



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

DOCTORADO EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

***EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR. UN ESTUDIO DE
DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y TURQUÍA***

Tesis doctoral presentada por Alireza Esmail Oureh

Realizada bajo la dirección de Dr. Rafael Arenas García,
Catedrático de Derecho Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona

BARCELONA 2018

ÍNDICE

	<i>Páginas</i>
ABREVIATURAS.....	
INTRODUCCIÓN.....	01

CAPÍTULO I

DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS. EL DERECHO A LA REAGRUPACION FAMILIAR

I. CONCEPTO DE LA FAMILIA.....	05
1. Familia nuclear y Familia Extensa.....	10
2. Familia desde la perspectiva jurídica.....	13
3. Familia monoparental.....	17
4. Familia homoparental.....	19
5. Familias unidas por lazos puramente afectivos que mantienen relaciones conyugales estables no matrimoniales.....	21
 II. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	 23
1. La protección de la familia y la vida familiar en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los pactos y Tratados Internacionales.....	24
2. La protección de la vida privada y familiar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con principios reconocidos por el artículo 8 del Convenio y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.....	28
3. La vida familiar y la reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea.....	32
 III. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	 37

IV. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....43

1. El derecho a la intimidad familiar, el artículo 18 de la CE.....45
2. Protección a la familia, el artículo 39 de la CE.....47
3. El artículo 10 de la CE, la interpretación de las normas de conformidad con la DUDH y los Tratados y acuerdos internacionales.....51
4. Sentencias de Tribunal Constitucional en materia de reagrupación familiar.....56
5. Sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (principios Interpretativos empleados por el TEDH en el ámbito de la vida familiar).....60

**CAPITULO II
LA REAGRUPACION FAMILIAR Y LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA EN EL
DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

I. LIBRE CIRCULACIÓN Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....72

1. La reunión de Tampere de 1999 relacionado con trato justo a los nacionales de los terceros países.....89
2. El principio de libre circulación de las personas, un derecho fundamental para todos los ciudadanos de la Unión.....98

II. REAL DECRETO 240/2007 DE 16 DE FEBRERO RELATIVO AL DERECHO DE ENTRADA, LIBRE CIRCULACION Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE Y EEE.....101

1. De la libre circulación de “trabajadores” a la libertad de circulación de las “personas” en los procesos de integración Europea.....102
2. La necesidad de simplificar y reforzar el derecho de libre circulación a través de un único texto legislativo, la Directiva 2004/38/CE.....108
3. La transposición de la Directiva 2004/38/CE, de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la unión y miembros

de su familia a través del RD 240/2007 de 16 de febrero en el ordenamiento español.....	119
4. Desarrollo, objetivo y ámbito de aplicación de RD 240/2007 de 16 de febrero...	121
a) Ciudadanos de los Estados miembros de UE y Estados parte en el acuerdo sobre EEE.....	124
b) Familiares de los ciudadanos de la Unión Europea y EEE.....	126
5. Familiares reagrupables.....	129
a) Cónyuge o pareja de hecho registrada.....	130
b) Descendientes.....	134
c) Ascendientes.....	136
d) Otras familias reagrupables.....	137
6. Entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y su familia.....	141
a) Entrada, salida y estancia en España.....	142
b) Estancia de corta duración (inferior a tres meses).....	145
c) Estancia de larga duración (superior a tres meses), artículo 7 de RD, con arreglo en la disposición final quinta de Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril.....	145
i. Tramites de la presentación, inscripción y documentación acreditativa.....	147
ii. Aplicación del derecho de residencia superior a tres meses a los miembros de la familia.....	150
iii. Tramitación y resolución de la solicitud de tarjeta de residencia superior a tres meses de familia de ciudadano de la UE y EEE.....	152
iiii. Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia.....	157
d) Adquisición de residencia permanente.....	162
e) Tramitación, expedición, renovación y vigencia de certificados de registro y tarjeta de residencia.....	166
f) Limitaciones del derecho de libre circulación.....	168
g) Garantías judiciales (recursos administrativos, recursos judiciales).....	174

III. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN COMUNITARIO A FAMILIARES EXTRA COMUNITARIOS DE LOS ESPAÑOLES A RAÍZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010.....	177
--	------------

CAPITULO III

LA REAGRUPACION FAMILIAR EN EL REGIMEN GENERAL DE EXTRANJERIA ESPAÑOL, LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA Y SU REGLAMENTO DE EJECUCIÓN

I. EL DERECHO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES RESIDENTES LEGALMENTE EN EL TERRITORIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA DIRECTIVA 2003/86/CE.....	188
1. Reagrupación familiar, un derecho necesario para facilitar la integración de los Extranjeros.....	191
2. Fundamentos y justificaciones de la Directiva.....	194
3. La obligación de la aplicación de la Directiva 2003/86/CE por los Estados miembros de la UE, de acuerdo con los protocolos 20, 21 y 22, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y a los Estados parte de EEE	200
4. El objetivo y condiciones para ejercicio del derecho a reagrupación Familiar.....	205
5. Sujetos beneficiarios.....	207
a) Nacionales de un tercer país no miembro de UE o EEE.....	207
b) Refugiados.....	208
c) Reagrupantes.....	211
d) Menor no acompañado.....	212
6. Familiares reagrupables.....	216
a) El cónyuge.....	219
b) Los hijos menores y adoptivos del reagrupantes y de su cónyuge	221
c) Caso de matrimonio poligámico.....	222
d) La ampliación de carácter facultativo de reagrupables.....	224
i. Ascendientes.....	225
ii. Descendientes.....	226

7. Procedimientos.....	228
a) Solicitud de entrada y residencia.....	228
b) Documentos acreditativo.....	229
8. Resolución.....	240
a) Plazo y resolución de solicitud.....	240
b) Denegación de la solicitud de entrada y de residencia, retirar o denegar la renovación.....	241
i. Por motivos de orden público, seguridad y salud pública.....	242
ii. Incumplimiento de las condiciones establecidas en la Directiva.....	244
iii. Demostración de fraude.....	246
iii.a) Matrimonios fraudulentos.....	246
iii.b) Utilización de medios ilícitos.....	249
c) Visado de entrada.....	250
d) El derecho de los miembros de la familia del reagrupante a permiso de residencia autónomo y acceso a la educación, un empleo y a la orientación y formación profesional.....	252
e) Recursos.....	254

II. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, LA LEY ORGÁNICA 4/2000..... 256

1. Evolución de la ley de extranjería española.....	256
2. Objetivo de la ley de Extranjería.....	270
3. Delimitación y exclusión del ámbito de la LO 4/2000.....	272
4. Derecho a la vida familiar y la intimidad familiar.....	272
5. Garantías jurídicas de los extranjeros.....	274
i. La tutela jurídica efectiva.....	275
ii. Derecho de recurso contra los actos administrativos.....	278

III. DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y LA TRANSPOCION DE LA DIRECTIVA 2003/86/CE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2009 DE 11 DE DICIEMBRE Y REAL DECRETO 557/2011, DE 20 DE ABRIL..... 279

1. Titular del derecho.....	281
-----------------------------	-----

2. Residencia y estancia en España.....	283
a) Extranjeros en situación regular.....	286
b) Extranjeros en situación irregular.....	290
3. Familiares reagrupables.....	293
a) El cónyuge.....	294
b) Descendientes.....	298
c) Representados.....	299
d) Ascendientes, concepto y extensión.....	302
e) Situación de los familiares de estudiantes e investigadores extranjeros...304	
4. Procedimiento relativo a obtención de residencia temporal de la reagrupación	
Familiar.....	313
a) La solicitud y el plazo de la presentación para la autorización de residencia por la reagrupación familiar.....	315
b) Documentación adjunta a la solicitud.....	317
c) Plazo y resolución de la solicitud.....	320
5. Visado.....	324
a) Solicitud de visado.....	326
b) Autorización y entrada.....	329
c) Denegación de visado.....	331
6. Recursos.....	333
a) Procedimientos administrativos.....	335
i. Recursos administrativos.....	333
ii. Recurso de alzada.....	339
iii. Recurso potestativo de reposición.....	341
iiii. Recurso extraordinario de revisión.....	342
v. Recurso de amparo Constitucional y ordinario.....	343
b) Procedimientos judiciales (contencioso administrativo).....	345
c) Suspensión de las resoluciones recurridas.....	347
7. Residencia de los familiares reagrupados, independiente de la del reagrupante...349	
8. Reagrupación familiar por residentes reagrupados (reagrupación en cadena).....351	
9. Renovación de autorización de residencia en virtud de reagrupación familiar.....352	

CAPITULO IV
INMIGRACION EN TURQUIA
DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN DERECHO TURCO

I. DERECHO DE LOS EXTRANJEROS EN LA COSTITUCION TURCA.....	355
II. EXTRANJEROS EN EL DIPr TURCO.....	363
1. Concepto de extranjero en el Derecho turco.....	366
2. Los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en el Derecho turco....	369
3. Expulsión de Turquía.....	374
4. Refugiados, asilados y la protección subsidiaria en el Derecho turco.....	381
5. Emigrantes en el Derecho turco.....	386
III. LA LEY DE EXTRANJERIA Y PROTECCION INTERNACIONAL N° 6458/ DE	
04/04/2013 Y SU REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE 2016.....	387
1. Objetivo y alcance de la ley.....	387
2. Entrada y la salida de Turquía.....	389
3. Visados, procedimientos y los órgano competente.....	391
a) Exención de visado.....	392
b) Tipos de visados.....	394
c) Denegación y cancelación de visados.....	395
4. Residencia y estancia en Turquía.....	397
5. Tipos del permiso de residencias.....	399
a) Permiso de residencia de corta duración.....	399
b) Permiso de residencia de larga duración.....	400
c) Permiso de residencia Familiar.....	400
d) Permiso de residencia estudiantil.....	400
e) Permiso de residencia por razones humanitaria.....	401
f) Permiso de residencia expedido a las víctimas de la trata de personas...	402
6. Apátridas.....	403
7. Menores no acompañados.....	404
8. Recursos (Administrativos, judiciales).....	405
IV. PERMISO DE RESIDENCIA FAMILIAR (REAGRUPACION FAMILIAR).....	406
1. Titulares del derecho de reagrupación familiar.....	406
a) Los ciudadanos turcos y los ciudadanos turco señalados en el	
artículo 28 de la ley 5901(ley de la nacionalidad turca).....	408

b) Extranjeros con permiso de residencia.....	409
c) Refugiados y los titulares de la protección subsidiaria.....	410
2. Familiares reagrupables.....	411
a) Cónyuge.....	412
b) Hijos menores de reagrupante o de su cónyuge.....	413
c) Hijos dependientes del reagrupante o de su cónyuge.....	417
3. Condiciones para la obtención de un permiso de residencia familiar.....	418
I. las condiciones relativo al reagrupante	
a) Disponer de permiso de residencia y haber residido un año en Tur.....	418
b) Recursos económicos e ingreso mínimo salarial.....	420
c) Disponer de una vivienda adecuada y seguro de enfermedad.....	420
d) Antecedentes penales y empadronamiento.....	421
II. Las condiciones relativas al familiar a reagrupar.....	422
4. Procedimiento de la solicitud de permiso de residencia familiar.....	423
5. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.....	424
6. Matrimonios de conveniencia con el fin de obtener permiso de res. Familiar...	426
7. Denegación o cancelación del permiso de residencia familiar.....	428
8. Recursos.....	429
a) Recursos administrativos.....	429
b) Judiciales (tribunales administrativos).....	430

CAPITULO V

UNA COMPARACION SISTEMATICA DE DIFERENCIAS CONSIDERABLES ENTRE LA LEGISLACION DE EXTRANJERIA ESPAÑOL Y TURCA EN ESPECIAL SOBRE LA REAGRUPACION FAMILIAR

I. UN ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EVOLUCIÓN Y CONTENIDO GENERAL DE LA LEY DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL Y TURCA.....	431
II. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN AMBAS LEGISLACIONES (ESPAÑOL-TURCA).....	443
CONCLUSIONES.....	452
INDICE DE BIBLIOGRAFÍA.....	459

Dedicatoria

Agradezco a mi director y maestro Dr. RAFAEL ARENAS GARCÍA

Gracias por todo

A mi “familia”

en especial mi madre ZAHRA y mi padre DAVOOD,

a mi hijo ADRIAN (ARYAZ),

mis hermanos REZA, SHAMS y SARA,

y mi compañera de la vida VERENA

ABREVIATURAS

art.	Artículo
AELE	Asociación europea de libre comercio
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CADH	Convención Americana Sobre Derechos Humanos
CCE	Código Civil Español
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Comunidad Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CETFDCM	El convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CIPDTM	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y de su familia
cit.	Citado
CNUDN	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989)
Coord.	Coordinador
CT	Constitución Turca
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea

DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
edic.	Edición
EEE	Espacio Económico Europeo
EEMM	Estados Miembros de la UE
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
L.A.	Ley de asentamiento turca
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEPI	Ley de Extranjería y la Protección Internacional turca de 6358
L.O.	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería
LOTC	Ley Orgánica de Tribunal Constitucional
LPACAP	Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPJDF	Ley de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales
LRJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MNA	Menor no acompañado
MIPEX	Migrant Integration Policy Index
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
Pág.	Página
op.	Opción

pp.	Páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RD	Real Decreto
RELEPI	Reglamento de la Ley de Extranjería y la Protección Internacional turca de 2016
RTNC	República Turca de Norte de Chipre
RF	Reagrupación Familiar
RELOEX	Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCCECA	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCCEEA	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJEU	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia

TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La migración internacional es uno de los fenómenos sociales más sostenidos a lo largo de la historia. La globalización económica, los conflictos armados, las guerras, la inestabilidad política y económica de los países y la pobreza que causa la falta de recursos y las necesidades vitales para subsistir, generando incertidumbre respecto a un futuro prometedor, especialmente en la población más joven, son los principales motivos de los flujos migratorios. Motivos que empujan a las personas, de forma individual o colectiva, que viven una o varias de las situaciones anteriormente señaladas, a abandonar su lugar de origen, aprovechando la oportunidad que tienen para escapar de esa situación, lo que implica emigrar en busca de una vida segura y mejor. La llegada masiva de inmigrantes a los países de la Unión Europea en los últimos años plantea diversas cuestiones, entre ellas, la importancia que supone para el inmigrante el derecho a la vida familiar.

La familia cobra una importancia primordial en la vida de todos los seres humanos. La reagrupación familiar es un derecho humano fundamental que permite a las familias vivir con dignidad y facilita su integración en la sociedad. Diversos estudios han demostrado los efectos positivos de la reagrupación familiar tanto para los migrantes como para las propias sociedades en las que viven, contrastando así con los efectos negativos derivados de políticas restrictivas y de períodos largos de separación¹. El derecho a la reagrupación

¹ REQUENA y DIEZ DE REVENGA Miguel y SÁNCHEZ-DOMÍNGUEZ, María “Las Familias Inmigrantes en España” *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, Vol. 69, Núm. Extra 1 (2011), <http://dx.doi.org/10.3989/ris.2011.iM1.387>.

GOZÁLVEZ PÉREZ, Vicente., “La Integración Social de las Familias Africanas y Latinoamericanas Reagrupadas en la España Mediterránea”. *Revista Papeles de Geografía*. revistas.um.es/geografia/article/download/191281/157961.

ALCALDE CAMPOS, Rosalina “las Reagrupaciones Familiares y sus efectos en el Bienestar de los Menores Migrantes. Manifestaciones y Detección en el Ámbito Escolar”. *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios Sobre Migración*. revistas.upcomillas.es/index.php/revistamigraciones/article/view/1260.

VAZQUE VEGA, Pablo., Reagrupamiento familiar de los inmigrantes: efectos sobre la afiliación e incidencia en los gastos de protección social, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129736.pdf.

Véanse también el Informe de The Family Watch y la Fundación Promoción Social de la Cultura, en colaboración con los expertos de entidades como Save The Children, Cruz Roja española, Entreculturas y ACNU, donde revela que la reagrupación familiar es imprescindible para garantizar la plena integración de

familiar se reconoce, directa o indirectamente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, la Carta Social Europea o el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los Estados tienen que garantizar y armonizar las prácticas y las legislaciones en la materia para el ejercicio efectivo del derecho a la vida en familia y a la reagrupación familiar para todos los migrantes y beneficiarios de protección internacional. Recordemos además que en el Derecho de la Unión Europea, los Estados miembros están obligados a transponer la Directiva Europea relativa a la reagrupación familiar y a superar las numerosas barreras jurídicas y prácticas que existen en la actualidad en relación a ella. De hecho hay que recordar que muchos Estados miembros tienen la capacidad de mejorar sus prácticas en materia de reagrupación familiar, pero un número cada vez mayor de ellos no aplica los estándares mínimos contenidos en la Directiva. Esto sucede en Austria, Países Bajos, Francia y Alemania².

La Directiva Europea relativa a la reagrupación familiar contiene las disposiciones adecuadas en relación con los objetivos y las normas mínimas. Se supone que los Estados miembros deben aplicar el derecho a la reagrupación familiar asegurando el respeto de las normas en lo concerniente a los derechos humanos, especialmente el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Los Estados miembros deben igualmente respetar los principios fundamentales del derecho, como los de proporcionalidad, el interés superior del menor y la no discriminación.

El presente trabajo de investigación analiza el surgimiento, evolución y el contenido actual del derecho a la reunificación familiar (en adelante RF) en el Derecho de la Unión

los refugiados. (La reagrupación familiar, fundamental para la integración de los refugiados) 21 JUNIO, 2016 www.thefamilywatch.org.

² Por ejemplo la ley alemana que exige unos conocimientos básicos de alemán para que los cónyuges extracomunitarios obtengan un visado de reagrupación familiar, o la realización de una prueba de ADN entre las condiciones del reagrupamiento familiar en Francia. Véanse el informe emitido por Comisario de Derechos Humanos del Consejo Europeo de 19 June 2017 “European countries must lift obstacles to reunification of refugee families” en <https://www.coe.int/es/web/commissioner/news?desktop=true>.

Europea, en el régimen general de extranjería español, (la Ley Orgánica de extranjería y su Reglamento de ejecución) y los derechos y libertades de los extranjeros, en especial la reagrupación familiar de extranjeros en el Derecho de extranjería turco.

El primer capítulo de este trabajo, lo dedicaremos a repasar los derechos y libertades de los extranjeros en el ámbito internacional y regional, tal como están recogidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en los pactos y tratados internacionales y por último en la Constitución española. Asimismo, el capítulo primero también aborda la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional (español), y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre, en relación con la postura y criterio de cada uno sobre la reagrupación familiar y su sitio en el derecho a la vida privada y familiar.

El capítulo segundo del presente trabajo realiza un recorrido por la trayectoria normativa de la reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de la libre circulación y residencia de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) o parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) y sus familiares nacionales de Estados miembros de la UE o EEE y familiares no nacionales de Estados miembros de la UE o EEE³. Así también analizamos el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero que incorporo el contenido de la Directiva 2004/38/CE al ordenamiento jurídico español relativo al derecho de entrada, libre circulación y residencia en España, de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y los Estado parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo⁴. Y finalmente analizaremos la aplicación del régimen comunitario a familiares extra

³ DIRECTIVA 2004/38/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Publicado en «DOCE» núm. L 158 de 30 de abril de 2004.

⁴ 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 (EEE). Publicado en: «BOE» núm. 51, de 28/02/2007. Entrada en vigor: 28/03/2007.

comunitarios de los españoles a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010⁵.

El capítulo tercero se centra en el estudio de la RF en el ordenamiento español. A fin de situar en perspectiva la regulación de la extranjería en nuestro país, iniciamos el recorrido en esta materia con el régimen general de extranjería y su Reglamento de ejecución 557/2011. Asimismo analizaremos la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho de reagrupación familiar de los nacionales de terceros países residentes legalmente en un Estado miembro de la UE y su transposición del mismo en el ordenamiento jurídico español. Se estudia el procedimiento de la reagrupación familiar y se analizan las principales sentencias emitidas por el Tribunal Supremo en el ámbito de la reagrupación familiar de los extranjeros y el Tribunal Constitucional en particular, el único pronunciamiento que ha abordado directamente el alto Tribunal en materia de reagrupación familiar.

En el capítulo cuatro analizaremos la evolución de la Ley de Extranjería en Turquía desde el periodo del Imperio Otomano hasta la actualidad. Así como también la protección internacional, el régimen jurídico y el derecho de la reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho de extranjería turco, regulados mediante la nueva ley de extranjería y protección internacional nº 6458 de 04/04/2013, y su Reglamento de ejecución de 17 de marzo de 2016. Se analizan el objetivo y el ámbito de aplicación de la ley de extranjería, también las reformas realizadas y medidas tomadas al respecto, para adaptar la normativa de extranjería turca con la normativa europea. Estas reformas se han vinculado a la pretensión de que Turquía se adhiriese a la UE.

Y, finalmente, en el capítulo V analizamos de una forma sistemática las diferencias considerables que existen entre la legislación de extranjería español y turca, en especial en lo relativo a la reagrupación familiar con el objetivo de realizar un estudio de derecho comparado entre España y Turquía en esta materia.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 4259/2010, (Sala 3ª. Sección 5ª Madrid) de 1 de junio de 2010. Nulidad de los arts. 2.1, 2.2 apartados a), b), c), art. 9.4.a) y d) del RD 240/2007. Id Cendoj: 28079130052010100299. Nº de Recurso: 114/2007.

CAPÍTULO I
DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS.
EL DERECHO A LA REAGRUPACION FAMILIAR

I. CONCEPTO DE LA FAMILIA

Con los cambios producido en los últimos décadas, y teniendo en cuenta las características propias de la familia actual, Rodrigo y Palacios señalan que se puede definir la familia como la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se supone duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, en el cual existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia⁶. Con la gran variedad de tipos de familia que actualmente existen en la sociedad, resulta difícil proponer un concepto de familia que integre un contenido uniforme, por que las diferencias sobre el significado del término varían no sólo por razones de carácter ideológico, sino también en función de la tradición, la historia, la cultura, la vida religiosa, la época y lugar de cada sociedad.

Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁷, afirman la inexistencia de un concepto intemporal de familia, proponiendo que, más exacto que hablar de familia en singular, como institución universal y única, es hablar de “familias” en plural, para designar modelos con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente.

En todos los casos, la familia se considera como institución básica de toda sociedad, su importancia como base de la estructura social, otorga a la familia un lugar especialmente atrayente tanto desde el punto de vista de su protección jurídico como desde la perspectiva de las políticas públicas para garantizar su consolidación y desarrollo social, al menos, así se ha aceptado prácticamente en todos los documentos aprobados por la Comunidad internacional. Son muchos los convenios y tratados internacionales donde se reconocen el

⁶ RODRIGO LOPEZ, María José y PALACIOS, Jesús, “La familia como contexto de desarrollo humano” en RODRIGO LOPEZ, M. J y PALACIOS, J (coords.), *Familia y Desarrollo Humano*, editorial Alianza Madrid 1998, pp. 25 a 44 (pág.33).

⁷ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Alberto, *Sistema de Derecho civil, Vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª Edición, Tecnos, Madrid 2006, pág. 32.

derecho a la vida familiar y la importancia de proteger este derecho. Entre estos, los principales Tratados y Convenios internacionales en esta materia son los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su artículo 12 señala que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Y también en su artículo 16 reconoce que “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 disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Y en el apartado 3 del mismo artículo señala la importancia de que la familia sea el elemento natural y fundamental de la sociedad y tenga derecho a la protección de la sociedad y del Estado⁸. Fernández Sánchez señala que, la redacción del texto de DUDH (art.16.3), sobre el reconocimiento del derecho a la protección de la familia y de la unidad familiar, presenta dos características que son, por un lado, su carácter contundente que se desprende del propio carácter natural y fundamental de la sociedad, que tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Y por otro, su carácter genérico, lo que requerirá precisiones y reglamentaciones concretas por parte de los Estados, que genéricamente están obligados a arbitrar fórmulas de protección social de la familia⁹.

En los artículos 7, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁰, se reconocen condiciones de existencia dignas para la familia, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluida alimentación, vestido y vivienda adecuada, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. La obligación de conceder a la familia, que reconoce como el elemento natural y fundamental de la sociedad, la protección y asistencia más amplias posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Publicado en «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979. www.un.org/es/documents/udhr/.

⁹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio., “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, N.º. 1, 2001, pág. 375.

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 entrada en vigor 3 de enero de 1976. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. Así como también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹ donde en su artículo 23 reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y el derecho a la protección de la sociedad y del Estado, se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. El convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDM)¹², en los artículos 10, 12, 13 y 14, recoge la protección de la mujer y la necesidad de asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia. En la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹³, en sus artículos 5, 8 y 16, se establece que los Estados partes del convenio deben respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención, así respetar, entre otros, el derecho del niño a las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y de su familia (CIPDTM)¹⁴, también recoge los derechos de la familia en diferentes artículos, incluyendo la protección de los trabajadores migrantes y sus familiares y que el derecho a la vida de los trabajadores migrantes y tanto como sus familiares estará protegido por ley. En el ámbito regional podemos señalar los artículos 8 y 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

¹² Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981. Publicado en: «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

¹³ Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor 2 de septiembre de 1990. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁴ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003, después de ser ratificado por al menos 20 Estados según lo dispuesto en el artículo 87 del convenio. Actualmente 45 países ratificaron el convenio. España y ningún país europeo han ratificado el convenio por el momento.

Fundamentales¹⁵, que reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, el derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho. Los artículos 7 y 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁶, recogen el derecho al respeto de vida privada y familiar y garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. O la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁷, que en su artículo 17 bajo el título de protección a la familia reconoce, al igual que otros pactos y convenios mencionados anteriormente, que, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, así también se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en dicha Convención¹⁸.

En sentido estricto, el término “familia” es el grupo que está formado por el vínculo conyugal, formado por el padre, la madre y los hijos que están bajo su potestad.

En sentido amplio, y como señala Albaladejo¹⁹, “familia” es el grupo de personas unidas por el vínculo de parentesco matrimonial de sangre, por el vínculo de parentesco político o por el vínculo conyugal que hace familiares a los cónyuges, pero no los convierte en parientes entre sí. También define el matrimonio como la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia.

Con la velocidad de la evolución y el cambio de la sociedad actual, el concepto tradicional de familia se ha transformado bastante. Dicha evolución y cambio hace que estas

¹⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Publicado en: «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Publicado en: «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

¹⁸ IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara., “El valor de la directiva 86/2003 sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, en *la Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 11, Nº 26, 2007, pp. 129-132.

¹⁹ ALBALADEJO GARCIA, Manuel., *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, duodécima Edición. Edisofer, S.L., Madrid 2013, pp. 30 y ss.

transformaciones sean más diversas y dinámicas. La evolución de la sociedad y la de la mentalidad, empujó a la sociedad occidental actual hacia un modelo multicultural en el que junto a la familia tradicional conviven distintos modelos de familia: parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, familias monoparentales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Pese a esta evolución y cambios, la familia sigue cumpliendo un rol importante en cuanto a ser un núcleo fundamental de la sociedad. Dicho de otra forma, la familia seguirá siendo un reflejo de la sociedad existente, independientemente del “modelo de familia” que sea. Los factores de la multiculturalidad en los “modelos de familia” son, fundamentalmente, por una parte, las migraciones a Occidente de personas procedentes de entornos culturales y jurídicos diferentes o alejados de Occidente, y por otra, la dispersión internacional de las familias: la migración a Occidente, o la libre circulación de personas en Europa, que hace que sean frecuentes, las familias que se trasladan de un país europeo a otro, o las familias formadas por miembros de varios países europeos²⁰.

En España, con las últimas reformas del derecho de familia, se puede afirmar que estamos asistiendo a una auténtica redefinición del derecho de familia, especialmente la ley 13/2005 de 1 de julio²¹, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio tradicional entre hombre y mujer con el fin de permitir que éste sea contraído por personas del mismo sexo²², donde textualmente establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”²³. Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo progenitor. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

²⁰CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI” en *Anales de derecho*, Nº 21, 2003, pp. 109-143 (pág. 112).

²¹ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Publicado en: «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005.

²² Díez Pícazo, Luis María., “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, Indret. *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2 de 2007, pág. 8 y 9.

²³ El apartado 2 del artículo 44 del Código Civil español. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en: «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

1. *Familia nuclear y Familia extensa*

La familia extensa se compone de más de una unidad nuclear siempre y cuando coexistan bajo un mismo techo, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás. Por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos. La familia extensa predomina en las sociedades preindustriales, como respuesta a las necesidades económicas, sociales y políticas con una estructura patriarcal y prácticamente en las zonas rurales y agrarias. En Occidente después de la industrialización, esta forma de familia se ha extinguido prácticamente debido al proceso de evolución de la sociedad, que cambió la economía agrícola tradicional a otra economía a base de la producción mecanizada. Este proceso, tuvo como consecuencia ciertos cambios entre los que se incluye una mayor urbanización y posteriormente procesos migratorios desde las zonas rurales a las zonas urbanas. William J. Goode²⁴ en su obra más conocida analizó profundamente los cambios radicales que ocurrían en los sistemas familiares en el mundo, tanto en la sociedad occidental industrializada como otras sociedades como la islámica árabe, África subsaharianos, India, China y Japón. Goode añade que otras sociedades también pasaran por los procesos de industrialización y urbanización, y afirma que durante la revolución industrial en Occidente, los individuos se habían vuelto más autónomos y menos dependencia en la familia extensa, así como también pronosticó, que la familia occidental basada en una unidad familiar conyugal se extendería. A juicio de Goode, la familia nuclear se ajustaba idealmente a las necesidades de una economía industrial, “persona autónoma, especializada y libre de los estrechos vínculos con su hogar de origen”.

Murdock, “después de investigar a 250 sociedades, llego a la conclusión de que la existencia de familia nuclear era universal y define a la familia nuclear como un grupo social, caracterizado por una residencia común, cooperación económica y producción que incluye adultos de ambos sexos, los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada, con uno o más hijos, propios o adoptados. La familia nuclear ha sido

²⁴ GOODE. William Josiah, *WORLD REVOLUTION AND FAMILY PATTERNS*. Published: [New York] Free Press of Glencoe 1963. Capítulo II. Family changes in the West.

tradicionalmente la unidad básica de la estructura de la familia más grande”²⁵. Es desde la familia nuclear que se aprenden los primeros valores como el amor, la tolerancia y la convivencia. Sin embargo, las tasas crecientes de divorcio, los matrimonios retrasados y el parto retrasado continúan afectando a la prevalencia de la familia nuclear. En el seno de una familia nuclear está la unión entre una madre y un padre de tal forma que un matrimonio existente o una unión legal entre el padre y la madre es un aspecto determinante de una familia nuclear. Las responsabilidades tales como el cuidado, la educación y el desarrollo de los hijos, así también como la economía familiar o tareas del hogar para poder llevar una familia nuclear son exclusivamente de ambas partes, tanto el hombre como la mujer de la casa. Las familias nucleares modernas son normalmente pequeñas en tamaño y tienden a ser íntimas, sin embargo existen algunas variaciones leves en que algunas familias tienen una madre, padre y muchos hijos biológicos o adoptivos. Estas también son familias nucleares, aunque no son el modelo de la familia moderna pequeña. La familia nuclear produce la unidad emocional de la estructura familiar. La familia nuclear es impermanente porque en algún momento los niños de esa familia dejan de vivir con sus padres para crear sus propias familias. Del término de “familia nuclear”, se entiende que la familia es "núcleo" de otros grupos familiares, que se compone del padre, la madre, sin hijos o con mayor o menor número de hijos, que se define por la relación sanguínea entre los padres y sus hijos y el matrimonio entre los padres. En las sociedades occidentales el término familia se refiere fundamentalmente a la institución compuesta por los cónyuges y su descendencia, sin obviar que también se mantienen relaciones con otros familiares tales como abuelos, tíos, primos, etc. Esta concepción en su sentido estricto de la familia es lo que se denomina familia nuclear²⁶.

Hoy en día, es más común ver a otras variaciones de familias que no incluye en el término de familia nuclear y que no encajan en esta construcción. De hecho el término "familia nuclear" no cubre adecuadamente lo que la mayoría de la gente hoy en día considera familia. En la actualidad, existe una amplia gama de modelos familiares, como, familias sin hijos, familia de padres separados (divorciados), familia adoptiva, familia compuesta, parejas del mismo sexo y hogares monoparentales, parejas de hecho con o sin hijos, que

²⁵ MURDOCK, George Peter., capítulo primero de, *SOCIAL STRUCTURE*. New York: The MacMillan Company, 1949. En <https://archive.org/details/socialstructurem00murd>.

²⁶ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves. *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2011, pp. 47 y 48.

representan un gran número de familias que no están incluidas dentro de la descripción de la familia "nuclear".

La familia nuclear ha venido experimentado una disminución de su importancia en la sociedad occidental por cambios que han desdibujado su estructura familiar y su naturaleza. Elizabeth Gernsheim²⁷, describe a la familia nuclear como un modelo de familia conviviente formada por los miembros de un único núcleo familiar, el grupo formado por el padre, la madre y sus hijos, donde el padre es el proveedor, la madre y sus hijos son sujetos pasivos bajo su autoridad y protección, se encuentra históricamente vinculada a los cambios sociales introducidos por la revolución industrial europea. Según la opinión de Gernsheim, sobre la disminución de la importancia de la familia nuclear, señala en relación a dicha institución, que fue el pilar y el centro de la vida social de la civilización occidental, que su lugar ha sido tomado por “otras formas de familia”. La autora añade que, si consideramos la evolución histórica de la cuestión desde el siglo XIX es fácil ver que, tanto en Alemania como en los países occidentales, ha tenido lugar un cambio masivo de los fundamentos institucionales de la relación matrimonial. Si todavía en el siglo XIX había una serie de regulaciones normativas por influencia, especialmente, de las iglesias y de supuestos jurídicos encaminados al mantenimiento, al menos de cara al exterior, del matrimonio, y que operaban como un soporte, cualquiera puede observar que en el transcurso del siglo XX tales supuestos fueron desapareciendo poco a poco, o dicho de otro modo, se fueron eliminando paulatinamente, hasta llegar a la situación actual, un conjunto de tabúes y barreras que en otros tiempos al menos dificultaban una separación y a menudo la hacían del todo inviable²⁸.

Es difícil intentar adoptar legislativamente una determinada forma de familia que sea la única reconocida legalmente con una determinada moral. Actualmente existe una serie de fenómenos que ya están teniendo lugar en todas las sociedades occidentales. No solamente existe un núcleo familiar derivado de una unión matrimonial o una unión estable entre personas de distinto sexo, sino también las uniones de personas del mismo sexo, parejas

²⁷ BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, traducción castellana Pedro Madrigal, 1ª ed. 1ª imp. Paidós Ibérica, Barcelona, 2003, pp. 131 a 133.

²⁸ *Ibidem* BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, “La reinención de.....”, *op. cit.*, pág. 50.

de hecho, madres solteras, familias con hijos adoptados, o hijos con métodos de Reproducción humana asistida ²⁹, etc.

2. Familia desde la perspectiva jurídica

Desde el punto de visto jurídico, el derecho de la familia es la parte de Derecho Civil que regula relaciones jurídicas familiares. Estas son, por una parte, las relaciones conyugales que abarcan el tratamiento del matrimonio, su institución, requisitos, situaciones de crisis matrimonial y régimen económico matrimonial. por otra parte, las relaciones de filiación tanto matrimonial como extramatrimonial, adoptiva o de la reproducción asistida relacionada con la patria potestad. Y en tercer lugar las instituciones tutelares (guarda de hecho, tutela, curatela), creadas con el fin de la protección de los menores abandonados, sin familia o los incapacitados. Las normas e instituciones del derecho de familia que regulan las relaciones personales y patrimoniales en una relación jurídico familiar, se establecen en función del lugar que se ocupa cada miembro en esta relación. De aquí, con todo lo anterior señalado, desde el punto de visto jurídico, la familia, se refiere al conjunto de vínculos jurídicos que regulan las relaciones entre los miembros que la integran.

En esta misma línea, Díez Picazo y Gullón Ballesteros, argumentan que la familia pertenece al terreno de la intimidad del individuo y que no hay inconvenientes desde el punto de vista social general para que cada grupo familiar se construya con arreglo a modelos distintos, ni para que todos ellos puedan coexistir en el seno de una sociedad pluralista y libre. De hecho, en el estado actual de nuestra sociedad, la familia no es un organismo público o cuasi público, sino un cauce de desarrollo de fines estrictamente personales, dominado por el principio de personalidad y, por tanto, perteneciente de lleno al mundo del Derecho Privado. Ahora bien, todo ello no impide para que algunos intereses familiares puedan ser objeto de normas de Derecho público³⁰.

²⁹ En España, la “gestación por sustitución”, está prohibida según establece el Artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que integran el orden público internacional español y establece la nulidad de pleno Derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

³⁰ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Alberto, “*Sistema de Derecho civil.....*”, *op. cit.*, pp.37 a 39.

En el Código Civil español³¹, los artículos 42 a 180, regulan las relaciones de las personas pertenecientes a la institución familiar entre sí y respecto de terceros, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales.

El reconocimiento del matrimonio se logra a través de un acto jurídico que establece las relaciones jurídicas conyugales. El artículo 44 de código civil español regula esta institución y se establece que, “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. El artículo 32 de la CE relativo al derecho a contraer matrimonio y a su garantía institucional dice “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

Díez Picazo y Gullón señalan que, el punto de partida de nuestro sistema matrimonial lo constituyen otros preceptos constitucionales, tales como el artículo 14 de la CE que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, el artículo 16.1 de la CE de libertad religiosa, así como su apartado 2 de dicho artículo de no obligatoriedad de declarar la ideología, religión o creencias, y finalmente su apartado 3 del citado artículo del principio de no confesionalidad del Estado³².

En nuestro Código Civil no se define el matrimonio, pero el Código de Familia de Cataluña³³, en el título 3 del libro segundo, artículo 231/2, incluye una definición del matrimonio, y se señala que “el matrimonio es una institución que establece un vínculo jurídico entre dos personas, originando una comunidad de vida en que los cónyuges deben respetarse, ayudarse, guardarse lealtad, prestarse socorro mutuo y actuar en interés de la familia”. En especial, el deber de guardarse lealtad, es un sentimiento de respeto y fidelidad a los principios morales. Así también añade que “en el matrimonio ambos cónyuges tienen los mismos derechos y deberes, especialmente atender y cuidar a otros

³¹Código Civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en «BOE» núm. 206, de 25/07/1889, Y entrada en vigor 16/08/1889.

³² DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Alberto, “*Sistema de Derecho civil.....*”, *op. cit.*, pp.66y ss.

³³ Código Civil de Cataluña, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010, entrada en vigor: 01/01/2011.

miembros de la familia que estén a su cargo y viven con ellos”³⁴. Por otro parte, el artículo 231/1, establece que la familia goza de la protección jurídica determinada por la ley. Esta protección ampara sin discriminación a las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y a las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes. Como podemos ver, el artículo 231/1 al indicar “familias derivadas de la convivencia estable en pareja o progenitor solo con sus descendientes” reconoce la misma protección a las diversas modalidades de familia³⁵.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 40 también subraya la importancia de la familia y la protección de la misma, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas³⁶. Respecto a la convivencia estable en pareja, y desde el punto de vista jurídico, se requiere la continuidad de la relación entre la pareja para llegar a ser una institución familiar, y en este caso la ley exige que la convivencia alcance al menos un año. En relación con la familia sin descendencia, como ya sabemos, los esposos al unirse y cumpliendo las exigencias expuestas por la ley (matrimonio, estable, etc.), crean la unidad familiar. La falta de descendientes, no afectara a que no exista la institución familiar. De hecho existen muchas familias que por decisión propia o por alguna otra razón no tienen hijos y no se pone en duda su condición de familia. Respecto a los descendientes, el artículo 39 de la CE señala la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. El artículo 108 de Código Civil español regula que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones

³⁴ *Vid.* Código Civil Cataluña, artículo 231.2, matrimonio.

³⁵ *Vid.* Código Civil Cataluña, artículo 231.1, La heterogeneidad del hecho familiar.

³⁶ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Publicado en: «BOE» núm. 172, de 20/07/2006. El artículo 40 del Estatuto de autonomía dispone que “los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas. La misma norma estatutaria señala también la protección que la ley debe dar a los niños, jóvenes, personas con discapacidades y ancianos. La igualdad de las distintas uniones estables de pareja, teniendo en cuenta sus características, con independencia de la orientación sexual de sus miembros y la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u orientación sexual, así como promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la xenofobia, de la homofobia y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas. Debido a que la familia es, el referente esencial de los ciudadanos y de la sociedad. En todas las sociedades, es uno de los ámbitos vitales mejor valorados y tiene gran importancia para los miembros de la familia.

de dicho Código³⁷. Así pues, no puede haber diferencias en la protección de los hijos por su carácter matrimonial, por naturaleza o por adopción.

Uno de los objetivos del derecho de familia es, la regulación del matrimonio. El Código Civil español, exige que el matrimonio debe contraerse conforme a las disposiciones de dicho Código para que jurídicamente sea válido³⁸, y añade que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos para los contrayentes del mismo o diferentes sexo. Para que haya matrimonio, debe existir el consentimiento matrimonial. Entre los requisitos exigidos por el Código Civil están los incluidos en los artículos 46 y 47, donde se indican a las personas a quienes se prohíbe contraer matrimonio. La obligación de celebración del matrimonio ante la autoridad competente, viene recogida en el artículo 51 de C.c. De no cumplir los requisitos exigidos por Código Civil, es nulo el matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración³⁹. El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración y en caso de no inscribirlo en el Registro Civil no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas⁴⁰.

El matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Aquí hay que recordar que con la nulidad y el divorcio, desaparece el vínculo existente entre los cónyuges, pero en caso de separación legal, esta situación causa la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, por lo tanto entre los conyugues sigue existiendo el vínculo matrimonial, dando que la separación legal, (o de hecho) en general es una situación pasajera, debido a que los cónyuges pueden reconciliarse o separarse definitivamente⁴¹.

³⁷ *Vid.* el Código Civil español, artículo 108, “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

³⁸ *Vid.* el apartado 1 del artículo 44 del Código Civil

³⁹ *Vid.* los apartados 1 a 5 del artículo 73 del Código Civil.

⁴⁰ Artículo 61 de Código Civil.

⁴¹ *Vid.* el artículo 83 de código civil “...producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Y en su artículo 84 “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él.....”.

3. *Familia Monoparental*

Para que una familia sea definida como monoparental, uno de los requisitos es la no convivencia en pareja. Ines Alberdi define la familia monoparental formada por personas solas con niños o jóvenes dependientes económica y socialmente a su cargo, entendiendo por personas solas aquellas que no tienen pareja sexual estable con la que conviven, cualquiera que sea su estado civil⁴². Esta forma de familia se estructura en torno a la figura de un único progenitor, hombre o mujer adulta. La existencia y residencia habitual en el hogar familiar de, al menos, un hijo o hija en el grupo familiar que esté a cargo de la persona adulta es una condición necesaria para hablar de monoparentalidad. Se entiende por persona menor a aquella residente en el hogar, que tiene menos de 18 años y también a aquella de entre 18 y 24 años que no desarrolla actividad remunerada y, por tanto, no aporta ingresos laborales al mismo. La conceptualización de monoparentalidad como realidad terminológica ha sido reciente ya que este término fue importado del Derecho francés en los años 70, como aproximación a la expresión anglosajona “one-parent-family”.

