

## **¿Es legal la normativa que regula el derecho de los españoles a la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios?**

Con carácter previo a analizar la legalidad del régimen jurídico aplicable al derecho de los ciudadanos españoles a la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios es necesario hacer una breve exposición del régimen que se aplica a los extranjeros y a los ciudadanos comunitarios.

Respecto al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros se regula en el Capítulo II de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que comprende los arts. 16 a 19, materia que fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

Según el citado art. 16 los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en la propia Ley y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. Igualmente, tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el art. 17 de la propia Ley

Los convenios internacionales se han ocupado de la reagrupación familiar, como el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 8 del Convenio de Roma sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el art. 19 de la Carta Social Europea y los arts. 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Directiva 2003/86 / CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, fija las condiciones en las cuales ejerce el derecho la reagrupación familiar de que dispone los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros. Establece un conjunto de normas mínimas en cuya virtud se fijan las condiciones que lo regulan, existe un verdadero "derecho" subjetivo a la reagrupación familiar, si bien su ejercicio queda sometido a ciertas reglas materiales y adjetivas. Su finalidad es la de facilitar la vida familiar, de conformidad con las declaraciones de derechos refrendadas por pactos internacionales, aun cuando los Estados miembros conservan determinadas facultades para, en función de sus propias políticas migratorias, imponer condiciones más o menos restrictivas a la reagrupación, dentro de los límites señalados por la Directiva 2003/86.

Es necesario subrayar este aspecto fundamental de la reagrupación familiar, al que se refiere de manera específica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de marzo de 2010 (asunto C-578/08) cuando recuerda cómo el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2003/86 "[...] impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional".

El mismo Tribunal añade que ello "no empece al cumplimiento de los requisitos establecidos en particular en el capítulo IV de la Directiva" pero insiste en que "la autorización de reagrupación familiar es la regla general", de modo que las condiciones previstas en aquel capítulo deben "interpretarse de manera estricta" y que "el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil". A estos efectos afirma, con carácter general, el Tribunal de Justicia que

"[...] Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. En efecto, la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del CEDH y por la Carta. De ello se desprende que las disposiciones de la Directiva y, en particular, el artículo 7, apartado 1, letra c), deben interpretarse a la luz de los derechos fundamentales y, más concretamente, del derecho al respeto de la vida familiar consagrado tanto por el CEDH como por la Carta. Procede añadir que, según el artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, la Unión Europea reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta, tal como se adoptó en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (DO C 303, p. 1), la cual tiene el mismo valor jurídico que los Tratados".

El derecho a vivir en familia viene recogido en el art. 8.1.º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, como reconoció expresamente la STEDH de 2 de agosto de 2001 (caso «Boultif» contra Suiza). La sentencia citada contempla el supuesto de un ciudadano argelino casado con una ciudadana suiza, que el Gobierno suizo no renovó su permiso de residencia por haber sido condenado. El Tribunal estimó que Suiza había violado el art. 8 de la Convención, puesto que, aunque la misma no garantiza, como tal,

ningún derecho de un extranjero de entrar o de residir en el territorio de un país determinado, sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida familiar, tal como está protegido en el art. 8.1.º de la Convención . Constatando que la no renovación de su permiso de residencia constituye una injerencia en la vida familiar, entiende que la misma no es proporcionada al fin legítimo perseguido.

Asimismo, la STEDH de 21 de diciembre de 2001 (caso «Sen» contra Holanda) determinó que el Gobierno holandés había infringido el art. 8 del Convenio, al rechazar la reagrupación familiar solicitada por un matrimonio turco, residente legalmente en territorio holandés, de su hija primogénita, que vive en Turquía con otros familiares. Al no dejar a los demandantes más que la elección de abandonar la situación adquirida en Holanda o de renunciar a la compañía de su hija primogénita, el Estado demandado ha omitido realizar un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes por un lado y su propio interés en controlar la inmigración.

El Tribunal de Justicia, interpretando el artículo 8 del CEDH según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirma que el citado artículo no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del CEDH . Tal injerencia infringe dicho Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «**prevista por la ley**» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática, sea necesaria», es decir, que esté «justificada por una necesidad social imperiosa» y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida ( Sentencias de 11 de julio de 2002 , Carpenter, C 60/00, apartado 42 , y de 23 de septiembre de 2003 , Akrich, C 109/01 , apartado 59).

