranjero

29 Cass., Sección VI, 2 de diciembre de 2014, núm. 25508; Cass., Sección VI, 2 de diciembre de 2015, núm. 24476; Cass., Sección I, 3 de agosto de 2017, núm. 19433.

30 Cass., Secciones conjuntas, 12 de junio de 2019, núm. 15750.

31 Ver también Cass., Ord., 22 de julio 2020, núm. 15643.

32 C. cost., 27 de julio de 2000, núm. 376, cit.



casado con un ciudadano italiano<sup>33</sup>. En cambio, la suspensión temporal de la facultad de expulsión se extendió, primero al marido conviviente de la mujer embarazada o en los seis meses siguientes al nacimiento del hijo – pero no al conviviente *more uxorio* de una mujer embarazada, por la falta de certeza que caracteriza las relaciones de facto<sup>34</sup> – y, luego, también al padre (aunque no sea cónyuge ni conviviente de la mujer) en los primeros seis meses de vida del menor; y esta vez por parte del Tribunal de Casación, que, una vez más superando la letra del texto legislativo, la ajusta con su interpretación al art. 30 de la Constitución, porque el fundamento de la prohibición de expulsión es la protección de la relación parental durante la muy tierna edad del menor<sup>35</sup>.

Pero lo que parece de particular importancia es la progresiva limitación de la amplia discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la facultad de expulsión, no solo con la afirmación, a nivel del derecho internacional humanitario, de ciertos principios como el de *non-refoulement* y no discriminación<sup>36</sup>, pero sobre todo en virtud de la necesidad de equilibrio con los derechos fundamentales del extranjero<sup>37</sup>.

En particular, en el diálogo entre los Tribunales nacionales y europeos, el derecho a la unidad familiar se ha impuesto como un verdadero límite al poder de expulsión del extranjero que, según lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se considera legítimamente ejercido cuando la medida a) esté prevista por la ley; b) persiga alguno de los fines legítimos previstos y sobre todo c) sea necesaria en una sociedad democrática<sup>38</sup>.

Este último parece ser el requisito más controvertido. La noción de «necesidad» de la injerencia está relacionada, a nivel cualitativo, a la existencia de

33 C. cost., 14 de abril de 2006, núm. 158; C. cost., 31 de octubre de 2007, n. 361,

34 C. cost., 11 de mayo de 2006, núm. 192, G. cost., 2006, p. 4657 ss., consideró la cuestión de legitimidad constitucional del art. 19, párrafo 2, lett. d, d. legisl. núm. 286 de 1998, manifestamente infundada en la parte en la que establece que el decreto de expulsión debe ser ejecutado también contra el extranjero extracomunitario vinculado por una relación afectiva con una ciudadana italiana, que se encuentra embarazada, ya que “compara tratamientos reservados para situaciones profundamente distintas: la del marido de una ciudadana de fuera de la UE embarazada y la de quien afirma ser el padre natural de un niño por nacer. Ver también, C. cost., 22 de diciembre de 2006, núm. 444, *Giust. civ.*, 2007, I, p. 563 ss.; C. cost., 24 de abril de 2008, núm. 118, G. cost., 2008, p. 1412 ss.

35 Cass. pen., 25 de noviembre de 2014, núm. 50379, *R. pen.*, 2015, p. 269.

36 NASCIMBENE, B.: voz “*Straniero (dir. internaz.)*”, en *Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013, p. 906.

37 Cfr. NASCIMBENE, B.: “Il minore straniero e le norme sull’immigrazione”, *R. dir. intern. proc. priv.*, 1989, p. 17 ss.

38 Sobre la elaboración jurisprudencial del art. 8 ECHR cfr. BARTOLE, S., CONFORTI, B. y RAIMONDI G.: “Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, Padova, 2001, sub art. 8, 307 ss.; BARTOLE, S., DE SENA, P. y ZAGREBELSKY, V.: “Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, Padova, 2012, sub art. 8, 297 ss. Sobre el “derecho al respeto de la vida privada y familiar” reconocido por el art. 8 ECHR ver también ZAGREBELSKY, V.: “Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani”, en ANDRINI, M. C. (a cargo de): “Un nuovo diritto di famiglia europeo”, Padova, 2007, 117 ss.; FERRANDO, G.: “Il contributo della Corte europea dei diritti dell’uomo all’evoluzione del diritto di famiglia”, *ibid.*, p. 137.