La monoparentalidad puede derivar de circunstancias muy diversas, y puede ser resultado de una opción voluntaria o de circunstancias no deseadas, entre las cuales se encuentran algunas vinculadas a la relación matrimonial (viudedad, separación de matrimonio o divorcio) o vinculadas a la natalidad (madres solteras). De modo que, siguiendo la clasificación efectuada por Rodríguez y Luengo⁴³, una familia monoparental está constituida por un único progenitor. Esto es, por un padre o una madre que resida habitualmente sin su pareja, sin importar su estado civil. El hecho de que un núcleo familiar tenga una sola persona responsable puede deberse a diferentes causas que hacen que las circunstancias en cada caso sean diferentes, y por tanto actúen sobre sus miembros también de manera diversa. Así, puede tener su origen en un proceso de cambio familiar debido a las situaciones de ruptura voluntaria e involuntaria de la pareja, que obliga a una reestructuración de la unidad familiar, o por ausencia definitiva de uno de los integrantes

⁴² ALBERDI ALONSO, Inés., *La nueva familia española*, editorial Taurus, 1999, Madrid. Así también ALBERDI ALONSO, Inés., *Las mujeres viudas y las familias monoparentales*, en IGLESIAS de USSEL, Julio (coord.), *Las familias monoparentales: Seminario hispano francés*, celebrado en Madrid, diciembre de 1987, 1988, pp. 99-108.

⁴³ RODRÍGUEZ SUMAZA, M y LUENGO RODRÍGUEZ, T., “Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales”, en *la Revista de Sociología Papers*, nº. 69, 2003, pp. 59-82.

de la pareja (fallecimiento). Así también la ausencia ocasionada por diversos motivos como, por razón de trabajo, privación de libertad (encarcelamiento), hospitalización por enfermedades prolongadas, viaje o emigración y etc. Así también como una monoparentalidad que puede ser vinculada a la natalidad (biológica) de madres solteras o por adopción⁴⁴.

Tal y como mencionan estas autoras, una parte importante de la población experimenta a lo largo de su vida diversas situaciones de monoparentalidad, tanto como hijo o como progenitor, pero generalmente representan una fase de trayectorias en las que el individuo se integra en diferentes tipos de familia, así que no todas las estructuras familiares monoparentales tienen un carácter necesariamente permanente⁴⁵. Difícilmente podemos hablar de familia monoparental como un tipo posible de forma familiar, cuando en la realidad nos encontramos con diferentes tipos de familias monoparentales como consecuencia de que las personas acceden a la monoparentalidad por vías muy diversas, disponen de aprendizajes sociales diferentes, son diferentes las situaciones sociales a las que a diario se enfrentan y es plural el significado que los hechos tienen para sus miembros⁴⁶.

Rodríguez y Luengo⁴⁷ realizan un análisis en su trabajo, sobre los elementos más destacados de todas las definiciones extraídas sobre monoparentalidad, señalando los siguientes como elementos fundamentales;

- a) Presencia de un solo progenitor en el hogar: la no convivencia en pareja es una condición indispensable para que una familia pueda ser considerada como monoparental. Puede ser progenitor o progenitora y en la mayoría de los casos adulto/a.
- b) La presencia de uno o varios hijos/as en el hogar familiares: la existencia y residencia habitual en el hogar familiar de, al menos, un hijo o hija en el grupo familiar que esté a cargo de la persona adulta es una condición necesaria para hablar de monoparentalidad.
- c) La dependencia de los hijos y/o hijas: este punto es clave en todas las definiciones en tanto que se concibe como otro de los requisitos indispensables que ha de cumplir toda

⁴⁴ RODRÍGUEZ SUMAZA, M y LUENGO RODRÍGUEZ, T., “Un análisis del concepto.....”*op.cit.*,p. 69.

⁴⁵ *Ibidem.* pp. 64 y 65.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 62

⁴⁷ *Ibidem.* p.69-72

familia monoparental. Sin embargo, la polémica surge al definir qué se entiende por dependencia de los hijos e hijas respecto a la persona adulta. Esta dependencia se suele vincular al estado civil y a la edad del hijo o hija, por debajo de la cual se considera dependiente.

d) Heterogeneidad en las causas que derivan la monoparentalidad. Para terminar este análisis de los elementos esenciales inherentes a la propia definición de monoparentalidad hay que señalar la enorme complejidad de este fenómeno multidimensional, caracterizado, además, por la multitud de circunstancias que pueden dar lugar a la formación de una familia monoparental. Sin duda, la sociedad se caracteriza por el constante cambio y la evolución. Si bien en épocas pasadas los orígenes de este tipo de familias se circunscribían a los casos de la viudedad o la separación de la pareja por motivos laborales, enfermedad o privación de libertad o procreación al margen del matrimonio, hoy en día encontramos otras vías de acceso, tal es el caso de las separaciones conyugales y el divorcio o la adopción por parte de una única persona adulta.

En la mayoría de los países, las familias monoparentales sufren un mayor riesgo de pobreza y dificultades sociales que los núcleos biparentales. En primer lugar, el hecho de hacer frente en solitario al cuidado de los hijos supone siempre una dificultad añadida, una sola fuente de ingresos y de tiempo de cuidado. Además, dado que la mayoría de los núcleos monoparentales están encabezados por mujeres, es mayor la probabilidad de que la persona adulta tenga un trabajo peor retribuido o a tiempo parcial. La monoparentalidad suele conllevar más dificultades para hacer compatibles horarios de trabajo y atención de los menores.

4. Familia Homoparental

Otra tipo de familia nueva es la familia homoparental. Es aquella compuesta por una pareja de hombres o de mujeres, ya sea con hijos adoptivos o hijos biológicos de alguno de los dos, donde las parejas se convierten en progenitores de uno o más niños. Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial en el caso de las mujeres. También se consideran familias homoparentales aquellas en las que uno de los dos miembros tiene

hijos de forma natural de una relación anterior (familias homoparentales reestructurada con hijos de una relación heterosexual anterior).

Hace casi cuatro décadas que la homosexualidad dejó de considerarse una enfermedad mental dentro del mundo oficial de la psicoterapia y la psiquiatría, ya que todos y cada uno de los innumerables estudios al respecto habían confirmado que no hay diferencias de ninguna clase entre heterosexuales y homosexuales más allá de la orientación sexual y tanto homosexuales como heterosexuales pueden ser buenos padres.

La investigación científica ha mostrado de manera consistente que padres gays y madres lesbianas son tan capaces y adecuadas como los padres y madres heterosexuales. La investigación ha documentado que no existe relación entre la orientación sexual de los progenitores y cualquier tipo de medida sobre la adaptación emocional, psicosocial y conductual del menor. También afirma que las habilidades como progenitores de madres lesbianas y padres gays pueden ser superiores a los de progenitores heterosexuales equivalentes. La literatura existente indica que el bienestar físico, económico, psicológico y emocional de los progenitores se incrementa con el matrimonio, y que los hijos se benefician al ser criados por dos progenitores que se encuentran dentro de una unión legal y socialmente reconocida⁴⁸.

La científica Susan Golombok, en un estudio que fue dirigido por ella sobre familias homoparentales, con 14.000 madres heterosexuales, lesbianas y madres solteras, a través de cuestionarios y entrevistas aplicadas a madres, hijos y profesores, concluyó que los hijos de madres lesbianas y madres solteras homosexuales, demuestran el mismo desarrollo y ajuste social que los hijos de madres heterosexuales. De sus décadas de investigación, la investigadora resumió sus resultados en una frase: “sea cual sea la forma de una familia, la calidad de las relaciones que se den en ella es mucho más importante

⁴⁸ SHORT, Elizabeth y otros “Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families” *A Literature Review prepared for The Australian Psychological Society* Agosto 2007. Asimismo, Johnson, S., & O’Connor, E. (2002). *The gay baby boom: The psychology of gay parenthood*. New York: New York University Press. Véanse también Thompson, N. L., McCandless, B. R., & Strickland, B. R. (1971). “Personal adjustment of male and female homosexuals and heterosexuals” *In Journal of Abnormal Psychology*, Vol 78(2), Oct 1971, 237-240. <http://dx.doi.org/10.1037/h0031990>. Los autores, después de una investigación comparativa entre 127 hombres y 84 mujeres homosexuales con 123 hombres y 94 mujeres heterosexuales, se demuestran que padres y madres homosexuales generan apegos seguros y ejercen autoridad en los hijos con la misma efectividad que los padres heterosexuales.

que su estructura⁴⁹. La homoparentalidad, el matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres y la adopción de hijos por parejas del mismo sexo, hoy en día, forman parte de nuestra realidad social y hay que entender esta nueva forma de familia, y para lograr hacerlo sin ser guiados por los prejuicios, tenemos que estar informados.

5. Familias unidas por lazos puramente afectivos que mantienen relaciones conyugales estables no matrimoniales

Las uniones extramatrimoniales, término con el que se hace referencia a la pareja conviviente no unida por el lazo formal del matrimonio. De acuerdo con la ley, son las relaciones formadas por dos personas, mayores de edad o menores emancipados, que voluntariamente deciden vivir en común de forma estable, manteniendo una vida similar a la del matrimonio, sin someterse a la regulación legal de esta institución. Se trataría pues, de una unión extramatrimonial.

Una forma de familia que hasta época reciente, su número era muy escasa, con un amplio rechazo hacia este tipo de familia. En la actualidad las uniones extramatrimoniales se han extendido en Occidente de modo extraordinario y han obtenido una aceptación social e incluso un cierto grado de reconocimiento legal y jurisprudencial hacia las mismas. Factores como la concentración en núcleos urbanos y la desvinculación de la familia de su entorno, la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo como consecuencia de la independencia económica, han influido en el crecimiento de parejas de hecho o parejas no casadas⁵⁰. Una pareja de hecho está compuesta por dos personas entre quienes hay un vínculo similar al de un matrimonio. Este se puede demostrar por los hijos en común, pero también a través de documentos, testigos, etc. La Constitución española no regula la unión estable de pareja, pero tampoco la prohíbe, aunque sí se refieren a ella en distintas leyes, entre las cuales esta, la Ley de Arrendamientos Urbanos o la Ley de

⁴⁹ GOLOMBOK, S., y TASKER, F., y MURRAY, C., “Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and the socioemotional development of children of lesbian and single heterosexual mothers”, *for Journal of Child Psychology and Psychiatry*, Volume 38, Issue 7, 1997, pp. 783 y ss.

⁵⁰ DIRK J. Van de Kaa, The Idea of a Second Demographic Transition in Industrialized Countries Paper presented at the Sixth Welfare Policy Seminar of the National Institute of Population and Social Security, Tokyo, Japan, 29 January 2002. También en esta línea, Non-marital cohabitation in Italy, Chapter 1 Cohabitation in an International Perspective; Chapter 2 Theoretical Framework (Theoretical Considerations on Transition to Cohabitation in Italy).

Violencia de Género⁵¹. Casi todas las Comunidades Autónomas regulan la unión de hecho de forma específica y exigen requisitos para que se les aplique la ley de uniones de hecho de dicha comunidad⁵². Todas en común consideran la pareja de hecho, la unión formada por personas que conviven en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable, existiendo una relación de afectividad y durante un período ininterrumpido. Algunas de las Comunidades Autónomas, como Cataluña, Asturias, Canarias, Madrid, Valencia, Andalucía o del País Vasco, regulan las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual.

La Comunidad de Madrid reconoce la unión de hecho, regulada por la ley 11/2001⁵³, como la unión formada por las personas que conviven en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de 12 meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el registro de uniones de

⁵¹ Art.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, publicado en *BOE* núm. 313, de 29/12/2004. Artículo 1. objeto de la ley.

⁵² Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía Publicado en: «*BOE*» núm. 11, de 13 de enero de 2003 y el Decreto 35/2005, de 15 de febrero, por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho.

Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, Comunidad Autónoma del Principado de Asturias «*BOPA*» núm. 125, de 31 de mayo de 2002, y el Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho.

Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares «*BOIB*» núm. 156, de 19 de diciembre de 2001 y el Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares y se regula su organización y gestión.

Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias y el Decreto 60/2004, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, «*BOE*» núm. 135, de 7 de junio de 2005.

El Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre, de modificación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativa a la creación del Registro de parejas estables, «*BOE*» núm. 297, de 12 de diciembre de 2015.

Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Decreto 35/1997, de 18 de marzo, de creación del Registro de uniones de hecho. Orden de 14 de Mayo de 1997, por la que se regula el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, «*BOPV*» núm. 100, de 23 de mayo de 2003, y el Decreto 124 /2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho. Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana, «*BOE*» núm. 268, de 7 de noviembre de 2012.

⁵³ Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Publicado en *BOCM* núm. 3 de enero de 2002.

hecho de la Comunidad de Madrid. Hay que recordar que los artículos 4 y 5 de la ley de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid han sido declarados inconstitucionales⁵⁴.

Con la regulación de las parejas de hecho en las distintas legislaciones de Comunidades Autónomas, podemos concluir que “una pareja de hecho está compuesta por dos personas entre quienes hay un vínculo similar al de un matrimonio que se puede demostrar por los hijos en común, pero también a través de documentos, testigos, etc. La prueba más concluyente es la firma de un contrato privado o ante notario, en el que se refleja esta unión, o bien la inscripción en un registro de parejas de hecho. Las parejas de hecho disponen de algunos derechos comunes con los unidos en matrimonio, generalizados en casi todas las autonomías, como son el acceso a subvenciones, viviendas públicas, concesión de ayudas y becas, pero también tienen limitaciones que afectan de modo diferente en cada caso, como pensión de viudez, asistencia sanitaria, herencia, o la adopción.

II. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicha Declaración es importante por ser el texto internacional en el que por primera vez en la historia de la humanidad se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. A lo largo de los años lo establecido en la DUDH ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger. Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. Dicha Declaración junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”. Dicha Declaración en su preámbulo señala que

⁵⁴ El texto reproducido incorpora las modificaciones efectuadas por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 2013, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad nº 6760/2003, planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

gozar de la libertad, la justicia y de la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Asimismo considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión⁵⁵.

1. *La protección de la familia y la vida familiar en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos y Tratados Internacionales*

La familia es la institución social más importante y su especial protección fue reconocida por los principales instrumentos universales dirigidos a la protección de los derechos humanos⁵⁶. La importancia de la familia, como núcleo y origen de la sociedad y un pilar fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, es indiscutible. A lo largo de la historia, los Estados se han esforzado en proteger y desarrollar a la familia, mediante su regulación en las leyes ordinarias, en los ordenamientos constitucionales. Cada vez un número mayor de constituciones en el mundo contemplan esta institución en su texto, reconociéndole derechos e imponiendo obligaciones en beneficio de la familia y de la sociedad⁵⁷. En el ámbito internacional, el derecho de la familia se recoge en diferentes

⁵⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos,*op.cit* , La Asamblea General proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

⁵⁶ ARENAS GARCÍA, Rafael., “Problemas derivados de la reagrupación familiar”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. V (2005), p. 269-270.

⁵⁷ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania Artículo 6 “El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal”. Constitución de la República Francesa de 4 de octubre de 1958, anexo II, “La nación asegurara al individuo y la familia, las condiciones necesarias para su desarrollo”. Constitución de Grecia de 9 de julio de 1975, artículo 21, “Queda bajo la protección del Estado

Tratados y Declaraciones Internacionales⁵⁸. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 16 establece lo siguiente: “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 a fundar una familia, disfrutarían de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. El apartado 3 de dicho artículo señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁵⁹.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁰ de 3 de enero de 1976, en su Artículo 10 y 11 expresa lo siguiente:

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. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”, (art. 10).

“Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”, (art. 11).

la familia, como fundamento de la conservación y el desarrollo de la nación, así como el matrimonio, la maternidad y la infancia. La constitución de Irlanda de 1 de julio de 1937, artículo 41.1.1º, “el Estado reconoce a la familia como el grupo unitario natural, primario y fundamental de la sociedad y en su apartado 2º “el compromiso del Estados de otorgar protección a la familia en su constitución y autoridad como base necesario de orden social y como indispensable al bien de la nación y Estados. Constitución Italiana de 27 de diciembre 1947, artículos 29 a 31, “la republica reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio y artículo 31 “la republica estimulara con medidas económicas y otros providencias la constitución de la familia y el cumplimiento de las tareas inherentes a ella”. Y entre otros, La Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976 los artículos 67, 68 y 69. Constitución Venezolana de 17 de noviembre de 1999, artículo 75. Constitución de la república federal de Brasil de 1988, artículo 226.

⁵⁸ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Servicio Editorial Argitalpen Zerbitzua, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 30-36.

⁵⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, , *op. cit.*, art 16

⁶⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, , *op.cit.*, artículos 10 y 11.

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, rescatando su necesidad de configurarse como sujeto de protección por parte de la sociedad y del Estado, se reconoce (también) el derecho del hombre y de la mujer a contraer libremente matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ellos y por último se crea la obligación a la Estados de garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo y de proteger a los hijos, en caso de disolución del mismo.⁶¹

En el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece “los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en esta Convención”. Como vemos se reconoce expresamente que la función principal en la crianza de los niños recae en sus progenitores en su ámbito familiar.⁶²

A nivel regional, también podemos señalar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 17, en relación con la protección de la familia establece que, “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello”⁶³.

El artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el cual se reconoce el derecho de toda persona a constituir una familia, por su importancia para la sociedad y por su especial naturaleza, se le considera merecedora de protección por parte del Estado y de la sociedad. “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”⁶⁴.

⁶¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,*op. cit.*, artículos 17 y 23.

⁶² Convención sobre los Derechos del Niño,*op. cit.*, art 5.

⁶³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos;*op. cit.*, art 17

⁶⁴ Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, el artículo 6.

El artículo 15 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar”⁶⁵.

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sobre la vida privada y familiar señala que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”⁶⁶.

El artículo 18 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, establece que “la familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Esta estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral, y que el Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad”⁶⁷.

En síntesis, de lo expuesto en los párrafos anteriores, revisando las leyes y normas en lo relativo al derecho de la vida familiar y la protección del mismo, tanto en los textos constitucionales como en los pactos y tratados en el plano regional e internacional, es posible observar cómo la familia es punto inicial de la creación de la sociedad y debe ser protegida y preverse el otorgamiento de garantías, para que toda persona pueda ejercer el derecho a vivir y desarrollarse dentro de una familia. Hay que tener en cuenta que la primera manifestación de conciencia sobre los derechos humanos se aprehende desde la familia y que los individuos alcanzan su desarrollo pleno como tales, en el seno de una

⁶⁵ Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador", adoptado En: San Salvador, El Salvador el 11 de noviembre 1988. Entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.

⁶⁶ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 3 de septiembre 1953. www.echr.coe.int.

⁶⁷ Carta africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (CARTA DE BANJUL), aprobada el 27 de julio de 1981 en Nairobi, Kenia, entrada en vigor el 21 de octubre 1986. www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf.

familia. Por su importancia en el desarrollo de la sociedad, la familia debe ser protegida por los Estados y esta protección debe ser efectiva y concreta, para lograr sus objetivos⁶⁸.

2. La protección de la vida privada y familiar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con los principios reconocidos por el artículo 8 del Convenio y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El derecho a la vida familiar es un derecho fundamental de toda persona, internacionalmente reconocido, derecho que la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (de aquí adelante CEDH)⁶⁹, reconoce directamente en su artículo 8, que otorga una protección amplia y genérica a la estructura familiar. El primer párrafo del artículo 8 del CEDH consagra una multiplicidad de derechos íntimamente conectados a la esfera de la personalidad, como derecho a la vida privada, la vida familiar, respeto al domicilio y la correspondencia. El segundo apartado del artículo 8 del CEDH, en el que con carácter general, recoge la protección del individuo contra injerencias arbitrarias o injustificadas de los poderes públicos. El artículo 60 del CEDH señala que “ninguna de las disposiciones de dicha Convención será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos o libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier alta parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. El artículo 19 del CEDH señala lo siguiente “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las altas partes contratantes del presente convenio y sus protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El Tribunal funciona como un mecanismo de control para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales o cualquiera de sus protocolos adicionales en toda Europa y de los derechos reconocidos en el CEDH que imponen al Estado no sólo obligaciones negativas, de abstenerse de llevar a cabo actuaciones que los

⁶⁸ CORTÉS MARTÍN, José Manuel, “Inmigración y derecho de reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?” En Anuario de Derecho Europeo, N°. 4, 2004, pp. 29-32.

⁶⁹ Convención Europea de Derechos Humanos, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953. Tiene por objeto proteger los Derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. Se inspira expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

menoscaben, sino también obligaciones positivas, de protegerlos activamente contra los daños que los amenacen. El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ⁷⁰, en lo relativo al respeto de la vida privada y familiar establece lo siguiente,

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. Un derecho fundamental que se reconoce a toda persona, sea ciudadano comunitario o nacional de terceros países, y por tanto debe ser garantizado a todos en el territorio comunitario y por todos los Estados Miembros.

Por otro lado también, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷¹ ha reconocido tempranamente la existencia de derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del derecho y por ende de la jerarquía normativa del Derecho supremo de la Unión Europea (el Derecho primario). La institución judicial de la Unión Europea a partir de los años 60 ha desarrollado una etapa de activa protección de los derechos fundamentales, invocando diversos tratados internacionales, en especial el CEDH y aplicando los principios comunitarios. Entre los derechos fundamentales de ámbito general reconocidos por el Tribunal de Justicia de la UE, se encuentra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, en su proyección de derecho a la reagrupación familiar o unidad familiar⁷². Durante mucho tiempo, los Tratados europeos no incluyeron un catálogo escrito de estos derechos, se limitaban a hacer referencia al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por ejemplo

⁷⁰ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que contiene provisiones de Derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa; una vez ratificado este, hace la Carta legalmente vinculante para todos los países con excepciones para Polonia y el Reino Unido. La carta no forma parte del Tratado de Lisboa (estaba previsto que formara parte de la Constitución Europea, pero al no aprobarse esta, se modificó la previsión), pero por la remisión en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa se hace vinculante para todos los Estados. Publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2012, C 326/39.

⁷¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), creado en 1952, es una Institución con el poder judicial de la Unión Europea, para interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea, y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacionales. Las sentencias del TJ tiene carácter vinculante en los Estados miembros.

⁷² La Spina, Encarnación., “La protección de la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas” en *la Revista de cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 14, 2006 (Ejemplar dedicado a: Textos de las Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006), PP. 5 y 6.

en el Tratado de Maastricht⁷³ firmado el 7 de febrero de 1992, en el título 1 artículo F, expone que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. En el mismo convenio, el artículo K.1.3, b) del título VI sobre las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, incluía la reagrupación familiar de los nacionales de los terceros Estados entre los ámbitos considerados de interés común para la realización de los fines de la Unión, en concreto de la libre circulación de personas. Por ello, una primera extensión del sujeto protegido se produce en el marco de los acuerdos de asociación con terceros países, ampliándose por tanto a trabajadores no comunitarios y sus familias.

Con el avance de la Unión Europea y la adopción del Tratado de Lisboa⁷⁴, a finales de 2009, la situación ha dado un cambio considerable, puesto que, desde entonces, como ya hemos señalados antes, la Unión cuenta con una Carta de los derechos fundamentales jurídicamente vinculante. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión “se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”.

El artículo 6 del TUE prevé, por su parte, lo siguiente “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados”.

“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”.

⁷³ Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (TUE), Firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1993, el Tratado de Maastricht, posteriormente ha sido modificado por los Tratados de Ámsterdam, Niza y Lisboa.

⁷⁴ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, enterada en vigor el 1 de diciembre de 2009. Sus principales objetivos son: aumentar la democracia en la UE, incrementar la eficacia de la actuación de la UE y su capacidad para enfrentarse a los actuales desafíos globales, como el cambio climático, la seguridad y- -el desarrollo sostenible. Publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de diciembre de 2007 /C 306/01.

“Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

El artículo 7 del TUE retoma una disposición del anterior Tratado de Niza⁷⁵ por la que se establece un mecanismo preventivo en el caso de que exista “un riesgo claro de violación grave” por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE, y otro mecanismo de sanción en caso de que se constate «una violación grave y persistente» por parte de un Estado miembro de esos valores. El Parlamento Europeo cuenta a la vez con un derecho de iniciativa que le permite poner en marcha el primero de estos mecanismos y con un derecho de control democrático, ya que debe dar su aprobación a la ejecución de los mismos. Este mecanismo se ha activado en relación a la posible violación de la legislación europea por parte de Hungría, así también como en el caso de Polonia, al considerar que la controvertida reforma judicial en Polonia amenaza el Estado de Derecho en este país⁷⁶.

Finalmente en el título VII, artículo 52 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, se expone que “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por dicha Carta deberá ser establecido por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. El artículo 53 de la Carta, referido al nivel de protección se

⁷⁵ Tratado de Niza por el que se modifican Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Objetivo de la Tratado de Niza era sobre la composición de la Comisión, de la ponderación de votos en el Consejo y de la reforma de las instituciones para que la Unión pueda funcionar eficazmente tras posteriores ampliaciones. Publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, el 10 de marzo de 2001, C 80/1.

⁷⁶ Parlamento europeo, documento de sesión B8-0295/2017. Propuesta de resolución tras las declaraciones del Consejo y de la Comisión presentada de conformidad con el artículo 123, apartado 2, del Reglamento sobre la situación en Hungría (2017/2656(RSP), 10.5.2017. Asimismo también resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2016, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (2015/2254(INL) y resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2015, sobre la situación en Hungría (2015/2935(RSP).

Parlamento europeo, documento de sesión B8-0854/2016 de 29.6.2016. Propuesta de resolución tras las declaraciones del Consejo y de la Comisión presentada de conformidad con el artículo 123, apartado 2, del Reglamento sobre los últimos acontecimientos en Polonia y su incidencia sobre los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016/0774(RSP).

establece, “ninguna de las disposiciones de dicha Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos y de las libertades fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”. Las limitaciones que se adopten, conforme a los artículos 52 y 53 de la Carta, no pueden ser absolutas, sino que se encuentran sujetas a ciertos límites, así como al cumplimiento del principio de proporcionalidad.

3. La vida familiar y la reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea

Dentro del marco regional europeo, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), es un instrumento efectivo que presenta una importancia decisiva en la protección del derecho a la reunificación familiar de los inmigrantes. El artículo 8 del CEDH, protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar y su artículo 12 el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. La interpretación de estas disposiciones por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dado lugar a una amplia jurisprudencia en la que se establecen importantes garantías dirigidas a salvaguardar la vida familiar de los extranjeros⁷⁷.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, las normativas y los tratados han ido acogiendo una concepción cada vez más amplia de la familia. El Tratado de la Unión Europea de 1992 y los anteriores tratados no contenían referencia alguna expresa a la familia hasta la reforma realizada por el Tratado de Lisboa⁷⁸ y la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. La única referencia indirecta a la familia tenía lugar

⁷⁷ STEDH asunto Abdulaziz cabales y Balkandali c. Reino Unido de Gran Bretaña (15/1983/71/107-109). 25 de mayo 1985. Publicaciones de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos Serie A. n.94. También STEDH de 13.6.1979, Serie A n° 31, p. 15, § 31.

⁷⁸ Tratado de Lisboa (17.12.2007/C 306/01) Diario Oficial de la Unión Europea. Con el Tratado de Lisboa se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en el que se prevé de forma expresa el desarrollo de una política común de inmigración por parte de la Unión Europea. Los arts. 62, 63 y 63 bis se señala que «la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros.

en artículo 42 del TCE⁷⁹ (actual artículo 48 del Tratado Funcional de la Unión Europea), en que, a propósito de la libre circulación de los trabajadores, se hace referencia a los derechohabientes de los mismos, personas cuyos derechos derivan de otros. Así, con el Tratado de Lisboa, se modificó el artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea, el actual artículo 81 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸⁰, y se añadió un apartado 3 en lo relativo al derecho de familia con repercusión transfronteriza. Por su parte, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dedica dos artículos directamente a la familia, y otros cuantos más indirectamente a la misma. El artículo 7 reconoce el derecho de respeto a la vida privada y familiar y el artículo 9 reconoce el derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia. Dicho artículo garantiza el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio de este derecho. También el artículo 33 de la Carta (CDFUE), garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión fue aprobada el 7 de diciembre de 2000 y adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo⁸¹. La Carta no confería nuevos derechos, sino que procedía a codificar y clarificar los ya existentes en el ámbito europeo, tomando como fuente de inspiración las convenciones internacionales, las tradiciones constitucionales comunes de los EEMM y la jurisprudencia comunitaria. Con ello, la Carta venía a dotar de mayor visibilidad a los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, reforzando su

⁷⁹ El Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en 1992 en la ciudad holandesa de Maastricht, fue concebido como la culminación política de un conjunto normativo formado por los tratados preexistentes denominados pilar comunitario. Los entonces vigentes eran tres, con los nombres de las respectivas Comunidades Europeas a que daban lugar: el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

⁸⁰ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30.3.2010 C 83/49. Es el más antiguo de los tratados que fundamentan jurídicamente la actual Unión que fue firmado en Roma en 1957 como Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Y desde entonces se ha pasado por diversas reformas y distintas denominaciones (como Tratado CEE, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y finalmente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hasta actualidad, el Tratado Funcional De La Unión Europea. Hoy en día es el texto en que se contiene con mayor detalle el marco jurídico en que se desarrollan las distintas políticas y acciones de la Unión en todos sus ámbitos y los principios constitucionales que los rigen.

⁸¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea* «DOUE» C 83/389 de 30.3.2010.

posición frente a las instituciones comunitarias y los EEMM encargados de la aplicación del Derecho de la Unión⁸².

En lo relativo a la inmigración y reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea, aunque se habían adoptado algunas resoluciones previamente al Tratado de Ámsterdam con el propósito de ir armonizando las distintas legislaciones de los Estados miembros, así la resolución sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reunificación familiar SN 282/1/93 que facilitaba la reagrupación familiar de los nacionales de países terceros con la residencia permanente a largo plazo⁸³; se puede decir que la política comunitaria en materia de reagrupación familiar, en sentido estricto, no comienza hasta la adopción del Tratado de Ámsterdam⁸⁴. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, y la introducción de un nuevo título denominado visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas⁸⁵, se intentan unificar las legislaciones estatales en esta materia. Con este intento del Tratado de Ámsterdam, cuyo objetivo fundamental era el de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia común, se adoptaron medidas esenciales para garantizar la libre circulación de personas, junto a una serie de medidas de acompañamiento relativas a la inmigración. Medidas sobre política de inmigración en que se establecen condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de

⁸² Véanse el ANEXO IV de Consejo Europeo de Colonia el 3 y 4 de junio de 1999, relativa a la decisión del Consejo Europeo respecto a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde el Consejo consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la UE. “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea recoge en un único texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. Estos derechos, se basan esencialmente en los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta Social Europea del Consejo de Europa y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, así como en otros convenios internacionales a los que se han adherido la Unión Europea o sus Estados miembros”. El 1 de diciembre de 2009, la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante, según el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». La Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del derecho derivado y de las medidas nacionales.

⁸³ Resolución SN 282/1/93 WGI 1497 Rev.1. aprobada en Copenhague el 1 de junio de 1993. Esta Resolución insta a facilitar la reagrupación familiar de los nacionales de países terceros «asentados regularmente en el territorio de un Estado miembro, sobre la base de una perspectiva de residencia permanente a largo plazo».

⁸⁴ Véanse, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio., “*El derecho de reagrupación familiar.....*, op. cit., págs. 380-383.

⁸⁵ Los arts. 61 a 69 del Título IV del TCE, bajo el título "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas".

visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, todo ello en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam⁸⁶. Podemos decir que a través del Tratado de Ámsterdam, la cuestión de la inmigración comienza a ser competencia de la Unión Europea, que se trata de una comunitarización de la materia de extranjería que se vincula a la libre circulación de personas⁸⁷. En el Derecho de la Unión Europea, el régimen jurídico aplicable al derecho a la reagrupación familiar va a depender de la nacionalidad del sujeto que la solicite, de hecho cuando hablamos de reagrupación familiar, no hay que pensar solo en un extranjero de un tercer Estado residente en la Unión Europea que pretende traer consigo a sus familiares, sino que también puede tratarse de un ciudadano de la Unión, el que pretende reagrupar a familiares extranjeros de terceros Estados. En la práctica, se prevé un régimen distinto para la reagrupación familiar, dependiendo que el reagrupante sea un ciudadano de la Unión Europea o, por el contrario, sea nacional de un tercer Estado (no miembro de la Unión Europea)⁸⁸. En el primer caso, estamos ante el régimen europeo de reagrupación familiar recogido en la Directiva 2004/38/CE⁸⁹ aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea y, en el segundo nos encontramos ante el régimen de extranjería contenido en la Directiva 2003/86/CE⁹⁰, aplicable a los nacionales de terceros Estados. Dos procedimientos distintos que sin duda, como analizaremos más

⁸⁶ Véanse el artículo 73 I del título III bis, visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas de tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997.

⁸⁷ ARENAS GARCÍA, Rafael., El sistema español de extranjería y su fiscalización por el TJCE, en J.J. Forner Delaygua (coord.), *Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: Relaciones internacionales y Derecho*, número 33 de los Cuadernos de la Escuela Diplomática, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 117-144.

⁸⁸ ARENAS GARCÍA, Rafael., “*Problemas derivados de la reagrupación familiar*”....., *op. cit.*, p. 271.

⁸⁹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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. La directiva se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. La directiva ha codificado y sistematizado las normas anteriormente dispersas, profundizando en la línea de extensión de derechos. El plazo de transposición finalizó el 30 de abril de 2006, momento a partir del cual los derechos establecidos en la Directiva son directamente aplicables y ejercitables por sus titulares.

⁹⁰ La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003. «DOCE» L251, 3.10.2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. La nueva Directiva europea nació para garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea, para lo cual reconoce y garantiza a estas personas un derecho a la reagrupación familiar. Considerando con las Propuestas cuatro, quinto y seis de la Directiva (2003/86/CE) del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar.

adelante, establecen un régimen mucho más favorable para los ciudadanos europeos y otra menos favorable para los nacionales de terceros Estados⁹¹.

En septiembre de 2003, se aprobó una Directiva sobre el derecho a la reunificación familiar (2003/86/CE). El primer instrumento jurídico aprobado por la Unión Europea en el ámbito de la inmigración legal, como parte de tratamiento de la política de inmigración de la Unión Europea. Esta Directiva establece las condiciones y circunstancias en virtud de las cuales, aquellos ciudadanos de terceros países que residan legalmente en unos de los Estados miembros tienen derecho a traer a la Unión Europea a sus maridos, esposas e hijos menores⁹². Dicha Directiva junto con la Directiva del consejo 2003/109/CE relativa al estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración, que en primer lugar tiene por objeto establecer las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración y los derechos correspondientes, y en segundo lugar, establecer las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que les haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto⁹³, así también como otras tres directivas⁹⁴, han sido establecidas como mecanismos legislativos para armonizar la legislación nacional relativa a la admisión y residencia de los ciudadanos de terceros países.

Con la Directiva 2003/86/CE, se establece un nuevo derecho a escala europea, que es, el de reagrupar con el extranjero residente a los miembros de su familia en el país de acogida. La consecuencia inmediata de este reconocimiento es que los Estados miembros deben incluir este derecho en su legislación y autorizar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio siempre que cumplan los requisitos establecidos en la Directiva, pudiéndola negar únicamente en los supuestos en ella contemplados y siempre

⁹¹ LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa., “La familia en la Unión Europea: el derecho a la reunificación familiar”, *en la Revista Boliviana de Derecho*, N°. 20, 2015, pp. 216 y 217.

⁹² GÓMEZ CAMPELO, E., “El derecho a la reagrupación familiar según la Directiva 2003/86/CE”, *en Actualidad Administrativa*, n° 13, 2003, pp. 1551-1560.

⁹³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia., *La transposición de Directivas UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, CIDOB, Barcelona, 2006, pp. 53-55

⁹⁴ Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, la Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado y la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

de manera justificada⁹⁵. Hay que recordar que muchas de las disposiciones de la Directiva de carácter abierto y ambiguo, dejan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros⁹⁶, lo que ha causado una transposición desigual de esta norma, lo que implica como resultado que, de momento, la armonización de la reagrupación familiar en la Unión Europea sea una armonización de mínimos⁹⁷, tema que tendremos ocasión de analizar más adelante.

En 2004 se adoptó una nueva Directiva de carácter general, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. La Directiva tiene por objeto alentar a los ciudadanos de la Unión Europea a ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en los Estados miembros⁹⁸, reducir la burocracia al máximo y ofrecer una mejor definición de la situación de los miembros de las familias, así como limitar la posibilidad de denegar la entrada o dar por concluido el derecho de residencia. En virtud de la Directiva 2004/38/CE, se consideran miembros de la familia, el cónyuge, la pareja registrada (si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la relación de pareja registrada al matrimonio), los descendientes directos menores de 21 años o los mayores a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada y los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o la pareja registrada.

III. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho internacional privado es el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones privadas en las cuales aparecen uno o más elementos extraterritoriales. Dicho

⁹⁵ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, en la *Revista Teoría y realidad constitucional*, Nº 14, 2004, pp. 267- 269.

⁹⁶ IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara., “*El valor de la Directiva 86/2003 sobre reagrupación familiar*”*op. cit.*, pp.142 y 147 a 150.

⁹⁷ Véanse el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, Bruselas, 8.10.2008 COM (2008) 610 final, donde señala “que el impacto de la Directiva en la armonización en el ámbito de la reagrupación familiar sigue siendo limitado. El carácter poco vinculante de la Directiva deja a los Estados miembros un margen de apreciación demasiado amplio, y en algunos Estados miembros los resultados incluso han rebajado las normas al aplicar disposiciones «opcionales» de la Directiva sobre ciertos requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de una forma demasiado amplia o excesiva.

⁹⁸ La Directiva 2004/38/CE, se aplica cuando el nacional comunitario ha hecho uso de su derecho a la libre circulación y está residiendo en un EM distinto al de su nacionalidad, en cuyo caso también sus familiares no comunitarios tienen derecho a residir con su cónyuge en el nuevo Estado Miembro.

de otra forma, el Derecho internacional privado es aquella rama del derecho que tiene como objeto estudiar y solucionar la competencia judicial internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras⁹⁹. Esta rama del derecho analiza las relaciones jurídicas internacionales, entre privados o donde haya un interés privado, donde existe un elemento extranjero, ajeno al derecho local, vinculando a los sistemas jurídicos de Estados. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo¹⁰⁰, señalan que la función del Derecho internacional privado es “resolver los problemas que suscitan los conflictos de intereses sociales derivados de las relaciones privadas de tráfico externo”. Y así también apuntan que “cualquier relación jurídica que ponga en relación a distintos sistemas jurídicos nacionales, se caracteriza por la presencia de un “elemento de extranjería”, esto es, elementos presentes en la relación que no aparece conectado con la esfera nacional.¹⁰¹ El objeto de las normas de Derecho internacional privado es el estudio del “tráfico jurídico externo”, debido a existencia de este elemento extraño en las relaciones privadas que superan las fronteras de un Estado, y que aparecen conectadas con otro Estado. Por tanto, el objeto del Derecho internacional privado estaría constituido por las relaciones jurídicas con elementos de extranjería y no por las normas¹⁰². También señalan que toda relación privada que incluya un elemento de extranjería es objeto de estudio por parte del Derecho internacional privado¹⁰³.

Según señala Esplugues Mota, la presencia de un elemento de extranjería en una concreta situación o relación jurídica, y su consiguiente vinculación con más de un ordenamiento jurídico, origina directamente en las autoridades judiciales o extrajudiciales un conjunto de cuestiones que no se hacen presentes en aquellas ocasiones en que la situación o relación jurídica a debate se encuentra vinculada exclusivamente con el ordenamiento jurídico interno. En este último caso no es necesario, en principio, cuestionarse acerca de su competencia para conocer del litigio o de cuál sea la ley aplicable al fondo del mismo. Pero al contrario, aquellos supuestos en que se hace patente un elemento de extranjería, lógicamente, genera un nivel de complejidad y dificultad, inexistente en las situaciones vinculadas a un único ordenamiento jurídico. Por tanto, el DIPr constituye un sector del

⁹⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004. pp. 45 ss.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*Curso de Derecho.....*”, *op. cit.*, Pág. 37.

¹⁰¹ *Ibidem.* pp. 45 y 47.

¹⁰² *Ibidem.* p.41.

¹⁰³ *Ibidem.* P.49.

derecho privado estatal cuyo objetivo es la regulación de aquellas relaciones entre particulares ya sean éstos personas físicas o jurídicas que presenten un elemento de extranjería¹⁰⁴.

La importancia de la unidad familiar como núcleo merecedor de especial protección ha sido reconocida por los principales instrumentos, tanto universales como regionales, dirigidos a la protección de los derechos humanos, sin que haya de llevarnos a excluir las cuestiones familiares del Derecho internacional privado. En el ámbito de la inmigración no hay que descartar los intereses estatales y por otro lado también, el principio establecido y generalmente aceptado de Derecho internacional, según el cual, la reglamentación de la entrada y admisión de extranjeros en el territorio de un determinado país ha sido siempre competencia exclusiva del Estado, constituyendo una prerrogativa más que dimana de su soberanía territorial¹⁰⁵.

Los movimientos internacionales de trabajadores, desplazamientos de personas por diferentes motivos entre países y especialmente en la Unión Europea, ocurre cada vez con mayor frecuencia. Los lazos familiares entre personas de diferentes Estados miembros de la Unión europea o de fuera de ella, y los asuntos derivados de dichas relaciones, como ejercer el derecho a reagrupar sus familiares con ellos, exige irremediamente que las resoluciones judiciales relativas a la disolución del vínculo matrimonial y los efectos del mismo como responsabilidad parental de los menores, separaciones y etc., obtenidas en un Estado, puedan ser reconocidas y ejecutadas en otro Estado miembro¹⁰⁶.

Las principales herramientas que facilitan el acceso a la justicia transfronteriza son el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, basado en la confianza recíproca entre los Estados miembros, y la cooperación judicial directa entre tribunales nacionales¹⁰⁷. En virtud del artículo 81 del TFUE, el Derecho de la Unión Europea interviene en las medidas relativas al derecho de familia con repercusión

¹⁰⁴ ESPLUGUES MOTA, Carlos y otros, *Derecho Internacional Privado*, 8ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 82 y 83.

¹⁰⁵ CARRILLO SALCEDO J.A, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2ª reimpresión, 1994, p. 265.

¹⁰⁶ PALOMO HERRERO, M.^a Yolanda, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental” en JIMENO BULNES, Mar (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, editorial Bosch, Barcelona, 2007, pp. 153 a 166 (p. 155).