La Directiva 2004/38/CE estableció las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia y el derecho de residencia permanente en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia. El destinatario de la Directiva según el artículo 3 es el «*ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2*

*del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él». En consecuencia, la Directiva no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee.....».*

La citada Directiva fue traspuesta a nuestro Ordenamiento jurídico interno por el Real Decreto 240/07 , 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 la Exposición de Motivos del RD 240/07, se dice que, *«el derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho inherente al ciudadano de un Estado miembro, pero asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los otros Estados miembros,....»*, añadía que *«para regular la reagrupación familiar de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho de libre circulación, se introduce una Disposición final tercera que, a su vez, introduce dos nuevas Disposiciones adicionales, decimonovena y vigésima, en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 ,sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre . Estas Disposiciones protegen especialmente al cónyuge o pareja de ciudadano español y a sus descendientes menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces»*.

La Disposición Adicional Vigésima aplicaba el Real Decreto 240/07 a los familiares, cualquiera que fuese su nacionalidad, del ciudadano español *«cuando lo acompañen o se reúnan con él»*, que en ella se mencionaban y los sometía al régimen previsto en el Reglamento de Extranjería para la residencia temporal por reagrupación familiar.

Posteriormente, se utiliza el Real Decreto Ley 16/12 sobre medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, para modificar redacción al art. 7 del RD 240/07 , en términos similares al artículo 7 de la Directiva , quedando en su nueva redacción es del siguiente tenor literal: *«Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*

1. *Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte*

*en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si:*

- a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o*
- b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o*
- c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o*
- d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).*

*2. El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o se reúnan con él en el Estado español, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1.....».*

En desarrollo del artículo siete del real decreto 240/07 se dictó la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, en su preámbulo se decía que *«esta materia debe aplicarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 1 de junio de 2010, por lo que el término familiar de un ciudadano de un Estado Miembro de la Unión europea incluye a los familiares de un ciudadano español que se reúnan o acompañen al mismo».*

El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 julio 2017 (número de recurso 298/2016), sobre la aplicación del citado artículo a la reagrupación de familiares no comunitarios

de ciudadanos españoles afirma que:

"SEGUNDO.- De cuanto ha quedado reflejado en el F.D. anterior, es claro que el Real Decreto 240/07 , al trasponer la Directiva 2004/08 (sin que fuera inicialmente incorporado su art. 7), reguló, en los términos marcados por aquélla (excepto en cuanto a los requisitos que exigía ese art. 7), el régimen jurídico en España de los ciudadanos de otro Estado Europeo o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que, en uso de su derecho de libre circulación y residencia en el espacio económico europeo (reconocido en el art. 20 del TFUE), decidían trasladarse y residir en España, junto con los familiares que le acompañaban o se reunían con él en España.

Pero, al propio tiempo y aprovechando el instrumento normativo por el que se trasponía la Directiva comunitaria, determinó el régimen de reagrupación de los familiares extranjeros del español (*«que le acompañen o se reúnan con él»*), a través de la Disposición Adicional Vigésima que introdujo en el Reglamento de Extranjería de 2004 la Disposición final tercera del RD.

El Real Decreto, pues, cumplía dos finalidades: A) Trasponer la Directiva Comunitaria 238/04, regulando los derechos del ciudadano de la Unión que ejerce su derecho de libre circulación y residencia en España, y los familiares que le acompaña; B) Regular -ya al margen de la Directiva- la reagrupación familiar de los ciudadanos españoles y lo hacía introduciendo la Adicional Vigésima en el Reglamento de Extranjería”

De lo anteriormente expuesto se concluye que el derecho de los extranjeros para la reagrupación familiar se encuentra regulado en una norma con rango de ley orgánica como es la ley 4/2000 de Extranjería y *el Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre . El derecho de reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión Europea que se trasladen a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado que tengan la nacionalidad se encuentra previsto en la Directiva 2004/38/CE y transpuesto el ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 240/2007. Mientras que el derecho a la reagrupación familiar de ciudadano no comunitario ejercido por españoles carece de cobertura legal, en cuanto que no está previsto ni en las normas comunitarias ni, lógicamente en la ley de extranjería, a pesar que se indique que se*