una «necesidad social imperativa» y, a nivel cuantitativo, a su «proporcionalidad» al fin legítimo perseguido<sup>39</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal de Estrasburgo, por tanto, la cuestión de si la expulsión constituye una injerencia en el derecho a la unidad familiar del extranjero «necesaria en una sociedad democrática» requiere un doble orden de apreciaciones sustantivas y procesales, que expresan la búsqueda de un *juste équilibre* entre intereses en conflicto. En particular, es necesario verificar si a la luz del caso concreto, por un lado, las razones dadas para justificar la medida son «pertinentes y suficientes» y, por otro, el proceso de toma de decisiones, considerado en su conjunto, fue justo y haya protegido los derechos fundamentales de los extranjeros<sup>40</sup>.

En esta perspectiva, los Tribunales Supremos europeos delegan al juez nacional la tarea de evaluar «caso por caso» cuál es el equilibrio razonable entre los intereses en conflicto<sup>41</sup>, esforzándose por definir un catálogo de parámetros de referencia que incluyen: la gravedad de la violación cometida por el extranjero; la solidez de sus vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y el país de origen; su situación familiar y, en particular, la existencia de una vida real en pareja, la presencia de hijos y su edad; el interés de los menores y la gravedad de las dificultades que puedan afrontar en el país de destino<sup>42</sup>.

La necesidad de dejar al juez común la valoración del justo equilibrio entre el interés del Estado en expulsar al extranjero peligroso y sus derechos fundamentales tiene consonancias significativas con la progresiva superación por el Tribunal Constitucional italiano de los llamados “automatismos expulsivos”, es decir, las disposiciones que impiden que el extranjero permanezca en el territorio

39 En este sentido ver, entre otros, TEDH, 13 de febrero de 2003, Odièvre c. Francia, párrafo 40; TEDH, 24 de marzo de 1988, Olsson (núm. 1) c. Suecia, párrafo 67. La evaluación de la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática expresa, en otras palabras, la necesidad de un equilibrio entre las solicitudes de protección de los intereses generales y la protección de los derechos individuales: TEDH, 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, párrafo 89.

40 La responsabilidad del correcto equilibrio entre las necesidades en conflicto recae, en primer lugar, en las autoridades nacionales, pero bajo el control del Tribunal de Estrasburgo, sobre la base de un margen de apreciación variable en los casos específicos: TEDH, 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido, párrafo 48; TEDH, Gran Sección, 28 de junio de 2008, Maslov c. Austria, párrafo 76.

41 MENGONI, L.: “Dogmatica giuridica”, en *Id.*: “*Ermeneutica e dogmatica giuridica*”, Milano 1996, p. 54, concibe la vocación a la universalización del justo equilibrio entre los derechos como la idoneidad de la decisión a estabilizar para su aplicación a casos futuros; GIORGINI, E.: “*Ragionevolezza e autonomia negoziale*”, Napoli, 2010, p. 78 ss., señala que la universalización no puede ignorar la evaluación de las consecuencias que produce la interpretación tanto a nivel del sistema normativo como del caso particular.

42 El caso principal se considera TEDH, 2 de agosto de 2001, Boultif c. Suiza, que expresa criterios parcialmente ya presentes en la jurisprudencia anterior. Véase también, en la jurisprudencia de Estrasburgo, TEDH, Gran Sec., 18 de octubre de 2006, Uner c. Países Bajos, párrafos 54-58; TEDH, Gran Sec., 28 de junio de 2008, Maslov c. Austria, párrafos 68 ss., que subraya que el peso de cada criterio “varie inévitablement selon les circonstances particulières de chaque affaire” (párrafo 70); en el de Luxemburgo, TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, Secretario de Estado del Ministerio del Interior c. CS, c. 304/14; TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, Rendon Marin c. Administración del Estado, c. 165/14; TJUE, 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, cc. 482 y 493/01, en Coll., 2004, p. I-5357; TJUE, 23 de septiembre de 2003, Akrich, c. 109/01, *ibid.*, 2003, p. I- 9607.

del Estado, en presencia de circunstancias específicas que impidan evaluar, caso por caso, la situación concreta<sup>43</sup>.