¹⁰⁷ Artículo 81.1 del TFUE.

transfronteriza a través de las normativas que se aprueba desde las instituciones europeas como un elemento más del Derecho internacional privado de cada Estado miembro¹⁰⁸. La necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de las personas dentro del mercado interior europeo, como también la garantía de la misma, crean inevitablemente interacciones entre el derecho de familia y las demás disciplinas comunitarias. En el marco del proceso de europeización del derecho de familia ha de abordarse, en concreto, la viabilidad de una armonización de normas materiales reguladoras en relación con dicha materia¹⁰⁹. Así se adoptaron Reglamentos para dar respuesta a algunas de las cuestiones de Derecho internacional privado en materia del derecho de familia en relación con divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, responsabilidad parental y alimentos, de los regímenes económicos matrimoniales o en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Conforme a lo establecido en el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo¹¹⁰, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento Bruselas II bis), sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, si la resolución, auto o sentencia procede de un Estado miembro de la Unión Europea, será reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir al procedimiento alguno. Un instrumento jurídico europeo que ayuda a las parejas internacionales a resolver litigios por motivos de divorcio y de custodia de los hijos en los que haya más de un país implicado¹¹¹. El Reglamento (UE) n° 1259/2010¹¹² que contiene

¹⁰⁸ Según establece el apartado 3 del artículo 81 del TFUE, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. Esta decisión se comunicará a los Parlamentos nacionales, y en caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.

¹⁰⁹ LLODRÀ GRIMALT, Francisca., La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales? En Jornades de Dret Català a Tossa, Ponències a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, primera ponència L' "Europeïtzació" del Dret de Família, 23 i 24 de setembre de 2004. En civil.udg.edu/tossa/2004/index.htm.

¹¹⁰ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. Publicado en «DOCE» n° L 338 de 23 de diciembre de 2003.

¹¹¹ Debe señalarse que existen otros 2 instrumentos complementarios en materia de ley aplicable, a nivel mundial (fuera de la UE) y en los que la Unión Europea participa, que son el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación

normas sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. El Reglamento (CE) n° 4/2009¹¹³ relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos sobre obligaciones de alimentos para los cónyuges y los hijos.

El Consejo autorizó recientemente una cooperación reforzada con respecto a los aspectos patrimoniales de las parejas internacionales, el Reglamento (UE) 2016/1103 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 regímenes económicos matrimoniales¹¹⁴. A lo que se refiere al efecto del ámbito territorial del dicho Reglamento, solo afecta a los Estados que acordaron el mecanismo de cooperación reforzada sobre esta materia, autorizada por la Decisión UE 2016/954, sin embargo, el resto de los países de la Unión podrán sumarse a la normativa en cualquier momento, una vez adoptándola formalmente. Así también en relación con derecho de las parejas registradas, el Reglamento (UE) 2016/1104¹¹⁵ 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.

en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Con respecto a los menores que son sustraídos por uno de sus progenitores, el Convenio de La Haya, que cuenta con 93 Estados signatarios entre los que se incluyen todos los Estados miembros de la UE, se basa en un objetivo muy simple: la rápida restitución de los menores sustraídos. De forma paralela, se ha producido un intenso debate en torno a la mejora de las disposiciones del Reglamento Bruselas II bis, en vigor desde hace más de 10 años, relacionadas con esta cuestión.

¹¹² Reglamento (UE) n° 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, publicado en «DOUE», L 343 de 29 de diciembre de 2010.

¹¹³ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, publicado en «DOCE», L 7 de 10 de enero de 2009.

¹¹⁴ Reglamento (UE) 2016/1103 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 regímenes económicos matrimoniales, publicado en «DOUE», L 183/1 de 8 de julio de 2016.

¹¹⁵ 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, publicado en «DOUE», L 183/30 de 8 de julio de 2016.

Existe una propuesta (COM(2016) 411 final de 2016)¹¹⁶ de refundición del Reglamento (CE) n° 2201/2003, donde en su motivación y objetivos de la propuesta señala que el objetivo de la refundición es seguir desarrollando el espacio europeo de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua, suprimiendo los obstáculos que subsisten a la libre circulación de las resoluciones, en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo, así como proteger mejor el interés superior del niño mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficacia. De acuerdo con la evaluación de la comisión sobre el funcionamiento de dicho Reglamento, en la práctica después de diez años de la entrada en aplicación, en su informe de aplicación adoptado en abril de 2014, la comisión llegó a conclusión de que era necesario introducir una serie de modificaciones¹¹⁷. Según señala en el contexto de la propuesta, aunque en general se considera que el Reglamento funciona adecuadamente, la consulta de los interesados y una serie de estudios han puesto de relieve algunas lagunas en su funcionamiento actual que convendría subsanar. Entre los dos ámbitos cubiertos por el Reglamento, las cuestiones matrimoniales y las cuestiones de responsabilidad parental, parece que es en estas últimas donde se plantean graves problemas que es necesario abordar urgentemente.

Ahora bien, aunque con las unificaciones realizadas hasta el momento a través de los instrumentos sectoriales, especialmente la aprobación de los 2 últimos Reglamentos en materia de regímenes económico matrimoniales (RE (UE) 2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (RE (UE) 2016/1104), parcialmente quedan cubiertas algunas de las cuestiones en materia de derecho de familia, pero como se señala en un reciente informe encargado por el Parlamento Europeo, todavía existe una amplia lista de carencias en materia de familia y persona, como son la regulación del matrimonio, de las parejas registradas o instituciones similares, la filiación y adopción, la protección de adultos, etc.¹¹⁸.

El Derecho internacional privado de producción interna está constituido por las normas que elabora el legislador español en exclusiva, que pueden ser normas con rango de Ley

¹¹⁶ Véanse COM (2016) 411 final, Bruselas, 30.6.2016 (2016/0190 (CNS), la Propuesta de Reglamento del Consejo en lo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición).

¹¹⁷ Véanse el punto primero de la exposición de motivos de COM (2016) 411 final.

¹¹⁸ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz., “La política legislativa de la UE en DIPr. de familia. Una valoración de conjunto” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, N° 2, pp. 237 a 244.

Orgánica u ordinaria y también de rango reglamentario. En caso que la resolución procede de otros países distintos a la Unión Europea, se tendrán en cuenta los tratados internacionales o Convenios bilaterales firmados por España con esos otros países, así mismo la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil¹¹⁹.

IV. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales recogido y aceptado en todas las constituciones políticas y demás normas legales de los diferentes países del mundo, así como en los instrumentos internacionales que libre y voluntariamente algunos países han integrado a sus respectivas legislaciones. El derecho a la vida constituye un valor supremo cuya titularidad corresponde a todos los individuos de la especie humana. Hoy se reconoce que la familia no es sólo el eje capital del derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...), base insustituible para una organización estable y eficaz¹²⁰. Los derechos fundamentales se contienen en la Constitución (CE) con plena fuerza normativa, bajo el título I, de los derechos y deberes fundamentales. El artículo 13 de la Constitución española dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Según el art. 10.2 de la CE las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, por lo tanto el contenido del art. 13 de la CE, anteriormente señalado, tendrá que ser interpretado conforme a las exigencias del art. 10.2 de la Constitución. Los profesores Remotti Carbonell y Freixes Sanjuán, en relación con los derechos de los extranjeros apuntan que nuestra Constitución los consolida como

¹¹⁹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Publicado en: «BOE» núm. 182, de 31/07/2015. Entrada en vigor: 20/08/2015.

¹²⁰ PÉREZ SERRANO NICOLÁS: *Tratado de Derecho Político*, 2 edición, Civitas, Madrid, 1984, pág. 687.

verdaderos derechos atribuidos a un colectivo concreto, las personas físicas que no tengan nacionalidad española, cuyo ejercicio puede ser que necesite de ciertas peculiaridades, pero que no puede serles negado en modo alguno, salvo en los supuestos en que la misma Constitución atribuya la titularidad concreta de un derecho únicamente a los españoles¹²¹. En este sentido, la doctrina ha subrayado que nuestra Constitución de 1978 contempla con una muy notable amplitud, los derechos de los extranjeros. El profesor Alzaga, señala que nuestro Constitución ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España¹²².

En la Constitución española existen preceptos básicos, como los artículos 32 y 39, dedicado a la familia. Según se establece el artículo 32 de CE “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” añadiendo que “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Según lo establecido en el artículo 39 de la CE, los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la de los hijos, a los que se considera iguales ante la ley con independencia de la filiación y absoluta igualdad ante la ley, independientemente de que estos hijos sean frutos de un relación matrimoniales o extramatrimoniales. Asimismo señala que, “los poderes públicos aseguran la protección de las madres cualquiera que sea su estado civil” que se refiere al caso de las madres solteras, y se añade que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad a los efectos de determinar la filiación”. Asimismo dicho artículo concluye diciendo que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda¹²³. En la Constitución, también hay otros artículos que se refieren al interés de la familia. Según el apartado 1 del artículo 18 CE¹²⁴,

¹²¹ REMOTTI CARBONELL, J. Carlos y FREIXES SANJUÁN, Teresa., “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *en la Revista de derecho político*, Nº 44, 1998, pág. 113.

¹²² ALZAGA VILLAAMIL OSCAR; *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 2a edición, Madrid, 1998. Pág.53.

¹²³ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Alberto, *Sistema de Derecho civil, Vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª Edición, Tecnos, Madrid 2006, pág.39.

¹²⁴ Los artículos 18, 32 y 39 de la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (CE) de 1978.

se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y en su apartado 4, indica que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

El artículo 53 se establece que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la CE, vinculan a todos los poderes públicos. Dicho artículo señala que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)¹²⁵. Tal vinculación tiene dos sentidos: por un lado la vinculación negativa, como deber pasivo de no vulneración, que se contiene en el artículo 9.1 de la Constitución: " Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Y por otro lado la vinculación positiva, o deber de promoción activa de los mismos, en los términos del artículo 9.2 de la Constitución: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

1. El derecho a la intimidad familiar, el artículo 18 de la CE

El art. 18, apartado 1 de la Constitución española establece: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", son por lo tanto, unos derechos íntimamente relacionados con la dignidad personal, y el objetivo de su reconocimiento es garantizar el ejercicio de tales derechos al individuo, derechos innatos y fundamentales constitucionalmente protegidos. Respecto al derecho a la intimidad familiar, tal y como aparece configurado en la doctrina constitucional, que comprende esencialmente la protección de la persona en su ámbito familiar frente a injerencias externas aunque no cabe invocar el artículo 18 de la Constitución en relación a la protección de la familia. El TC en su sentencia nº 236/2007 rechazó tajantemente la

¹²⁵ Artículo 53, apartado 1 de la CE.

inclusión de la vida familiar dentro del derecho de intimidad familiar del art.18 CE¹²⁶, asimismo señaló que en nuestra Constitución no existe un derecho fundamental a la reagrupación familiar y ha manifestado que este derecho a la vida familiar “no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar de art. 18.1 CE”. Pilar Jiménez Blanco¹²⁷ señala que esta situación ha causado ciertas dudas sobre la compatibilidad de este posicionamiento constitucional con el criterio jurisprudencial marcado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), una incompatibilidad que el TC defiende, considerando que los objetos jurídicos protegidos por el art. 18.1 CE y el art. 8.1 CEDH no son los mismos, esencialmente el objeto jurídico protegido en el art. 18.1 sería la intimidad entendida en el sentido de privacidad personal y familiar. De hecho ante un mismo supuesto, el TEDH podría entender vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a la protección del derecho a la vida familiar, mientras que nuestro Tribunal Constitucional, en su interpretación estricta del concepto de intimidad familiar, y ante la inexistencia de un derecho fundamental que proteja tales situaciones, se vería imposibilitado de reconocer cualquier lesión de un derecho fundamental¹²⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentándose en las exigencias del artículo 8.1 CEDH¹²⁹, ha desarrollado una línea jurisprudencial que impone

¹²⁶ STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, publicado en «B.O.E» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007. Nulidad, inconstitucionalidad e interpretación de preceptos legales. “Este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad «se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. FJ 11.

¹²⁷ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar., Disertación: Derecho a la residencia en España y derecho a la vida familiar., www.academiaasturianadejurisprudencia.com/download/download_documento.php.

¹²⁸ C. CONDE-PUMPIDO, y otros, *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 328.

¹²⁹ Artículo 8 de CEDH:

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Apartado

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

a los Estados el respeto efectivo de la vida familiar¹³⁰. Su acervo jurisprudencial, cuyo objeto radica principalmente en las relaciones familiares paterno filiales y las medidas en relación con los extranjeros, despliega una eficacia preventiva y correctiva contribuyendo a ampliar enormemente el contenido del derecho a la vida familiar.

Es preciso señalar también que el artículo 96 de la Constitución española propone que “los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, y por lo tanto el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte del ordenamiento jurídico español. El Convenio es un referente para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, de esta forma y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 apartado 2 de la CE “dichas normas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

2. Protección a la familia, el artículo 39 de la CE

El artículo 39 de la Constitución española determina de manera expresa el alcance de la protección constitucional de la familia. En él se establece que: los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos con pleno igualdad ante la ley, con independencia de su filiación, nacidos dentro o fuera del matrimonio con pleno igualdad, en caso contrario ello conllevaría una discriminación para los hijos habidos fuera del matrimonio que sería contraria al derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 de la CE, y a la no discriminación por razón de filiación prevista en el artículo 39.2 de la CE. Se prevé la protección integral de las madres cualquiera que sea su estado civil, y se reconoce expresamente la situación de igualdad de las madres más allá de su estado civil, principio que hay que entender en relación con la legislación y actos que los poderes públicos pongan en marcha para la integración laboral y también otros derechos de carácter social de la mujer. La ley debe posibilitar a padres e hijos la investigación de paternidad, y los padres deberán prestar asistencia de todo orden

¹³⁰ STEDH, asunto (K.A.B C. España, petición nº 59819/08, Fecha: 10/04/2012). (Znamenskaya c. Rusia, nº 77785/01, de junio de 2005). (Anayo c. Alemania, nº 20578/07, de diciembre 2010).

a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio, en su minoría de edad y cuando indique la ley. De esta forma, la protección de los hijos queda recogida en el apartado 2 del artículo 39 de la CE respecto de los poderes públicos y se concreta en el apartado 3 al señalar que los padres tienen el deber de proteger a los hijos y asegurar que todos sean iguales con independencia de su filiación. El Tribunal Constitucional se pronunció con toda claridad desde un primer momento sobre el asunto de la filiación, señalando que la filiación no admite categorías intermedias y, por lo tanto, toda norma que quiebre la unidad en la determinación filiar de los hijos es discriminatoria por razón de nacimiento y contraria a la Constitución¹³¹. Los hijos adoptados quedan equiparados en derechos a los biológicos y en esa línea el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en alguna ocasión para descartar normas que señalaban que para que éstos pudieran acogerse a pensiones de orfandad el adoptante debía haber sobrevivido al menos dos años¹³². En el apartado 4 del artículo 39 CE expone que, los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales suscritos por España en lo que vale por sus derechos fundamentales y los derechos mencionados en la declaración de los derechos del niño de la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

Observando el contenido de artículo 39 de la CE, la familia que protege la constitución (CE) no es sola y exclusivamente la familia nuclear surgida de matrimonio, sino también a otras modalidades familiares. La protección se extiende y protege a los hijos fuera del matrimonio y también a los hijos adoptivos, al igual que los hijos matrimoniales. También la protección de las madres no casadas y familias de origen no matrimonial¹³³. Con todo lo señalado antes, y en virtud del artículo 39 de la CE, lo que realmente identifica a una familia con lazos de filiación, es la existencia de vínculos paternales filiales o, al menos, un núcleo de convivencia parental, y en menor medida el estado civil de los padres¹³⁴. En esta misma línea, el artículo 108 de Código Civil, confirma que “la filiación

¹³¹ STC, 84/1998 de 20 de abril. Publicado en *B.O.E* nº 120, 20 de mayo 1998.

¹³² STC, 200/2001 de 4 de octubre de 2001, publicado en *B.O.E* nº 266, 6 noviembre 2001.

¹³³ STC, 154/2006, de 22 de mayo de 2006. Recurso de amparo 5399-2002, Publicado en *B.O.E* nº. 148, de 22 de junio de 2006, páginas 21 a 29. Vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento: indemnización de orfandad para el hijo extramatrimonial de un fallecido en accidente de trabajo y cuya madre carece de derecho a ella.

¹³⁴ STC, 200/2001 de 4 de octubre de 2001, en su fundamentos jurídico 4.c dice “En este sentido, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b ; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5

puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial”¹³⁵.

Las parejas de hecho, con o incluso en las que no existe descendencia, son una forma de familia y por ello tendrán la protección jurídico constitucional de la familia que se encuadra dentro del catálogo de los llamados derechos sociales. La CE no regula expresamente las parejas de hecho¹³⁶, pero la constitución de una pareja de hecho, es un derecho que se deduce de los artículos como el artículo 10 de la CE relativo al libre desarrollo de la personalidad, o el artículo 14 de la CE en lo relativo a garantía de que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, o el artículo 18 de la CE, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar. Se integran en el ámbito del artículo 39 de la CE, y se garantizan según las previsiones del artículo 53 de la CE. Aunque las parejas de hecho son una forma de familia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que, no son realidades equivalentes al matrimonio, y no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la CE un trato diferenciado de ambos¹³⁷. Con la regulación de la familia en los términos que el artículo

; AATC 22/1992, de 27 de enero ; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)".

¹³⁵ Vid. Código Civil español, artículo 108.

¹³⁶ STC, 184/1990 de 15 de noviembre, Publicado en: «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 1990. Que el art. 39 de la Constitución, acerca de «la protección social, económica y jurídica de la familia», este precepto podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio, (FJ 2).

¹³⁷ Vid. STC, 184/1990 de 15 de noviembre. Donde en su FJ 3, señala que matrimonio y la convivencia extramatrimoniales no son realidades equivalentes siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida». Doctrina reiterada posteriormente por las sentencias de TS, entre cuales; SSTC 29/91 de 14 de febrero, 30/91 de 14 de febrero, 77/91 de 11 de abril y 66/94 de 28 de febrero. Respecto de las pensiones de viudedad, precisando a este propósito que la actual regulación de tales pensiones no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución (ATC 788/1987; en sentido análogo, AATC 1.021/1988 y 1.022/1988 en

39 de la CE propone, se han ido aprobando leyes que han modificado radicalmente la fisonomía del Código Civil en materia de derecho de familia. Las dos leyes principales de desarrollo del artículo 39 fueron, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil que se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio¹³⁸. Por este motivo y en virtud de la nueva modificación en materia de familia, España, el 27 de enero de 1984 se adhiere al Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962¹³⁹. Respecto al matrimonio de los contrayentes del mismo sexo, la Ley 13/2005, de 1 de julio modifica el artículo 44 del Código Civil, en el que se añade un segundo párrafo en dicho artículo con la siguiente redacción “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”¹⁴⁰. Dicha ley con la adaptación terminológica y con el fin de adecuar el tenor literal del Código Civil al nuevo texto del artículo 44 del Código, se ha modificado los artículos 66 y 67 del Código Civil sobre los derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio, el artículo 637 sobre las donaciones realizadas a los cónyuges, los artículos 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.365, 1.404 sobre el régimen económico matrimonial, así como el artículo 1.458 sobre la capacidad de los cónyuges para venderse bienes recíprocamente del Código Civil, donde estos preceptos contenían referencias explícitas al sexo de sus integrantes, con que se mencionaban términos marido o mujer. Dichas referencias se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. Por lo tanto, el término de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del

relación con el subsidio de desempleo por responsabilidades familiares previsto en el art. 13 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección del desempleo), ni contiene discriminación alguna en función de una «circunstancia social» que trate de excluir socialmente a las parejas que no hayan contraído matrimonio.

¹³⁸ ARANDA ALVAREZ, Elviro., Sinopsis artículo 39 de la Constitución española en www.congreso.es Inicio > Constitución española; Sobre lo mismo véanse RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac., El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 CE), en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, Nº. 5, 2015, pp. 3-13.

¹³⁹ Instrumento de Adhesión de 27 de enero de 1984 de España al Convenio número 5 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962. Publicado en: «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 1984.

¹⁴⁰ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, publicado en «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005.

mismo o de distinto sexo. Asimismo se han modificado también los arts. 154.1, 160.1, 164.2 del Código, relativos a las relaciones paterno filiales, cambiando las menciones genéricas al “padre” y a la “madre”, por la mención de los “progenitores” o por mencionar simplemente a “las personas que ejerzan la patria potestad”. En materia de adopción, se modificó los artículos 175.4 y 178.2 del Código Civil, que facilita la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente como matrimonio en virtud del artículo 44.2 del Código Civil¹⁴¹. Resumiendo todo lo anterior, con dicha reforma se modificó el Código Civil, permitiendo el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (matrimonios gays o lesbianas), equiparando este matrimonio al matrimonio tradicional entre el hombre y la mujer (matrimonio heterosexual) a todos los efectos, como son las obligaciones y derechos del matrimonio, la disolución del matrimonio (divorcio de la unión conyugal), las obligaciones propias del matrimonio como convivencia conyugal, deber de respeto y socorro mutuo...), los derechos hereditarios del viudo/a, el derecho a adopción y etc., eliminando así la discriminación de dicho colectivo (homosexual) en cuanto al derecho a contraer matrimonio con el fin de conseguir la igualdad sin tener en cuenta la orientación sexual de la persona.

3. El artículo 10 de la CE, la interpretación de las normas de conformidad con la DUDH y los Tratados y acuerdos internacionales

Como afirma Goig Martínez, el objeto principal de las constituciones, además de la definición y organización del ejercicio del poder, es la garantía del principio de libertad, es decir, los derechos y libertades enunciados constitucionalmente. El artículo 1.1 de nuestra Constitución se establece que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, defendiendo como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad y en su artículo 10.1 se establece que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento del orden y la paz social, por lo tanto dichos derechos y libertades vinculados a la dignidad de la persona y los derechos inviolables inherentes a ella se quedan protegido

¹⁴¹ Sobre este tema véanse GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio., “El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional” (relativo al análisis de la debatida constitucionalidad de la reforma del art. 44 del Código Civil, que, tras la ley 13/2005, permite contraer matrimonio entre personas del mismo sexo) en *la Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 13, 2005, pp. 133-164.

constitucionalmente y se convierten en la piedra angular del orden constitucional y fuente principal del orden jurídico político. Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Los derechos humanos suponen la concreción de las exigencias derivadas de la dignidad, la libertad, la igualdad, su reconocimiento, proclamación y su tutela constituyen un elemento necesario a la propia definición estatal como Estado social y democrático de derecho, lo que es especialmente importante en el constitucionalismo actual y, más concretamente, en nuestro modelo constitucional. En su acepción subjetiva, los derechos se mantienen y manifiestan como garantías de la libertad del individuo y la facultad con que cuenta una persona para reclamar el cumplimiento de las normas jurídicas, y en su acepción objetiva, donde a partir de la cual el contenido de los derechos deberá de ponerse a disposición de la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados. Los derechos, en virtud de la posición central que ocupan en el orden jurídico político, imponen la obligación a los poderes públicos y a los ciudadanos de dispensarles respeto absoluto, y a los intérpretes constitucionales a interpretar la Constitución de acuerdo con los derechos y libertades por ella enunciados¹⁴². El Tribunal Constitucional (TC), como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución, de hecho es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional¹⁴³. Con su propia doctrina y método interpretativo y respetando los límites derivados de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, ejerce su función como el órgano defensor y garante de la Constitución¹⁴⁴. La interpretación constitucional habrá de tener en cuenta el orden o

¹⁴² GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, en *la Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, pp. 273-274.

¹⁴³ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Publicado en: «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. Entrada en vigor: 25/10/1979. Así también la regulación de Tribunal Constitucional en el Título IX, de la Constitución española (artículos 159 a 165).

¹⁴⁴ STC 116/2006, de 24 de abril, Publicado en *BOE* núm. 125 Suplemento, viernes 26 de mayo de 2006. En FJ 5, señala que: Este Tribunal, desde sus primeras sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, citando entre otras las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; y 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 4), habiendo

sistema de valores subyacentes al texto constitucional y el sentido y la realidad de la Constitución, como elemento del continuo proceso real de integración de la comunidad, y en la convicción de que en la labor interpretativa no se puede sacrificar la primacía de la norma fundamental¹⁴⁵.

La interpretación constitucional consiste en atribuir significado a uno o varios textos o términos en la Constitución con el fin de obtener una decisión fundada en derecho a un problema concreto¹⁴⁶. El artículo 10.2 CE es un recurso y un principio fundamental de la interpretación de la Constitución. La referencia a ese precepto, exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos Tratados y acuerdos internacionales¹⁴⁷. La dignidad se configura como un principio fundamental de referencia, razón de ser de los derechos y libertades y del propio Estado social y democrático de derecho proclamado por la Constitución, y como una norma clave entre el preámbulo y el título preliminar y el resto del Título I. En el artículo 10.1 se integran los principios y valores esenciales de libertad, igualdad y justicia que enuncia el Preámbulo y los artículos 1 y 9 del Título Preliminar, que se positivaran en los derechos y libertades reconocidas en el Título I, y que resulta vinculante para todos los poderes públicos de acuerdo con el art. 9.1 CE que expone “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, a los que se impone el deber fundamental de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas;

declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también el de los derechos fundamentales, «formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español.

¹⁴⁵ HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983. Pags. 11 y ss.

¹⁴⁶ ALONSO GARCÍA, Enrique., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, editorial Centro de Estudios Constitucionales (CEC), 1984, págs. 2 y 3.

¹⁴⁷ STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2, *B.O.E.*, núm. 175. STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5 *B.O.E.* núm. 125, y 38/2011, FJ 1, *B.O.E.*, núm. 101.

remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de los ciudadanos en distintos sectores de la vida estatal¹⁴⁸.

El artículo 10.1 viene a colocar la dignidad de la persona como la fuente de todos los derechos, de forma que todos y cada uno de los derechos que la Constitución proclama en su título I son inherentes a la persona y a su dignidad radical, y todos contribuyen al desarrollo integral del ser humano, lo que nos lleva a determinar que la dignidad humana operará como parámetro, tanto para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, como para la realización de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales por el legislador, por el Tribunal Constitucional y por todos los operadores del ordenamiento jurídico¹⁴⁹. La dignidad del ser humano y los derechos que, al derivarse de ella, son inherentes al hombre y constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, y los Instrumentos Internacionales, que inspirados en la propia dignidad del hombre, reconocen derechos y libertades, constituyen instrumentos fundamentales y necesarios para interpretar y desentrañar el alcance y contenido de los derechos. Cuando la Constitución establece en su artículo 10.2 que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, lo que hace es reconocer que llegado el momento de interpretar los preceptos de la Constitución sobre derechos y libertades habrá que hacerlo de la forma que mejor se acomode a los Convenios y demás instrumentos Internacionales que sobre la materia haya ratificado nuestro Estado¹⁵⁰. Ahora bien esta remisión a los tratados internacionales, se deriva, no solo del artículo 10.2, asimismo también del artículo 96 de CE que en su texto establece que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por lo tanto, lo que obliga

¹⁴⁸ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. «Artículo 10. Derechos Fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid 1997, págs. 57 y ss.

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La dignidad de la persona humana en el ordenamiento constitucional español» en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, nº 43, 1995, págs. 65 y ss.

¹⁵⁰ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., *La interpretación constitucional y las sentencias.....*, op, cit., p. 276.

el artículo 10.2 es interpretar los correspondientes preceptos de la Constitución de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, conforme con las características principales de los derechos humanos, que son universales e inherentes a todos los seres humanos sin discriminación alguna. Los derechos humanos además, son inalienables y no pueden suprimirse, salvo en determinadas situaciones y con las debidas garantías procesales. Finalmente son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. El principio de no discriminación que se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente¹⁵¹.

Una vez considerando lo anterior, conviene aclarar cuáles son los textos internacionales en lo relativo con derechos humanos utilizados por el Tribunal Constitucional en su labor de la interpretación de los derechos y libertades. El artículo 10.2 hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, y también a los Tratados y acuerdos ratificados por España sobre las mismas materias. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su labor de la interpretación, ha hecho referencia a algunos artículos de la DUDH, asimismo a otros textos de ámbito universal y también de ámbito regional¹⁵².

¹⁵¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., *La interpretación constitucional y las sentencias.....*, op. cit., p. 276 y 277.

¹⁵² SSTC 120/1999, de 27 de junio (fundamento jurídico 9), 137/1990, de 19 de julio (fundamento jurídico 7), con motivo de una supuesta vulneración del artículo 15 del Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, para definir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; STC 317/1994, de 28 de noviembre (fundamento jurídico 2) la discriminación por razón de sexo en relación con el Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; En bastantes sentencias el TC utiliza la Convención sobre los Derechos del Niño, como parámetro interpretativo, entre otros véanse FJ 5 de la STC 67/1998, de 18 de marzo; El Tribunal Constitucional en unas decenas de sentencias hace referencia a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, entre otras véanse el FJ 3 de la STC 197/1998, de 13 de octubre; asimismo en el ámbito regional nuestro TC sobre la interpretación de los derechos y libertades cita al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, en más de ciento ochenta sentencias. Entre muchas otras podemos citar las SSTC 65/1986, de 22 de mayo (fundamento jurídico 4), 89/1987, de 3 de junio (fundamento jurídico 2), 115/1993, de 6 de mayo (fundamento jurídico 2), 18/1995, de 24 de enero (fundamento jurídico 3).

Muchos son los tratados ratificados por nuestro país que afectan a derechos y libertades, de ámbito universal o regional¹⁵³.

4. Sentencias de Tribunal Constitucional en materia de reagrupación familiar

Con carácter general podemos decir que, el derecho a la reagrupación familiar se deduce en los arts. 32, 39, 10.1º y 18 de la constitución española, así como de distintos tratados internacionales suscritos por España, entre los que señalamos: el art. 16 DUDH, el art. 17 del PIDCP, el art. 14 del Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, así como, el art. 8.1º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El criterio del TC seguido a lo largo de varias sentencias respecto a cómo deben interpretarse los derechos de las personas extranjeras en la Constitución, es el artículo 13 de la Constitución que en su primer párrafo dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. En virtud de dicho artículo, el TC ha desarrollado, a través de diferentes sentencias una clasificación de los derechos de las personas extranjeras en tres grupos.

Hay un primer grupo de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, son derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. El TC ha indicado cuales serían estos derechos: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la

¹⁵³También entre otros, en el ámbito universal, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977. (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977) Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de adhesión de 25 de enero de 1985. (BOE nº 79, de 2 de abril de 1985). Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977). Y en el ámbito regional, entre otros, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979). Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE nº 153, de 26 de junio de 1980).

libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹⁵⁴.

Hay un segundo grupo de derechos que se reconocen expresamente a los extranjeros, de manera que en este caso sí se diferencian los dos planos españoles/extranjeros. En este caso el legislador puede modular o establecer “condiciones adicionales¹⁵⁵” a su ejercicio por parte de las personas extranjeras sin que tales condiciones lleguen a impedir el propio ejercicio de tales derechos.

Hay finalmente un tercer grupo de derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución pero que pueden ser reconocidos con arreglo a los tratados y las leyes aunque dicho reconocimiento no tienen que ser en los mismos términos que para los españoles. El Alto Tribunal sostiene (STC 94/1993)¹⁵⁶ que en aquellos casos en que el legislador goza de una auténtica facultad constitutiva, esto es, de la facultad de atribuir o no la titularidad de determinados derechos a los extranjeros (los no imprescindibles para preservar la dignidad humana, y atribuidos por la Constitución a los españoles), no está limitado por el contenido constitucionalmente garantizado del derecho en cuestión, sino por la regulación propia de los tratados internacionales¹⁵⁷.

Teniendo en cuenta esta clasificación, el TC en sus sentencias señala a cuáles de los tres grupos pertenece cada uno de los derechos y libertades de los extranjeros. El TC en base a su jurisprudencia aclara que la reagrupación familiar no es equiparable al derecho a la intimidad familiar recogido en el artículo 18 de CE, y que no existe un derecho fundamental a la reagrupación familiar. A tenor literal del último pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 186/2013¹⁵⁸ (FJ 6) el Tribunal concluye que “el derecho a la vida familiar derivado de los artículo 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los

¹⁵⁴ Sentencia de Tribunal Constitucional (STC), 107/1984, de 23 de noviembre, publicado en «BOE» núm. 305, de 21 de diciembre de 1984, fundamento jurídico 3º y 4º.

¹⁵⁵ En la referida Sentencia 115/1987, el Tribunal Constitucional admite expresamente la posibilidad de que el legislador establezca condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros. No obstante, al regular el contenido de los derechos, se encuentra limitado por su contenido esencial.

¹⁵⁶ STC 94/1993 publicado en «B.O.E.» núm. 100, de 27 de abril 1993.

¹⁵⁷ En este sentido, las sentencias (STC 28/1991, 42/1994, 91/2000 y 292/2000) afirman que tanto los tratados y acuerdos internacionales, a que se remite el artículo 10.2 de la Constitución, como el Derecho Comunitario derivado, no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, por más que se erigen en criterios válidos para interpretar el significado y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce.

¹⁵⁸ STC 186/2013 publicado en «B.O.E.» núm. 290, de 4 de diciembre de 2013.

derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar de artículo 18 de CE, y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1 CE) que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (...), cuya efectividad, como se desprende del Art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo”. De esta forma, el Tribunal Constitucional no reconoce el derecho a la vida familiar como un derecho fundamental recogido en el artículo 8 CEDH y desvincula este derecho de la intimidad familiar del artículo 18.1 CE, dejándola en la esfera de protección de la familia del artículo 39 CE¹⁵⁹. Ahora bien, teniendo en cuenta la doctrina del TC, según sus sentencias (STC 186/2013 de 4 de noviembre FJ 6; STC 236/2007¹⁶⁰ de 7 de noviembre FJ 11; STC 115/2000 de 5 de mayo FJ4; STC 134/1999 de 15 de julio FJ 5, o STC 231/1988 de 2 de diciembre FJ 3, entre otras), aplicando dicha doctrina, la reagrupación familiar se situaría entre aquellos derechos cuyo reconocimiento a favor de los no nacionales dependería de la acción normativa del legislador, tanto internacional como interno. En palabras del TC, se insertaría entre “aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales (...), derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las leyes”. Sobre tales derechos el legislador posee un mayor margen de configuración normativa, siempre que las condiciones para su ejercicio respeten tres límites: no afectar a derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, no atentar contra el contenido esencial del derecho y superar el principio de proporcionalidad, en sintonía asimismo la jurisprudencia de Estrasburgo. De otro lado, la RF evidencia las debilidades implícitas a la utilización del criterio de la dignidad humana como base para la clasificación de los derechos de los extranjeros que, como es bien sabido, es utilizado por la jurisprudencia constitucional como pilar básico en la construcción del estatuto de dicho

¹⁵⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia., “El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar: La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *el Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 19, 2015, págs. 275-279.

¹⁶⁰ STC 236/2007, 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Derechos fundamentales de los extranjeros, entre ellos el derecho de la intimidad familiar y reagrupación. La entidad recurrente impugna los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000, que dan nueva redacción a los arts. 16.2 y 17.2 de la Ley Orgánica 4/2000, y añaden un nuevo art. 18, todos relativos a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar.

colectivo. El Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007 FJ 11 concluye que, aunque hay que servirse de la interpretación del artículo 8 CEDH tal y como establece el TEDH, conforme al artículo 10.2 CE sobre adaptación a los Tratados y las Directivas internacionales, 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, puesto que dicho derecho ni tiene conexión ni forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE. Por el contrario, el Tribunal Constitucional sostiene que la reagrupación familiar constituye una modalidad de protección de la familia, haciendo efectivo el principio rector consagrado en el art. 39 de la CE sobre el derecho a la vida en familia. Sin embargo, la vinculación del derecho a la reagrupación familiar con el artículo 39 CE sólo permitirá su alegación ante la jurisdicción ordinaria, conforme a lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. De hecho en caso de su vulneración, debido a la adopción de cualquier medida prevista en la ley por parte de los poderes públicos, que tenga incidencia en el desarrollo de la vida familiar, donde el artículo 39 CE no pueda ser vinculado con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en la CE (derechos como la intimidad, la igualdad o la tutela judicial efectiva), por tanto, carece de dimensión constitucional y no cabrá la posibilidad de interponer un recurso de amparo, salvo en lo que se refiere al control de la motivación de la resolución judicial en virtud del artículo 120.3 de la CE, en conexión con el derecho a la tutela judicial protegido por el artículo 24.1 CE¹⁶¹. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de reagrupación familiar no se considera como un derecho fundamental de primera categoría, que son aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (STC 107/1984, FJ 3¹⁶²), así, el reconocimiento de ejercicio del derecho de reagrupación familiar al extranjero como titular o no, dependerá de las leyes internas establecidas para tal fin y en su caso de acuerdo con las previsiones contempladas en los tratados internacionales.

¹⁶¹ GARCÍA-VÁZQUEZ, Sonia., Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 7, 2003, pp. 444 a 446.

¹⁶²STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, publicado en “ «BOE» » núm. 305, de 21 de diciembre de 1984.

En conclusión, de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional respecto al derecho de reagrupación familiar de los extranjeros en España se deriva, que el Tribunal interpreta que este derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros es un derecho de configuración legal¹⁶³ y no un derecho fundamental, en virtud de la interpretación del TEDH que a continuación analizaremos.

5. Sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (principios Interpretativos empleados por el TEDH en el ámbito de la vida familiar).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el Tribunal encargado de realizar la interpretación auténtica del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y sus protocolos adicionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su creación, se ha venido ocupando de la protección de la familia como célula básica de socialización e integración del individuo, señalando que varios de los artículos del CEDH se refieren a la misma¹⁶⁴. El derecho al respeto de la vida privada y familiar, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, establecido en el art. 8 de CEDH, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia del art. 12 CEDH y la prohibición de discriminación del art. 14 de dicho Convenio, son los derechos estrechamente más vinculados con el ámbito familiar recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El CEDH, en su artículo 8 se establece la protección de la familia, pero no nos aclara qué significado tiene esta institución. Tampoco, el TEDH nos llega a dar una definición teórica de lo que significa la institución familiar, pero mediante sucesivas sentencias, nos va proporcionando datos sobre qué cabe incluir dentro del concepto de familia y qué no¹⁶⁵.

¹⁶³ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia., “El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar.....”, *op. cit.*, pág. 267. Véanse también GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio., La configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros., en Miguel Ángel García Herrera (coord.), *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)* Vol. 1, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2005, pp. 329-334.

¹⁶⁴ SANZ CABALLERO, Susana., “Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (ed. lit.), *La ley valenciana de uniones de hecho: Estudios*, Editores: Valencia: Revista general de derecho, 2003, p.37.

¹⁶⁵ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras.....”,*op. cit.*, pp. 68- 69.

El derecho a la reagrupación familiar, sobre la base del derecho al respeto a la vida familiar consagrado en el artículo 8 CEDH, constituye una rama jurisprudencial relativamente reciente, abordada por el TEDH, desde inicios de la década de los ochenta y desde entonces hasta la actualidad, el Tribunal (TEDH) ha emitido varias sentencias sobre derecho a la vida familiar. En opinión del TEDH, la existencia o inexistencia de una familia depende de la existencia real en la práctica de lazos personales muy estrechos. Así, el TEDH aclara que no sólo hay familia cuando median vínculos jurídicos derivados del matrimonio sino que también pueden darse lazos familiares entre personas que convivan sin contraer matrimonio. El TEDH en el caso de Esholz contra Alemania, recuerda que la noción de familia con arreglo a esa disposición (artículo 8 del Convenio) no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de "familia" de facto cuando las partes viven juntas sin estar casadas¹⁶⁶. Así que el TEDH ha afirmado claramente que el art. 8 no distingue la familia “*de jure*”, de la familia “*de facto*”, por lo que de aquel precepto, en combinación con el art. 14 que prohíbe cualquier discriminación, debe implicar igual protección para los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio¹⁶⁷. En este sentido, el Tribunal desprende del art. 8 las obligaciones positivas de colocar a los “hijos ilegítimos, legal y socialmente en una situación cercana a la de un hijo legítimo” y elimina las diferencias de trato fundadas en el nacimiento ínsitas en las leyes nacionales¹⁶⁸. En la sentencia Johnston contra Irlanda de 18 de diciembre de 1986, una pareja que convive, tiene un hijo en común y quiere regularizar su situación mediante el matrimonio, pero la legislación del país contraria al divorcio (Irlanda) se lo impide porque el varón está separado legalmente de otra mujer, con la que había tenido tres hijos. En opinión del demandante, la prohibición del divorcio en Irlanda afectaba a su nueva vida familiar, y por lo tanto impidiéndole el desarrollo de la misma. En lo que ahora nos interesa de esta sentencia es que el TEDH entiende que la prohibición del divorcio realmente no impide el desarrollo de una nueva vida familiar, y como el Tribunal en punto 55 de la sentencia señala, el art. 8 CEDH se aplica por igual a la vida familiar matrimonial y a la extramatrimonial. Asimismo el Tribunal en el punto 56 de la sentencia afirma que

¹⁶⁶ STEDH, Caso de Esholz contra Alemania, Demanda nº 25735/94 de 13 de julio de 2000

¹⁶⁷ STEDH caso SS Merger y Cros c. Francia, demanda nº 68864/01 de 22 de diciembre de 2004. Y Mazurek c. Francia, Demanda nº 34406/97 de 1 de febrero de 2000.

¹⁶⁸ SUSANA ALMEIDA., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia” en *curso de Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia*, promovido por la Red Europea de Formación Judicial, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2010, p.5.

el demandante y su nueva compañera y su hija constituyen una "familia" a efectos del artículo 8, y por consiguiente, tienen derecho a su protección, aunque sus relaciones estén fuera del matrimonio. Según señala el Tribunal en el punto 73 de dicha sentencia, cuando un Estado establece en su ordenamiento legal interno el régimen aplicable a determinados lazos de familia, tiene que proceder de manera que permita a los interesados llevar una vida familiar normal. Tal como lo concibe el artículo 8, el respeto de la vida de familia implica en especial, en opinión del Tribunal, la existencia en el derecho nacional de una protección legal que haga posible dicho propósito. El Estado puede escoger para ello entre varios procedimientos pero una legislación que no satisfaga estas exigencias violará el apartado 1 del artículo 8¹⁶⁹. Las autoridades públicas han de velar por el respeto de la vida familiar tanto en una como en otra situación, sin que pueda existir ninguna discriminación para las familias surgidas fuera del matrimonio¹⁷⁰. Respecto al niño nacido en una familia extramatrimonial, el Tribunal afirma que el niño nacido fruto de esta relación resulta parte "*ipso jure*" de esa unidad "familiar" desde el momento de su nacimiento y por el mismo hecho de ese nacimiento¹⁷¹. Así, entre el niño y sus padres existe un vínculo equivalente a la vida familiar¹⁷². Además, el Tribunal recuerda que el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituyen una violación del derecho protegido por el artículo 8 del Convenio¹⁷³. En este sentido también podemos señalar la sentencia del TEDH, *Mennesson contra Francia y Labassee contra Francia*¹⁷⁴, por la que declara que viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, de no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. Situación que en nuestro país (España) tampoco está legalizada. La sentencia señala que el artículo 8 es aplicable tanto en lo que

¹⁶⁹ STEDH, Caso Johnston c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, demanda núm. 9697/1982.