*aplicará la norma más favorable. Como afirma el Tribunal Supremo en la sentencia citada "al propio tiempo y aprovechando el instrumento normativo por el que se trasponía la Directiva comunitaria, determinó el régimen de reagrupación de los familiares extranjeros del español («que le acompañen o se reúnan con él»), a través de la Disposición Adicional Vigésima que introdujo en el Reglamento de Extranjería de 2004 la Disposición final tercera del RD".*

El artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos expresamente exige que las injerencias de las autoridades públicas en la vida privada y familiar estén previstas por **una norma con rango de ley**, requisito que no se cumple con la normativa española que regula el derecho a la reagrupación familiar de no comunitarios por ciudadanos españoles, en cuanto que está prevista en una normativa reglamentaria, como es un Real Decreto y una Orden Ministerial carente de toda cobertura legal. La justificación de la necesidad de una norma con rango de ley está en la importancia del derecho y su íntima relación con el «status personal» del ciudadano, hace exigible que su regulación normativa se haga exclusivamente por las Cortes generales, como representantes de esa «voluntad general». La Administración aproveche una norma destinada a la transposición de la Directiva comunitaria para introducir una serie de requisitos y exigencias a los ciudadanos españoles para que procedan a la reagrupación familiar, tales como la tenencia de unos ingresos económicos para reagrupar a un hijo o a un cónyuge.

La sentencia del TC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 11) en relación con el art. 8.1 CEDH se dijo que la jurisprudencia del TEDH "en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un 'derecho a la vida familiar', que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996 § 52)" aunque "nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE". Ahora bien, el que la reagrupación familiar no sea un derecho fundamental ello no supone que no sea digno de protección constitucional.

En la STC 60/2010, de 7 de octubre FJ 8 c), que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8821-2005, planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, respecto del art. 57.2 del Código Penal . El Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que la imposición de la pena de alejamiento (que impide al penado y a su víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía), afecta al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE ) y consecuentemente a la configuración autónoma del propio plan de vida, pero no a la intimidad familiar, "porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege 'es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres' (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre)". El hecho de que nuestra Constitución no reconozca un derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del TEDH al interpretar el art. 8.1 CEDH "en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese 'derecho a la vida familiar' derivado de los arts. 8.1 CEDH (LA LEY 16/1950) y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional".

En el mismo sentido la STC 186/2013, de 4 de noviembre (FJ 7) proclama nuevamente que dentro de nuestro sistema constitucional la protección del "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea "se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE ) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE ) y de los niños (art. 39.4 CE ), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE , no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad...".

Por lo tanto, la protección constitucional de la reagrupación familiar de los españoles,

se encuentra artículo 10.1 y 39 de la Constitución española. Además esta garantizada por los tratados internacionales:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su art. 16 establece: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia». Y luego se añade: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su art. 23 dispone: «1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello [...]».

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, previene en su art. 10: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo».

Todos ellos giran sobre la protección de la familia como parte de la sociedad, considerando esencial la reunión de sus miembros.

En el ordenamiento jurídico español, si bien el Tribunal Constitucional considera que no se trata de un derecho fundamental y que no se reconoce el derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del TEDH viene interpretando el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no significa que este artículo no sea aplicable en lo que se refiere a que toda injerencia de los poderes públicos en la vida familiar estableciendo requisitos debe estar prevista en **una norma con rango de ley**. Dejar en manos de la Administración el establecimiento mediante una Orden ministerial de los requisitos para el ejercicio de un derecho como la reagrupación familiar que afecta a la vida y a la dignidad de la persona no se corresponde con las normas internacionales, ni con los principios que rigen la Constitución española. En efecto, el derecho a fundar una familia, el derecho a vivir en familia, es innegable que es un derecho que corresponde a todos los españoles que debe ser protegido por los poderes

públicos, de tal modo que el establecimiento de requisitos para su ejercicio se debe realizar por una norma con rango de ley.

Por lo tanto, considerando que el derecho a la reagrupación familiar de los ciudadanos españoles es un derecho que afecta la dignidad de la persona recogida en los artículos 10 y 39 de la Constitución española y que según el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos toda injerencia de los poderes públicos en la vida familiar debe estar establecida en una norma con rango de ley, requisito que no se cumple con el artículo 7 del Real Decreto 240/07 en cuanto que establece a los ciudadanos españoles una serie de requisitos para la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios sin que exista una norma con rango de ley que dé cobertura a dicha normativa.

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS

Magistrado y doctor en Derecho