Los automatismos expulsivos – tradicionalmente considerados reflejo del principio de «estricta legalidad» que caracteriza a la disciplina migratoria y, de hecho, orientados a «prevenir posibles árbitros de la autoridad administrativa»<sup>44</sup> – a partir de principios de la segunda década de este siglo, no solo son juzgados «constitucionalmente ilegítimos, si no responden a datos de experiencia generalizados»<sup>45</sup>, sino que sobre todo han sido sometidos a una valoración de proporcionalidad y razonabilidad, especialmente cuando afectan el respeto a la vida familiar, con exclusión de «presunciones de peligrosidad absolutas y automatismos procedimentales»<sup>46</sup>.

En esta perspectiva, según el Tribunal Constitucional, la denegación del permiso de residencia o su renovación no pueden derivar mecánicamente de la presencia de un impedimento, como haber recibido condenas penales, sino que requieren un juicio discrecional que pueda evaluar el interés en preservar la unidad familiar no solo del extranjero que «ha ejercido el derecho a la reunificación familiar» o del «familiar reagrupado», como exige la disposición legislativa, sino también de todos los extranjeros que tengan vínculos familiares capaces de dar título abstracto a procedimiento de reunificación<sup>47</sup>. Prohibición del automatismo extendida, a través de una interpretación adaptativa, por el Tribunal de Casación, también a la adopción de la medida de expulsión administrativa, que debe basarse

43 Sobre el tema, consulte ALPINI, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. automatismo espulsivo dello straniero", en PERLINGIERI, G. y FACHECHI, A. (a cargo de): "Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo", I, Napoli 2017, p. 47 ss.

44 En estos términos, C. cost., Ord., 3 de mayo de 2002, núm. 146, *F. it.*, 2002, I, p. 2232. En la misma perspectiva ver, también, C. cost., Ord., 23 de diciembre de 2005, núm. 463, *F. amm.*, 2005, p. 3541; C. cost., 16 de mayo de 2008, núm. 148, *F. it.*, 2008, I, p., según la cual no es "manifiestamente irrazonable condicionar el ingreso y permanencia del extranjero en el territorio nacional a la circunstancia de la falta de comisión de delitos de considerable importancia". En la doctrina, críticamente, CORSI, C.: "Il rispetto della vita familiare può limitare il potere di espulsione?", *Dir. imm. citt.*, 2006, p. 75 ss.

45 C. cost., 18 de julio de 2013, núm. 202, *R. dir. intern.*, 2013, p. 1329.

46 Así, C. cost., 6 de julio de 2012, núm. 172, cit.; C. cost., 18 de julio de 2013, núm. 202, cit. Los automatismos expulsivos se consideran incompatibles con la legislación europea, entre otros, por TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, *Secretary of State for the Home Department c. CS*, c. 304/14, párrafo 41, según el cual una decisión de expulsión "no puede dictarse automáticamente sobre la base exclusiva de los antecedentes penales del interesado. Sólo puede inferirse, en su caso, de una valoración concreta por parte del órgano jurisdiccional nacional de todas las circunstancias actuales y relevantes del caso, a la luz del principio de proporcionalidad, el interés superior del niño y los derechos fundamentales"; TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, *Rendon Marin c. Administración del Estado*, c. 165/14, párrafo 61, que establece que "la legislación de la UE excluye una limitación del derecho de residencia por motivos de prevención general y decidida con el fin de disuadir a otros extranjeros, en particular cuando esto se produce automáticamente después de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del infractor o la amenaza que representa para el orden público".

47 En particular, según C. cost., 18 de julio de 2013, núm. 202, *R. dir. intern.*, 2013, p. 1329, "en el contexto de las relaciones interpersonales, toda decisión que afecte a uno de los sujetos repercutiendo también en los demás miembros de la familia y la separación de la unidad familiar, especialmente en presencia de hijos menores, es una decisión demasiado grave" que requiere "un examen detallado de la situación particular del extranjero afectado y sus familiares".

en una sentencia «caso por caso» y no en la «aplicación automática y estandarizada de parámetros normativos»<sup>48</sup>.

En conclusión estamos asistiendo a una reformulación del concepto tradicional de legalidad, que ya no se entiende como generalidad y abstracción de la regla, sino como respeto de los derechos fundamentales del ser humano frente al ejercicio de los poderes públicos y privados<sup>49</sup>. Tomando una feliz expresión de Cesare Massimo Bianca, el derecho «è nella realtà della sua esistenza, e questa realtà trascende i testi di legge per immedesimarsi nella vita dell'ordinamento che si evolve nella società e con la società»<sup>50</sup>.