¹⁷⁰ SANZ CABALLERO, Susana., "*Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.....*, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁷¹ SSTEDH, caso Gül contra Suiza, sentencia de 19 de febrero de 1996, demanda núm. 23218/94, punto 32; Caso Boughanemi contra Francia. Sentencia de 24 abril 1996, Demanda núm. 22070/1993, punto 35.

¹⁷² Véase la SSTEDH, caso Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994, demanda núm. 16969/1990, punto 44; Caso de Esholz contra Alemania, punto 43.

¹⁷³ *Ibidem*, Esholz contra Alemania, punto 43.

¹⁷⁴ SSTEDH, caso Paradiso y Campanelli c. Italia, de 27 de enero 2015, demanda núm. 25358/2012; Caso Mennesson c. Francia, demanda núm.65192/11, y Labassee c. Francia, demanda núm. 65941/11, de 26 de junio de 2014, punto/párrafo 60.

se refiere a la “vida familiar” como a la “vida privada”. En efecto, por un lado no hay ninguna duda de que los cónyuges actores se han ocupado como padres de los niños desde el nacimiento de estos, viviendo juntos de un modo que no se diferencia en nada de la “vida familiar” en su acepción habitual. Por otra parte, el Tribunal recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. El Tribunal constata que la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los recurrentes que constituye la negativa de las autoridades francesas a reconocer la relación de filiación, está “prevista por la ley” en el sentido del artículo 8 del CEDH¹⁷⁵. Como hemos señalado anteriormente, en España también pesa una prohibición de orden público sobre el contrato de gestación por sustitución, en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida¹⁷⁶. Según lo establecido en artículo 10 de dicha ley “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” y obliga a determinar la filiación por el parto en favor de la madre¹⁷⁷.

El TEDH también ha llegado a afirmar que puede existir vida familiar sin que los miembros de esa familia convivan bajo un mismo techo, en situaciones complicadas como es la posibilidad de que alguno de los padres no conviva con su hijo por separación, divorcio o, incluso porque simplemente la pareja prefiera no convivir. El TEDH no descarta que en dichos casos también se pueda desarrollar vida familiar entre padre o madre, por un lado, y su hijo, por el otro. En este último supuesto, el TEDH llega más lejos porque estima que puede existir vida familiar también cuando los padres no casados no comparten el hogar familiar¹⁷⁸. El TEDH en la sentencia Kroon contra Holanda de 27 de octubre de 1994, afirmó que existía una vida familiar “de facto”, y que el gobierno

¹⁷⁵ FLORES RODRÍGUEZ, Jesús., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11”, en *la Diario La Ley (Derecho de familia)*, Nº 8363, Sección Tribuna, 28 de Julio de 2014.

¹⁷⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en: «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

¹⁷⁷ En relación con este tema véanse las STS 335/2015 de 2 de febrero, Madrid, núm. de recurso 245/2012; y STS 247/2014, Madrid, núm. de recurso 245/2012, donde el tribunal sigue denegando la inscripción en España de la filiación de los niños nacidos mediante el contrato de gestación por sustitución.

¹⁷⁸ SANZ CABALLERO, Susana., “Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.....”, *op. cit.*, pág. 42.

holandés debía reconocer un vínculo legal entre padre e hijo, independientemente de que los padres decidieran casarse, vivir juntos o vivir de un modo más libre y menos comprometido su relación¹⁷⁹. Según la opinión del Tribunal, el respeto de la vida familiar exige aceptar la realidad biológica y social y que prevaleciesen sobre una presunción legal que incida tanto en los hechos establecidos como en los deseos de las personas afectadas, sin beneficiar realmente a nadie y en este caso al niño¹⁸⁰. De este modo, el TEDH se adapta a los nuevos tiempos, aceptando la existencia de familias no tradicionales, más allá de la estructura clásica de padres casados que conviven bajo un mismo techo¹⁸¹.

Una de las STEDH que debemos señalar en este asunto (la vida familiar) es, el caso Şen contra los Países Bajos¹⁸², fallado el 21 de diciembre de 2001, que se trata del primer asunto en el que el TEDH estima la existencia de violación del derecho a la vida familiar ante la negativa del Estado demandado de permitir la reunificación familiar de la hija de los señores Şen. En el asunto Şen contra Holanda, el gobierno holandés rechazó repetidamente la solicitud de los señores Şen por reagrupación de su hija menor, apoyándose en la política migratoria restrictiva implantada en este país, justificada por la elevada densidad de su población¹⁸³. Los demandantes alegaban que la denegación de un permiso de entrada y residencia para su hija menor de edad que residía en Turquía, suponía una injerencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar en los términos señalado en el artículo 8.2 CEDH. Para el Tribunal, los vínculos y la integración de la familia Şen en el país de acogida (Holanda), fueron los factores claves a la hora de examinar las circunstancias del caso. En su análisis, el Tribunal tiene en consideración la edad de los niños afectados, su situación en su país de origen y su grado de dependencia con respecto a sus padres, señalando que no se podría analizar la cuestión solamente desde el punto de vista de la inmigración, comparando esta situación con la de las personas que han creado vínculos familiares una vez que se han establecido en su país anfitrión¹⁸⁴. El Tribunal consideró que existían obstáculos importantes para el regreso de la familia Şen a

¹⁷⁹ STEDH, caso Kroon y otros contra Holanda, Demando nº 18535/91 de 27 de octubre de 1994, los puntos 29 y 30; y el caso Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994, los puntos 44 y 55.

¹⁸⁰ *Vid.*, caso Kroon punto 40.

¹⁸¹ SANZ CABALLERO, Susana., “Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.....”, *op. cit.*, pág. 43.

¹⁸² STEDH, caso Şen contra los Países Bajos (Holanda), demanda nº 31465/96 de 21 de diciembre de 2001.

¹⁸³ Véanse el caso Şen, punto 14.

¹⁸⁴ *Ibidem* punto 36.

Turquía debido a que la familia Şen ya había establecido su vida matrimonial y familiar durante muchos años de residencia legal en Holanda, lugar donde también nacieron sus dos hijas que siempre han vivido allí vinculadas con el entorno cultural de dicho país, así como también su escolarización en Holanda y la ausencia de vínculos estrechos de las hijas con Turquía. El tribunal, planteó el interés de los hijos afectados y consideró que la reagrupación y la integración de la hija menor en el seno familiar de sus padres en Holanda debido a su corta edad era la forma más adecuada para desarrollar la vida familiar¹⁸⁵. Esta decisión implicaba la obligación positiva del estado holandés de permitir la entrada y residencia de la hija de los demandantes¹⁸⁶. La sentencia Şen marca un punto de inflexión en la medida que se demostró el interés de los hijos afectados como el criterio que mejor se presta para fundamentar la esencia del derecho a la vida familiar en el Estado de acogida¹⁸⁷.

Marina Vargas Gómez señala que en la sentencia Şen, el Tribunal ya no plantea por separado el problema de la justificación para denegar la reagrupación familiar, al contrario, parece considerar que la ponderación que debe llevarse a cabo al apreciar la justificación ya forma parte del derecho. La autora señala que de la doctrina citada, cabe deducir tres cánones (sentencia Şen): en primer lugar que las autoridades nacionales no podrán seguir identificando la reagrupación familiar como un problema exclusivo de política migratoria, aun cuando del artículo 8 CEDH no se derive directamente un derecho a la reagrupación familiar y pertenezca al poder discrecional del Estado la admisión de los miembros de la familia por dicha vía; en segundo lugar, que la protección de la familia con arreglo al artículo 8 del CEDH puede generar excepcionalmente, tras ponderar el interés del particular y el interés general, un derecho a la reunificación familiar en el Estado de acogida; y en tercer lugar, que la integración de la familia en la célula creada en el país de destino forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar como

¹⁸⁵ *Ibidem* punto 39.

¹⁸⁶ *Ibidem* los puntos 21 y 24.

¹⁸⁷ LA SPINA Encarnación., “DIFERENTES PAUTAS INTERPRETATIVAS PARA LA ADMISIÓN DE FAMILIARES EXTRANJEROS EN LA JURISDICCIÓN REGIONAL EUROPEA” publicado en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 14/2014 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España). Versión electrónica: rej.ujaen.es. pag.8.

un criterio que permite fundamentar el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida¹⁸⁸.

El TEDH con la jurisprudencia en torno a la migración familiar, integrada por tres sentencias muy recientes, asuntos Nuñez contra Noruega, Agraw contra Suiza y El Ghatet contra Suiza, avanza en una línea marcadamente progresista, que potencia el efecto útil que el derecho a la vida familiar proyecta sobre la reagrupación familiar.

En la Sentencia Nuñez contra Noruega¹⁸⁹, de 28 de junio de 2011, el enjuiciamiento del TEDH parte de la confirmación de la existencia de vida familiar entre la demandante y sus hijas, y así, otorgando una absoluta preponderancia al interés superior del menor. El TEDH sentencia que la expulsión de la demandante, junto con la prohibición de entrada durante dos años, constituyen una violación del artículo 8 CEDH, por falta de la forma en que las autoridades del Estado demandado (Noruega) actuaron dentro de su margen de apreciación al buscar un justo balance de un lado entre el interés público en asegurar la eficacia del control migratorio, y de otro la necesidad de la demandante de permanecer en Noruega a fin de mantener contactos con sus hijas en el mejor interés de éstas¹⁹⁰.

¹⁸⁸ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina “La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar”. en *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*. Nº 1. 2006. ISSN 1886-6328. UNED. Pag.5.

¹⁸⁹ STEDH, caso Nuñez contra Noruega, Demando Nº 55597/09 de 28 June 2011. tiene su origen en una demanda formulada por una mujer dominicana, quien alegaba que la orden de expulsarla de Noruega la separaría de sus dos hijas de corta edad de 7 y 9 años, nacidas y criadas en dicho país. La demandante estimaba que las infracciones del derecho migratorio noruego cometidas y que habían determinado su orden de expulsión ratificada por la Corte Suprema Noruega, no podían justificar la separación entre ella y sus dos hijas menores. La demandante Mirtha Ley de León Nuñez, de nacionalidad dominicana, había llegado a Noruega en 1996. Dos meses después de su llegada, fue deportada del país como consecuencia de una multa impuesta a causa de un robo cometido en una tienda. La deportación conllevaba una prohibición de entrada en Noruega durante dos años; pese a ello, la demandante regresó al país cuatro meses después de su deportación, portando un pasaporte con una identidad falsa. Poco después, contrae matrimonio con un noruego, tras lo cual solicita un permiso de residencia, alegando que nunca antes había visitado Noruega y que carecía de antecedentes penales, concediéndosele en base a ello un permiso de trabajo y una autorización de asentamiento. Tras separarse de su marido, emprende una relación con un nacional dominicano, fruto de la cual nacen dos niñas en Noruega, cuya custodia es adjudicada a la demandante tras la ruptura de su relación sentimental con el padre de las menores. Durante este tiempo, es arrestada por la policía, quien la acusa de haber estado en Noruega con una identidad falsa. El Departamento de Inmigración decide revocarle sus permisos migratorios y emite una orden de expulsión del país, que llevaba adjunta una prohibición de entrada durante dos años en calidad de sanción administrativa a fin de agilizar los procedimientos administrativos para la ejecución de la misma. La demandante recurrió su deportación, llegando hasta el Tribunal Supremo, quien estimó que las autoridades noruegas habían respetado el principio de proporcionalidad, ratificando la orden de expulsión. Durante dicho período, la custodia legal sobre sus dos hijas es adjudicada en solitario al padre de las menores, en previsión de la posible salida del país de la madre como consecuencia de la expulsión dictada en su contra.

¹⁹⁰ STEDH Nuñez contra Noruega, apartados 84 y 82 de la sentencia.

Sobre el criterio del interés superior del niño, el TEDH en el apartado 78 de la sentencia de Nuñez señala que examinará dicho interés con el fin de determinar si perturbaría el justo balance de intereses conforme al artículo 8 del CEDH. El Tribunal valoró que las niñas han nacido y vivido permanentemente con la demandante, quien ha sido su principal cuidadora hasta que los tribunales noruegos otorgaron la custodia al padre. Por ello, y en consonancia con lo establecido por la minoría de magistrados integrantes del Tribunal Supremo de Noruega que juzgaron el caso, señala que “la demandante es la persona más importante en la vida de las niñas¹⁹¹”, apuntando el estrés al que fueron sometidas éstas al ser trasladadas de casa de su madre a vivir con su padre y ante el riesgo de que su madre fuera expulsada del país, tras lo cual, la prohibición de entrada en el país, resulta incierto el régimen de visitas que podrían mantener incluso fuera de Noruega. En esta línea, el TEDH analizó las consecuencias que la ejecución de la expulsión tendría sobre las menores, subrayando “la probabilidad de ser separadas de su madre durante prácticamente dos años, un período muy largo para menores de la edad en cuestión, circunstancias que en este caso supone un factor de vulnerabilidad para los niños¹⁹²”. El TEDH señala que no existe garantía de que, al finalizar los dos años de prohibición de entrada, la madre pueda regresar a Noruega. Por ello, la Corte estima que la expulsión junto con la prohibición de entrada durante dos años, “constituye sin ninguna duda una medida de muy largo alcance vis-á-vis las menores¹⁹³”. El TEDH, en esta sentencia y en lo relativo a migración familiar, se apoya de forma explícita en el artículo 3 de la Convención de los derechos del niño, conforme al cual “el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas tomadas por las autoridades públicas con respecto a los niños¹⁹⁴, un factor decisivo, en la decisión finalmente adoptada por la TEDH.

Respecto el caso de Agraw¹⁹⁵ contra Suiza, la demanda que dio origen a la sentencia fue formulada ante TEDH por una ciudadana etíope a quien Suiza había denegado su petición de asilo, permaneciendo desde entonces en dicho país sin cobertura legal. La demandante se quejaba de que las autoridades suizas rechazaron modificar su asignación cantonal para permitirle reunirse con su esposo, un ciudadano etíope que también había visto rechazada

¹⁹¹ *Ibidem*: caso Nuñez, apartado 79 de la sentencia.

¹⁹² *Ibidem*: caso Nuñez, apartado 81 de la sentencia.

¹⁹³ *Ibidem*: caso Nuñez, apartado 83 de la sentencia.

¹⁹⁴ *Ibidem*: caso Nuñez, apartado 84 de la sentencia.

¹⁹⁵ STEDH, caso Agraw contra Suiza, demanda n° 24404/05 de 29 de julio de 2010.

su solicitud de asilo y residía en el cantón suizo de Vaud, a hora y media de donde vivía la demandante. Esta situación les impidió vivir en pareja durante un período de más de cinco años. Poco antes de la recepción de la demanda ante el TEDH, las autoridades suizas otorgaron un permiso de residencia al esposo de la demandante, quien con ello obtuvo también una autorización para residir en el cantón donde éste habitaba. Precisamente la obtención de dicho permiso de residencia llevó al gobierno suizo a solicitar del TEDH que se archivara la demanda, por estimar resuelto el litigio de fondo que había llevado a la demandante a quejarse ante la Corte de Estrasburgo. Sobre esta cuestión, el demandante solicitó formalmente ante el TEDH el mantenimiento de la demanda en todos sus extremos. La cuestión de inadmisibilidad presentada por el gobierno suizo fue rechazada de forma expeditiva por el TEDH, recordando su doctrina asentada en relación al concepto de víctima basándose en los artículos 34 y 35 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999¹⁹⁶. En recurso formulado por la demandante, esta sostenía que las autoridades suizas, al haber rechazado la reasignación del cantón de Vaud a fin de poder vivir junto a su marido, le habían provocado una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida familiar. Estimaba que negándose a permitir que una pareja casada que carecía de antecedentes penales llevase una vida en común, las autoridades vulneraban los artículos 8 y 12 del Convenio, y en su opinión, la negativa al cambio de asignación cantonal no perseguía ninguna causa de interés general, ni era proporcional a la finalidad perseguida. Por su parte, el gobierno suizo alegaba que, al haberle sido rechazada definitivamente su petición de asilo tanto a ella como a su esposo, no cabía la posibilidad de cambio en la asignación cantonal, siendo definitivo y ejecutorio las decisiones denegatorias de asilo y de devolución al país de origen. El gobierno Suizo además, estimaba que la boda había tenido lugar cuando los interesados ya habían sido objeto de una decisión de retorno. El TEDH en este caso sigue con la línea jurisprudencial que empezó en el caso Şen, protegiendo la familia en virtud del artículo 8 del CEDH, sosteniendo que la reagrupación familiar forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar, afirmando que excepcionalmente, tras ponderar el interés del particular y el interés general del Estado, puede generar un derecho a la reunificación familiar en el Estado de acogida¹⁹⁷. El TEDH estima que la medida impugnada no era necesaria en una

¹⁹⁶ STEDH, Agraw contra Suiza, apartado 29 a 32 de la sentencia.

¹⁹⁷ *Ibidem* apartados 45, 46, 50.

sociedad democrática en el sentido del artículo 8.2, en atención a las circunstancias excepcionales que rodean este caso, así como al número considerable de años durante los cuales la demandante estuvo formalmente separada de su esposo¹⁹⁸. En la ponderación de intereses contrapuestos, el Tribunal señala que los efectos beneficiosos de intereses públicos del gobierno suizo tienen menos peso, otorgando así un peso superior a los intereses privados de la demandante que se concretaban en poder vivir la vida familiar con su esposo. En torno a éstos últimos, el Tribunal estima que la reasignación cantonal solicitada por la demandante “no habría incidido de forma notable en el número de extranjeros destinados a ese cantón ni alterado la repartición equitativa entre los cantones de los solicitantes de asilo, ni perjudicado el orden público¹⁹⁹”. En consecuencia de todo ello, el Tribunal declara la existencia de violación del artículo 8 CEDH.

Asimismo el TEDH en el caso de El Ghatet contra Suiza de 2016²⁰⁰, reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra el carácter arbitrario de los poderes públicos. Además pueden existir obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar. Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado bajo esta disposición no se prestan a una definición precisa. Sin embargo, los principios aplicables son similares, y aunque en ambos contextos, el estado goza de un cierto margen de apreciación, tiene que tenerse en cuenta el equilibrio que debe haber entre los intereses concurrentes del individuo y de la Comunidad en su conjunto²⁰¹. Para establecer el ámbito de aplicación de las obligaciones del Estado, el Tribunal debe examinar los hechos del caso a la luz de los principios aplicables que son: a) el alcance de la obligación del Estado para admitir en su territorio a parientes de inmigrantes establecidos que variará en función de las circunstancias particulares de las personas involucradas y del interés general; b) como cuestión de Derecho internacional bien establecido y sujeto a sus obligaciones del tratado, un Estado tiene el derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio; y c) cuando se refiere a la inmigración, no puede considerarse el artículo 8 como imponiendo a un Estado una obligación general de respetar la elección de las parejas casadas del país de su residencia matrimonial y de

¹⁹⁸ *Ibidem* apartado 54 de la sentencia.

¹⁹⁹ *Ibidem* Agraw contra Suiza apartado 53 de la sentencia.

²⁰⁰ STEDH, caso El Ghatet contra Suiza, sentencia de 8 noviembre 2016. TEDH 2016\102, demanda núm. 56971/2010.

²⁰¹ *Ibidem* caso El Ghatet, el apartado 43.

autorizar la reagrupación familiar en su territorio²⁰². Por tanto, en este contexto hay que tener en cuenta que excepcionalmente en algunos casos no se refieren únicamente a la inmigración, sino también a la vida familiar, y que se trata de extranjeros que ya tenían una vida familiar que dejaron en otro país hasta que alcanzaran un estatus en el país anfitrión. En tales casos, debe determinarse si, al negarse a emitir permisos de residencia para los demandantes, puede decirse que el Gobierno haya alcanzado un justo equilibrio entre su interés en desarrollar una vida familiar en el Estado demandado por un lado, y el interés del Estado en controlar la inmigración por otro²⁰³.

En definitiva, según señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las cláusulas de restricción al ejercicio de un derecho (autorizada por el Convenio o las directivas) han de ser interpretadas de manera estricta. Los Estados deben efectuar un balance, por un lado, entre la vida privada y familiar del extranjero y por otro, los intereses del Estado y de la Comunidad. Con esta exigencia no se está cuestionando la libertad del Estado sobre su política migratoria para poner límites al interés del extranjero, controlar y limitar los flujos migratorios, sino que, el razonamiento es para que los Estados siempre actúen de forma razonable y motivada²⁰⁴.

La jurisprudencia del TEDH a lo largo de los años, ha puesto un énfasis especial en la idea de que la protección que dispensa de acuerdo a la CEDH, ha de ser efectiva y real, con el principio de interpretación evolutiva de la Convención²⁰⁵. Este principio constituye una consecuencia del primero: la protección real y efectiva debe tener en cuenta la mentalidad, los sentimientos y las necesidades sociales del momento, de manera que si estas circunstancias han cambiado, la protección efectiva de los derechos ha de adaptarse a la nueva situación²⁰⁶. Por lo tanto, para llegar a esta adecuación, el Tribunal recuerda que el Convenio (CEDH) constituye “un instrumento vivo que ha de ser interpretado a la luz

²⁰² *Ibidem* apartado 44. Véanse también IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara., “El valor de la directiva 86/2003 sobre reagrupación familiar.....”, *op. cit.*, pp. 132-134.

²⁰³ *Ibidem* apartado 45.

²⁰⁴ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia., “Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 7, 2003, pág.447.

²⁰⁵ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., La Interpretación Constitucional y las Sentencias del Tribunal Constitucional. de la Interpretación Evolutiva a la Mutación Constitucional, en *la Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, p.282.

²⁰⁶ *Ibidem* pág. 282.

de las condiciones y circunstancias actuales”²⁰⁷. Donde el TEDH ha manifestado reiteradamente que su función ha de consistir en realizar una interpretación dinámica del CEDH y las libertades fundamentales, constituyéndose como un tribunal “cuasi constitucional” europeo en el campo de los derechos humanos, ante las respuestas a las demandas formuladas por individuos sujetos a la jurisdicción de un Estado parte. Ello ha permitido al Tribunal ocuparse de establecer estándares precisos de protección en el ejercicio cotidiano de los derechos fundamentales que impregnan las relaciones jurídicas de los ciudadanos²⁰⁸. Según afirma Pastor Ridruejo, Lógicamente el principio de interpretación evolutiva de la Convención concede al TEDH un cierto margen de discreción a la hora de apreciar si en el momento de dictar sentencia ha habido algún tipo de cambio de las circunstancias sociales y cuál es exactamente el significado, el peso, la intensidad y la profundidad de ese cambio. El principio de interpretación evolutiva tiene un límite importante, y es, que no permite la creación y aplicación de derechos no enunciados en la Convención. El autor pone de ejemplo la sentencia del caso *Jonhston contra Irlanda* de 18 de diciembre de 1986, donde el Tribunal no dio razón a los demandantes, que pretendían que se les reconociese el derecho al divorcio, invocando la evolución social posterior a la fecha de adopción de la Convención de 1950 en orden a la disolubilidad del vínculo matrimonial. El Tribunal no accedió a la pretensión, no solo porque el derecho al divorcio no figuraba en la Convención sino también porque su no inclusión, es decir, su omisión, había sido deliberada. En cualquier caso, el principio de la interpretación evolutiva refleja una tendencia progresista, pro derechos humanos²⁰⁹. En palabras del profesor Carrillo Salcedo, “el Tribunal ha procedido a una interpretación evolutiva del Convenio, adaptada a las cambiantes condiciones de vida y no a las

²⁰⁷ SSTEDH, caso *Tyrer contra Reino Unido* de 25 abril 1978, punto 31; y caso *Marckx c. Bélgica*, 6833/74 de 13 de junio de 1979, punto 41.

²⁰⁸ RIPOLL CARULLA, S, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho Español*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007, pp. 28 a 37, destaca para la función cuasi constitucional del Tribunal “Esta acción es propia de los tribunales y, juntos con otros elementos, permite afirmar que el TEDH ha adquirido un papel de órgano cuasi constitucional en Europa en el campo de los derechos Humanos. Este papel no estaba inicialmente recogido en el Convenio de Roma sino que es, como se ha indicado, fruto de la acción llevada a cabo por el Tribunal. Otra manifestación de esta función cuasi constitucional del TEDH consiste en que ha asumido la tarea de garante de” un instrumento vivo que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales”.

²⁰⁹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio., “La Reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Nº. 1, 2007, P.249.

existentes en el momento de su adopción en 1950, y mediante la que se ha ampliado el alcance de la responsabilidad internacional de los Estados parte²¹⁰”.

CAPITULO II

LA REAGRUPACION FAMILIAR Y LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. LA LIBRE CIRCULACIÓN Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La libre circulación de personas es un derecho que asiste a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) en virtud de los tratados²¹¹. La regulación de la libre circulación de personas ha ido evolucionando desde su creación en 1957²¹². Las primeras disposiciones en la materia, se referían únicamente a la libre circulación de trabajadores como empleados o prestadores de servicios²¹³. Normas como el Reglamento 1251/70/CEE²¹⁴ de la Comisión de 29 de junio de 1970 relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo en virtud del cumplimiento del art. 48.2.d) TCEE en lo relativo al derecho de estancia en el Estado en el que el trabajador se hubiera ejercido un empleo, así como la Directiva del Consejo

²¹⁰ CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editores. Tecnos, Madrid, 2003, pp. 95 a 98.

²¹¹ TUE, artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, y artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y títulos IV y V del TFUE.

²¹² Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) o Tratados de Roma, firmados el 25 de marzo de 1957, que entre otros objetivos marcados, era establecer un mercado común basado en las cuatro libertades de circulación de mercancías, personas, capitales y servicios.

²¹³ Véanse el título III sobre la libre circulación de personas, servicios y capitales del Tratado Constitutivos de la Comunidad Económica Europea de 1957 (los artículos 48 a 51 de Capítulo 1 sobre los trabajadores, los artículos 52 a 58 del capítulo 2 relativo al derecho de establecimiento y los artículos 59 a 66 del capítulo 3 relativo a servicios).

²¹⁴ Reglamento (CEE) 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, Publicado en: «DOUE» núm. 142, de 30 de junio de 1970.

72/194/CEE²¹⁵ de 18 de mayo de 1972 por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, y la Directiva 75/34/CEE²¹⁶ del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia, amplían progresivamente el ámbito de la libre circulación. Los miembros de la familia de estas personas (ciudadano de la Unión) disfrutaban del derecho a permanecer en el territorio del país de acogida, bajo determinadas condiciones marcadas en los Reglamentos como (CEE) nº 1251/70 o la Directiva 75/34/CEE²¹⁷.

Con el Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986²¹⁸ se introdujo el artículo 8A en el TCEE, con una visión muy clara, que era establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que concluye el 31 de diciembre de 1992. Según dicho artículo “La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un periodo que terminará el 31 de diciembre de 1992, de conformidad con las disposiciones del artículo 8A, de los artículos 8-B, 8-C y 28, del apartado 2 de artículo S7, del artículo 59, del apartado I del artículo 70 y de los artículos 84, 99, 100 A y 100 B y sin perjuicio de lo establecido en las demás disposiciones del dicho tratado. Dicho artículo define al mercado interior como “un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del dicho tratado”²¹⁹. Esta nueva aproximación dio lugar a nuevas regulaciones como la Directiva del Consejo

²¹⁵ La Directiva del Consejo de 18 de mayo de 1972, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva de 25 de febrero de 1964 sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Publicado en «DOCE» N° L 121 /32, el 26 de mayo de 1972.

²¹⁶ Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado Miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia. Publicado en «DOCE» N° L 014 de 20 de enero de 1975.

²¹⁷ CORTÉS MARTÍN, José Manuel., “*Inmigración y derecho de.....,op. cit.*”, pp. 35-42.

²¹⁸ ACTA UNICA EUROPEA, celebrado el 17 de febrero de 1986 entre los 12 países miembros que en ese momento formaban la Comunidad Económica Europea. Entre otros objetivos, pretendió superar el objetivo de Mercado Común para alcanzar el objetivo de Mercado Interior que implicaría un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada. Publicado en “«BOE»» núm. 158 el 3 de julio de 1987.

²¹⁹ Véanse el artículo 14 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (actual artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

90/364/CEE²²⁰ relativa al derecho de residencia, donde en su artículo primero señalaba que los Estados europeos deberán conceder el derecho de residencia a los ciudadanos europeos que no gocen de él de acuerdo con otras disposiciones del derecho comunitario, así como a los miembros de su familia²²¹, con la independencia de cual fuese su nacionalidad tal y como se definen en el apartado 2 de dicho artículo, siempre que dispongan para sí mismos 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. Así también la Directiva del Consejo 93/96/CEE²²² de 29 de octubre de 1993 relativa al derecho de residencia de los estudiantes, donde en su artículo 1 señala que “a fin de precisar las condiciones destinadas a facilitar el ejercicio del derecho de residencia y con objeto de garantizar el acceso a la formación profesional sin discriminaciones a todo nacional de un Estado miembro que haya sido admitido para seguir una formación profesional en otro Estado miembro, los Estados miembros reconocerán el derecho de residencia a todo estudiante nacional de un Estado miembro que no disponga ya de ese derecho con arreglo a otra disposición de Derecho Comunitario, así como a su cónyuge y a sus hijos a cargo, y que mediante declaración o, a elección del estudiante, por cualquier otro medio al menos equivalente, garantice a la autoridad nacional correspondiente que dispone de recursos para evitar que, durante su período de residencia, se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, siempre que el estudiante esté matriculado en un centro de enseñanza reconocido para recibir, con carácter principal, una formación profesional y disponga de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida”. Con el Tratado de Maastricht de 1992, se introdujo la ciudadanía de la UE²²³, que es la que sustenta el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, expandiendo el ámbito del derecho de libre circulación, mediante el

²²⁰ Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia. Publicado en «DOCE» N° L 180/26 de 13 de julio de 1990.

²²¹ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene., “La reagrupación familiar: Complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, en Revista Portularia, (Revista de Trabajo Social), Vol. 3, 2003 pp. 266 a 268.

²²² Directiva 93/96/CEE del Consejo, relativa al derecho de residencia de los estudiantes. Publicado en «DOCE» N° L 317/59 de 18 de diciembre de 1993.

²²³ TFUE, artículo 20. “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

artículo 21 de TFUE²²⁴ a todos los ciudadanos de la Unión Europea, con el objetivo de facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Un derecho que posteriormente el Tratado de Lisboa confirma, y se incluye en las disposiciones generales sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. Ahora bien, como señala Arenas García, R. “pese a que en alguna ocasión se interpretó que este precepto otorgaba de forma directa el derecho a todos los ciudadanos de la UE a desplazarse y residir en el territorio de otro Estado miembro, lo cierto es que de la práctica, legislación y jurisprudencia posteriores se desprende que este derecho a la libre circulación dependerá de lo que establezca el derecho derivado, aunque es claro que la regulación del TUE pretende ser un incentivo para que el legislador europeo complete el espacio sin fronteras interiores donde se encuentre garantizada la libre circulación de personas a que se refiere el art. 3 TCE. De esta forma las disposiciones sobre libre circulación de personas del Tratado de Maastricht, al igual que el posterior Tratado de Ámsterdam y el vigente Tratado de Lisboa han de ser vistos, en principio, como mandatos dirigidos al legislador, y no como preceptos que otorguen directamente derechos a los ciudadanos”²²⁵.

La creación de un mercado interior con libre circulación de personas en la Unión, implicará un espacio sin fronteras interiores, una zona única sin controles fronterizos internos²²⁶. El acuerdo de Schengen²²⁷, fue el principio de un acuerdo por el que varios países de Europa dieron paso a suprimir los controles en las fronteras interiores, trasladando estas controles a las fronteras exteriores, esto es, el primer paso hacia una política de gestión común sin fronteras. El espacio Schengen nació al margen de las instituciones comunitarias, el 14 de junio de 1985, en Luxemburgo, donde firmaron el

²²⁴ TFUE, artículo 21, “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

²²⁵ ARENAS GARCÍA, Rafael, Extranjería (I): *principios generales, fuentes de regulación y libre circulación de personas*, publicado en volumen II del libro colectivo de *Tratado de derecho de la persona física*. Autores: M^a del Carmen Gete-Alonso Calera (dir.), Judith Solé Resina (coord.). Civitas 2013, págs. 393 a 466.

²²⁶ TFUE, artículo 26. Apartado 2º El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.

²²⁷ Acuerdo de Schengen, firmado en 4 de junio de 1985 Schengen (Luxemburgo), entre cinco de los Estados miembros de la Unión Europea (Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Bajos Países Bajos). En la actualidad 26 países han firmado este acuerdo.

acuerdo de Schengen entre cinco Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Países Bajos). Aunque en principio no pretendía que todos los Estados miembros de la organización (CEE) formaran parte de dicho espacio Schengen, pero tampoco no se descartaba que otros Estados que no fueran miembros de la CEE pudieran llegar a integrarse en el dicho acuerdo. El acuerdo de Schengen no se vinculaba ni estructural ni orgánicamente con la Comunidad Económica Europea (CEE), pero seguramente la iniciativa de dicho acuerdo no hubiera sido posible sin la existencia de la CEE. Esta eliminación de los controles fronterizos facilitaría la circulación de las personas, de hecho, los controles fronterizos, en nada afectaban al derecho de libre circulación, ni a los titulares del mismo que pudieran probar que gozaban de tal derecho, sin que dicho control pudiera suponer limitación alguna a la posibilidad de ejercer este derecho de libre circulación. Es conveniente destacar la diferente naturaleza del derecho a la libre circulación y de la eliminación de los controles fronterizos mediante el acuerdo Schengen. De hecho, creación y la evolución del régimen de control en frontera (el espacio Schengen), abrió un nuevo campo de competencia de la Unión Europea para la regulación de la denominada extranjería no comunitaria²²⁸.

Más tarde en 19 de junio de 1990, se firmó el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen²²⁹ que entró en vigor el 26 de marzo de 1995, con el objetivo de crear una zona única sin controles fronterizos internos y con la intención de la establecer unas normas comunes respecto a los controles realizados en sus fronteras exteriores e instaurar progresivamente un sistema integrado para la gestión de dichas fronteras. El espacio Schengen, se fue ampliando mediante la incorporación de Estados miembros de la UE y de otros Estados no miembros (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). Actualmente casi todos los Estados miembros de la UE están integrados en el espacio Schengen²³⁰, excepto Croacia, Chipre, Bulgaria, Irlanda, Reino Unido y Rumania²³¹.

²²⁸ ARENAS GARCÍA. Rafael., Extranjería (I): *principios generales, fuentes de regulación.....*, *op. cit.*, pp. 400 a 408.

²²⁹ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. Publicado en: «BOE» núm. 81, de 5 de abril de 1994.

²³⁰ Alemania desde el 26 de marzo de 1995, Austria desde 1 de diciembre de 2007, Dinamarca desde el 25 de marzo de 2001, Eslovaquia desde el 21 de diciembre de 2007, Eslovenia desde el 21 de diciembre de

Aunque el Tratado Maastricht (TUE) de 1992 ya había incluido entre los ámbitos de interés común, la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior (artículo K.1. del tratado)²³², dicha inclusión no implicaba que las instituciones comunitarias pudieran regular cuestiones como el cruce de fronteras o las condiciones de entrada y permanencia de los nacionales de terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, y que la competencia de la UE en este tema se limitaría tan solo a que los Estados podían concluir acuerdos entre ellos en el marco de la Unión para regular estas materias, sin que tales acuerdos se integraran en el Derecho Comunitario. Con el Tratado de Ámsterdam²³³, y en virtud de nuevo Título III bis²³⁴ introducido en dicho tratado, el “Espacio Schengen” se incorporó al Derecho de la Comunidad Europea, que preveía que la Comunidad Europea pudiera legislar en materia de extranjería. El Tratado de Ámsterdam implica la “comunitarización” de dicha materia y hace posible que el contenido del acuerdo de Schengen pase a ser Derecho de la UE, pero, sin embargo, no implica que las normas sobre cruce de fronteras exteriores y eliminación de las fronteras interiores vinculen a todos los Estados miembros. Por esta misma razón, actualmente dos miembros de la Unión, Irlanda y el Reino Unido, han preferido permanecer fuera del espacio Schengen, aunque participan en la cooperación policial y judicial y en la lucha contra el tráfico de estupefacientes²³⁵. Como he señalado antes, el espacio de Schengen

2007, España desde el 26 de marzo de 1995, Estonia desde el 21 de diciembre de 2007, Finlandia desde el 25 de marzo de 2001, Francia desde el 26 de marzo de 1995, Grecia desde el 1 de enero de 2000, Hungría desde el 21 de diciembre de 2007, Irlanda desde el 1 de enero de 1999, Italia desde el 26 de octubre de 1997, Letonia desde el 21 de diciembre de 2007, Lituania desde el 21 de diciembre de 2007, Luxemburgo desde el 26 de marzo de 1995, Malta desde el 21 de diciembre de 2007, Países Bajos desde el 26 de marzo de 1995, Polonia desde el 21 de diciembre de 2007, Portugal desde el 26 de marzo de 1995, República Checa desde el 21 de diciembre de 2007, Suecia desde el 25 de marzo de 2001, son países miembros del espacio Schengen.

²³¹ Excepto Croacia que no es miembro del espacio Schengen, y el Reino Unido que ha negociado una cláusula de exclusión voluntaria del espacio Schengen, los países como Rumania, Chipre y Bulgaria, actualmente están en proceso de adhesión al espacio Schengen.

²³² Véanse el artículo K1 del Título VI, del Tratado de Maastricht de 1992 sobre las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior.

²³³ El Tratado de Ámsterdam, aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam (16 y 17 de junio de 1997), tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999. el 2 de octubre de 1997 ha sido ratificado por España por Instrumento de 23 de diciembre de 1998 («BOE» núm. 109, de 7 de mayo de 1999), en base a la autorización concedida por la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre («BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1998).

²³⁴ Véanse el Título III bis del Tratado de Ámsterdam, en lo relativo a Visados, Asilo, Inmigración y otras Políticas relacionadas con la Libre Circulación de Personas.

²³⁵ ARENAS GARCÍA, Rafael., Extranjería (I): principios generales, fuentes de regulación....., op. cit., pp. 400 a 408.

está integrado en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea mediante un protocolo anexo²³⁶ al Tratado de Ámsterdam de 1999 que dispuso la transferencia de acervo de Schengen a los tratados. Desde entonces y en virtud de dicho protocolo, los nuevos Estados miembros de la UE deben aplicar la totalidad del acuerdo de Schengen²³⁷. La supresión de las fronteras internas de la Unión, implica una gestión de políticas sobre controles en las fronteras externas, una política para garantizar la ausencia total de controles de las personas, independientemente de su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores, tanto como, los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras externas de la Unión, y por otro lado, la regularización de la entrada y la residencia de personas de países extracomunitarios a través de medidas como la política común de asilo e inmigración²³⁸. Por este motivo, se crearon una serie de instrumentos de una gran importancia práctica que incluyen la regulación común de visados y la normativa sobre cruce de fronteras, lo que se ha denominado el Código de fronteras Schengen. Entre los cuales, los más relevantes en esta materia son, el Reglamento (CE) 539/2001²³⁹ del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de tener visado, así como la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación para cruzar las fronteras exteriores de la UE. El Reglamento (CE) 562/2006²⁴⁰ (Código de fronteras Schengen), del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 que se regula el cruce de las fronteras exteriores de la UE y la circulación por las fronteras interiores, detallando los controles a los que pueden ser sometidos tanto los beneficiarios del régimen comunitario como los nacionales de terceros Estados que no sean beneficiarios de este régimen privilegiado derivado de la libre circulación de

²³⁶ Véanse los artículos 1 y 2 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea en el Tratado de Ámsterdam.

²³⁷ *Ibidem*, el artículo 8 del Protocolo “a efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que el acervo de Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión”.

²³⁸ TFUE, Capítulo II de Título V; Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (Los arts. 77 a 80).

²³⁹ REGLAMENTO (CE) No 539/2001 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Publicado en Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DO L 81 de 21.3.2001, p. 1).

²⁴⁰ Reglamento (CE) no 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Publicado en Diario Oficial de la Comunidad Europea, (DO L 105 de 13.4.2006, p. 1).

personas. Y el Reglamento (CE) nº 810/2009²⁴¹ (Código de visados) del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados, que en opinión de Velasco Retamosa, constituye el instrumento vertebrador de la política de movilidad de nacionales de terceros Estados que se establecen en la Unión ²⁴². Este Reglamento contiene las reglas que han de seguirse para solicitar y conceder visados de estancia para el espacio Schengen y para visados de tránsito aeroportuario.

En el ámbito europeo, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, bajo reserva de ciertas restricciones que este prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Así como también la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF) que reproduce en su artículo 7, la protección de la vida privada familiar establecida en el artículo 8 del CEDH. Además la CEDF establece en su artículo 24.3 la protección del derecho de relación entre hijos y padres. Ahora bien, respecto a residencia y reagrupación familiar de los extranjeros, la jurisprudencia constante de TEDH es que el convenio no garantiza el derecho de una persona a entrar o residir en un estado del que no es ciudadano²⁴³. De hecho los Estados contratantes tienen derecho a controlar la entrada, permanencia, y el alojamiento de los no nacionales, todo esto en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido. Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido produciendo una importante jurisprudencia sobre los derechos de los extranjeros en relación con supuestos de reagrupación familiar y ha establecido que la reagrupación familiar forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 8 del CEDH,

²⁴¹ Reglamento 810/2009/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados. (Código de visados). Publicado en «DOUE», L 243, 15/10/2009.

²⁴² VELASCO RETAMOSA, José Manuel., “Libre circulación de personas en la unión europea: los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 22, enero-junio, 2013, pág. 59.

²⁴³ SSTEDH, Caso Souza Ribeiro c. Francia de 13 diciembre de 2012, demanda núm. 22689/07, apartado 77; Caso Kuric’ y otros c. Eslovenia, de 26 de junio 2012, demanda núm. 26828/06, apartado 355; Chahal c. Reino Unido de 25 de octubre de 1996, demanda núm.70/1995/576/662 apartado 73.

y el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE²⁴⁴. En esta misma línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, ha interpretado que el derecho al respeto de la vida familiar que figura en el artículo 8 del CEDH, también incluye el derecho a la reagrupación familiar²⁴⁵. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la UE, el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 de CEDH, forma parte de los derechos fundamentales y están protegidos en el ordenamiento jurídico comunitario²⁴⁶. Esto es, a pesar de que el artículo 8 del CEDH no menciona el derecho de reagrupación familiar como derecho protegible, el TEDH ha aceptado que cuando concurren determinadas circunstancias este derecho sea susceptible de la protección otorgada por el Convenio²⁴⁷. De todo esto podemos deducir que, en el Derecho de la Unión Europea, y conforme a reiterada jurisprudencia del

²⁴⁴ SSTEDH, Caso Abou Amer c. Rumania de 24 mayo 2011, demanda núm. 14521/2003; Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido de 28 mayo 1985, demanda núm. 9214/1980, 9473/1981y9474/1981; Caso Boujlifa c. Francia de 21 octubre 1997, demanda núm. 25404/1994; Caso Gül c. Suiza de 19 de febrero de 1996, demanda núm. 23218/94; Caso Ahmut c. Países Bajos de 26 de octubre de 1996, demanda núm. 21702/93; y Caso Üner c. Países Bajos de 18 octubre 2006. JUR 2007\252584, demanda núm. 46410/1999. En www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon?uid=funda012&pwd.

²⁴⁵ SSTJCE, asunto C-127/08, caso Blaise Baheten Metock y Otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform de 25 julio de 2008 (TJCE 2008\210), apartados 56 y 62, donde el tribunal afirma que “si no se permitiera a los ciudadanos de la Unión llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, se obstaculizaría seriamente el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza”. O la sentencias de 11 de julio de 2002 [TJCE 2002, 222], Carpenter, C-60/00, Rec. pg. I-6279, donde en su apartado 42 señala que, 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 Convenio. Tal injerencia infringe el 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. Asimismo en el caso Akrich, C-109/01, Rec. p. I-9607, apartado 59; Caso Eind, C-291/05, Rec. pg. I-1071911 de diciembre de 2007, apartado 44; y Caso Comisión c. Alemania, C-441/02, Rec. pg. I-3449, apartado 109, entre otras. www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon?uid=funda012&pwd.

²⁴⁶ *Ibidem* STJCE, caso Carpenter, apartado 41, el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio»), que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Ibidem caso Akrich, apartado 58, Cuando el matrimonio es auténtico y, en la fecha del regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro del que es nacional, su cónyuge, nacional de un país tercero y con el que convivía en el Estado miembro que abandona, no reside legalmente en el territorio de un Estado miembro, debe, no obstante, tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio»), que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

²⁴⁷ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves: “El derecho a la reagrupación familiar de las personas.....”, *op. cit.*, pág. 69.

Tribunal Europea de Derechos Humanos, tanto como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el derecho a la reagrupación familiar está integrado en el derecho al respeto de la vida familiar, de carácter fundamental consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁴⁸. Finalmente en el ámbito migratorio, mediante el Título IV del Tratado de Ámsterdam, con la finalidad de impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración, el Consejo aprobó en el año 2003 la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, aplicable a los nacionales de terceros Estados no miembros de la UE, con la finalidad de establecer un régimen uniforme y privilegiado de entrada y permanencia, en el que se desenvolverían las políticas migratorias en materia de reagrupación familiar, vinculante para todos los Estados miembros de la UE²⁴⁹. En 2004 se adoptó una nueva Directiva de carácter regulador, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. En este sentido, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea valoraron la necesidad de codificar y revisar los instrumentos comunitarios existentes, con objeto de simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión Europea, con un acto legislativo único, con el fin de facilitar el ejercicio de este derecho.

La Directiva 2004/38/CE ha modificado el Reglamento (CEE) 1612/68²⁵⁰, en lo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, y ha derogado diversas Directivas CEE en materia de desplazamiento, residencia y estancia de trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, así también en materia del establecimiento y libre prestación de servicios y residencia de los estudiantes nacionales de los Estados miembros.

²⁴⁸ MARTÍN VILLEGAS, Araceli., “La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de reagrupación familiar”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 38, 2015, pág. 21.

²⁴⁹ VELASCO RETAMOS, José Manuel., “Libre circulación de personas en la unión europea: los nacionales de terceros Estados.....”, *op, cit.*, pp.62 y 63.

²⁵⁰ Dicha Reglamento fue derogado mediante el Reglamento (UE) 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, publicado en *BOUE*, L 141/1, de 27 mayo de 2011.

La Directiva 2004/38/CE, regula el derecho de entrada y la salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, y los trámites administrativos que deben realizar ante las autoridades de los Estados miembros. Asimismo regula el derecho de residencia permanente, y finalmente establece limitaciones a los derechos de entrada y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública²⁵¹. Como señala el considerando 5 de la Directiva 2004/38/CE, “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. Los miembros de la familia a que se hace referencia la Directiva 2004/38/CE en su artículo 2.2 son: el cónyuge, la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios, los descendientes menores de 21 años o a su cargo y de su cónyuge o de su pareja y los ascendientes a su cargo y los del cónyuge o de la pareja. La Directiva 2004/38/CE, amplía el ámbito de los beneficiarios de este derecho. En su artículo 3.2 se establece que sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que en el país de procedencia esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

Con el paso del tiempo y debido a la evolución de la sociedad, el concepto de familia, se ha complicado con la aparición de otros modelos de familia, diferente a la familia tradicional, una familia delimitado y caracterizado como la institución formada por el

²⁵¹ Art. 1 de la Directiva 2004/38/CE: “La presente Directiva establece: a) las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia; b) el derecho de residencia permanente en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia; c) las limitaciones a los derechos establecidos en las letras a) y b) por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”.

padre, la madre y los hijos, estando el padre y la madre unidos en matrimonio. Albaladejo define el matrimonio como “la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia”²⁵².

Aunque la Unión Europea tiene muy limitadas competencias en materia de familia, muchos de sus esfuerzos políticos y legislativos van dirigidos a perfilar una noción “europea” de familia, que dista mucho de la familia tradicional y natural, y que presiona, además, a los estados que conciben la familia como una realidad basada en la unión entre un varón y una mujer, para que modifiquen sus legislaciones²⁵³. En este sentido y en lo que afecta a la familia y el matrimonio, podemos observar como la UE, en el artículo 4.3 de la Directiva 2003/86/CE de la reagrupación familiar, recoge un concepto de familia que incluye a tales efectos la “pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada”. Asimismo también en la descripción de “miembro de la familia”, la Directiva 2004/38/CE en su artículo 2.2 incluye a la pareja no casada dentro del ámbito de miembro de la familia. La protección de la vida familiar constituye uno de los ámbitos jurídicos en los que se ha producido una mayor transformación desde su reconocimiento inicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ello como resultado de la interpretación «constructiva» llevada a cabo por el TEDH, que viene realizando una lectura conjunta del Convenio y, en particular, de los artículos 8 y 12²⁵⁴. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es un órgano jurisdiccional de la UE sino un Tribunal creado para velar por el respeto de los compromisos adquiridos por los firmantes en la Convención de Roma por los derechos y las libertades garantizadas en el Convenio²⁵⁵, pero la jurisprudencia del TEDH influye en el Derecho de la Unión, puesto que el Convenio Europeo para la

²⁵² ALBALADEJO GARCIA, Manuel., “Curso de Derecho civil IV. Derecho de... ..”, *op. cit.*, Pág.31.

²⁵³ Véanse el artículo “Hacia un concepto común (ideológico) de familia” en <https://bruselense.wordpress.com/.../hacia-un-concepto-comun-ideologico-de-familia>.

²⁵⁴ PRESNO LINERA, Miguel Ángel., *El Derecho Europeo de Familia*, en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 22 (Estudios), Aranzadi, SA, Pamplona. 2008. pág. 11. Asimismo también ARENAS GARCÍA, Rafael., Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.) en <https://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf>.

²⁵⁵ LÓPEZ BARBA, Elena y GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio., “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, en *Revista del poder judicial*, Nº 64, 2001, pp. 43-82(pág. 48).

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales constituyen también principios generales del Derecho de la Unión Europea.

Esta transformación de “vida familiar” ha supuesto el abandono de un concepto tradicional de “familia”, construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la unión conyugal, a favor de un concepto moderno de vida familiar. En relación con esto, como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Elsholz, “no se circunscribe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones "familiares" fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio”²⁵⁶. Respecto a esta transformación y su efecto sobre familia en sentido, de que si ha sido favorable y fortaleció la familia o, por el contrario, más bien desintegrado la familia, Díez-Picazo²⁵⁷ sostiene que la razón por la que se protege el matrimonio como derecho fundamental, es que constituye el fundamento de la familia, si no hubiera familia no haría falta el matrimonio, y a continuación añade que, ello es poco relevante en esta sede no sólo por la diversificación de modelos familiares que conoce el mundo actual, sino sobre todo porque las nuevas técnicas de reproducción asistida, por no mencionar la polémica posibilidad de la adopción, han diversificado los medios de tener una prole y, por tanto, de fundar una familia.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea en sentido estricto, la normativa se ha ido acogiendo un concepto cada vez más amplia de la familia. En la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, se afirma que “a los efectos de la presente Directiva, la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio” y habla de «mantener la unidad de la familia en un sentido amplio». El TEDH interpreta el concepto de familia del art.8 del CEDH de un modo extremadamente amplio, y desde su punto de vista, el concepto se ha desarrollado más allá de lo que representa el clásico modelo de familia y apenas en las relaciones con la institución del matrimonio. El TEDH en sus sentencias señala que no considera el concepto de familia,

²⁵⁶ STEDH asunto Elsholz, punto 43, *op. cit.*

²⁵⁷ DÍEZ PICAZO Luis María, «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo.....», *op. cit.*, pág. 11.

al que se hace referencia en art. 8 de CEDH, limitado sólo al tipo de relaciones basadas en el matrimonio, sino que podía ampliarse también a otras relaciones familiares de facto, cuando los afectados conviven sin que exista matrimonio²⁵⁸.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo protege abiertamente el concepto amplio de la familia. Así, mantiene la necesidad de que el CEDH sea interpretado de acuerdo con las circunstancias del momento en que ha de ser aplicado. Así, por ejemplo, en la sentencia Marckx²⁵⁹, donde se afirma que: “Es cierto que en la época en que el Convenio de 4 de noviembre de 1950 que se proyectó era frecuente y acorde al derecho en muchos países europeos establecer distinciones de este tipo entre la familia ilegítima y la legítima. Sin embargo, el Tribunal recuerda que el Convenio debe ser interpretado a la luz de las circunstancias actuales”. En el presente caso, el Tribunal no puede dejar de tener en cuenta que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa han evolucionado y continúan haciéndolo, junto con los más importantes documentos internacionales, hacia el pleno reconocimiento jurídico de la máxima “mater semper certa est”²⁶⁰.

El CEDH en su artículo 8 consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, bajo reserva de ciertas restricciones admisibles, y se establece lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

«2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

²⁵⁸ SSTEDH, Caso Paula y Alexandra Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31; Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112; Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C; McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, A 307-B. publicados en dirección electrónica oficial de TEDH, <http://www.echr.coe.int/>.

²⁵⁹ *Ibidem* STEDH, Caso Paula y Alexandra Marckx.

²⁶⁰ *Ibidem* caso Marckx, Párrafo 41.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000²⁶¹, en su artículo 7 establece que:

«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».

Respecto a la protección de los derechos fundamentales y la protección de la vida privada y familia en particular, el CEDH dispone de un mecanismo jurisdiccional de protección, que es el mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que a través de su jurisprudencia, hace que los derechos y los pronunciamientos del convenio sean más eficaces. Se configura como un órgano de control del cumplimiento del Convenio por parte de los Estados parte de este. Y a través de su jurisprudencia ha ido creando toda una teoría sobre los derechos fundamentales en general y la protección de la familia en particular, basada en la importancia y valor del núcleo familiar, y la dignidad del ser humano, tanto como familiares de jure, tradicionalmente fundadas en el matrimonio, al igual que las relaciones familiares de facto donde sus miembros conviven próximamente fuera del matrimonio²⁶². El artículo 8 del Convenio está inspirado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques²⁶³».

El primer párrafo del art.8 del CEDH indica que el derecho que se enuncia es un derecho al respeto de la vida privada y familiar, no un derecho a la vida privada y familiar. De esta noción de respeto a la vida privada y familiar el Tribunal ha extraído importantes consecuencias en relación con la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados miembros. Por otro parte, cuando un Estado parte pretenda justificar una limitación del derecho contenido en el artículo 8.2 del CEDH, el análisis sobre si tales limitaciones están o no justificadas a la luz del Convenio deberá tener en cuenta que tales limitaciones han de ser compatibles con una sociedad democrática. Se desprende del contenido el apartado 2 del artículo 8 de CEDH que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el

²⁶¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2010/C 83/02). *Diario Oficial de la Unión Europea* de 30 de marzo de 2010.

²⁶² *Ibidem* STEDH, Caso Paula y Alexandra Marckx.

²⁶³ DUDH, artículo 12.

ejercicio de este derecho, si no que esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. A partir de aquí el Tribunal examinará las tres cuestiones en relación a la interferencia mencionada: a) si se hizo respetando la ley; b) si se hizo para lograr al menos uno de los objetivos legítimos descritos en el art. 8. 2 y c) si dicha interferencia resulta necesaria en una sociedad democrática, es decir, responde a una necesidad social, con valores democráticos definida por el pluralismo. Por ejemplo en la sentencia de caso Zmarlak²⁶⁴ c. Polonia de 15 de enero de 2008. El día 4 de agosto de 1993, el demandante fue detenido de forma provisional al ser considerado sospechoso de haber elaborado y utilizado una falsa letra de cambio. El octubre de 1993 fue liberado, dejándolo bajo un control policial que consistía en presentarse dos veces a la semana en la comisaría de su lugar de residencia. Esta medida, que se prolongó durante más de doce años, fue revocada poco antes de ser absuelto, en octubre de 2006, de los cargos que se le imputaban. Ante el TEDH, el demandante alegó que había sufrido una violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar debido a la aplicación de esta medida de control policial. Afirmó que durante más de doce años había sido privado de la posibilidad de llevar una vida normal puesto que esta medida le ocasionó numerosos inconvenientes, entre otros, la posibilidad de frecuentar a su familia próxima que residía en el extranjero. El TEDH, vistas las circunstancias del presente asunto, consideró que para el demandante el hecho de ser objeto, durante casi doce años, de una medida de control policial comportó evidentes repercusiones sobre su vida privada y familiar, en el sentido del artículo 8 del CEDH. En concreto, al estar obligado a presentarse regularmente en la comisaría de su lugar de residencia para cumplir con las formalidades vinculadas a la aplicación de la medida de control policial se vieron afectados los contactos con su familia residente en el extranjero. Puesto que esta medida tenía una base legal, le correspondía al TEDH analizar si era proporcionada y, más concretamente, si las razones que la motivaron estuvieron justificadas durante todo el período de su aplicación. Si bien el TEDH no aprecia, en principio, ninguna razón para dudar de la utilidad de la medida litigiosa en el momento del inicio del procedimiento penal, tiene serias dudas sobre su indispensabilidad durante todo

²⁶⁴ STEDH, Caso Zmarlak contra Polonia (demanda núm. 37522/02), de 15 de enero de 2008.

el período en el que se mantuvo vigente. En consecuencia, el TEDH constata que la vigilancia policial se acordó por un período indeterminado. En la medida en que el procedimiento judicial se prolongaba, las autoridades no adoptaron ninguna decisión sobre la revisión de la aplicación de esta medida y de su utilidad. Visto lo precedente, el TEDH considera que no se ha establecido de manera convincente que la aplicación, durante más de doce años, de una medida de control policial fuera estrictamente necesaria y constata una violación del artículo 8 del CEDH al suponer una injerencia injustificada en su vida privada y familiar.

En la sentencia de caso Hadri Vionnet²⁶⁵ c. Suiza, la demandante, peticionaria de asilo en Suiza en el año 1996, estuvo residiendo en diversos centros de acogida durante la tramitación de su solicitud. En abril de 1997, estando embarazada de 26 semanas, tuvo un parto prematuro. Los médicos certificaron que su hijo había muerto dos días antes del parto. El cuerpo fue trasladado de forma irregular al cementerio para ser enterrado en una fosa común, sin la celebración de ninguna ceremonia funeraria. La demandante se quejó de una violación de derecho al respeto de su vida privada y familiar puesto que el cuerpo de su hijo fue transportado en una camioneta comercial y se le privó del derecho a asistir a una ceremonia funeraria. Según ella, los derechos de los padres sobre los restos mortales de su hijo, principalmente, el derecho a decidir el lugar, la hora y las modalidades de inhumación están protegidas por el artículo 8 del CEDH en tanto que elementos de la vida privada y familiar. El TEDH constata la aplicabilidad del artículo 8 del CEDH en el dicho asunto y entra a analizar si la injerencia en el respeto al derecho a la vida privada y familiar tiene o no alguna justificación. Así, el TEDH debe examinar en primer lugar si la actuación de los agentes suizos tenía una base legal suficiente. En lo que concierne al derecho de los padres a asistir al entierro y a una ceremonia, el TEDH constata una contradicción entre un texto legislativo claro y la práctica seguida en el caso, puesto que se procedió al entierro sin haber consultado a los familiares y la inhumación se organizó sin su participación. También constata que el traslado del cuerpo, en una camioneta comercial, violaba la propia legislación interna. Por tanto, concluye que existe una violación del artículo 8 del CEDH puesto que, en el dicho caso, la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar carecía de base legal alguna. Con todo lo anterior y en modo

²⁶⁵ STEDH, caso Hadri-Vionnet contra Suiza (demanda núm. 55525/00), de 14 de febrero de 2008.

de conclusión, como podemos ver el TEDH con su jurisprudencia evolutiva en relación al artículo 8 de CEDH, interpreta el derecho a la vida familiar de un modo extremadamente amplio, a consecuencia de la aplicación del principio de la protección efectiva de los derechos fundamentales, y como dice el Tribunal «el fin del convenio consiste en proteger derechos no teóricos e ilusorios sino concretos y efectivos²⁶⁶».

1. La reunión de Tampere de 1999 relacionado con trato justo a los nacionales de los terceros países

Poco tiempo después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo Europeo celebró una sesión especial en Tampere 1999²⁶⁷, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, con el fin de apoyar a la puesta en marcha de una política comunitaria de migración con un nuevo enfoque global e integrador de la inmigración. En Tampere se fijó la necesidad de establecer una política migratoria común para la UE, basada en un enfoque global del fenómeno migratorio. Para ello partió de un reforzamiento del vínculo existente entre el espacio de libertad, seguridad y justicia y el respeto de los derechos humanos²⁶⁸. La nueva política migratoria común europea²⁶⁹ contaba con los principales novedades que incluían, un tratamiento integrador del asilo y la inmigración (basada a un trato justo de los residentes extracomunitarios), la decisión de trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra²⁷⁰ y con el objetivo de lograr que ninguna persona fuera repatriada a un país en que sufre persecución, aplicando, el

²⁶⁶ STEDH, Caso *Ártico* contra Italia. (Demanda núm. 6694/1947) de 13 de mayo de 1980.

²⁶⁷ El Consejo Europeo, en sesión extraordinaria celebrada en la ciudad finlandesa de Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999, examinó las políticas de asilo e inmigración asumidas por la Unión Europea y reafirmó su voluntad de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia. Con este objetivo, entiende necesario que una política europea común en materia de asilo y de migración contemple paralelamente un trato equitativo para los nacionales de terceros países y una mejor gestión de los flujos migratorios.

²⁶⁸ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La reciente evolución de la problemática del asilo y la inmigración en la Unión Europea: algunas notas sobre la Cumbre de Tampere», en revista *Tiempo de Paz*, 1999, núm. 55, pp.41-49.

²⁶⁹ COM (2000) 757 final, Bruselas, 22.11.2000, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Política Comunitaria de Migración.

²⁷⁰ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Publicado en: «BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

principio de no devolución. Además, se afirmó que, la Unión Europea necesita un enfoque global respecto a la migración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito²⁷¹. Para ello es necesario luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos, consolidar los estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos, en particular los derechos de las minorías, de las mujeres y de los niños. Así también la necesidad de abordar el estatuto jurídico del extranjero que reside legalmente en un Estado miembro sobre la base de la garantía de un “trato justo” y la concesión de derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión. En este sentido, la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia²⁷². Finalmente el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia. El Consejo Europeo confirma el objetivo de ofrecer a los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente durante un periodo prolongado la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen²⁷³. Para conseguir este propósito, en la reunión de Tampere, el Consejo Europeo pidió que el Consejo adoptara actos jurídicos con rapidez, basándose en propuestas de la Comisión. Atendiendo a esta petición, la Comisión, el 1 de

²⁷¹ Conclusiones de la Presidencia de Tampere; párrafo 26 “el Consejo Europeo hace un llamamiento para que se desarrolle la asistencia a los países de origen y tránsito con objeto de promover el retorno voluntario y ayudar a las autoridades de esos países a mejorar su capacidad para combatir eficazmente la trata de seres humanos y para cumplir las obligaciones de readmisión que les incumben respecto de la Unión y los Estados miembros”.

²⁷² Conclusiones de la Presidencia TAMPERE, punto 18. En www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

²⁷³ Conclusiones de la Presidencia TAMPERE, punto 21.

diciembre de 1999 presento la primera propuesta de Directiva del Consejo sobre reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residían legalmente en la UE, vinculados a una serie de criterios comunes en todos los Estados miembros (COM (1999) 638 final)²⁷⁴. A continuación el Parlamento Europeo el 6 de septiembre de 2000 aprobó su dictamen, tanto el enfoque general como las principales orientaciones de la propuesta, pero pedía una restricción en el ámbito de aplicación e invitaba a la Comisión a realizar las pertinentes modificaciones. De acuerdo con el dictamen del parlamento, el 10 de octubre de 2000 presento una propuesta modificada de directiva sobre reagrupación familiar COM (2000) 624 final²⁷⁵. Durante el proceso llevado por parte del consejo, fue aprobada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión²⁷⁶.

La Carta no confería nuevos derechos, sino que procedía a codificar y clarificar los ya existentes en el ámbito europeo, tomando como fuente de inspiración las convenciones internacionales, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y la jurisprudencia comunitaria²⁷⁷. El principal objetivo de la Carta sería poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia indiscutible de los derechos fundamentales y su alcance, y por otro parte, en el ámbito comunitario, reforzar su posición frente a las instituciones comunitarias y los Estados miembros de la Unión encargados de la aplicación del Derecho de la Unión. La Carta se basaba en un innovador método de agrupación de los derechos, que abandona la tradicional distinción entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos y sociales, e incluso derechos de solidaridad por otra. Además, ha sido considerada profundamente respetuosa con los principios de indivisibilidad e incluso de universalidad de los derechos. Ya que, si bien es

²⁷⁴ Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea, Bruselas, 1.12.1999 COM (1999) 638 final, 1999/0258 (CNS).

²⁷⁵ COM (2000) 624 final, Bruselas, 10.10.2000, 1999/0258 (CNS), propuesta modificada sobre el derecho a reagrupación familiar (presentado por la Comisión de conformidad con el artículo 250 (2) de TCE).

²⁷⁶ La Carta de los Derechos Fundamentales enumera los derechos básicos que la Unión ha de respetar, así como los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. El 1 de diciembre de 2009, la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante. Según el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Por consiguiente, la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales. La Carta reconoce de forma expresa que la Unión es una comunidad de derechos y de valores y que los derechos fundamentales de los ciudadanos ocupan un lugar central en la Unión Europea.

²⁷⁷ GARCÍA LÓPEZ, María Elisa., El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países, Tesis doctoral dirigida por José Luis Cascajo Castro (dir. tes.). Universidad de Salamanca (2012). pp. 300 y 301.

cierto que algunas de las facultades se reservan a los ciudadanos de la Unión, pero con carácter general los derechos reconocidos son predicables a todas las personas, con independencia de su nacionalidad, hasta el punto que se ha destacado que “la Carta suprime, en gran medida, la diferencia de estatuto entre ciudadanos de la Unión y nacionales de los terceros países²⁷⁸”. No obstante, ni la aprobación de la Carta de derechos fundamentales de la UE como un instrumento que podría influir y profundizar la dimensión de la política de integración en materia de extranjería y en especial sobre el derecho a reagrupación familiar, ni el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001²⁷⁹, estableció cambios relevantes en el tratamiento jurídico de esta materia²⁸⁰, lo que de nuevo señalaba las resistencias de los Estados a profundizar en el proceso de cesión competencial en este terreno²⁸¹. Las negociaciones en el seno del Consejo de mayo de 2000, mayo de 2001 y septiembre 2001 revelaron las enormes dificultades políticas para la aprobación de esta norma²⁸². Ante el retraso y estancamiento con que la Directiva se había topado durante su laborioso proceso de negociación, y la necesidad de lograr los objetivos definidos en Tampere, el Consejo Europeo de Laeken (Bélgica), desarrollado el 14 y 15 de diciembre 2001²⁸³, invitó a la Comisión a presentar una nueva propuesta modificada,

²⁷⁸En este sentido defiende F. Morillo que “Los derechos recogidos en la Carta están ampliamente abiertos a los nacionales de los terceros países. Esto se refleja claramente en los proyectos legislativos. ¿Cabe, por lo tanto, hablar de una ciudadanía civil paneuropea basada en la residencia y no en la nacionalidad? Tal concepto sólo surgirá verdaderamente al término de una reflexión profunda aún pendiente y siempre que lleguen a buen fin los proyectos legislativos presentados brevemente en el presente artículo, así como los otros textos evocados por el Consejo Europeo de Tampere y que la Comisión pretende proponer. Queda claro, en cualquier caso, que la diferencia entre los derechos del ciudadano y los derechos del nacional de un tercer país es cada vez menor y se concentra, esencialmente, en los derechos políticos”. FONSECA MORILLO, F. J. “*Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*”. Publicado en CIDOB, Afers Internacionals, núm. 53, pp. 77-95

²⁷⁹ *Ibidem*, El Tratado de Niza., España lo ratificó el 27 de diciembre de 2001, entrando en vigor el 1 de febrero de 2003. Publicado en «BOE» n° 24, de 28 de enero de 2003.

²⁸⁰ El Tratado de Niza (Protocolo sobre el artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea). El Tratado mediante la inclusión de un párrafo nuevo en el art. 67 TCE amplió el ámbito de la toma de decisiones comunitarias por mayoría cualificada y por procedimiento de codecisión.

²⁸¹ GARCÍA LÓPEZ, María Elisa., *El derecho a la reagrupación familiar.....*, op. cit. pp. 301y 302.

²⁸² MOLINER NAVARRO, R: «El concepto de “familia nuclear” en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar», *Revista Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre hombres y Mujeres* n° 15 (2004), pp. 6-17.

²⁸³ Esta propuesta se adopta tras el Consejo Europeo de Laeken COM (2002) 225 final 2.5.2002. En esta nueva propuesta, y con la finalidad de volver a activar el proceso para la aprobación de la Directiva, se parte de la premisa de que para armonizar las legislaciones nacionales en materia de reagrupación familiar de los ciudadanos de terceros países serán necesarias varias etapas. Así, con la nueva propuesta se pretende únicamente diseñar la primera de estas etapas, en la que prima la flexibilidad. Se deja a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la definición de los aspectos más críticos y controvertidos, y se limita esta flexibilidad mediante la introducción de cláusulas stand-still (que establecen que no se pueden

como muy tarde el 30 de abril de 2002. Siguiendo esta proposición, la Comisión formuló una nueva propuesta el 2 de mayo de 2002 (COM (2002) 225 final)²⁸⁴ que incluía numerosas disposiciones novedosas que suponían un cambio sustancial respecto del borrador inicial²⁸⁵. Contra estas resistencias se pronunciarían diversos Consejos Europeos²⁸⁶, denunciando la omisión de los Estados miembros en lo relativo al cumplimiento de los compromisos e incluso la reducción de los niveles de protección en las medidas que se estaban negociando. Con el lento proceso de negociación de propuestas en el ámbito del asilo y la inmigración, el Consejo Europeo de Sevilla los días 21 y 22 de junio de 2002, volvió a situar en el primer plano de la agenda comunitaria la extranjería y la inmigración. El Consejo de Sevilla propuso la aceleración de los trabajos legislativos en curso sobre la definición de una política común de asilo e inmigración e instó al Consejo para que las propuestas más destacadas que estaban retrasándose como consecuencia de su difícil proceso de negociación, como la propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar y la propuesta de Directiva sobre residentes de larga duración, fueran acordadas antes de junio de 2003²⁸⁷. El consejo de Sevilla con una visión alejada de los objetivos acordados en Tampere, bajo la sombra y los efectos de lucha contra terrorismo volvió a enfatizar la lucha contra la inmigración ilegal otorgándole “máxima prioridad”, con un enfoque restrictivo y la seguridad respecto a la inmigración²⁸⁸.

Finalmente el acuerdo político se logró en los debates habidos en la sesión del 27 de febrero de 2003²⁸⁹ del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior. En las últimas

introducir condiciones más restrictivas que las ya existentes en un Estado miembro en la fecha de su adopción) y una cláusula de revisión temporal.

²⁸⁴ COM (2002) 225 final, Bruselas, 2.5.2002, 1999/0258 (CNS), propuesta modificada sobre el derecho a reagrupación familiar presentada por la Comisión.

²⁸⁵ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel Eugenia., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, *en la Revista Migraciones, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid*, Nº 12, 2002, pp. 43-79. Especialmente la parte del artículo donde el autor hace un análisis comparado de la última propuesta de Directiva 2003/86/CE y la ley de extranjería llegando a la conclusión de que en diversos aspectos la legislación española era más generosa que la propuesta.

²⁸⁶ Consejo Europeo de Laeken, celebrado el 14 y 15 de diciembre de 2001; Consejo Europeo de Sevilla, el 21 y 22 de junio de 2002; Consejo Europeo de Salónica, de 19 y 20 de junio de 2003.

²⁸⁷ Véanse el apartado 37 de Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla 21 y 22 de junio, Bruselas 24 de octubre de 2002 (29.10), 13463/02.

²⁸⁸ GARCÍA LÓPEZ, María Elisa., El derecho a la reagrupación familiar....., op, cit. p.302

²⁸⁹ Sesión nº 2489 del Consejo JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR, 27 y 28 de febrero de 2003. C/03/42 Bruselas, 6162/03 (Presse 42). Véanse C/03/259, Bruselas, 22 de septiembre de 2003 12339/03 (Presse 259), Sesión nº 2525 del Consejo - Competitividad - - Mercado Interior, Industria e Investigación - Bruselas, 22 de septiembre de 2003, donde en puntos objeto de debate sobre derecho de libre circulación y

negociaciones habidas en dicho Consejo, los Estados miembros (EEMM) habían acordado un texto que no cumplía las propuestas que el Parlamento Europeo en 9 de abril de 2003 había formulado en su dictamen emitido en torno al tercer propuesta de Directiva presentada por la Comisión en mayo de 2002. Donde el parlamento se opuso a la mayoría de modificaciones introducidas por considerar que suponían una considerable restricción de su ámbito de aplicación²⁹⁰. Un texto que endurecía el rigor del derecho a la reunificación familiar²⁹¹. El resultado final alcanzado es, una Directiva aún más restrictiva en comparación con su primera y segunda propuesta²⁹². Y como señala Cortés Martín, J.M., “el objetivo inicial de lograr el reconocimiento de la reunificación familiar se ha limitado a la mera definición de una base común mínima de condiciones en las que se ejerce este derecho, basada en el mínimo común denominador de las políticas que los Estados miembros han desarrollado hasta este momento en este ámbito”²⁹³. Ante la entidad de las reformas habidas en las negociaciones finales, el procedimiento protocolario exigía que el Consejo hubiera informado nuevamente al Parlamento del nuevo texto y hubiera esperado a la emisión de su dictamen, antes de proceder a la aprobación definitiva de la Directiva. Sin embargo, la adopción formal de la Directiva²⁹⁴ por el Consejo, en la versión más restrictiva de todas tuvo lugar el 22 de septiembre de

residencia afirma que “el Consejo ha alcanzado un acuerdo político sobre la Directiva 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. La posición común sobre esta propuesta se aprobará en una próxima sesión del Consejo, una vez formalizado el texto y enviado al Parlamento Europeo para su segunda lectura, conforme al procedimiento de codecisión”. (eur-lex.europa.eu/procedure/ES/1999_258).

²⁹⁰ MOLINER NAVARRO, R: «El concepto de “familia nuclear” en la directiva.....,op, cit.,p. 8.

²⁹¹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”. León, 5 de octubre de 2003, pp. 1 a 5. En <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2252/Aurelia.pdf?sequence=1>.

²⁹² Véanse el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la "Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar". Punto de vista del Comité de las Regiones, 1.2. “observa con preocupación que la propuesta revisada indica un cambio de enfoque sobre la reagrupación familiar, que pasa de basarse en los derechos a basarse en los procedimientos; lamenta que el objetivo inicial -el reconocimiento de la reagrupación familiar-, tal como se mencionaba en la primera propuesta de la Comisión de 1999, se vea limitado a la mera definición de una base común mínima de "condiciones en las que se ejerce el derecho a la reagrupación familiar"; y considera que la propuesta debería tener en cuenta los casos particulares en los que es razonable conceder el derecho de residencia”; así también los puntos de vista 1.4, 1.5 y 1.9 de dicho dictamen. DOCE nº C 073 de 26/03/2003 p. 0016 – 0019. 2003/C 73/05.

²⁹³ CORTÉS MARTÍN, José Manuel., “Inmigración y derecho de reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador....., op, cit., pp.44 a 46.

²⁹⁴ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003. «DOCE» L251, 3.10.2003.

2003²⁹⁵, entrando en vigor el 3 de octubre del mismo año, sin tomar en consideración la opinión del Parlamento Europeo²⁹⁶. De modo que tras un larguísimo y difícil proceso de elaboración en el que el borrador de la Directiva había cumplido con todos los trámites establecidos en el art. 304 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 262 TCE), incluso aquellos estipulados con carácter meramente facultativo, el texto final no observó el mismo procedimiento estricto, precisamente respecto a un trámite de carácter obligatorio. Ello constituía una grave omisión procedimental que sin embargo el Parlamento Europeo no denunció ante el TJUE en el recurso de anulación que se interpuso posteriormente contra la Directiva de reunificación familiar, en el 22 de diciembre de 2003²⁹⁷.

El Parlamento Europeo al amparo del art. 263 del TFUE (antiguo art 230 de TCE), interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea contra el Consejo de la Unión Europea, con la finalidad de obtener la anulación de ciertas disposiciones de la Directiva sobre reagrupación familiar. El Parlamento consideró que, junto a las reglas válidas para ejercer el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, la Directiva contenía disposiciones discriminatorias y restrictivas del derecho a la vida familiar de los menores, que deberían ser anuladas por incoherente con los principios fundamentales del derecho Comunitario expresados en el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea²⁹⁸. Con la entrada en vigor del texto final de la Directiva (2003/86/CE) sobre del derecho a reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, distintos sectores²⁹⁹ coincidían en cuestionar, argumentando que la

²⁹⁵QUIRÓS FONTS, Antonio., “Derecho comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español” en Revista de Anales de derecho (Universidad de Murcia), Nº 21, 2003, pp. 398- 404.

²⁹⁶ El artículo 289.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un Reglamento, una Directiva o una decisión. Este procedimiento se define en el artículo 294 de TFUE.

²⁹⁷ Véanse LA SPINA, Encarnación., “Aspectos de la armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares nacionales de terceros Estados en la Unión Europea” en *Cuadernos europeos de Deusto*, Nº 53, 2015 (Ejemplar dedicado a: The European Union's Policy for Human Rights and Democracy support: a critical assessment), pp. 169 a 172.

²⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006. Asunto C-540/03. Parlamento europeo contra Consejo de la Unión Europea. Mediante su recurso, el Parlamento Europeo solicita la anulación del artículo 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y del artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

²⁹⁹En el mes de noviembre de 2009 se celebró en la Universidad de Huelva el I Congreso Hispano-Holandés sobre Derecho Europeo de Inmigración y Asilo, organizado por la Cátedra Jean Monet en Estudios Europeos de Integración de la Universidad de Huelva y por el Centro para la Ley de Inmigración de la Universidad de

Directiva se situaba muy por debajo de los estándares mínimos fijados por el Derecho internacional de los derechos humanos, en especial el artículo 8 de CEDH³⁰⁰.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 27 de junio de 2006³⁰¹, acordó desestimar este recurso interpuesto por el Parlamento Europeo al considerar que las disposiciones de la Directiva no vulneraban el acervo comunitario. En su sentencia, el TJUE pareció mostrarse comprensivo y decidió salvar el texto frente a los problemas que plantearía una eventual anulación de la Directiva a la vista de las enormes dificultades que conllevó la consecución del consenso para su aprobación³⁰². El TJUE (asunto C-540/03) con un acercamiento positivo, reconoce que “el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) forma parte de los derechos fundamentales que están protegidos en el ordenamiento jurídico comunitario. Este derecho a vivir con sus parientes próximos implica obligaciones de los

Nijmegen (Países Bajos). Tras la celebración del encuentro, los expertos allí congregados han redactado sus conclusiones a modo de “Recomendaciones para la Presidencia Española de la Unión Europea”, a fin de que las autoridades puedan instar a sus socios comunitarios a mejorar las normas que regulan las migraciones, así como aquellas que protegen a las personas en peligro de persecución. Entre las recomendaciones señalaban que : La Presidencia española debería instar a la Comisión a abrir el debate e introducir una nueva propuesta para modificar la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el Programa de Estocolmo y en la propia Directiva. La modificación de esta norma es un asunto de máximo interés para el derecho a la reagrupación familiar en Europa, no sólo por el deficiente nivel de armonización conseguido en este campo sino también para completar dos lagunas legales: Primero, incluyendo la protección subsidiaria en el ámbito de aplicación de la Directiva con objeto de asegurar un trato equivalente, en materia de protección, al de los refugiados. Segundo, aboliendo la discriminación que sufren los nacionales con respecto a la reagrupación familiar, para asegurar un trato equivalente entre los ciudadanos europeos que ejercen su derecho a la libertad de circulación y aquellos que no. La primera propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar resolvía estos temas con medidas ampliamente aceptadas, sin embargo, estas disposiciones fueron posteriormente suprimidas debido a la obligación de compromiso a la que obligaba el anterior procedimiento legislativo y que permitió su bloqueo por parte de dos Estados miembros, en el verano de 2.001 (véase el documento del Consejo nº 5682/01). En consecuencia, la Comisión procedió a eliminar dichas disposiciones en su tercera propuesta (COM (2002) 225) a pesar de las recomendaciones del Parlamento europeo para re- incluir a los beneficiarios en Europa, de 27 de junio de 2006 de la protección subsidiaria en el ámbito de aplicación de la norma (Doc. PE 319.245 de 24 de marzo de 2003, A 5 0086/2003 final). La entrada en vigor del Tratado de Lisboa permitirá la adopción de estas importantes disposiciones a través del procedimiento de codecisión con el Parlamento europeo y por mayoría cualificada en el Consejo.

³⁰⁰ Véanse el comentario crítico sobre la Directiva 2003/86/CE de VARGAS GÓMEZ-URRUTIA M., *“La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”*, en CALVO CARAVACA A. L., y CASTELLANOS RUIZ E. (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Editorial Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843.

³⁰¹ CORTÉS MARTÍN. José Manuel., «TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-*Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 26 (2007), pp. 219 a 237.

³⁰² *Ibidem*, CORTÉS MARTÍN, José Manuel., *Restricciones al reagrupación familiar....., op, cita.* p. 234.

Estados miembros, que pueden ser negativas, tanto como positivas³⁰³. Así, aunque el CEDH no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, 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, de este Convenio”³⁰⁴.

El TJUE se apoyó en varias disposiciones de la Carta de derechos fundamentales para reforzar su argumento y después definir la naturaleza jurídica de este derecho. El Tribunal aclaró el distinto alcance que posee este derecho en la normativa internacional protectora de los derechos humanos y en la Directiva comunitaria, en el Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en la Convención sobre los derechos del Niño, todas estas normas hacen hincapié en la importancia que tiene para el niño la vida familiar y recomiendan a los Estados tener en cuenta el interés del menor, pero no confieren a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado y no pueden interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar³⁰⁵. Por el contrario, la Directiva Europea³⁰⁶, sí impone a los Estados miembros una serie de obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que en determinados supuestos les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia, sin que los Estados puedan ejercer su facultad discrecional. Aunque se trate de un reconocimiento parcial y con limitaciones, considerar la reagrupación familiar como derecho fundamental supone un avance decisivo en su protección y ejercicio³⁰⁷.

³⁰³ *Ibidem*, STJUE, C-540/03, punto 52.

³⁰⁴ *Ibidem*, STJUE, C-540/03, punto.53.

³⁰⁵ *Ibidem*, STJUE, C-540/03, puntos 57 a59.

³⁰⁶ La Directiva 2003/86/CE, artículo 4.1, Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el artículo 16, de los siguientes miembros de la familia: el cónyuge de reagrupante, los hijos menores de reagrupante y de su cónyuge incluidos los hijo adoptivo,... Y los mencionados en los apartados c y d.

³⁰⁷ *Ibidem*, STJUE, C-540/03, punto 60.

3. El principio de libre circulación de las personas, un derecho fundamental para todos los ciudadanos de la Unión

El derecho a la libre circulación de personas se recoge en los Tratados constitutivos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconocen a los ciudadanos comunitarios el derecho de “circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Este derecho se desarrolla en el título IV de la parte III del TFUE, bajo la rúbrica de “libre circulación de personas, servicios y capitales”.

En 1992, el derecho a libre circulación que hasta entonces únicamente abarcaba las personas consideradas como sujetos económicos (empleados o proveedores de servicios), entró en una nueva fase con la creación de la institución de “ciudadanía europea”. Con el Tratado de Maastricht³⁰⁸ de 7 de febrero de 1992, se introdujo el concepto de ciudadanía de la Unión Europea y asimismo estableció que todos los nacionales de un Estado miembro son automáticamente ciudadanos de la Unión. Es la ciudadanía de la UE la que sirve de base para otorgar el auténtico derecho de las personas a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Y finalmente, el Tratado de Lisboa confirmó este derecho, que también se incluye en las disposiciones generales sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia³⁰⁹. Uno de los acontecimientos más importante y fundamental en la creación de un mercado interior con libre circulación de personas ha sido la celebración del Acuerdo de Schengen³¹⁰, por lo cual el concepto de la libre circulación de personas ha ido evolucionando desde su creación. Inicialmente, el Convenio de aplicación

³⁰⁸ *Ibidem*, Tratado de Maastricht, artículo 8, “Se crea y concede la ciudadanía de la Unión a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro con el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

³⁰⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), artículo 21 de segunda parte, (No discriminación y ciudadanía de la Unión). Título IV, (Libre circulación de personas, servicios y capitales (artículos 45 a 66) y Título V, (Espacio de libertad, seguridad y justicia (artículos 67 a 89).