---

48 Cass. 12 de julio de 2016, núm. 14176, *Dejure online*; Cass., 22 de julio de 2015, núm. 15362, *ivi*, en materia de expulsiones administrativas.

49 «Los casos concretos se han convertido en normativos, porque las personas se han convertido en normativas para el derecho positivo»: VIOLA, F.: "La legalità del caso", en AA.VV. *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Napoli, 2007, p. 317, quien añade: "Las personas son por definición incomparables y exigen igualdad en la diversidad". En tema, ver LIPARI, N.: "I civilisti e la certezza del diritto", *R. trim.*, 2015, p. 1115 ss., ora in *Id.*: "*Il diritto civile tra legge e giudizio*", Milano, 2017, p. 165 ss.

50 BIANCA, C. M.: "*Ex facto oritur ius*", *cit.*, p. 803.

## BIBLIOGRAFÍA.

ADINOLFI, A.: "Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea", *R. d. intern.*, 2011, p. 5 ss.

ALPINI, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. automatismo espulsivo dello straniero", en PERLINGIERI, G. y FACHECHI, A. (a cargo de): "Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo", I, Napoli 2017, p. 47 ss.

BARTOLE, S., CONFORTI, B. y RAIMONDI G.: "Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", Padova, 2001, *sub art.* 8, 307 ss.

BARTOLE, S., DE SENA, P. y ZAGREBELSKY, V.: "Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", Padova, 2012, *sub art.* 8, 297 ss.

BIANCA, C. M.: "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 796.

BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969, p. 61 ss.

BIANCA, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del minore alla propria famiglia", *Giust. civ.*, 2001, p. 429 s.

BIANCA, C. M.: "Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici", vol. I, I, Milano, 2002, p. 35 ss.

CORSI, C.: "Il rispetto della vita familiare può limitare il potere di espulsione?", *Dir. imm. citt.*, 2006, p. 75 ss.

EVOLA, M.: "La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani", *D. um. dir. int.*, 2010, p. 279 ss.

FERRANDO, G.: "Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia", *ibid.*, p. 137.

GIORGINI, E.: "Ragionevolezza e autonomia negoziale", Napoli, 2010, p. 78 ss.

LENTI, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 148 ss.

LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 100 ss.

LIPARI, N.: "I civilisti e la certezza del diritto", *R. trim.*, 2015, p. 1115 ss.

LIPARI, N.: "*Il diritto civile tra legge e giudizio*", Milano, 2017, p. 165 ss.

MARGIOTTA, M.: "Diritti del minore ed esigenze di ordine pubblico: il (tormentato) impatto dei nostri giudici con gli istituti di protezione del fanciullo", *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 802 ss.

MENGGONI, L.: "Dogmatica giuridica", in ID.: "*Ermeneutica e dogmatica giuridica*", Milano 1996, p. 54.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Il diritto all'unità familiare in Europa tra «allargamento» dei confini e «restringimento» dei diritti", *D. imm. citt.*, 2004, p. 63 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "L'autorizzazione provvisoria di soggiorno del familiare nell'interesse del minore straniero: occorrono gravi motivi, ma non per forza eccezionali", *Nuova g. civ. comm.*, 2010, p. 678 ss.

NASCIMBENE, B.: "Il minore straniero e le norme sull'immigrazione", *R. dir. intern. proc. priv.*, 1989, p. 17 ss.

NASCIMBENE, B.: voz "*Straniero (dir. internaz.)*", in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013, p. 906.

PASCUCCI, L.: "Diritto all'unità familiare dello straniero", *Fam. e d.*, 2011, p. 827 ss.

PASTORE, M. y CONSOLE, M.: "L'immigrazione e i rapporti familiari, en LENTI, L. (coord.): "Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia", *Tratt. dir. fam.*, dirigo por ZATTI P., Milano 2002, p. 621 ss.

PERLINGIERI, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.

PERLINGIERI, P.: "Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile", Napoli, 1989, p. 3 ss.

PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Dir. succ. don.*, 2017, 165 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa «tradizione». I casi della poligamia e della *kafala* di diritto islamico", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.

VIOLA, F.: "La legalità del caso", en AA.VV. *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Napoli, 2007, p. 317.

ZAGREBELSKY, V.: "Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani", en ANDRINI, M. C. (a cargo de): "Un nuovo diritto di famiglia europeo", Padova, 2007, 117 ss.