³¹⁰ A través del Acuerdo de Schengen, firmado el 14 de junio de 1985, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos acordaron eliminar progresivamente los controles en sus fronteras interiores y establecer un régimen de libre circulación para todos los nacionales de los países signatarios, los demás países de la Unión Europea (UE) y algunos países de fuera de la UE. El Convenio de Schengen completa el acuerdo y define las condiciones y las garantías para establecer un espacio sin controles en las fronteras interiores. Lo firmaron los cinco países citados anteriormente el 19 de junio de 1990 y entró en vigor en 1995. El Acuerdo y el Convenio, junto con los acuerdos y normas relacionados, conforman el «acervo de Schengen», que se integró en el marco de la UE en 1999 y que se ha convertido en parte de la legislación de la UE. Veintidós de los veintiocho países de la UE forman parte del espacio Schengen. Bulgaria, Croacia, Chipre y Rumanía se integrarán en dicho espacio a su debido tiempo. Irlanda y el Reino Unido disfrutaban de exenciones y mantienen controles fronterizos. Otros cuatro países, a saber, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, también forman parte del espacio Schengen.

del Acuerdo de Schengen tenía como objetivo, la cooperación intergubernamental en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior. Se trataba de mejorar la cooperación y la coordinación entre los servicios de policía y las autoridades judiciales para proteger la seguridad interior de los Estados miembros y, en particular, para luchar contra la delincuencia organizada. Como ya he señalado anteriormente, actualmente, la mayor parte del sistema Schengen se integra en el acervo de la Unión y es por este motivo que los países que se incorporaron a la UE tras la ampliación del 2004, ya no tienen la opción de acogerse a la cláusula de exclusión³¹¹ respecto de las disposiciones pertinentes, y los nuevos Estados miembros de la UE deben aplicar la totalidad del acuerdo de Schengen. Los logros relacionados con el espacio Schengen son importantes y numerosos e incluyen la supresión de los controles en las fronteras interiores para todas las personas; la adopción de medidas de refuerzo y armonización de los controles en las fronteras exteriores (todos los ciudadanos de la Unión pueden acceder al espacio Schengen mediante la simple exhibición de un documento de identidad o pasaporte) y la política común de visados para estancias de corta duración. También en el ámbito de la cooperación judicial y policial, “Schengen” ha supuesto la colaboración entre las distintas fuerzas policiales nacionales de los Estados miembros para descubrir e impedir delitos, concediendo a estas fuerzas policiales el derecho a adentrarse en el territorio de un Estado Schengen de límite común, con el fin de perseguir delincuentes fugitivos, así como la transmisión de la ejecución de sentencias penales. Por último, el acuerdo ha creado el Sistema de Información Schengen (SIS), una base de datos informatizada que permite a las autoridades asignadas por las partes contratantes, disponer de descripciones de personas y de objetos, con ocasión de controles en las fronteras, aduanas y controles de policía³¹². Conviene señalar que el Parlamento Europeo en relación con la presión sufrida por el espacio Schengen debido a la llegada masiva de refugiados y migrantes durante 2015, reiteró, en su Resolución de 17 de

³¹¹ Artículo 8 del Protocolo de Schengen.

³¹² El Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II), a fin de aumentar la seguridad y facilitar la libre circulación en el espacio Schengen. El SIS II hace más sencillo el intercambio de información entre las autoridades de control de las fronteras nacionales, las autoridades aduaneras y las autoridades policiales sobre las personas que podrían haber participado en un delito grave. También incluye descripciones de personas desaparecidas, especialmente de niños, e información sobre determinados bienes, tales como billetes de banco, automóviles, camionetas, armas de fuego y documentos de identidad robados, sustraídos o extraviados. Comisión Europea, Comunicado De Prensa Bruselas, 9 de abril de 2013.

septiembre de 2015 sobre migración y refugiados³¹³, «su compromiso con la apertura de las fronteras dentro del espacio Schengen, al tiempo que se garantiza una gestión eficaz de las fronteras exteriores», y subrayó que «la libre circulación de personas en el espacio Schengen ha sido uno de los mayores logros de la integración europea³¹⁴».

Antes del Tratado de Maastricht, con el que se creó la ciudadanía europea y el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el derecho a la libertad de circulación de las personas estaba asociado a la libre circulación de los trabajadores, al ejercicio del derecho de establecimiento o a la libre prestación de servicios. El derecho a libre circulación de personas como el derecho fundamental de los ciudadanos europeos resulta de la evolución originaria de libertad de circulación de trabajadores, en la que destacaba la dimensión económica³¹⁵. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su artículo 21.1 establece lo siguiente “todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. Ahora bien, como señala la última frase del art. 21.1, este derecho a circular y residir libremente en los estados miembros no es ilimitado, sino, así como también el TFUE en su artículo 20 recoge, estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de estos. La CDFUE en su artículo 45 del capítulo V bajo el título “la ciudadanía europea”, recoge el derecho fundamental de todo ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Así también la “no discriminación” de su artículo 21, donde en su apartado 2 establece que “se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”. Tal como se indicó antes, no estamos ante derechos absolutos, y conforme al artículo 52.2 de la CDFUE “los derechos

³¹³ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2015 sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia, Grecia y Hungría (COM (2015) 0451 – C8-0271/2015 – 2015/0209(NLE)).

³¹⁴ *Ibidem*, Resolución legislativa del Parlamento Europeo..., op. cit, punto 5, Reitera su compromiso con la apertura de las fronteras dentro del espacio Schengen, al tiempo que se garantiza una gestión eficaz de las fronteras exteriores; subraya que la libre circulación de personas en el espacio Schengen ha sido uno de los mayores logros de la integración europea.

³¹⁵ Véanse SARRIÓN ESTEVE, Joaquín., “La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea”, en la revista *Panorama Social*, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), número 17, Primer semestre 2013, pp.33 a 41.

reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”.

El Parlamento Europeo se ha mostrado siempre como defensor del derecho a la libre circulación, y considera que el derecho de libre circulación es un principio esencial de la Unión Europea. En su Resolución de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la Unión Europea³¹⁶ “Pide a los Estados miembros que cumplan las disposiciones del tratado relativas a las normas de la UE sobre la libertad de circulación, y que garanticen el respeto del principio de igualdad y el derecho fundamental a la libre circulación respecto de todos los Estados miembros”.

II. REAL DECRETO 240/2007 DE 16 DE FEBRERO RELATIVO AL DERECHO DE ENTRADA, LIBRE CIRCULACION Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE Y DE OTRO ESTADO PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL EEE.

El 16 de febrero de 2007 el Consejo de Ministros aprobaba el Real Decreto 240/2007³¹⁷ sobre entrada, libre circulación y residencia de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El gobierno español cumplía así con retraso, su obligación de transponer la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril que sobre esta materia se había adoptado tres años atrás por el Consejo y el Parlamento Europeo³¹⁸. En la Disposición transitoria primera del RD 240/2007 prevé que las solicitudes presentados antes de su entrada en vigor y no resueltas se resolverán conforme a las disposiciones del propio RD 240/2007, a no ser que el interesado solicite que se le aplique la normativa anterior, siempre y cuando sea

³¹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE. (P7 TA (2014)0037). Punto 1.

³¹⁷ 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. Publicado en: «BOE» núm. 51, de 28/02/2007. Entrada en vigor: 28/03/2007.

³¹⁸ Véanse INFANTE DOMÍNGUEZ, Mercedes., PEÑA PÉREZ, Alejandro., “Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: incumplimiento de España al restringir el derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE”, publicado en la *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. Núm. 15 de 2007, pp. 43 a 60.

compatible con las previsiones del nuevo Real Decreto. Según lo establece en el artículo 1 del Real Decreto 240/2007, dicho RD persigue un doble objetivo, por una parte regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y por otra parte las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública³¹⁹.

1. De la libre circulación de “trabajadores” a la libertad de circulación de las “personas” en los procesos de integración Europea.

El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en un Estado miembro distinto del de origen no solo se constituye una de las libertades fundamentales más características del ordenamiento jurídico del mercado interior de la Unión Europea, que está garantizada con arreglo a las disposiciones del tratado, sino como un derecho inherente a la propia condición de ciudadano de la Unión, que ha sido objeto de numerosos cambios paralelos, durante el tiempo de evolución del proceso de la integración de la Unión. El indudable y marcado carácter económico del Tratado de Roma exigía la adopción de un derecho que permitiera al nacional de un Estado miembro poder entrar y residir en otro Estado, distinto del de origen para el desempeño de funciones de actividades económicas. El Tratado de Roma, estableció la libre circulación de los trabajadores en su capítulo I del título III y consideraba como tales a “todos los nacionales de los Estados miembros que desempeñan un empleo remunerado en otro Estado miembro, en cualquier sector de la producción, los servicios y el intercambio³²⁰, excepto los trabajadores cualificados en el sector del carbón y del acero y de la energía nuclear, cuya libertad de circulación se regula por las disposiciones del Tratado constitutivo de la

³¹⁹ BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores., La transposición en Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, Madrid, mayo/agosto (2007), pp.601-602.

³²⁰ Texto original del Tratado Constitutiva de la Comunidad Económica Europea, los artículos 48 a 66 de donde regularizaba, el derecho de libre circulación de personas, servicios y capitales.

Comunidad Europea del Carbón y del Acero³²¹ (TCECA) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica³²²(TCEEA). De esta manera, se reconoce, por tanto, el derecho de libre circulación a los nacionales de los Estados miembros que se desplazaban dentro de la Comunidad para ejercer un trabajo asalariado a tiempo completo o parcial con el condición de que la actividad ejercida fuera real y efectiva, basándose en el principio de no discriminación entre trabajadores de la Unión, y que todos los nacionales de los Estados miembros tuvieran la misma prioridad en el empleo que la que disfrutaban los trabajadores nacionales. Es decir, imponer la igualdad de trato a todos los trabajadores a la hora de acceder a un empleo con independencia de su nacionalidad. Un tratado ligado al derecho a la libre circulación de los trabajadores que es una de las cuatro libertades de los principios constitutivos de la Unión, que incluye el derecho de desplazamiento y residencia del trabajador, a otro Estado miembro con la finalidad de ejercer en él una actividad económica, ya fuera por cuenta ajena o por cuenta propia. Este derecho fue desarrollado mediante el Reglamento nº 1612/68 CEE. Por el contrario, aquellos desplazamientos que no quedaban vinculados a asuntos laborales quedaban sujetos a los diferentes regímenes migratorios nacionales y, por tanto, fuera del paraguas del Derecho Comunitario. Como ya anteriormente hemos señalado, el paso más importante en la evolución de derecho a la libre circulación y la residencia fue sin duda la creación del estatuto jurídico de ciudadano de la Unión a través de la firma en Maastricht del Tratado de la Unión Europea, que mediante la creación y reconocimiento de la ciudadanía de la Unión, otorga una serie de derechos comunes a todos los nacionales de los Estados miembros, el primero de los cuales y uno de los más importantes, es el derecho de libre circulación y residencia.

La creación de estatuto de ciudadanía de la Unión supuso un avance sin precedentes en el proceso de construcción europea, y junto con él, también lo que se refiere a la libre circulación y residencia. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los

³²¹ Artículo 69 del TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO, FIRMADO EN PARÍS EL 18 DE ABRIL DE 1951, (Texto publicado en DOCE 18 de abril de 1951).

³²² Artículo 96 del TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA, de 25 de marzo de 1957.

límites definidos por los tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos³²³. Las reformas legales realizadas con de Maastricht legitimaron a Consejo y Parlamento para adoptar, mediante Directivas o Reglamentos, las medidas necesarias para el desarrollo jurídico a fin de hacer progresivamente efectiva el derecho de la libre circulación³²⁴. Otro de los hechos significativos en el avance de la Europa de los ciudadanos fue el Tratado de Ámsterdam, firmado 2 de octubre de 1997, y que entró en vigor en mayo de 1999. Con este tratado llegaron las reformas importantes, entre ellas, en lo relativo a la libre circulación de personas, lo que se tradujo la introducción en el tratado los acuerdos y el convenio de Schengen y de esta forma la comunitarización de dicho Convenio (acervo Schengen)³²⁵. El Tratado de Ámsterdam también reformó el funcionamiento de la comisión y al consejo de la Unión Europea y amplió las competencias del Parlamento europeo³²⁶. Otro hecho importante en este tratado es la

³²³ TFUE, artículo 20 (antiguo artículo 17 de TCE), que señala "Se crea una ciudadanía de la Unión, y los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados".

³²⁴ TRATADO DE AMSTERDAM, tercera parte, política de la Comunidad, "«A partir de la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 48, en especial»"

³²⁵ *Ibidem*, Tratado de Ámsterdam, título III bis, artículo 73 I, A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: a) en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas.....

³²⁶ Véanse el Tratado de Ámsterdam: instrucciones de uso (Cuestiones institucionales) en: www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/20150201PVL00022. Así también Resolución del Parlamento Europeo de 19 de noviembre de 1997 sobre el Tratado de Ámsterdam (CONF 4007/97 - C4-0538/97) A4-0347/97 en: www.europarl.europa.eu/enlargement/positionep/resolutions/191197_es.htm. Resolución del Parlamento Europeo sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental de 13 de marzo de 1996 en: www.europarl.europa.eu/pdf/reformes_des_traites/amsterdam/A4-0068-96_ES.pdf.

Según el Tratado de Ámsterdam, con el objetivo de aumentar la legitimidad democrática de las instituciones europeas e intensificar la eficacia del aparato institucional, en previsión de la ampliación, el Parlamento Europeo aumenta su participación en el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea. Según el Tratado, se ha reducido el número de procedimientos legislativos y se simplificará su funcionamiento, asimismo desaparece prácticamente el procedimiento de cooperación, y se amplía considerablemente el procedimiento de codecisión (ampliación de la codecisión y simplificación del procedimiento de codecisión), lo cual sitúa al Parlamento Europeo en una auténtica situación de legislador conjunto con el Consejo. El Tratado también establece la dimensión máxima del Parlamento Europeo. Su número de miembros no podrá ser superior a 700, incluso tras la ampliación de la Unión Europea. Así también se ha reforzado la función del Parlamento Europeo en el procedimiento de designación de los miembros de la Comisión que aprueba, en un primer momento, la designación del Presidente de la futura Comisión acordada por los Estados miembros; a continuación, aprueba el conjunto de los miembros de la futura Comisión, designados de común acuerdo entre los Estados miembros y el Presidente. En relación con la Comisión Europea, el Tratado de Ámsterdam ha modificado el procedimiento de designación de la Comisión y la nueva ponderación de los votos en el Consejo y reforzó la posición del Presidente de la comisión en el ejercicio de sus funciones. Respecto al Consejo de la Unión Europea, se integra en un marco común las cuestiones de la ponderación de votos en el Consejo y de las dimensiones de la Comisión. Esta

cooperación reforzada, que reconoce la posibilidad de que un grupo de países que quieren cooperar entre ellos, en la integración de diversos aspectos, puedan hacerlo en el marco de la Unión Europea, con el objetivo de que de esta forma la Unión evolucione más rápido hacia un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. La competencia otorgada a las instituciones comunitarias, mediante actos de derecho derivado, la habilita para adoptar numerosas medidas que se valoran necesarias para la coordinación de las políticas de los Estados en estas materias, en especial de la inmigración³²⁷. Después del Tratado de Ámsterdam, se celebró el Tratado de Niza de 2001 que no aporó novedades significativas en relación al derecho de la libre circulación de los ciudadanos europeos ni de sus familias, de tal forma que la regulación y la práctica de este derecho se quedó tal y como había sido regulado en los tratados anteriores.

Finalmente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009, se concedieron nuevas competencias legislativas al Parlamento Europeo y también cambió la forma en que el Parlamento trabaja con las otras instituciones³²⁸. Por otra parte, respecto

ponderación es muy importante, debido a la ampliación del número de decisiones que se adoptarán por mayoría cualificada. En principio, este procedimiento se aplica a la mayor parte de las nuevas disposiciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam. También se ha ampliado a algunos tipos de disposiciones ya existentes el recurso a la mayoría cualificada, además, la Secretaría General del Consejo deberá representar un papel muy concreto en el marco de la política exterior y de seguridad común.

³²⁷ Entre otros, la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003 en materia de asilo, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo. La Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida o la Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo.

³²⁸ Véanse la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Lisboa: 20 de febrero de 2008, (P6_TA(2008)0055 Tratado de Lisboa www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//...P6-TA-2008-0055). El Tratado de Lisboa amplió las prerrogativas del Parlamento Europeo. El procedimiento de codecisión, según el cual el Parlamento tiene el mismo peso que el Consejo, ha sido rebautizado como procedimiento legislativo ordinario. Más de cuarenta áreas nuevas utilizan ahora el procedimiento legislativo ordinario, incluidas agricultura, seguridad energética, inmigración, justicia, asuntos interiores, salud pública y fondos estructurales. El Parlamento también interviene sobre actos adoptados en el marco de procedimientos legislativos especiales, dando su opinión (procedimiento de consulta) o su acuerdo (procedimiento de aprobación). A escala internacional, se requiere la aprobación del Parlamento para diversos tipos de acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales, como los acuerdos de asociación o los acuerdos relativos a áreas cubiertas por el procedimiento legislativo ordinario y asimismo debe ser consultado para todos los demás tipos de acuerdos internacionales. El Tratado de Lisboa ha aumentado las capacidades presupuestarias del Parlamento. También trabaja en igualdad de condiciones con el Consejo en todo el proceso de adopción del presupuesto anual de la Unión Europea. El Parlamento también ha visto aumentado su poder en lo que respecta al control político de la Comisión Europea. El Presidente es elegido a propuesta del Consejo Europeo. Deben tenerse en cuenta los resultados de las elecciones europeas. La inauguración de la Comisión en su totalidad depende de la aprobación del Parlamento. Dicha aprobación también implica la designación del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que es a la vez el Vicepresidente de la Comisión Europea. De conformidad con el artículo 234

al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, en lo relativo a “espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” este pasa a ser una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros³²⁹, sujeto al control general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³³⁰. El tratado sustituye el título IV, relativo a los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas por un título IV denominado «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», con varios capítulos que regulan y garantizan la libre circulación de los ciudadanos europeos, constituyendo un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros³³¹. Con las nuevas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El Tratado de Lisboa incorpora la Carta de derechos fundamentales de la Unión, que carecía de carácter vinculante hasta la celebración de Tratado de Lisboa, tal y como se aprobó el 13 de diciembre de 2007, reconociendo un

del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el Parlamento también puede obligar a dimitir a la Comisión a través de una moción de censura. El Parlamento Europeo también adquiere responsabilidades adicionales relativas a la revisión de los Tratados fundacionales de la Unión. Tiene derecho de iniciativa y, por consiguiente, puede proponer una revisión de los Tratados. Participa en la Convención, que evalúa los proyectos presentados para un proceso de revisión estándar de los Tratados, y debe ser consultado para la modificación de los tratados en el marco del procedimiento de revisión simplificado. (Véanse el artículo 14 de Tratado de la UE sobre Función y composición del Parlamento y los artículos 223 a 234 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre Funcionamiento del Parlamento Europeo).

³²⁹ *Ibidem* el Tratado de Lisboa, «título I categorías y ámbitos de competencias de la unión, artículo 2 A, “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”.

³³⁰ *Ibidem*, Tratado Lisboa, artículo 9 D, “La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados, asumirá la representación exterior de la Unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales”.

³³¹ *Ibidem*, Tratado Lisboa, capítulo 1 disposiciones generales artículo 61, 1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Y los mecanismos de las garantías señaladas en el apartado 2, 3 y 4 de mismo artículo señalado.

igual valor jurídico con el carácter vinculante que tratado³³², por lo que sus contenidos forman parte del Derecho de la Unión. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII³³³ de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones, cuya protección jurisdiccional corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión. La Carta consagra el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³³⁴. Además goza del derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los tratados³³⁵. A modo de conclusión: el derecho a libre circulación de las personas queda reconocido en los tratados constitutivos, según establece en el artículo 3 apartado 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”. Asimismo el artículo 20 de TFUE que se recoge este derecho y señala que “los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. También las disposiciones que regulan este derecho recogidas en los títulos IV y V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al

³³² *Ibidem*, Tratado Lisboa, Artículo 6, “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

³³³ Carta de Los Derechos Fundamentales de La Unión Europea, artículo 53 “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

³³⁴ *Ibidem*, CDFUE, artículo 45.1.

³³⁵ *Ibidem*, CDFUE, artículo 21 “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

igual que en el artículo 45 (libertad de circulación y de residencia) de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea³³⁶.

2. La necesidad de simplificar y reforzar el derecho de libre circulación a través de un único texto legislativo, la Directiva 2004/38/CE.

Para cumplir el objetivo de transformar la Comunidad en un auténtico espacio de libertad y movilidad para todos sus ciudadanos, en 1990 se adoptaron tres Directivas³³⁷: la Directiva 90/365/CEE, la Directiva 90/366/CEE (anulada por la STJCE de 7 de julio de 1992³³⁸), y la Directiva 90/364/CEE. Estas Directivas fueron adoptadas por el Consejo con el fin de hacer extensivo a todos los nacionales comunitarios el derecho a residir en un Estado miembro distinto del propio³³⁹, a condición de que no pasaran a constituir una carga para el arca público del Estado de acogida. Sin embargo, con la amplia jurisprudencia existente en relación a la libre circulación de personas que se generó en los años posteriores, se decidió simplificar este ámbito y recoger en un único³⁴⁰ texto legislativo toda la normativa existente hasta la fecha. El resultado es la Directiva 2004/38/CE³⁴¹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en lo relativo 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 de la Unión. La

³³⁶ ARENAS GARCÍA, Rafael, *Extranjería (I): principios generales, fuentes de regulación y libre circulación de personas*....., *op. cit.*, pp.393-466.

³³⁷ la Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, la Directiva 90/366/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los estudiantes, y la Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia para los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como para los miembros de sus familias.

³³⁸ STJCE de 7 de julio de 1992. Asunto C-295/90. Parlamento europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas. La Directiva 90/366 fue anulada por el Tribunal de Justicia al haber sido adoptada por el Consejo sobre una base jurídica errónea. Sin embargo, en su sentencia, el Tribunal decidió que procedía mantener provisionalmente la totalidad de los efectos de la Directiva anulada, hasta el momento en que el Consejo la sustituyera por una nueva con base jurídica adecuada. La nueva Directiva fue adoptada el 29 de octubre de 1993 (La Directiva 93/96/CEE) y concedió a los Estados miembros un plazo para adaptar su legislación interna que finalizó el 31 de diciembre del mismo año.

³³⁹ ARENAS GARCÍA, Rafael., *El sistema español de extranjería y su fiscalización por el TJCE*....., *op. cit.* pp. 141 y ss.

³⁴⁰ La Directiva 2004/38/CE, consideraciones punto 4, Para rebasar el enfoque sectorial y fragmentario del derecho de libre circulación y residencia y con el fin de facilitar el ejercicio de este derecho, es necesario un acto legislativo único que modifique el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad 1, y derogue los siguientes actos legislativos: la Directiva 68/360/CEE del Consejo,..... y la Directiva 93/96/CEE.

³⁴¹

nueva Directiva modificó el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y derogo las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE³⁴². Así la nueva Directiva agrupó todas las medidas existentes en las anteriores Directivas a fin de facilitar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos en los países de la UE³⁴³, reducir al mínimo necesario los trámites administrativos, así como ofrecer una mejor definición del estatuto de los miembros de la familia³⁴⁴ y la ampliación de los vínculos familiares a las parejas registradas si la legislación del EM de acogida equipara dicha unión al matrimonio así como la introducción de las uniones no matrimoniales, limitar la posibilidad de denegar o poner fin a la residencia³⁴⁵, e introducir un nuevo derecho de residencia permanente³⁴⁶. El objeto de esta Directiva, tal como establece en el artículo 1 de su capítulo 1, es regular las condiciones de ejercicio del derecho a libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias; el derecho de residencia permanente y la restricción de dichos derechos por razones de orden público, seguridad y salud pública. El espíritu de esta Directiva se enfoca a impulsar a los ciudadanos comunitarios a ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en los Estados miembros, eliminar el exceso de burocracia y definir con

³⁴²La Directiva 2004/38/CE, también deroga las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE y 75/35/CE.

³⁴³ La Directiva 2004/38/CE, punto 3, Por ello es necesario codificar y revisar los instrumentos comunitarios existentes tratando separadamente a los asalariados, los trabajadores por cuenta propia, así como los estudiantes y las otras personas inactivas, de manera que se simplifique y refuerce el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión.

³⁴⁴ La Directiva 2004/38/CE, a los efectos de la dicha Directiva, la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio. Para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutaban del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión.

³⁴⁵ La Directiva 2004/38/CE, artículo 27, 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. 2) Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.

³⁴⁶ BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores “El derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril” en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 233, 2004, pp. 18-32. Véanse también MARIN CONSARNAU, Diana., *La Reagrupación Familiar en el Régimen Comunitario (problemas de discriminación inversa)*. prólogo Ramón VIÑAS I FARRÉ., Bosch editor, Barcelona, 2010, pp. 42 a 45.

claridad la situación de los familiares, así como reducir los supuestos en los que se pueda denegar la entrada o dar por concluido el derecho de residencia. La Directiva 2004/38/CE otorga a los ciudadanos de la Unión Europea distintos derechos y también exige distintas obligaciones dependiendo a la duración de su estancia en el Estado miembro del que no es nacional.

En cuanto a las disposiciones generales, la Directiva (2004/38/CE) tiene por objetivo regular:

1) Las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y de residencia de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias; 2) el derecho de residencia permanente; 3) la restricción de dichos derechos por razones de orden público, seguridad y salud pública, de acuerdo con la discrecionalidad reconocida por la Directiva a los Estados miembros en lo relativo a limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, siempre que estas limitaciones respetan el principio de proporcionalidad y el marco legal reconocido por la Directiva³⁴⁷.

- En lo que respecta al derecho de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión en el territorio de otro Estado miembro, se considera que en periodos inferiores a tres meses la única formalidad que se requiere a un ciudadano de la Unión es estar en posesión de un documento de identidad o de un pasaporte válidos. El derecho que también se extiende a los miembros de familia en posesión de un pasaporte valido que acompañan al ciudadano o se reúnan con él, cuando no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro³⁴⁸ mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida³⁴⁹. Del artículo 6 de la Directiva se desprende que para disfrutar la estancia de un periodo no superior a tres meses en un estado miembro de la

³⁴⁷ Directiva 2004/38/CE, artículo 27, Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.

³⁴⁸ Artículo 6 de la Directiva 2004/38/CE.

³⁴⁹ Artículo 14 apartado 1 de la Directiva 2004/38/CE.

unión, solo se requiere un documento válido, sin estar sometidos a otra condición o formalidad³⁵⁰.

El derecho de residencia de duración superior a tres meses solo existirá si se da alguna de las siguientes condiciones³⁵¹:

1) Un trabajador que ejerce una actividad económica por cuenta ajena o propia en el estado miembro de acogida. En caso de que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o propia, si sufre una incapacidad laboral temporal a causa de una enfermedad o accidente. En caso de quedar en paro involuntario tras haber estado empleado durante más de un año, e inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. Quedando en paro involuntario tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o durante los primeros doce meses, e inscrito en el servicio de empleo con el fin de encontrar un trabajo, por lo tanto en este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses. En caso de recibir una formación profesional. Se exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

2) Disponer de recursos suficientes para sí y los miembros de su familia y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos con la finalidad de no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia.

3) Ser estudiantes, matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, incluso de formación profesional y disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida 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 miembro de acogida durante su período de residencia.

³⁵⁰ VELASCO RETAMOSA, José Manuel., *“Libre circulación de personas en la unión europea: los nacionales de terceros Estados.....”*, op, cit., pp.73.

³⁵¹ Directiva 2004/38/CE, artículo 7.1, apartados a, b, c y d.

4) Ser miembro de la familia de un ciudadano de la Unión o que va a reunirse con él y que reúna alguna de las condiciones ante señaladas. Y únicamente el cónyuge, la pareja registrada³⁵² y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión. En relación a sus ascendientes directos a cargo y a los de su cónyuge o pareja de hecho registrada, se aplicara la normativa, de conformidad con la legislación nacional de Estado Miembro de la Unión³⁵³.

Asimismo, en la Directiva señala que para períodos de residencia superiores a tres meses el Estado miembro de acogida podrá imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes de esta forma se suprime el permiso de residencia para los ciudadanos de la Unión, y en su lugar se les expedirá un certificado de registro con carácter inmediato³⁵⁴, con el deber de cumplir ciertos requisitos documentales. De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE los requisitos son: a) el documento de identidad o el pasaporte; b) pruebas de que están cumpliendo los requisitos³⁵⁵. Para la expedición del certificado de registro a los miembros de la familia, que sean asimismo ciudadanos de la Unión, los Estados miembros podrán exigir la aportación de los documento acreditativas señalados³⁵⁶. Respecto a los recursos suficientes que deben presentar los interesados, en este caso, como la Directiva 2004/38/CE recoge en su artículo 8.4 “los Estados no podrán establecer un importe fijo correspondiente a lo que consideran "recursos suficientes", sino que tendrán que tener en

³⁵² Artículo 2 de la Directiva, “la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida.

³⁵³ Artículo 3 punto 2 de la Directiva, “Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada”.

³⁵⁴ Directiva 2007/38/CE, artículo 8, 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 5, para períodos de residencia superiores a tres meses el Estado miembro de acogida podrá imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes. 2. El plazo fijado para el registro no podrá ser inferior a tres meses a partir de la fecha de llegada. Se expedirá inmediatamente un certificado de registro que precise el nombre y dirección de la persona registrada y la fecha de registro. El incumplimiento de la obligación de registro podrá conllevar, para la persona interesada, castigos con sanciones proporcionadas y no discriminatorias.

³⁵⁵ En este caso los señalados en el artículo 7.1 letras a, b, c y d, de la Directiva (2004/38/CE).

³⁵⁶ Artículo 8 apartado 5 de la Directiva, “Trámites administrativos para los ciudadanos de la Unión”.

cuenta la situación personal de interesado. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder asistencia social a sus nacionales o, cuando no pueda aplicarse tal criterio, el nivel de la pensión mínima de Seguridad Social pagada por el Estado miembro de acogida”³⁵⁷.

La Directiva también reconoce el derecho de residencia de larga duración a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, que no son nacionales de un Estado miembro, cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida³⁵⁸. Cuando el periodo de residencia es superior a tres meses, los Estados miembros expedirán una tarjeta de residencia denominado “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión”, con una validez de 5 años³⁵⁹ o por el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión si es inferior a cinco años, en los 6 meses siguientes de la presentación de la solicitud de la tarjeta. Los interesados aportaran los documentos que los Estados miembros exigirán para la expedición de la tarjeta³⁶⁰. En esta línea, el fallecimiento del ciudadano de la Unión o su partida del territorio del Estado miembro de acogida, no afectara al derecho de residencia de los miembros de su familia, con la nacionalidad de un Estado miembro. En caso de los familiares no nacionales de un Estado miembro, la ley exige que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de su familia durante al menos un año antes del fallecimiento del ciudadano de la Unión³⁶¹. Tampoco supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados

³⁵⁷ Véanse VELASCO RETAMOSA, José Manuel., “*Libre circulación de personas en la unión europea: los nacionales de terceros Estados*.....”, *op, cit.*, pp.73-75.

³⁵⁸ Directiva 2004/38/CE, “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”.

³⁵⁹ Artículo 11, apartado 2 de la Directiva “2. La validez de la tarjeta de residencia no se verá afectada por ausencias temporales no superiores a seis meses al año, ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares, ni por una ausencia no superior a doce meses consecutivos por motivos importantes como el embarazo y el parto, enfermedad grave, estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país.

³⁶⁰ Artículo 10 apartados 2 de la Directiva.

³⁶¹ Mientras los interesados no disponen de una residencia de carácter permanente, el derecho de residencia de los interesados seguirá estando sujeto al requisito de poder demostrar que son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse durante su período de residencia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o bien ser miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos, Artículo 12 de la Directiva.

en un centro de enseñanza para cursar estudios, hasta el final de dichos estudios. Del mismo modo, el derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada, no afectará al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que tengan la nacionalidad de un Estado miembro. En lo relativo a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, su derecho de residencia está condicionado a una serie de requisitos. En este caso, para los miembros de la familia del ciudadano de la Unión no supondrá la pérdida del derecho de residencia cuando el matrimonio o la unión registrada haya durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio o de anulación o finalizar la unión registrada, al menos tres años, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida. Cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión la tiene el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja o por decisión judicial. Cuando existen circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o la unión registrada. Cuando, por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el período de tiempo que sea necesario³⁶². Según se establece el artículo 14 de la Directiva 2004/38/CE, los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia de acuerdo con lo establecido en los artículos 7, 12 y 13 de la Directiva mientras cumplan las condiciones exigidas. Dicho artículo a continuación señala que, en casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de la Unión o de los miembros de su familia, de las condiciones establecidas en los artículos 7, 12 y 13 de la Directiva, los Estados miembros podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones. Dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente.

- En cuanto al derecho de residencia permanente, se afirma que todo ciudadano de la Unión obtiene el derecho de residencia permanente en el Estado miembro anfitrión una vez que ha residido legalmente en él durante un período no interrumpido de cinco años.

³⁶² Véanse el artículo 13 de la Directiva 2004/38/CE, Mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada.

Tiene que cumplir la condición de no haber sido objeto de ninguna medida de expulsión. Dicho derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en los artículos 6 a 15 del capítulo 3 de la Directiva. Este derecho es aplicable a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, con la condición de cumplir con los requisitos previstos³⁶³ para ello y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años seguido con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida³⁶⁴. La tarjeta de residencia permanente será renovable automáticamente cada diez años, y se pierde en el caso de ausencia de más de 2 años seguidos del Estado miembro de acogida³⁶⁵. Asimismo existen excepciones para los trabajadores que cesen su actividad en el Estado miembro de acogida antes de que finalice un período continuo de residencia de cinco años³⁶⁶. La continuidad de la residencia se verá interrumpida por cualquier decisión de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado.

- En lo que se refiere a las disposiciones comunes al derecho de residencia y al derecho de residencia permanente, se pone de manifiesto que se extenderán a todo el territorio del Estado miembro de acogida y los Estados miembros sólo podrán establecer limitaciones territoriales al derecho de residencia o al derecho de residencia permanente cuando éstas estén previstas también para sus propios nacionales. Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en tratado y el derecho derivado, y en base a la Directiva todos los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, que residan en el Estado miembro de acogida gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del tratado. Asimismo subraya que el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social durante los primeros

³⁶³ contemplados en el apartado 2 del artículo 12 y en el apartado 2 del artículo 13, de la Directiva.

³⁶⁴ BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores “*El derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros....., op, cit.; Asimismo VELASCO RETAMOS, José Manuel., “Libre circulación de personas en la unión europea..... op, cita., pp. 75 y 76.*”

³⁶⁵ Artículo 16 apartado 2 “La continuidad de la residencia no se verá afectada por ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año, ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares, ni por ausencias no superiores a doce meses consecutivos por motivos importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, la realización de estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país”.

³⁶⁶ Artículo 17 de la Directiva. Excepciones para los trabajadores que cesen su actividad en el Estado miembro de acogida y los miembros de sus familias.

tres meses de residencia o, si procede, el período más largo³⁶⁷, y añade que ni tampoco estarán obligados, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de becas o préstamos de estudios, ni tampoco formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias.

- Respecto a la presencia de limitaciones del derecho de entrada y de residencia, la Directiva subraya que los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o algún miembro de su familia, independientemente de la nacionalidad que posee este, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública³⁶⁸. Las medidas por las razones mencionadas deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, asimismo esta conducta deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad³⁶⁹. En relación a una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, la Directiva exige como medidas de protección, que el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta una serie de factores, antes de tomar la decisión de expulsión, tales como la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión o miembro de su familia cuando haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, haya residido en el Estado de acogida durante 10 años o es un menor de edad, salvo si es necesaria y favorable en interés del niño y de acuerdo con los establecidos en la Convención del Derecho de Niño de Naciones Unidas de 1989, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública. Sobre medidas por motivos de salud pública, las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial

³⁶⁷ Artículo 14, apartado 4 b “los ciudadanos de la Unión que entran en el territorio del Estado miembro de acogida para buscar trabajo. En este caso, los ciudadanos de la Unión o los miembros de sus familias no podrán ser expulsados mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados”.

³⁶⁸ VELASCO RETAMOSA, José Manuel., “*Libre circulación de personas en la unión europea.....*”, *op, cit.*, pp. 77 a 80.; véanse también BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores “*El derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros.....*”, *op, cit.* pp.29 y ss.

³⁶⁹ Capítulo VI de la Directiva, Limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de protección para los nacionales. Las enfermedades que aparecen en los tres meses siguientes a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión, pero si existen indicios graves que lo justifiquen, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada, se puede someter a un reconocimiento médico gratuito a fin de certificar que no padecen las enfermedades mencionadas³⁷⁰. Asimismo cuando una orden de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza, examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde que se emitió la orden de expulsión, a fin de aclarar la amenaza que representa el interesado para el orden o seguridad pública en dicho momento. De acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Directiva 2004/38/CE, contra esta decisión de expulsión, el interesado podrá interponer los recursos judiciales y, en su caso, administrativos previstos del Estado miembro de acogida o solicitar la revisión de la misma. En cualquier caso el interesado tras un plazo de tres años después de la ejecución de la decisión definitiva de prohibición, podrá presentar una solicitud de levantamiento de la prohibición alegando motivos que puedan demostrar un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en el territorio.

- En las disposiciones finales de la Directiva se expone que los Estados miembros podrán adoptar las medidas que consideren necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho otorgado por esta Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, las medidas deben ser proporcionadas y estarán sometidas a las garantías procesales.

La Directiva ha sido fuente de numerosos problemas y disputas, y se han comprobado graves deficiencias en su aplicación y la persistencia de obstáculos a la libre circulación³⁷¹. La Directiva tenía que haberse transpuesto en las correspondientes legislaciones

³⁷⁰ Artículo 29 apartado 3 de la Directiva, “Si existen indicios graves que lo justifiquen, un Estado miembro podrá someter a los beneficiarios del derecho de residencia, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padecen las enfermedades mencionadas en el apartado 1. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático”.

³⁷¹ Véanse sobre la libre circulación de personas en “Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2015”, www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.1.3.html.

nacionales y aplicarse en todos los Estados miembros antes del 30 de abril de 2006³⁷². El 10 de diciembre de 2008, la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de la Directiva³⁷³, en el que se señalaban una serie de importantes problemas en las disposiciones de transposición; *“La incorporación global de la Directiva 2004/38/CE está resultando bastante decepcionante. Ni un solo Estado miembro ha incorporado la Directiva efectiva y correctamente en su totalidad. Ni un solo artículo de la Directiva ha sido incorporado efectiva y correctamente por todos los Estados miembros”*³⁷⁴. En 2009, la Comisión publicó una comunicación con orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva³⁷⁵. En esta comunicación subraya que; *“Esta Comunicación tiene como objetivo proporcionar unas directrices a los Estados miembros sobre cómo aplicar correctamente la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, 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, a fin de aportar una mejora real para todos los ciudadanos de la UE y hacer de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia”*³⁷⁶. Desde entonces, la Comisión ha iniciado procedimientos por incumplimiento contra varios Estados miembros por transposición

³⁷² De acuerdo con el artículo 40, Incorporación al Derecho nacional, de la Directiva “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva dos años después de la entrada en vigor de la presente Directiva. Y artículo 41 “La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

³⁷³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y su miembros de la familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Bruselas, 10.12.2008 COM (2008) 840 Final.

³⁷⁴ *Ibidem* informe Bruselas, 10.12.2008 COM (2008)840, punto 3.Cumplimiento de las Medidas de Incorporación.

³⁷⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Orientaciones para una mejor transposición y aplicación 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 (Texto pertinente a efectos del EEE) Bruselas, 02.07.2009 COM (2009) 313 Final.

³⁷⁶ *Ibidem* comunicación Bruselas, 02.07.2009 COM (2009) 313, El 10 de diciembre de 2008, la Comisión adoptó su informe sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, que presentaba una amplia descripción de cómo está transpuesta la Directiva al Derecho nacional y de cómo se aplica en la vida diaria. El informe concluyó que la transposición global de la Directiva era bastante decepcionante, particularmente por lo que se refiere al Capítulo VI (que establece el derecho de los Estados miembros a restringir el derecho de los ciudadanos de la UE y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública) y al artículo 35 (que autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas para prevenir el abuso y el fraude, tal como los matrimonios de conveniencia). La Comisión anunciaba en el informe su intención de ofrecer información y ayuda tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos de la UE, emitiendo unas directrices en el primer, semestre de 2009 sobre las cuestiones identificadas como problemáticas en la transposición o la aplicación. Esta intención fue acogida con satisfacción por el Consejo y por el Parlamento Europeo. Las directrices recogen los puntos de vista de la Comisión y se entienden sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «el Tribunal») y su desarrollo.

incorrecta o incompleta de la Directiva³⁷⁷, sigue existiendo problemas, claro ejemplo es el gran número de peticiones presentadas al Parlamento Europeo en la materia y por otra parte también una mayor cantidad de asuntos pendientes a resolver ante el Tribunal de Justicia³⁷⁸ que tratan de aclarar sobre la interpretación y correcta aplicación de algunas de las disposiciones de la Directiva.

3. La transposición de la Directiva 2004/38/CE, de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la unión y miembro de su familia a través del RD 240/2007 de 16 de febrero en el ordenamiento español

De acuerdo con el artículo 40 de la Directiva 2004/38/CE, los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva. En virtud de lo mismo, la aprobación de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de los

³⁷⁷ La Comisión Europea dedica todas sus energías a la aplicación efectiva de las normas sobre libre circulación de la UE en todos los Estados miembros. Por ello, la Comisión está adoptando una postura enérgica para abordar los problemas producidos por la incorporación a las legislaciones nacionales de la Directiva sobre libre circulación de la UE (2004/38/CE), a fin de que los ciudadanos europeos se beneficien plenamente de sus derechos. Varios acontecimientos pusieron de manifiesto la existencia de importantes problemas respecto de las garantías procesales y sustantivas con arreglo a la Directiva sobre libre circulación de la UE, en consecuencia, la Comisión tomó medidas para garantizar que los veintisiete Estados miembros respetaran plenamente el derecho de libre circulación de la UE. europa.eu/rapid/press-release_IP-11-981_es.htm.

³⁷⁸ Sentencias del Tribunal Justicia de la Unión Europea, asuntos C-165/14 de 13 de septiembre de 2016, en relación con una persona, nacional de un tercer Estado y padre de unos ciudadanos de la Unión menores de edad cuya guarda tiene en exclusiva y que residen en España desde su nacimiento, y la Administración del Estado española, en relación con la negativa del Director General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración a concederle una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a causa de unos antecedentes penales. Denegación de la residencia que puede llevar aparejada la obligación de que los hijos menores de edad abandonen el territorio de la Unión; STJUE, asunto C-304/14 de 13 de septiembre de 2016, esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre CS, nacional de un tercer Estado, madre de un menor de corta edad, ciudadano de la Unión que tiene la nacionalidad de un Estado miembro en el que siempre ha residido, y el Secretary of State for the Home Department (Ministro del Interior, Reino Unido), en relación con una decisión que decretaba la expulsión de la interesada del territorio de ese Estado miembro a un tercer Estado, a causa de sus antecedentes penales; Asunto C-233/14 de 2 de junio de 2016 que mediante su recurso, la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 18 TFUE, en relación con los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, así como del artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, al limitar el acceso a las tarjetas de transporte público con tarifas preferentes para los estudiantes que cursan sus estudios en los Países Bajos a los estudiantes neerlandeses que estén matriculados en los Países Bajos en un centro de enseñanza público o privado y a los estudiantes procedentes de otros Estados miembros que, en los Países Bajos, estén económicamente activos o que hayan adquirido un derecho de residencia permanente (curia.europa.eu/juris).

ciudadanos de la unión de 29 de abril de 2004, ha hecho necesario proceder a incorporar su contenido al Ordenamiento jurídico español, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 20 y 21 del Tratado Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 17 y 18 de tratado constitutivo)³⁷⁹ relativos a la ciudadanía de la Unión, así como a los derechos y principios inherentes a la misma, y al principio de no discriminación³⁸⁰. El Real Decreto 240/2007 regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. También debe recordarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción dada por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, se aplicara la dicha ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables³⁸¹.

El derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho fundamental e inherente al ciudadano de un Estado miembro y necesariamente vinculado al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los otros Estados miembros, todo ello de conformidad con la normativa comunitaria y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De esta forma, para regular la

³⁷⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, segunda parte artículo 20, Creación de la ciudadanía de la Unión (antiguo artículo 17 de TCE). Artículo 21 del mismo Tratado, de Derecho a circular y residir libremente (antiguo artículo 18 de TCE). Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, 26.10.2012.

³⁸⁰ Real Decreto 240/2007, “la aprobación de la citada Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, ha hecho necesario proceder a incorporar su contenido al Ordenamiento jurídico español, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativos a la ciudadanía de la Unión, así como a los derechos y principios inherentes a la misma, y al principio de no discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

³⁸¹ Real Decreto 240/2007, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, debe recordarse que dicha Ley Orgánica es de aplicación para las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables”. Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modifico el apartado 3 del artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000 “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación dicha ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

reagrupación familiar de los ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho de libre circulación, se añade una disposición final tercera a Real Decreto 240/2007, que a su vez, introduce dos nuevas disposiciones adicionales, decimonovenas y vigésimas en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre³⁸². La disposición vigésima fue anulada por la sentencia de 1 de junio de 2010, de la sala tercera del Tribunal Supremo. De hecho también se anuló la expresión³⁸³ “parentesco hasta segundo grado” que se contiene en su párrafo primero, apartado a), y también el apartado b) de la disposición final tercera del RD 240/2007³⁸⁴. El Tribunal Supremo consideró que el Real Decreto 240/2007 implicaba una limitación subjetiva del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria y una interpretación restrictiva de la Directiva 2004/38/CE, al excluir de su ámbito de aplicación a los familiares de los ciudadanos españoles que quedaban sometidos al régimen general de extranjería. Y en virtud de dicho razón, valoro que eran situaciones no conformes a la normativa comunitaria. Con la práctica en la aplicación del Real Decreto 240/2007, era indiscutible la necesidad de modificación del RD. Motivo por lo que finalmente mediante el Real Decreto 1710/2011³⁸⁵ se modificó algunos de sus artículos para reforzar la conexión de su interpretación con el contenido de la Directiva 2004/38/CE a través de los mismos, así como con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2010³⁸⁶.

4. Desarrollo, objetivo y ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero

El Consejo de Ministros aprobó, el 16 de febrero de 2007, Real Decreto 240/2007, 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

³⁸² BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores., *La transposición en derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación....., op. cit.*, p.601.

³⁸³ STS, publicado en «BOE» núm. 266, de 3 de noviembre de 2010 (Ref. BOE-A-2010-16822).

³⁸⁴ 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. Publicado en «BOE» núm. 51, de 28/02/2007.(Ref. BOE-A-2007-4184).

³⁸⁵ Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, se procede a la modificación de los artículos 8.4, 9.4, 15.2 y 18.2 del Real Decreto 240/2007, así como a la adición de un nuevo apartado 5 en el artículo 9 y un nuevo apartado 4 en el artículo 14. Publicado en «BOE» núm. 285, de 26 de noviembre de 2011, (Ref. BOE-A-2011-18598).

³⁸⁶ Real Decreto 1710/2011, “reforzar la conexión de su interpretación con el contenido de la Directiva 2004/38/CE a través de los mismos, así como con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2010, por la que se anulan diversos apartados de artículos del Real Decreto 240/2007”.

Europeo, que posteriormente ha sido modificado por el Real Decreto 1161/2009³⁸⁷ de 10 de julio; el Real Decreto 1710/2011 de 18 de noviembre de 2011³⁸⁸; el Real Decreto-ley 16/2012³⁸⁹ de 20 de abril; y por fin el Real Decreto 987/2015³⁹⁰ de 30 de octubre.

Mediante el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, se ha modificado el artículo 4.2 del Real Decreto 240/2007, con el fin de que la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario expedida por cualquiera de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo exima a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requiera la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte³⁹¹. Mediante el Real Decreto 1710/2011, se procede a la modificación de los artículos 8.4, 9.4, 15.2 y 18.2 del Real Decreto 240/2007, así como a la adición de un nuevo apartado 5 en el artículo 9 y un nuevo apartado 4 en el artículo 14 de dicho RD. Con el Real Decreto-ley 16/2012 se modificó el artículo 7 del mismo en lo referente a la residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Y finalmente con el Real Decreto 987/2015, los familiares de ciudadanos de la Unión Europea que no estaban incluidos en el artículo 2 del RD 240/2007, y que hasta entonces se les posibilitaba su regularización en España a través de la disposición adicional 23 de RD 557/2011³⁹²(mediante una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razón de arraigo social), con esta nueva reforma se les incluye en un nuevo artículo 2. bis.

³⁸⁷ Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, Publicado en «BOE» núm. 177, de 23 de julio de 2009, (Referencia: BOE-A-2009-12207), por lo que se procede a la modificación del artículo 4.2 del Real Decreto 240/2007 a los efectos de que la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo exima a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada.

³⁸⁸ *Ibidem* Real Decreto 1710/2011, (Referencia: BOE-A-2011-18598).

³⁸⁹ Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Publicado en: «BOE» núm. 98, de 24 de abril de 2012, (Referencia: BOE-A-2012-5403).

³⁹⁰ Real Decreto 987/2015, Publicado en: «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 2015, con lo que se introduce un nuevo artículo 2.bis respecto a la facilitación de entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo no incluidos en el ámbito de aplicación de artículo 2 del Real Decreto 240/2007. (Referencia: BOE-A-2015-12090).

³⁹¹ MARIN CONSARNAU, Diana., *La Reagrupación Familiar en el Régimen Comunitario.....*, op. cit., pp.50 y 51.

³⁹² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011, (Referencia: BOE-A-2011-7703).

del RD 240/2007, con el título de “familia extensa”. De esta forma los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad tendrán derecho de residencia, siempre y cuando estén a su cargo y vivan con él, por motivos graves de salud o discapacidad, o que sea necesario que el ciudadano de la UE se haga cargo de su cuidado personal. También como novedad se incluye a la pareja con la que se mantenga una relación estable debidamente probada³⁹³. Esta modificación, permitiría que la pareja de hecho gozará del derecho de residencia como familiares de ciudadanos de la UE³⁹⁴.

El Real Decreto 240/2007 contiene seis capítulos: el primero recoge las disposiciones generales, objetivo del RD, beneficiarios y los derecho de los mismos; el segundo regula cuestiones relativas a la entrada y salida del territorio español. El tercero se refiere a las condiciones legales exigidas para la estancia y residencia en España, y el cuarto se reserva a las condiciones aplicables a la residencia de carácter permanente. El quinto se dedica a Disposiciones comunes a los procedimientos de solicitud, tramitación, expedición y renovación de certificados de registro y tarjetas de residencia. Y finalmente el capítulo sexto regula las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública. Los artículos 16, 17 y 18 son relativos al informe de la abogacía del Estado, las garantías procesales y las resoluciones de expulsión.

Por último, las disposiciones adicionales, que se dedican a la regulación de la atribución de competencias, a las normativas aplicables a los procedimientos, régimen especial de aplicación a los ciudadanos de algunos Estados no miembros de la Unión Europea ni parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, como Suiza. A continuación están las disposición transitorias que se dedican a las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, atribución transitoria de competencias, régimen especial de los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados miembros de la Unión

³⁹³ MARÍN CONSARNAU, Diana., “Las “uniones registradas” en España como beneficiarias del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, Nº 2, pp. 419-447 (Editada por el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid). <http://www.uc3m.es/cdt->

³⁹⁴ Real Decreto 987/2015, la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada y se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada.

Europea a los que se apliquen medidas transitorias para regular su acceso al mercado de trabajo español y las derogaciones normativas. Finalmente las Disposiciones finales que regulan la incorporación de Derecho de la Unión Europea; la facultad de desarrollo, autorizando a los ministerios correspondientes y las administraciones públicas, para dictar las normas que sean necesarias para la ejecución y desarrollo de lo dispuesto en Real Decreto y para la modificación de Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, normativa subsidiaria y supletoria, y la entrada en vigor de del Real Decreto³⁹⁵.

El artículo primero del RD 240/2007 señala el objetivo del mismo, subrayando que este regula las condiciones para el ejercicio de los derechos relativo a libre circulación, entrada y salida, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo por parte de los ciudadanos de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y por otra parte establecer las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública³⁹⁶.

a) Ciudadanos de los Estados miembros de UE y otro Estado parte en el acuerdo sobre EEE

Según el TFUE la ciudadanía de la Unión³⁹⁷, se atribuye a quien posee la nacionalidad de uno de los estos Estados miembros de la UE. Elemento clave que supone para todos los ciudadanos de la Unión: “el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³⁹⁸” subrayando que, cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar

³⁹⁵ Para información más detallada Véanse el análisis efectuado por GOIZUETA VÉRTIZ, Juana., “El Real Decreto 240/2007: en particular, el elemento de la transnacionalidad y los nacionales de terceros Estados asimilados”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto (2012), págs. 171-201.

³⁹⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso., “El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y "asimilados", (el RD 240/2007, del 16 de febrero), en *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, N.º. 13, 2012, pág.105.

³⁹⁷ Artículo 20 de TFUE. (antiguo artículo 17 TCE), 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

³⁹⁸ TFUE, artículo 21. (antiguo artículo 18 TCE), Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros³⁹⁹. Ahora bien el Derecho Comunitario no entra a considerar quién es nacional de un EM, debido al criterio y propias normas que cada Estado adopta y establece en relación sobre el otorgamiento de su nacionalidad, situaciones que puede llevar a conflictos a por no seguirse un criterio uniforme de nacionalidad a nivel europeo. Por lo tanto la atribución o adquisición de la nacionalidad corresponde exclusivamente a cada Estado, que son los protagonistas y soberanos para decidir los criterios de atribución y adquisición de su nacionalidad. De hecho el Derecho de la UE se limita a conferir un estatus especial de ciudadanía a los nacionales de los Estados miembros, la que les dota de ciertos derechos⁴⁰⁰. Con la aprobación de la Directiva 2004/38/CE, en la que se regula la entrada y la residencia en los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y sus familiares se ha hecho necesario proceder a incorporar su contenido al ordenamiento jurídico español, mediante el RD 240/2007, que este en su artículo 1 apartado 1 recoge este derecho y expone lo siguiente; “el RD 240/2007 regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”. Asimismo en su artículo 3 garantiza⁴⁰¹ la igualdad de trato a todos los ciudadanos de la Unión que residen en España de acuerdo con lo establecido en el RD, respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Las personas que entran en el ámbito de aplicación en lo

³⁹⁹ TFUE, artículo 21 apartado 2º, “Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado”.

⁴⁰⁰ MARIN CONSARNAU, Diana., La Reagrupación Familiar en el Régimen Comunitario....., op, cita., pp. 25- 27.

⁴⁰¹ RD 240/2007, artículo 3, “Todos los ciudadanos de la Unión que residan en España conforme a lo dispuesto en el dicho Real Decreto gozarán de igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este derecho extenderá sus efectos a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente”.

establecido en el RD, tienen derecho a residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las condiciones previstas por éste⁴⁰².

B) Familiares de los ciudadanos de la Unión Europea y EEE

Según el artículo 8.1 de RD 240/2007, los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del dicho Real Decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la UE o parte en el acuerdo de EEE, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una «tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión».

En el régimen europeo, no es necesaria una separación previa del reagrupante (ciudadano de la UE) en el Estado de acogida antes de poder traerse a los miembros de su familia, la diferencia importante en relación con el régimen general de extranjería que exige cumplimiento de un plazo antes de poder traerse a los miembros de la familia que analizaremos más adelante. De hecho, en el régimen europeo, el traslado de la familia puede ser simultáneo con el ciudadano de la UE, puesto que el ejercicio del derecho de la libre circulación de los miembros de la familia de un ciudadano de la UE que acompañen o pretendan reunirse con el ciudadano de la UE en el Estado de acogida es consustancial y un derecho derivado del ejercicio del derecho de la libre circulación del ciudadano de la UE. Dicho de otro modo, la simple condición de ser el miembro de la familia no le permite ampararse en el régimen europeo ni le atribuye ningún beneficio ni de entrada ni de residencia en España⁴⁰³.

Respecto al ámbito de aplicación a otros beneficiarios, el artículo 2 del Real Decreto 240/2007 extiende su ámbito de aplicación a miembros de la familia del ciudadano de

⁴⁰² *Ibidem* el RD 240/2007, apartado 1 del artículo 3, “Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo”.

⁴⁰³ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 291-292.

Unión o de parte en el acuerdo sobre EEE, y establece lo siguiente: “el Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él⁴⁰⁴. Se trata de los familiares que a continuación se relacionan; su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, a la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público en un Estado miembro de la Unión y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado subrayando que las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí. A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces de valerse por sí mismo y a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, con la condición de que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja. La condición primordial para que el cónyuge pueda disfrutar del derecho de libre circulación y residencia, es la continuidad del vínculo matrimonial o de la condición de pareja registrada. Condición exigida por RD, que afecta a los descendientes y ascendientes del cónyuge a la hora de poder beneficiarse del mismo derecho.

En el año 2015 el ámbito de aplicación a los familiares de ciudadano de la Unión se extiende mediante RD 987/2015⁴⁰⁵ de 30 de octubre, que modificó el Real Decreto 240/2007. Con la modificación se incorpora al ámbito subjetivo del Real Decreto de 2007 la denominada "familia extensa" mediante la introducción de un nuevo artículo 2.bis. Con el que también incluye una novedad a la normativa en esta materia que es la inclusión de las parejas de hecho, dentro de la lista de familiares a los que resulta de aplicación lo

⁴⁰⁴ *Ibidem* RD 240, artículo 2. Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Mediante Sentencia de 1 de junio de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se anularon los incisos de artículo 2º, párrafo primero: la expresión «otro Estado miembro». b) La expresión «separación legal» que se contenía en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2º. Y La expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» que se contenía dentro de su párrafo 1, apartado b).

⁴⁰⁵ *Ibidem*, RD 987/2015, antes citada.

dispuesto por el nuevo texto legal. Respecto a la familia extensa, la Directiva 2004/38/CE considera que, para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio, los Estados miembros deben facilitar la entrada y residencia de otros miembros de la familia del ciudadano de la Unión, distintos a los regulados en el artículo 2 de la Directiva⁴⁰⁶. El derecho de estos “otros miembros de la familia” o dicho de otra forma “familia extensa” y la necesidad de que los Estados miembros le faciliten la entrada, la libre circulación y la residencia en su territorio para facilitar el derecho a libre circulación de personas en la Unión Europea, ha sido afirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos sentencias del 5 de septiembre de 2012 en “el asunto Rahman⁴⁰⁷” y del 8 de noviembre de 2012 en “el asunto Lida⁴⁰⁸”. Como ya antes he señalado, con el Real Decreto 987/2015, se introduce un nuevo artículo 2.bis a RD 240/2007 y de esta forma el ámbito de aplicación se extiende a otros familiares de ciudadano de la Unión o de EEE que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma cierta en el momento de solicitar la aplicación de las

⁴⁰⁶ *Ibidem*, RD 987/2015, párrafo 4 de texto “Respecto a la familia extensa, la Directiva 2004/38/CE considera que, para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio, los Estados miembros deben facilitar la entrada y residencia de otros miembros de la familia del ciudadano de la Unión, distintos a los regulados en el artículo 2 de la Directiva”.

⁴⁰⁷ STJUE de 5 de septiembre de 2012, dictada en el asunto c-83/11 caso Rahman, apartado 21 a 25 relativo a la interpretación del artículo 3 apartado 2 de la Directiva 2004/38/CE, “Si bien resulta, de este modo, que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 no obliga a los Estados miembros a reconocer un derecho de entrada y de residencia a favor de personas que son miembros de la familia, en el sentido amplio del término, a cargo de un ciudadano de la Unión, no es menos cierto que, como se desprende del empleo del futuro de indicativo «facilitará» en el referido artículo 3, apartado 2, esta disposición impone a los Estados miembros una obligación de otorgar a las solicitudes de personas que presentan una relación de dependencia particular con un ciudadano de la Unión un trato más favorable que a las solicitudes de entrada y de residencia de otros nacionales de Estados terceros. por otro parte, Dada la falta de normas más precisas en la Directiva 2004/38, así como el empleo de la expresión «de conformidad con su legislación nacional» en el artículo 3, apartado 2, de ésta, ha de señalarse que cada Estado miembro dispone de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de los factores que han de tenerse en cuenta. No obstante, el Estado miembro de acogida debe velar por que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término «facilitará» y con los términos relativos a la dependencia empleados en el citado artículo 3, apartado 2, y que no priven a dicha disposición de su efecto útil”.

⁴⁰⁸ STJUE de 8 de noviembre de 2012 en el asunto c-40/11 caso Lida, En efecto, al igual que ocurre con los derechos conferidos por la Directiva 2004/38 a los miembros de la familia nacionales de terceros países de un ciudadano de la Unión beneficiario de ésta, los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros países por las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios de esos nacionales, sino derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión. Tal exigencia responde, además, a la finalidad de los derechos derivados de entrada y de residencia que la Directiva 2004/38 prevé para los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión, dado que, de otro modo, la imposibilidad de que la familia de un ciudadano de la Unión le acompañe o se reúna con él en el Estado miembro de acogida puede menoscabar su libertad de circulación, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en ese Estado miembro.

disposiciones que se encuentran en alguna de las circunstancias reguladas en el artículo 2.bis del Real Decreto 2007⁴⁰⁹.

5. Familiares reagrupables

La familia objeto de reagrupación aparece delimitada en el Derecho Comunitario, por lo que no hablamos de familia con carácter general, sino un concepto de familia que expresamente contempla el legislador comunitario. El ciudadano de la Unión podrá ser acompañado o reunirse con su familia en otro Estado miembro bajo las prescripciones establecidas para su consecución en el Derecho Comunitario y ni él ni su familia podrán ser discriminados por razón de nacionalidad, beneficiándose de la igualdad de trato respecto a los nacionales de ese Estado en el ámbito de aplicación del tratado. La Directiva 2004/38/CE establece como sus beneficiarios que son todo ciudadanos de la Unión que se traslade o resida en otro Estado miembro diferente del que ostenta la nacionalidad así como los miembros de la familia definidos en la propia Directiva señalado en el art 2.2, siempre que le acompañen o se reúnan con él deben ejercer este derecho. La Directiva 2004/38/CE en su artículo 3 determina su ámbito de aplicación a los supuestos en los que el nacional de un Estado miembros ejercita su derecho a la libre circulación y residencia. Es importante señalar, aunque la propia Directiva determina expresamente un número limitado de vínculos familiares, se muestra proclive a que los Estados faciliten la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia señalados en artículo 3.2 de la directiva distinto a los mencionados en el art 2.2 de la directiva, siempre y cuando se encuentre a cargo o viva con el ciudadano de la Unión, o que sin estar al cargo del ciudadano por razones graves de salud deba estarlo⁴¹⁰.

Como hemos señalado antes en el régimen europeo ya existe desde el principio un derecho del ciudadano de la UE a trasladarse y a vivir conjuntamente con los miembros de su familia en el Estado de acogida. Además, este régimen beneficia también a los miembros de la familia, para situaciones de simple estancia en el Estado de acogida, sin necesidad de

⁴⁰⁹ *Ibidem* RD 987/2015, “La novedad que incorpora este texto es que los miembros de la familia extensa, siempre que cumplan los requisitos previstos en la normativa, contarán con una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión y no, como hasta ahora, con una autorización de residencia y trabajo de régimen general”.

⁴¹⁰ MARIN CONSARNAU, Diana., *La Reagrupación Familiar en el Régimen.....*, op. cit., pp. 41a 45.

vínculos a una residencia posterior en este Estado (el artículo 6 de la Directiva 2004/38/CE y el artículo 6 de RD 240/2007). En caso de la permanencia de los miembros de la familia por más de tres meses en condición de residentes, deben acreditar, por sí mismos o por el reagrupante (ciudadano de la UE), el cumplimiento de las condiciones económicas requeridas (el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE y el artículo 7 de RD 240/2007)⁴¹¹. El artículo 2 de RD, con el título de “aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo” y el artículo 2 bis con el título de “Entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo” de Real Decreto 240/2007, determina cuáles son los miembros de la familia del ciudadano de la Unión o de EEE, que tienen el derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, cuando le acompañen o se reúnan con él.

a) Cónyuge o pareja de hecho registrada

-A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio.

-A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

-La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el artículo 2 bis, apartado 4.b) de RD 240/2007, donde subraya que la pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero, y se entenderá la existencia de este vínculo, si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año

⁴¹¹ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op. cit.*, pp. 290 y ss.

continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada.

Los matrimonios válidamente contraídos en cualquier lugar del mundo deben reconocerse en principio a efectos de la aplicación del Real Decreto⁴¹². Los matrimonios forzados, en los que una o ambas partes contraen matrimonio sin su consentimiento o contra su voluntad, no están protegidos por el Derecho internacional⁴¹³ ni por el derecho de la Unión⁴¹⁴. Los matrimonios forzados deben distinguirse de los matrimonios concertados, en los que ambas partes consienten plena y libremente al matrimonio, aunque un tercero realice la elección de la pareja, y así también de los matrimonios de conveniencia⁴¹⁵. Relativo a la cuestión de los supuestos matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países⁴¹⁶, en el contexto de la legislación de la UE sobre la libre circulación de ciudadanos de la UE, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, en su reunión de los días 26 y 27 de abril de 2012, aprobó el plan de trabajo «acción de la Unión Europea frente a las presiones migratorias, una respuesta estratégica», que hace

⁴¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE. Bruselas, 2.7.2009, COM (2009) 313 final.

⁴¹³ Entre otros, podemos señalar el artículo 16, apartado 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”. o el artículo 16, apartado 1, letra b), de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, “El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”.

⁴¹⁴ Las Directrices de la UE sobre la violencia contra las mujeres y la lucha contra todas las formas de discriminación contra ellas establecen que la violencia contra las mujeres y las niñas incluye el matrimonio forzado y de niños perpetrado o tolerado por el Estado (anexo, pág. 14). Resolución 1468 sobre matrimonio forzado y matrimonio de niños de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, texto adoptado el 5 de octubre de 2005. Entre las medidas que deberían contribuir a disminuir este fenómeno, el Consejo de Europa incluye las destinadas a prohibir el matrimonio infantil fijando la edad mínima legal para contraer matrimonio en 18 años, de modo que las personas que no hayan alcanzado esta edad no tendrán capacidad legal para contraer matrimonio. La Resolución establece que las autoridades de los Estados deben poder rechazar el reconocimiento de matrimonios forzados o tempranos celebrados en el extranjero y aboga por simplificar los procedimientos para la anulación del matrimonio forzado. Asimismo la Recomendación 1723 (2005) sobre Matrimonio forzado y matrimonio infantil, de la Asamblea Parlamentaria, de 5 de octubre de 2005. Exhorta a los Estados a ratificar la Convención de 1962 y a fijar la edad mínima para el matrimonio en los 18 años, establecer un registro obligatorio y oficial de los matrimonios celebrados, una entrevista obligatoria con las partes antes de la celebración del matrimonio.

⁴¹⁵ ARENAS GARCÍA, Rafael., *Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)* en <https://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf>. En relación con este tema, y la información más detallada véanse GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel., *Matrimonio e inmigración, el control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Colex, Madrid, 2008.

⁴¹⁶ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: 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, COM (2014) 604 final. Bruselas, 26.9.2014.

referencia a los matrimonios de conveniencia como medio para facilitar la entrada y la estancia de nacionales de terceros países en la UE. El plan de trabajo enumera las diversas medidas que deben emprender la Comisión y los Estados miembros para comprender mejor la utilización abusiva del derecho a la libre circulación de los nacionales de terceros países y la delincuencia organizada para facilitar la inmigración ilegal⁴¹⁷. Una de estas medidas es la elaboración de un manual sobre matrimonios de conveniencia, con orientaciones para detectar los matrimonios amañados. En la Comunicación de 25 de noviembre de 2013 «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave»⁴¹⁸, la Comisión señalaba que con dicha Comunicación pretende aclarar los derechos y las obligaciones de los ciudadanos de la UE, así como las condiciones y limitaciones con arreglo a la legislación de la Unión Europea, y abordar las inquietudes planteadas por algunos Estados miembros. Establece cinco medidas para ayudar a los Estados miembros y a sus autoridades locales a aplicar la legislación e instrumentos de la Unión europea sobre el terreno⁴¹⁹. La comisión, en la comunicación de 26 de noviembre de 2014, recordaba que la legislación de la UE contiene una serie de sólidas salvaguardias que permiten a los Estados miembros luchar contra los abusos⁴²⁰. Una de las medidas concretas para ayudar a las autoridades a aplicar estas salvaguardias en todo su potencial fue la elaboración, junto con los Estados miembros, de un manual para combatir los matrimonios de conveniencia⁴²¹. Además existen orientaciones a los Estados miembros sobre la forma de abordar los abusos en forma de matrimonios de conveniencia prevista en las Directrices de la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2009⁴²² con el objetivo de proporcionar orientaciones sobre como aplicar correctamente 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, bajo dicho marco jurídico (la Directiva 2004/38/CE). También explica qué significa la aplicación de esas normas en la práctica, ofreciendo a las autoridades nacionales directrices operativas para ayudarles a detectar e investigar con eficacia presuntos casos de matrimonios de

⁴¹⁷ *Ibidem*, COM (2014) 604 final, Bruselas, 26.9.2014.

⁴¹⁸ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave. COM (2013) 837 final, Bruselas, 25.11.2013.

⁴¹⁹ *Ibidem*, COM (2013) 837 final, Bruselas, 25.11.2013.

⁴²⁰ *Ibidem* COM (2014) 604 final, Bruselas, 26.9.2014.

⁴²¹ *Ibidem* COM (2014) 604 final, Bruselas, 26.9.2014.

⁴²² *Ibidem*, COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009.

conveniencia⁴²³. Tener en cuenta las indicaciones y la información facilitada en el Manual debe garantizar que las prácticas de las autoridades nacionales competentes se basan en los mismos hechos y criterios jurídicos dentro de la Unión, y contribuir al cumplimiento de la legislación de la UE⁴²⁴.

El Manual no es jurídicamente vinculante ni exhaustivo y se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente de la UE y su futuro desarrollo. También se entiende sin perjuicio de la interpretación preceptiva de la legislación de la UE que pueda realizar el Tribunal de Justicia⁴²⁵.

A efectos de la Directiva, el fraude puede definirse como un engaño o artificio deliberado con el fin de obtener el derecho de libre circulación y residencia conforme a la Directiva. En el contexto de la Directiva, es probable que el fraude se limite a la falsificación de documentos o a la representación falsa de un hecho material referente a las condiciones vinculadas al derecho de residencia. Podrán denegarse, extinguirse o retirarse sus derechos en virtud de la Directiva a las personas a las que se haya expedido un documento de residencia a consecuencia de una conducta fraudulenta respecto de la que hayan sido condenadas⁴²⁶. En este caso se podrán denegarse, extinguirse o retirarse sus derechos en virtud de la Directiva a las personas a las que se haya otorgado un documento de residencia a consecuencia de una conducta fraudulenta por la que hayan sido condenadas⁴²⁷. El artículo 35 de la Directiva 2004/38/CE permite a los Estados miembros tomar medidas efectivas y necesarias con el fin de luchar contra el abuso y el fraude en el

⁴²³ En relación con tema de matrimonio conveniencia, entre otros véanse ORTEGA GIMÉNEZ., Alfonso “El fenómeno de la inmigración y el problema de los denominados “matrimonios de conveniencia” en España” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, Nº 2, pp. 465-481. ARENAS GARCÍA, Rafael., *Algunos problemas relativos al consentimiento en el apartado (matrimonial III. Los matrimonios de conveniencia).....,op, cita.* ARENAS GARCÍA, Rafael., *El sistema español de extranjería y su fiscalización por el TJCE.....op., cita.* GRIEDER MACHADO, Hilda y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano., “El matrimonio de conveniencia”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Nº 1879, 2000, pp. 3213-3234. Y DIAGO DIAGO, María del Pilar., “Matrimonios por conveniencia”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 1996, pp. 329-347.

⁴²⁴ *Ibidem*, COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009.

⁴²⁵ COM (2014) 604 final, Bruselas, 26.9.2014.

⁴²⁶ *Ibidem*, COM ((2009) 313 final, apartado 4.1.

⁴²⁷ SSTJUE, Asuntos C-63/99 Gloszczuk (apartado 75) “Por consiguiente, un nacional polaco que, aun teniendo intención de iniciar una actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia en un Estado miembro, burla los controles pertinentes de las autoridades nacionales, al declarar falsamente que se ha trasladado a ese Estado como turista, se sitúa fuera de la esfera de protección que se le reconoce con arreglo al acuerdo de asociación (análogicamente y respecto al eventual fraude al Derecho nacional por parte de nacionales comunitarios que se acogen abusiva o fraudulentamente al Derecho comunitario y también asunto C-285/95 Kol (apartado 29).

ámbito material correspondiente del Derecho Comunitario relativo a la libre circulación de personas, denegando, extinguiendo o retirando cualquier derecho conferido por la Directiva en caso de abuso de derecho o de fraude, como los matrimonios de conveniencia. Estas medidas serán proporcionadas y estarán sometidas a las garantías procesales contempladas en la Directiva⁴²⁸.

b) Descendientes

El Real Decreto también será aplicable a los descendientes directos de ciudadano de la Unión, y a los de su cónyuge, pareja de hecho o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo o mayores de 21 años incapaces de valerse por sí misma, con la condición de que se encuentren bajo su protección o bajo su cuidado. En caso de descendiente directo de ciudadano de la Unión, deberá presentar su certificado de nacimiento. En el caso de descendiente directo de su cónyuge, siempre que ejerza la patria potestad en solitario o que tenga la custodia y estén efectivamente a su cargo.

Respecto a familiares a cargo, se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva⁴²⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ha dictado una sentencia⁴³⁰ respecto a la interpretación de familiares a cargo, declarando que, “para que un descendiente directo mayor de 21 años de un ciudadano de la Unión pueda considerarse «a cargo» de éste, en el sentido del artículo 2, número 2, letra c), de la Directiva 2004/38/CE, debe probarse que existe una situación de dependencia⁴³¹ real que resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el ciudadano de la Unión que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan

⁴²⁸ La Directiva 2004/38/CE, abuso de derecho, artículo 35.

⁴²⁹ MARIN CONSARNAU, Diana., *La Reagrupacion Familiar en el Régimen Comunitario.....,op, cit.,* pp.64 a 66.

⁴³⁰ STJUE (Sala Cuarta) Asunto C-423/12, caso Reyes contra Migrationsverket de 16 de enero de 2014.

⁴³¹ *Ibidem* asunto C-423/12, apartado 20.

el apoyo material del miembro de la familia⁴³². El tribunal subraya la libre circulación como uno de los fundamentos de la Unión que debe interpretarse en sentido amplio, “no es necesario determinar los motivos de dicha dependencia ni, por tanto, las razones por las que se recurre a ese apoyo⁴³³. Esta interpretación viene impuesta, en particular, por el principio según el cual las disposiciones que, como la Directiva 2004/38/CE, establecen la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, uno de los fundamentos de la Unión, que deben interpretarse en sentido amplio”⁴³⁴. El Tribunal confirma a que cuando un ciudadano de la Unión de manera uniforme y continua, durante un período considerable, asume el pago a dicho descendiente de la cantidad de dinero necesaria para que éste cubra sus necesidades básicas en el Estado de origen demuestra que existe una situación de dependencia real de ese descendiente con relación a dicho ciudadano⁴³⁵. Y no puede exigirse al descendiente que, además, demuestre haber intentado conseguir un empleo, una ayuda de subsistencia de las autoridades de su país de origen, sin lograrlo⁴³⁶.

En esta línea, la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal supremo relativo a familiares a cargo es más estricta. El Tribunal supremo en su sentencia de 19 de octubre de 2015, señala que “doctrina que hemos recogido y aplicado en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 (Recurso 1470/2009) y de 24 de julio de 2014 (Recurso 62/2014), entre otras (...), lo cierto es que si bien las transferencias periódicas de dinero por parte de la reagrupante puede ser un elemento que sirve para acreditar esa dependencia económica, este Tribunal en su sentencia 23 de septiembre de 2014 (Recurso 278/2013) ha relativizado el envío de cantidades de dinero como único elemento que demuestre la dependencia económica de la solicitante del visado, argumentando que "este dato escueto y simple no puede ser por sí sólo demostrativo de que la madre, vive "a cargo" de su hija⁴³⁷. El Tribunal señala que la individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto "a cargo") requerirá una valoración casuística y

⁴³² *Ibidem* asunto C-423/12, apartado 21.

⁴³³ STJUE asuntos c-316/85, Lebon (sentencia de 18 de junio de 1987), FJ 22.

⁴³⁴ *Ibidem* asunto C-423/12, apartado 23.

⁴³⁵ *Ibidem* asunto C-423/12, apartado 24.

⁴³⁶ *Ibidem* asunto C-423/12, apartado 25.

⁴³⁷ STS (Sala 3ª. Sección 3ª) 4311/2015, de 19 de octubre de 2015. Denegación de visado reagrupación. Descendiente mayor de 21 años "a cargo" de un español. (Recurso 1373/2015).

circunstanciada⁴³⁸. El Tribunal Supremo, mantiene el criterio uniforme y unánime de que no basta para determinar que una persona vive a cargo de otra únicamente el dato de la cuantía de las remesas económicas enviadas. Considera este Tribunal que, además, es necesario conocer la exacta situación económica del reagrupado, para lo cual éstos han de presentar documentación sobre si cotizan a la Seguridad Social, si poseen bienes, si realizan declaraciones fiscales, etc.⁴³⁹.

c) Ascendientes

El Real Decreto se aplica a los ascendientes directos de ciudadano de la Unión, y a los de su cónyuge, pareja de hecho o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja (art. 2 d) RD). La reagrupación de ascendientes en vínculo familiar con los ciudadanos de la unión europea, requiere el cumplimiento de unos requisitos, entre ellos el referente a demostrar que el ciudadano comunitario es quien provee los medios necesarios para la subsistencia del ascendiente no solo una vez se instale en España, sino en su país de origen, al menos durante el año anterior a la presentación de la solicitud de tarjeta de familiar de comunitario. Dicho criterio deriva de que el TJUE se ha visto en la necesidad de interpretar tal concepto, a la falta de claridad y no haber sido especificado por RD 240/2007 ni por la Directiva 2004/38/CE, los documentos necesarios para acreditar que son ascendientes a cargo del ciudadano de la Unión.

El concepto de «estar a cargo» es un concepto jurídico indeterminado delimitado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en relación con la situación del ascendiente⁴⁴⁰. Para el TJUE la calidad de miembro de la familia «a cargo» se deriva de una situación de hecho caracterizada por el hecho de que el ciudadano de la

⁴³⁸ STS (Sala 3ª. Sección 3ª) 7339/2011. Denegación de visado de reagrupación a hijo ciudadano español, recurso de casación nº 1470/2009, apartado 9.

⁴³⁹ STS 651/2016 (Sala de lo contencioso. Sección 3ª), Nº de Recurso: 2422/2015.

⁴⁴⁰ El texto de Real Decreto 987/2015, subraya que “El concepto de «estar a cargo» es un concepto jurídico indeterminado delimitado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en relación con la situación del ascendiente, en asuntos como c-316/85, Lebon (sentencia de 18 de junio de 1987) y c-1/05, Jia (sentencia de 9 de enero de 2007), o la más reciente sentencia de 16 de enero de 2014 en el asunto c-423/12, Reyes”.

Unión o su cónyuge garantizan la tenencia y disponibilidad de recursos económicos suficientes para la subsistencia del miembro de la familia⁴⁴¹. Esta definición de la noción de “familiar a cargo” por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sido asumida por el propio Tribunal Supremo en sentencias tales como la STS 651/2016 de 23 de febrero de 2016⁴⁴², STS 3233/2014 de 24 de julio de 2014⁴⁴³, STS 8826/2012 de 26 de diciembre, STS 1883/2012 de 23 de marzo o STS 8359/2011 de 22 de noviembre. En todas ellas se recoge la noción consolidada por el TJUE e inciden que «para determinar si (...) están a cargo de éste, el Estado miembro de acogida debe apreciar si, a la vista de las circunstancias económicas y sociales, no están en condiciones de subvenir a sus necesidades básicas. La necesidad de apoyo material debe darse en el Estado de origen o de procedencia de dichos ascendientes en el momento en que solicitan establecerse con el ciudadano comunitario»⁴⁴⁴.

d) Otras familias reagrupables

La aprobación del Real Decreto 987/2015⁴⁴⁵, de 30 de octubre, con el que, se incorporó un nuevo artículo (artículo 2 bis. entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), lo que se conoce como “familia extensa”⁴⁴⁶, al Real

⁴⁴¹ STJUE de 16 de enero de 2014 en el asunto c-423/12, Reyes, apartado 21 “Esta dependencia resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el ciudadano de la Unión que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan el apoyo material del miembro de la familia”. STJUE de 9 de enero de 2007 el asuntos c-1/05, Jia, apartado 35.

⁴⁴² STS 651/2016 (Sala de lo contencioso. Sección 3ª), de 23 de febrero de 2016, Nº de Recurso: 2422/2015.

⁴⁴³ STS 3233/2014(Sala de lo contencioso. Sección 3ª), de 24 de julio de 2014, Nº de Recurso: 62/2014.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, STS 651/2016, apartado 3º “ Al respecto, cabe significar que de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende, según sostuvimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2013 (RC 3173/2012), que el concepto de «familiar a cargo» debe entenderse el familiar que necesita el apoyo material de ese ciudadano comunitario para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen, criterio al que antes nos hemos referido.

⁴⁴⁵ *Ibidem* RD 987/2015, la disposición derogatoria única con efectos de 9 de diciembre de 2015, que se deroga la disposición adicional vigésimo tercera relativo a facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación 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.

⁴⁴⁶ Artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE, “esta familia extensa, a la que Directiva se refiere como «otros miembros de la familia», y cuyos derechos corresponde reconocer a los Estados miembros, estaría formada

Decreto 240/2007 de 16 de febrero, tiene como objetivo ampliar los familiares de nacionales comunitarios a los que se le puede aplicar el régimen comunitario, siempre que acrediten cumplir determinados requisitos. Este Real Decreto también deroga la disposición adicional vigésimo tercera del Reglamento de extranjería 557/2011⁴⁴⁷ de 20 de abril, que antes de la aprobación del RD 987/2015 se aplicaba a la facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de la Unión, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007.

Como ya he señalado antes, los familiares que ahora se incorporan al régimen comunitario, mediante el RD 987/2015, dentro del artículo 2 bis como otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de RD 240/2007, antes estaban “amparados” a través de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales establecida dentro del régimen general⁴⁴⁸. Debemos señalar que, el concepto de “familia extensa” y la necesidad de que los Estados miembros le faciliten la entrada, la libre circulación y la residencia en su territorio en virtud del derecho a libre circulación de personas, ha sido afirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así en el caso Lida (C-40/11), el Tribunal subrayó que “el derecho de estos «otros miembros de la familia» nacionales de terceros países es, en todo caso, un derecho derivado del derecho del ciudadano de la Unión y «no un derecho autónomo de los nacionales de terceros países, y la finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida»⁴⁴⁹. En la sentencias del 5 de septiembre de 2012 en “el asunto Rahman”, el Tribunal señala que “ha de señalarse que cada Estado miembro dispone de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de los factores que han de tenerse en cuenta. No obstante, el Estado miembro de acogida debe

por cualquier otro miembro de la familia, cualquiera que sea su nacionalidad, que no entre en la definición de miembro de la familia del artículo 2 de la Directiva”.

⁴⁴⁷ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30/04/2011 (Referencia: BOE-A-2011-7703).

⁴⁴⁸ Disposición adicional vigésimo tercera de régimen general de Extranjería de 4/2000. Que ha sido derogado por Real Decreto 987/2015.

⁴⁴⁹ *Ibidem* STJUE caso C-40/11, apartado 67 y 68.

velar por que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término «facilitará»⁴⁵⁰ y con los términos relativos a la dependencia empleados en el citado artículo 3, apartado 2, y que no priven a dicha disposición de su efecto útil.⁴⁵¹ En virtud de la jurisprudencia de TJUE, respecto a miembros de la familia, en sentido amplio de término, se ha modificado el Real Decreto 240/2007, para incorporar la familia extensa a su ámbito subjetivo⁴⁵².

El artículo 2 bis de RD 240/2007 regula la entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el acuerdo sobre EEE, donde expone lo siguiente:

“Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en dicho Real Decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el acuerdo sobre el EEE a favor de”:

- Los familiares de un ciudadano de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, (los no incluidos en el artículo 2), independientemente de su nacionalidad, que le acompañen o se reúnan con él, los que acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:

1º. Que en el país de procedencia estén a su cargo o vivan con él. Teniendo en cuenta el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que también ha sido asumida por el propio Tribunal Supremo respecto a concepto de “miembro de la familia a cargo”.

2º. Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

⁴⁵⁰ *Ibidem* STJUE caso C-83/11, apartado 21 donde dice “Si bien resulta, de este modo, que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 no obliga a los Estados miembros a reconocer un derecho de entrada y de residencia a favor de personas que son miembros de la familia, en el sentido amplio del término, a cargo de un ciudadano de la Unión, no es menos cierto que, como se desprende del empleo del futuro de indicativo «facilitará» en el referido artículo 3, apartado 2, esta disposición impone a los Estados miembros una obligación de otorgar a las solicitudes de personas que presentan una relación de dependencia particular con un ciudadano de la Unión un trato más favorable que a las solicitudes de entrada y de residencia de otros nacionales de Estados terceros.

⁴⁵¹ *Ibidem* STJUE caso C-83/11, apartado 24.

⁴⁵² *Vid.* RD 987/2015, Disposición final segunda. incorporación del Derecho de la Unión Europea. “Mediante el presente Real Decreto se incorpora al Derecho español el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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”.

3º. La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada. Se considerará como pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada. Respecto a la situación de las parejas de hecho en la legislación española, no existe un sistema y régimen jurídico común, sino que existen disposiciones aisladas que hacen referencia a las parejas de hecho en las diferentes Comunidades Autónomas que han ido regulando las uniones de hecho. La ley Catalana de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998⁴⁵³, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid⁴⁵⁴ y su Decreto 134/2002, de 18 de julio, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía⁴⁵⁵ y su Decreto 35/2005, de 15 de febrero, por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho en Andalucía⁴⁵⁶. La Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables⁴⁵⁷ y su Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, por el que se creó el Registro de Uniones de Hecho en Asturias⁴⁵⁸. La Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁴⁵⁹ y su nuevo Decreto 155/2017, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de

⁴⁵³ La Ley Catalana de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998, sustituida por el Libro II del Código de Derecho Civil de Cataluña aprobada en 2010.

⁴⁵⁴ Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, publicado en *BOCM* de 3 de enero de 2002. Los artículos 4 y 5, han sido declarados inconstitucionales y nulos por STC de 11 de abril de 2013. Por ello se hizo necesario aprobar un Reglamento en el que se regule la organización y funcionamiento del citado Registro, así como el procedimiento de las inscripciones que se realicen en el mismo. En este sentido, la propia ley en su Disposición Final Primera establece que se deberán aprobar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, los reglamentos de desarrollo de la misma. Por lo que el Decreto 134/2002, de 18 de julio, se aprueba el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, publicado en *BOCM* 26 de julio de 2002, corrección de errores *BOCM* 26 de septiembre de 2002.

⁴⁵⁵ Publicado en *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía «BOJA»* núm. 153 de 28 de Diciembre de 2002 y en «*BOE*» núm. 11 de 13 de Enero de 2003.

⁴⁵⁶ Publicado en *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía «BOJA»* núm. 38 de 23 de febrero de 2005.

⁴⁵⁷ Publicado en *Boletín Oficial del Principado de Asturias «BOPA»* núm. 125, de 31 de mayo de 2002 y en «*BOE*» núm. 157, de 2 de julio de 2002.

⁴⁵⁸ Publicado en *Boletín Oficial del Principado de Asturias «BOPA»* núm. 9074 de 28 de octubre de 1994.

⁴⁵⁹ Publicado en *Boletín Oficial del País Vasco «BOPV»* núm. 100, de 23 de mayo de 2003 y en «*BOE*» núm. 284, de 25 de noviembre de 2011.

Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁴⁶⁰. Así también otras Comunidades Autónomas como, Aragón, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Extremadura, Navarra o Comunidad Valenciana cuentan con leyes que regulan las parejas de hecho.

6. Entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y miembros de su familia

La ciudadanía de la Unión concede a todo ciudadano de la Unión un derecho de carácter individual y primario que es circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea o parte en el acuerdo sobre EEE, sujetos a las limitaciones y condiciones previstas en tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación⁴⁶¹. La ciudadanía es la condición fundamental de que permite a las personas (ciudadanos de la UE) ejercer el derecho de libre circulación y residencia. El artículo 3 del RD 240/2007 establece el derecho a que las personas incluidas en el ámbito de aplicación que en este caso se refiere a los miembros de su familia, a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo. Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación de dicho RD, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 45.4 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea⁴⁶². Además todos los ciudadanos de la Unión que residan en España gozarán de igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la UE. Este derecho extenderá sus efectos a los miembros de la familia, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente.

⁴⁶⁰ El nuevo Reglamento 155/2017, de 16 de mayo, regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que sustituyó al aprobado por el citado Decreto 124/2004. Publicado en *Boletín Oficial del País Vasco «BOPV»* núm. 100, lunes 29 de mayo de 2017.

⁴⁶¹ Artículo 21 de TFUE.

⁴⁶² TFUE, el artículo 45 apartado 4. (antigua artículo 39.4 de TCE).

a) Entrada, salida y estancia en España

En cuanto a la exigencia de la entrada en territorio español, el artículo 4 establece: la entrada del ciudadano de la Unión se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular⁴⁶³. En el caso de tratarse de un menor de edad y viajar con el Documento Nacional de Identidad, éste deberá ir acompañado de un permiso paterno. En los supuestos en los que un ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el acuerdo sobre el EEE, o un miembro de su familia, no dispongan de los documentos de viaje necesarios para la entrada en territorio español, o, en su caso, del visado, las autoridades responsables del control fronterizo darán a estas personas, antes de proceder a su retorno, las máximas facilidades para que puedan obtener o recibir en un plazo razonable los documentos necesarios, o para que se pueda confirmar o probar por otros medios que son beneficiarios del ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, siempre que la ausencia del documento de viaje sea el único motivo que impida la entrada en territorio español. En caso de que los miembros de la familia no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo efectuarán su entrada con un pasaporte válido y en vigor, necesitando, además, el correspondiente visado de entrada cuando así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001⁴⁶⁴, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de tener visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. La expedición de dichos visados será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él. Mediante el Real Decreto 1161/2009⁴⁶⁵, de 10 de julio, el apartado 2 de artículo 4 de RD 240/2007 queda redactado como sigue: la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión,

⁴⁶³ ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso., “*El Real Decreto 240/2007, del 16 de.....*”, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

⁴⁶⁴ REGLAMENTO (CE) No 539/2001 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Publicado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DO L 81 de 21.3.2001, p. 1)*.

⁴⁶⁵ Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, Publicado en «*BOE*» núm. 177, de 23 de julio de 2009, (Referencia: BOE-A-2009-12207), por lo que se procede a la modificación del artículo 4.2 del Real Decreto 240/2007 a los efectos de que la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo exima a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada.

válida y en vigor, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte⁴⁶⁶.

La novedad que se introduce, es la exclusión de los familiares de los ciudadanos europeos de la obligación de la obtención de visado de entrada. La necesidad de proceder a la modificación de dicho artículo se derivaba de lo establecido en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/38/CE, y en el apartado 2 de artículo 4 de RD 240/2007, por lo que en relación con los ciudadanos de la UE nacionales de un Estado miembro en cuyo territorio no se aplica el Convenio de Schengen, ya que a sus familiares nacionales de terceros países no se les permite la entrada en España por las autoridades responsables del control de fronteras sin la obtención previa de un visado de entrada, a pesar de ser titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión⁴⁶⁷. En el caso de cualquier resolución denegatoria de una solicitud de visado o de entrada, instada por una persona incluida en el ámbito de aplicación del propio RD 240/2007, deberá ser motivada e indicará las razones en que se base, bien por no acreditar debidamente los requisitos exigidos a tal efecto por el RD, o bien por motivos de orden público, seguridad o salud públicas. Las razones serán puestas en conocimiento del interesado salvo que ello sea contrario a la seguridad del Estado.

En lo relativo al derecho de salida del territorio español, el RD 240/2007, en su artículo 5, establece que los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y los miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a salir de España para trasladarse a otro Estado miembro, ello con independencia de la presentación del pasaporte o documento de identidad en vigor a los funcionarios del control fronterizo si la salida se efectúa por un puesto habilitado, para su obligada comprobación, y de los supuestos

⁴⁶⁶MARÍN CONSARNAU, Diana. *La Reagrupación Familiar en el Régimen comunitario.....,op, cit.*, pp. 72 a 77.

⁴⁶⁷ *Vid.* RD 1161/2009, exposición de motivos.

legales de prohibición de salida por razones de seguridad nacional o de salud pública, o previstos en el Código Penal⁴⁶⁸.

En este sentido, podemos concluir que el ciudadano de la Unión podrá acceder a nuestro país simplemente acreditando su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste su identidad y podrá abandonarlo únicamente exhibiendo la documentación requerida para efectuar la entrada. Por su parte, la libertad de residencia le permite encontrarse en territorio español en una situación, de estancia o de residencia, que puede ser de carácter temporal o de larga duración, en este último caso, es necesario y debe obtener una autorización de residencia de larga duración⁴⁶⁹. Sin límites respecto a la cantidad de ciudadanos de la Unión que pueden acceder al territorio nacional ni tampoco en relación a la tramitación y resolución de las solicitudes de residencia que éstos cursen. Sin olvidarse el hecho de que el ejercicio del derecho, aparece sujeto a las limitaciones previstas, tanto en el TFUE⁴⁷⁰ como en las disposiciones adoptadas en RD 240/2007 para su aplicación⁴⁷¹. En este sentido como reiteradamente ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión no son absolutos⁴⁷². El ordenamiento de la Unión reconoce el derecho de restringir la libertad de circulación y residencia del ciudadano europeo por razones de orden público, seguridad pública y salud pública⁴⁷³.

⁴⁶⁸ ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso., “*El Real Decreto 240/2007, del 16 de.....*”, *op. cit.*, pág. 93.

⁴⁶⁹ GOIZUETA VÉRTIZ, Juana., “*El Real Decreto 240/2007: en particular, el elemento de la transnacionalidad y los nacionales.....*”, *op. cit.*, pág. 197.

⁴⁷⁰ *Vid.* Artículo 45 de TFUE.

⁴⁷¹ *Vid.* Capítulo VI, artículo 15 de RD 240/2007, medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

⁴⁷² STJUE, asunto C-333/13, de 11 de noviembre de 2014, EU: C: 2014:2358, apartado 60 “Artículo 20 TFUE, apartado 2, párrafo segundo, puntualiza expresamente que los derechos que este artículo confiere a los ciudadanos de la Unión se ejercerán «en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos». Además, el artículo 21 TFUE, apartado 1, supedita también el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros a las «limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. STJUE, caso Brey, C-140/12, EU: C: 2013:565.

⁴⁷³ Entre otros, STJUE de 22 de mayo de 2012, En el asunto C-348/09. Libre circulación de personas. Expulsión de ciudadano italiano de Alemania. Condena por agresión sexual a menor de edad y orden de expulsión concurrente. Apartado 20, “El concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública»: Amenaza actual, real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Pueden justificar una medida de expulsión”. O STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09 Tsakouridis (Rec. p. I-11979), en el apartado 56 subraya que “el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada puede estar comprendida en el concepto de «motivos imperiosos

b) Estancia de corta duración (inferior a tres meses)

En el caso de estancia de corta duración (inferiores a tres meses), el artículo 6 del RD establece lo siguiente: “si la permanencia en España de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cualquiera que sea su finalidad, tenga una duración inferior a tres meses, será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud del cual se haya efectuado la entrada en territorio español, no computándose dicha permanencia a los efectos derivados de la situación de residencia. Lo dispuesto antes también será de aplicación para los familiares de los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE, que no sean nacionales de uno de los Estados de la UE, y acompañen al ciudadano europeo, o que se reúnen con él y que estén en posesión de un pasaporte válido y en vigor, y que hayan cumplido los requisitos de entrada establecidos en el artículo 4 del RD 240/2007”.

De esta regulación se entiende que los ciudadanos de un estado miembro de la UE o parte de acuerdo sobre el EEE, solo con presentar un pasaporte o documento de identidad en vigor pueden entrar en España por una estancia que no supera 3 meses, sin tener la obligación de hacer trámite administrativo alguno. Sin embargo en caso de sus familiares nacionales de tercer país (que le acompañen o se reúnen con el ciudadano europeo), junto a tener un pasaporte valido y en vigor, debe cumplir los requisitos establecido en el artículo 4 de RD (visado, tarjeta de residencia)⁴⁷⁴.

c) Estancia de larga duración (superior a tres meses), artículo 7 RD, con arreglo a la disposición final quinta del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril

Los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE, que vayan a residir en España por un período superior a tres meses están

de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión de un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores”.

⁴⁷⁴ MARÍN CONSARNAU, Diana., “La Reagrupación Familiar en el Régimen comunitario.....”, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

obligados a solicitar su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. El artículo 7 del RD 240/2007 establece:

“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.
- b) Disponer para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social, así como un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, durante su período de residencia en España.
- c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con el fin de cursar estudios, incluso 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. Respecto a los miembros de su familia, únicamente el cónyuge, la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal, pareja de hecho⁴⁷⁵ y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia⁴⁷⁶.
- 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) del artículo 7.1. de RD. El derecho de residencia 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

⁴⁷⁵ Con la modificación de RD 2007 mediante el Real Decreto 987/2015, se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este Real Decreto a favor de la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada.

⁴⁷⁶ Artículo 7. 4 del RD 2007. “No obstante lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 y en el apartado 2, del artículo 7, únicamente el cónyuge o persona a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que cumple los requisitos de la letra c) del apartado 1 de art 7”.

de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE o se reúnan con él en el Estado español, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en RD⁴⁷⁷.

Existen motivos ajenos a la voluntad del trabajador que garantiza a este mantener la condición de trabajador aunque ya no ejerza ninguna actividad ni por cuenta ajena, ni propia, regulados en el apartado 3 del artículo 7 de RD 2007. A los efectos de dicha regulación, el ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:

- a) Si sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente.
- b) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo.
- c) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses.
- d) Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo⁴⁷⁸.

i. Tramites de la Presentación, inscripción y documentación acreditativa

Por lo que respecta a los trámites y la forma de presentación de los documentos acreditativos, el Real Decreto impone que los nacionales de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE, estarán obligados a solicitar

⁴⁷⁷ Artículo 7, apartado 3 del Real Decreto 2007 El derecho de residencia superior a 3 meses ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o de otro Estado parte en el acuerdo EEE 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 de dicho artículo.

⁴⁷⁸ RD 240/2007, art 7 apartado 3, letras a, b, c y d.

personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros⁴⁷⁹. En caso de que la solicitud de inscripción no reúna los requisitos necesarios para su tramitación, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución motivada, que no agota la vía administrativa, y que podrá ser objeto de recurso de alzada⁴⁸⁰. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España. El certificado se expedirá de forma inmediata, previa constatación de los requisitos correspondientes. En dicho certificado constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro⁴⁸¹.

En relación a los documentos acreditativos: todas las solicitudes de inscripción deberán ir acompañadas del pasaporte o documento nacional de identidad, válido y en vigor del solicitante. Si estos documentos estuvieran caducados, deberá aportarse copia de éstos y de la solicitud de renovación⁴⁸². Además se requerirá la siguiente documentación, en función de los supuestos en los que se encuentre el solicitante:

a) Los trabajadores por cuenta ajena deberán aportar una declaración de contratación del empleador o un certificado de empleo. Estos documentos deberán incluir, al menos, los datos relativos al nombre y dirección de la empresa, identificación fiscal y código cuenta

⁴⁷⁹ RD 240/ 2007, art 7 apartado 5, “Los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo estarán obligados a solicitar personalmente ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro”.

⁴⁸⁰ Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 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. Publicado en: «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2012. Donde en su artículo 1 indica que “los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza tienen derecho de residencia en España por un periodo superior a tres meses si cumplen las condiciones previstas en el artículo 7 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”.

⁴⁸¹ Vid Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, artículo 2 apartado 4.

⁴⁸² RD 240/2007, art 7, apartado 6.

de cotización. En todo caso, se admitirá la presentación del contrato de trabajo registrado en el correspondiente Servicio Público de Empleo o documento de alta, o situación asimilada al alta, en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, si bien no será necesaria la aportación de esta documentación si el interesado consiente la comprobación de dichos datos en los ficheros de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

b) Los trabajadores por cuenta propia aportarán una prueba de que trabajan por cuenta propia. En todo caso, se admitirá la inscripción en el Censo de Actividades Económicas o la justificación de su establecimiento mediante la inscripción en el Registro Mercantil o el documento de alta o situación asimilada al alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, si bien no será necesaria la aportación de esta documentación si el interesado consiente la comprobación de dichos datos en los ficheros de la Tesorería General de la Seguridad Social o de la Agencia Tributaria⁴⁸³.

c) Las personas que no ejerzan una actividad laboral en España deberán aportar documentación acreditativa del cumplimiento de las dos siguientes condiciones:

-Seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud.

Se entenderá, en todo caso, que los pensionistas cumplen con esta condición si acreditan, mediante la certificación correspondiente, que tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado por el que perciben su pensión⁴⁸⁴.

-Disposición de recursos suficientes, para sí y para los miembros de su familia, para no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su periodo de residencia. La acreditación de la posesión de recursos suficientes, sea por ingresos periódicos, incluyendo rentas de trabajo o de otro tipo, o por la tenencia de un patrimonio, se efectuará por cualquier medio de prueba admitido en derecho, tales como títulos de propiedad, cheques certificados, documentación justificativa de obtención de rentas de capital o tarjetas de crédito, aportando en este último supuesto una certificación bancaria actualizada que acredite la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta.

⁴⁸³ Vid Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, artículo 3, documentación acreditativa.

⁴⁸⁴ Vid Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, artículo 3, apartado 2º, letra c 1ª.

La valoración de la suficiencia de medios deberá efectuarse de manera individualizada, y en todo caso, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del solicitante. Se considerará acreditación suficiente para el cumplimiento de este requisito la tenencia de recursos que sean superiores al importe que cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del interesado⁴⁸⁵.

d) Respecto a los estudiantes, incluidos los que cursen enseñanzas de formación profesional, deberán presentar documentación acreditativa del cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Matrícula en un centro, público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente.

- Seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país siempre que proporcione una cobertura completa en España. No obstante, se estimará cumplida esta condición si el estudiante cuenta con una tarjeta sanitaria europea con un período de validez que cubra todo el periodo de residencia y que le habilite para recibir, exclusivamente, las prestaciones sanitarias que sean necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista. La participación en programas de la Unión Europea que favorecen intercambios educativos para estudiantes y profesores se considerará acreditación suficiente para el cumplimiento de estos requisitos⁴⁸⁶.

ii. Aplicación del derecho de residencia superior a tres meses a los miembros de la familia

El artículo 8 de RD 240/2007 regula el derecho de residencia superior a tres meses a los miembros de familia y establece lo siguiente:

⁴⁸⁵ Vid Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, artículo 3, apartado 2º, letra c 2ª.

⁴⁸⁶ Vid Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, artículo 3, apartado 2, letra d.

1. Esta normativa se aplicará igualmente a los miembros de la familia, recogidos en el artículo 2 y 2 bis⁴⁸⁷ del RD 240/2007, de 16 de febrero, nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza, que se reúnan o acompañen a un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza. Esto es los familiares que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados (estados miembros), podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión”⁴⁸⁸.

2. En el supuesto de estudiantes, nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza, el derecho de residencia superior a tres meses únicamente se aplicará, independientemente de su nacionalidad, a su cónyuge o pareja de hecho inscrita en un registro público en los términos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, y a los hijos a cargo, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la letra c) del apartado 1 del artículo 7 del RD⁴⁸⁹.

3. En los demás supuestos, el derecho de residencia se ampliará también al cónyuge o pareja de hecho inscrita en un registro público, a sus descendientes directos y a los de su cónyuge o pareja registrada, menores de 21 años o incapaces o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, así como a los ascendientes directos y a los del cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, cuando éstos no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, y acompañen al ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza, o se reúnan con él en el Estado español, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en las letras a), b) o c) del apartado 2 del artículo 3 del orden PRE/1490/2012 de 9 de julio.

⁴⁸⁷En virtud de la modificación de RD 240/2007 mediante el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre.

⁴⁸⁸ Artículo 8 apartado 1 del RD 240/2007.

⁴⁸⁹ Vid Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, artículo 4 apartado 2.

4. Los familiares nacionales de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE y de Suiza, deberán solicitar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros de acuerdo con lo contemplado en el orden PRE/1490/2012.

Los familiares que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza, deberán solicitar la expedición de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 240/2007. Según establece dicho artículo, el interesado, junto con el impreso oficial de solicitud de la tarjeta de residencia, debe presentar, su pasaporte válido y en vigor y en el supuesto de que el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación. La documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada que otorga derecho a la tarjeta. El certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse. Y presentar la documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el artículo 2 del RD 249/2007, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar⁴⁹⁰.

iii. Tramitación y resolución de solicitud de tarjeta de residencia superior a tres meses de familiar de ciudadano de la UE y EEE

El artículo 8 de RD establece que, los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el AEEE, especificados en los artículos 2 y 2 bis del RD 240/2007, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión⁴⁹¹”. Dicha solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de

⁴⁹⁰ Apartado 3 del artículo 8 del RD 240/2007.

⁴⁹¹ Artículo 4.4 del Orden PRE/1490/2012 de 9 de julio, y el artículo 8, apartado 1 del RD 240/2007.

entrada en España, ante la oficina de extranjería de la provincia donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente. En todo caso, se entregará de forma inmediata un resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud de la tarjeta, que será suficiente para acreditar su situación de estancia legal hasta la entrega de la tarjeta. La tenencia del resguardo no podrá constituir condición previa para el ejercicio de otros derechos o la realización de trámites administrativos, siempre que el beneficiario de los derechos pueda acreditar su situación por cualquier otro medio de prueba⁴⁹².

Junto con el impreso de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cumplimentado en el modelo oficial establecido al efecto, deberá presentarse la documentación siguiente:

- a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante. En el caso de que el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.
- b) Documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio, unión registrada o pareja de hecho que otorga derecho a la tarjeta.
- c) Certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo sobre elEEE, al que acompañan o que van a reunirse con él.
- d) Documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el artículo 2 del RD 240/2007, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo del ciudadano y es familiar de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

La expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud, y en caso de que la resolución sea favorable tendrá efectos retroactivos, desde la fecha acreditada de entrada en España⁴⁹³. Esta tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de

⁴⁹² Apartado 2 del artículo 8 del RD 240/2007.

⁴⁹³ Artículo 8 apartado 4 del RD 240/2007, “La expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la

la Unión tendrá una validez de cinco años a partir de la fecha de su expedición, o por el período previsto de residencia del ciudadano de la UE o de un Estado parte en el acuerdo de EEE, si dicho periodo fuera inferior a cinco años⁴⁹⁴.

Respecto a la modificación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, realizada por el Real Decreto-ley 16/2012⁴⁹⁵, esta modificación se explica a partir del artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE del 29 de abril de 2004, donde se regulan las condiciones obligatorias a cumplir por los ciudadanos de la Unión que desean residir en otro Estado miembro, distinto del que es originario, por un periodo superior a tres meses. El Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, no había transpuesto el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE en sus términos literales⁴⁹⁶, lo que creo un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos. El Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto que el Sistema Nacional de Salud está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de Seguridad Social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios⁴⁹⁷. Se impone, pues, una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y socio sanitario, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el

solicitud. La resolución favorable tendrá efectos retroactivos, entendiéndose vigente la situación de residencia desde la fecha acreditada de entrada en España siendo familiar de ciudadano de la Unión”.

⁴⁹⁴ Apartado 5 del artículo 8 del RD 240/2007.

⁴⁹⁵ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, Texto II “Todos los países de la Unión Europea están analizando y adoptando medidas que permiten optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos y, en especial, el gasto farmacéutico y su peso en el gasto sanitario. La implantación de medidas en este ámbito es muy intensa, en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica, Asimismo, y a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

⁴⁹⁶ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, “Sin embargo, el 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 no ha transpuesto el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en sus términos literales. Esta circunstancia ha supuesto, y seguirá suponiendo si no se modifica, un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos”.

⁴⁹⁷ *Vid.* el texto de Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril.

esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país. Y es, precisamente, esta materia, entre otros la que se encuentra regulada con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, con lo que se modifica el artículo 7 de RD 240/2007 mediante la Disposición final quinta de dicho Real Decreto ley⁴⁹⁸. La creación de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

En esta línea, debemos señalar algunos de las disposiciones recogidos en el Reglamento 883/2004/CE⁴⁹⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y la Directiva 2011/24/UE⁵⁰⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

El Reglamento 883/2004/CE establece unas normas comunes para proteger los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los Estados parte en el acuerdo sobre del EEE a prestaciones de Seguridad Social cuando se circula dentro de la UE. Este Reglamento no sustituye los sistemas nacionales por un sistema único europeo, y reconoce que los países de la UE deciden sobre aspectos como los beneficiarios de los sistemas de Seguridad Social, los niveles de prestaciones y los requisitos para su concesión. Todos los nacionales de la EU (y sus familiares) que estén cubiertos por la legislación sobre la Seguridad Social de un país de la UE pueden beneficiarse de estas normas de coordinación. Se aplican a empleados por cuenta ajena y propia, funcionarios, estudiantes y pensionistas, pero también a personas desempleadas. Según el considerando 7 de dicho Reglamento “habida cuenta de las importantes diferencias existentes entre la legislación nacional por lo que respecta a las personas a las que se aplica, es preferible sentar el principio de que el

⁴⁹⁸ Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, “precisamente, esta materia la que se encuentra regulada en el Capítulo I de este Real Decreto-ley, donde se regula la condición de asegurado, en su Disposición final tercera, por la que se modifica el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, precepto que no tiene naturaleza orgánica según establece la disposición final cuarta de dicha ley, así como en su Disposición final quinta en la que se modifica el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero”.

⁴⁹⁹ Reglamento (CE) No 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Publicado en «DOUE» serie L166 de 30/04/2004. El Reglamento no entró en vigor (de acuerdo con su artículo 91) hasta el 1 de mayo de 2010, fecha en que entró en vigor el acto que establece las normas de su aplicación (Reglamento (CE) no 987/2009).

⁵⁰⁰ Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Publicado en «DOUE», serie L 88/45 de 4.4.2011

presente Reglamento se aplicará a los nacionales de un Estado miembro, a los apátridas y refugiados residentes en el territorio de un Estado miembro que estén o hayan estado sujetos a la legislación sobre Seguridad Social de uno o más Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”, asimismo estas normas se aplican también a nacionales de terceros países y a los miembros de su familia que residan legalmente en la UE.

La Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza en su considerando 37 señala que “Los Estados miembros pueden mantener las condiciones, los criterios de admisibilidad y las formalidades reglamentarias y administrativas de carácter general que se refieren a la recepción de la asistencia sanitaria y al reembolso de los costes de la misma, siempre que dichas condiciones sean necesarias y proporcionadas con respecto al fin perseguido y no sean discrecionales ni discriminatorias”. La Directiva 2011/24/UE en su artículo 3 define a asegurado como: “las personas, incluidos los familiares y sus supérstites, contempladas en el artículo 2 del Reglamento (CE) no 883/2004, que sean aseguradas en la acepción del artículo 1, letra c) de dicho Reglamento, y los nacionales de un tercer país que estén contemplados en el Reglamento 1231/2010/UE⁵⁰¹, o que reúnan las condiciones de la legislación del Estado miembro de afiliación para tener derecho a las prestaciones. Además la Directiva 2011/24/UE señala que “la presente Directiva no da derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en dicho Estado miembro. En caso de que la estancia de una persona en territorio de un Estado miembro no sea conforme a la legislación de dicho Estado miembro relativa al derecho de entrada o de estancia en su territorio, dicha persona no será considerada asegurado según la definición de la presente Directiva. Debe seguir correspondiendo a los Estados miembros determinar en su legislación nacional la definición de persona que se considera asegurada a efectos de su régimen sanitario público

⁵⁰¹ Reglamento 1231/2010/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 y el Reglamento (CE) n° 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos. Publicado en: «DOUE» núm. 344, de 29 de diciembre de 2010, páginas 1 a 3 (3 págs.). Referencia: DOUE-L-2010-82424. Artículo 1 del Reglamento establece: “El Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro”.

y legislación en materia de Seguridad Social mientras se salvaguarden los derechos de los pacientes establecidos en la presente Directiva”.

iiii. Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia

Respecto al mantenimiento del derecho de residencia, los artículos 12 y 13 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril, como he señalado en un epígrafe anterior, especifican que el fallecimiento del ciudadano de la Unión o su partida del territorio del Estado miembro de acogida no afectarán al derecho de residencia de los miembros de su familia nacionales de un Estado miembro. En caso de que los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, estos se verán afectados y perderán el derecho de residencia a no ser que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de familia de ciudadano europeo durante al menos un año antes del fallecimiento del ciudadano de la Unión. En los supuestos de partida debe entenderse que sí pierden el derecho de residencia. Pero, ambos casos, fallecimiento y partida, están sometidos a excepciones que a continuación dedicaremos a estudiar las⁵⁰². Por otra parte, el divorcio, la anulación del matrimonio o el fin de la unión registrada, no afectarán al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE. En caso de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, estas circunstancias no supondrán la pérdida del derecho de residencia mientras cumplan las condiciones previstas para ello en la Directiva⁵⁰³. La vigencia de la tarjeta de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano europeo que no tengan la nacionalidad de un estado miembro de la unión y que mantienen el vínculo familiar con el reagrupante (ciudadano europeo), razón por la cual se les aplica el régimen europeo, esta condicionada a la vigencia de la tarjeta de residencia del familiar con el que se ha reagrupado. Aunque esta regla general afecta a todos los familiares del ciudadano de la

⁵⁰² MARÍN CONSARNAU, Diana., *La Reagrupación Familiar en el Régimen comunitario.....op, cit.*, pp.88-90.

⁵⁰³ El artículo 14 de la Directiva 2004/38/CE, Los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 12 y 13 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas.

UE, ya sean a su vez ciudadanos europeos o nacionales de terceros países, pero las consecuencias en caso de una ruptura del vínculo familiar van a ser, en principio, diferentes en uno y otro caso. Para los familiares europeos tal ruptura puede afectar a la duración de su tarjeta de residente, pero no impide que puedan ejercer ellos mismos, si cumplen los requisitos, su derecho originario a la libre circulación; sin embargo, para los familiares nacionales de terceros Estados la quiebra del vínculo familiar implica su sometimiento a la legislación general de extranjería, aunque existen supuestos en los que el miembro de la familia, nacional de tercer país, podrá obtener un derecho de residencia independiente⁵⁰⁴. Ahora bien, la transposición de la normativa de mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión se encuentra recogida en los artículos 9 y 9 bis⁵⁰⁵ de Real Decreto 240/2007, que regulan las condiciones en que los miembros de familias de los ciudadanos de un estado miembro de la UE y de otro Estado parte en el acuerdo sobre EEE, puedan conservar su derecho de residencia a título personal, y para ello, deben cumplir los requisitos marcado en dichos artículos⁵⁰⁶.

El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, su salida de España, o la nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o cancelación de la inscripción como pareja registrada, no afectarán al derecho de residencia de los miembros de su familia ciudadanos de uno de los Estados de la UE y otro Estado parte en el acuerdo sobre EEE (art. 9.1 RD).

En el caso de los miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de los estados de la UE o Estado parte en el acuerdo sobre el EEE, tampoco afectará a su derecho de

⁵⁰⁴ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op.cit.*, pp. 293 a 295.

⁵⁰⁵ Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Donde en su texto subraya que “Por otro lado, se procede a modificar el 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, a fin de incluir en el mismo un nuevo artículo 9 bis en aras de regular la comprobación del mantenimiento de las condiciones que permiten gozar a dichos ciudadanos del derecho de residencia, en línea con lo señalado por el artículo 14 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004”. Publicado en: «BOE» núm. 186, de 4 de agosto de 2012.

⁵⁰⁶ Artículo 9 y 9 bis del RD 240/2007. El apartado 4 de artículo 9 se modificó mediante el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, y con el mismo se añadió apartado 5 que subraya “Cuando las Autoridades competentes consideren que existen dudas razonables en cuanto al cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 8 y 9, podrán llevar a cabo comprobaciones al objeto de verificar si se cumplen las mismas. Dichas comprobaciones no tendrán en ningún caso carácter sistemático”.

residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho, pero los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes. En este punto la Directiva impone un margen de tiempo “durante al menos un año antes del fallecimiento” como requisito, para mantenimiento del derecho que el Real Decreto no contempla, lo que es beneficioso para el familiar del fallecido. (art. 9.2 RD).

La salida de España o el fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el acuerdo sobre EEE no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga atribuida la custodia efectiva de éstos, con independencia de su nacionalidad, siempre que dichos hijos residan en España y se encuentren matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, ello hasta la finalización de éstos. (art. 9.3 RD).

En el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el acuerdo sobre EEE, con un nacional de un Estado que no lo sea, éste último tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes y para conservar el derecho de residencia, deberá acreditar uno de los supuestos marcados en el artículo 4 letras a, b, c y d del RD 240/2007. Una duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio, etc. de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España⁵⁰⁷. Otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario, al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de la Unión⁵⁰⁸.

El artículo 9 apartado 4.c revela la existencia de circunstancias especialmente difíciles como ser víctima de violencia de género durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, y con

⁵⁰⁷ Artículo 9 apartado 4.a, de RD 240/2007, “Duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España”.

⁵⁰⁸ *Vid.* RD 240/2007, art 9 apartado 4.b.

carácter definitivo en la resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas. O haber sido sometido a trata de seres humanos por su cónyuge o pareja durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, que en este caso se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial donde el cónyuge o pareja tenga la condición de investigado y su familiar como posible víctima, y con carácter definitivo, la resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas⁵⁰⁹.

En el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el acuerdo sobre EEE, con un nacional de un Estado que no lo sea, este último conservará el derecho de residencia, si existe una resolución judicial o acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita, al hijo menor del ex cónyuge o ex pareja registrada, cuando dicho menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente⁵¹⁰.

Los titulares del derecho de residencia de los miembros de la familia que no cumplen con lo exigido en el artículo 9 de RD 240/2007 y cesan en la aplicación del régimen de ciudadano de la Unión, deberán solicitar la modificación de la autorización. Los ascendientes y descendientes del ex cónyuge o la ex pareja del ciudadano de la Unión y el ex cónyuge o ex pareja que no pueden mantener a título personal el derecho de residencia en el régimen de ciudadano de la Unión, por no poder acreditar los puntos exigidos en el artículo 9 de RD 240/2007, podrán solicitar una autorización de residencia no lucrativa o de residencia y trabajo por cuenta ajena, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la documentación de la que fuera titular, provisto en el artículo 200 de Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000⁵¹¹ de extranjería. Hay que señalar que a pesar de la inclusión en el artículo 2 bis RD 240/2007 de la pareja no registrada (pareja de hecho), no se ha incorporado en el artículo 9 de RD ninguna referencia específica a los supuestos de

⁵⁰⁹ *Vid.* RD 240/2007, art 9 apartado 4.c.

⁵¹⁰ *Vid.* RD 240/2007, art 9 apartado 4.d.

⁵¹¹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, artículo 200, apartado 3. “Los extranjeros titulares de un certificado de registro como ciudadano comunitario o de una Tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión, cuando hayan cesado en tal condición, podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, a excepción del visado, una autorización de residencia no lucrativa o de residencia y trabajo por cuenta ajena, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la documentación de la que fuera titular”.

residencia independiente de la pareja de hecho en caso de ruptura de la pareja conviviente. No obstante, cabría entender aplicables, por analogía, los supuestos anteriores, dado que el artículo 2 bis de RD 240/2007 ha incluido a la pareja conviviente como beneficiaria del régimen europeo establecido en dicha normativa⁵¹².

En línea con lo señalado por el artículo 14 de la Directiva 2004/38/CE, mediante la Disposición final segunda del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto⁵¹³, se introduce un nuevo artículo 9 bis en el Real Decreto 240/2007, bajo nombre de “mantenimiento del derecho de residencia”. Dicho artículo en su apartado 1 señala que “los ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo de EEE y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 8 y 9 de RD 240/2007, mientras cumplan las condiciones en ellos previstas. En casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de algún Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo de EEE o de los miembros de su familia, de las condiciones establecidas en los artículos 7, 8 y 9, los órganos competentes podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones. Dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente”⁵¹⁴.

Según señala en su apartado 2, el recurso a la asistencia social en España de un ciudadano de algún Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo de EEE o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión. No obstante, y sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo VI del Real Decreto 240/2007, en ningún caso podrá adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de los Estados miembros de la UE o de otros Estados parte en el acuerdo de EEE o miembros de su familia si son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, o han entrado en territorio español para buscar trabajo, mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y tienen posibilidades reales de ser contratados⁵¹⁵.

⁵¹² ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op. cit.*, p. 295.

⁵¹³ Disposición final segunda. Modificación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los EEMM de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el EEE, por lo que se introduce un nuevo artículo 9 bis, bajo título de “Mantenimiento del derecho de residencia”.

⁵¹⁴ *Vid.* artículo 9 bis de RD 240/2007.

⁵¹⁵ *Vid.* artículo 9 bis, apartado 3 del RD 240/2007.

d) Adquisición de residencia permanente

El derecho a residir con carácter permanente requiere cumplir unas condiciones previas, previstas en el artículo 10 de RD 240/2007.

De acuerdo con el apartado 1 de artículo 10 de RD 240/2007, son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte de acuerdo en el EEE, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del RD 240/2007⁵¹⁶. En este caso, a petición del interesado, la Oficina de Extranjeros de la provincia donde éste tenga su residencia o, en su defecto, la Comisaría de Policía correspondiente, tras comprobar el cumplimiento de la residencia legal de duración de 5 años, expedirá, con la mayor brevedad posible, un certificado del derecho a residir con carácter permanente. Ahora bien, se entiende por los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado Miembro de la UE:

- El cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o divorcio.
- La pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte del Espacio Económico Europeo, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado.
- Sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de la pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo o incapaces de valer se por sí mismo. Se entenderá que están a cargo aquellos familiares cuyo sostén económico lo proporciona el ciudadano de la UE y necesitan ayuda material para cubrir sus necesidades básicas.

⁵¹⁶ MARÍN CONSARNAU, Diana., *“La Reagrupación Familiar en el Régimen comunitario.....”*, op, cit., pp. 93-95. Así también ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso., *“El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia.....”*, op., cit., pp. 97 a 100.

– Sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja. Se entenderá que están a cargo aquellos familiares cuyo sostén económico lo proporciona el ciudadano de la UE y necesitan ayuda material para cubrir sus necesidades básicas.

El TJUE en relación al periodo mínimo de 5 años para la residencia permanente, apunta que los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión Europea, deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente⁵¹⁷.

Según se establece el apartado 2 del artículo 10 del RD 240/2007, tendrán derecho a la residencia permanente aquellas personas a las que antes de finalizar el período de residencia legal (duración de cinco años), concorra alguna de las siguientes circunstancias:

El trabajador por cuenta propia o ajena que en el momento en que cese su actividad, haya alcanzado la edad prevista en la legislación española para acceder a la jubilación con derecho a pensión, o el trabajador por cuenta ajena que deje de ocupar la actividad remunerada con motivo de una jubilación anticipada, cuando hayan ejercido su actividad en España durante, al menos, los últimos doce meses y hayan residido en España de forma continuada durante más de tres años⁵¹⁸. La condición de duración de residencia no se exigirá si el cónyuge o pareja registrada del trabajador es ciudadano español o ha perdido la nacionalidad española tras su matrimonio o inscripción como pareja registrada con el trabajador.

⁵¹⁷ STJUE, comunicado de prensa nº 141/11 Luxemburgo, 21 de diciembre de 2011. Caso C-424/10 Tomas Ziolkowski y C-425/10 Barbara Szeja y otros / Land Berlin. Donde señala que, Sólo los períodos de residencia que reúnen las condiciones enunciadas por el Derecho de la Unión, permiten adquirir el derecho de residencia permanente. El TJUE concluye que “los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38, deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartado 1, de ésta. Apartado 63, en los asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10. (del cálculo del periodo mínimo de cinco años).

⁵¹⁸ Artículo 10, apartado 2 a) de RD 240/2007, que es una transcripción casi literal del artículo 17, apartado 1 a), de la Directiva 2004/38/CE, con excepción de la última párrafo respecto al cónyuge o pareja español.

También tiene derecho a la residencia el trabajador por cuenta propia o ajena que haya cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de incapacidad permanente, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción. No será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultara de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español⁵¹⁹. La condición de duración de residencia no se exigirá si el cónyuge o pareja registrada del trabajador es ciudadano español o ha perdido su nacionalidad española tras su matrimonio o inscripción como pareja con el trabajador.

El trabajador por cuenta propia o ajena que, después de tres años consecutivos de actividad y de residencia continuadas en territorio español desempeñe su actividad, por cuenta propia o ajena, en otro Estado miembro y mantenga su residencia en España, regresando al territorio español diariamente o, al menos, una vez por semana mantendrá también el derecho de residencia. A los exclusivos efectos del derecho de residencia, los períodos de actividad ejercidos en otro Estado miembro de la Unión Europea se considerarán cumplidos en España. (art. 10. 2 c) de RD 240/2007).

Los miembros de la familia del trabajador por cuenta propia o ajena que residan con él en España tendrán, con independencia de su nacionalidad, derecho de residencia permanente cuando el propio trabajador haya adquirido para sí el derecho de residencia permanente por encontrarse incluido en alguno de los supuestos del apartado 2 de artículo 10 de RD, renovando o expidiendo, una tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión, cuando fuera necesario⁵²⁰.

A los efectos contemplados en el apartado 2 del artículo 10 de RD 240/2007, los períodos de desempleo involuntario, debidamente justificados por el servicio público de empleo competente, los períodos de suspensión de la actividad por razones ajenas a la voluntad del interesado, y las ausencias del puesto de trabajo o las bajas por enfermedad o accidente se considerarán como períodos de empleo⁵²¹.

⁵¹⁹ Artículo 10, apartado 2. b) de RD 240/2007, que es una transcripción literal del artículo 17, apartado 1 b), de la Directiva 2004/38/CE.

⁵²⁰ Apartado 3 del artículo 10 de RD240/2007, Una transposición literal del apartado 3 del artículo 17 de la Directiva 2004/38/CE.

⁵²¹ Apartado 4 del artículo 10 de RD 240/2007.

Si el titular del derecho a residir en territorio español hubiera fallecido en el curso de su vida activa, con anterioridad a la adquisición del derecho de residencia permanente en España, los miembros de su familia que hubieran residido con él en el territorio nacional tendrán derecho a la residencia permanente siempre y cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que el titular del derecho a residir en territorio español hubiera residido, de forma continuada en España, en la fecha del fallecimiento durante, al menos, dos años. b) que el fallecimiento se haya debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional. c) que el cónyuge superviviente fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia del matrimonio con el fallecido⁵²².

A los efectos del artículo 10 de RD 240/2007, la continuidad de la residencia se valorará de conformidad con lo previsto en dicho RD. En lo relativo a la pérdida del derecho de residencia permanente, según se establece en el apartado 7 del artículo 10 de RD 240/2007, se perdería el derecho de residencia permanente por ausencia del territorio español durante más de dos años consecutivos. Las interrupciones de residencia no superiores a dos años consecutivos, no afectarán a la vigencia de la tarjeta de residencia permanente.

En caso de que miembros de la familia no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, la Tarjeta de residencia permanente se expedirá de acuerdo con el artículo 11 de RD 240/2007 que recoge la regulación de la tarjeta de residencia permanente para miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE.

En virtud del apartado 1 del artículo 11 de RD 240/2007 relativo a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, las autoridades competentes expedirán a los miembros de la familia con derecho de residencia permanente que no sean nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, una tarjeta de residencia permanente, en el plazo de tres meses contados desde la fecha en que la correspondiente solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. La solicitud

⁵²² *Ibidem* apartado 5 del artículo 10 del RD 240/2007.

deberá presentarse en el modelo oficial establecido al efecto, durante el mes anterior a la caducidad de la tarjeta de residencia, pudiendo también presentarse dentro de los tres meses posteriores a dicha fecha de caducidad sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda, junto la documentación que acredite el supuesto derecho a residencia permanente y el pasaporte válido y en vigor del solicitante. Dicha tarjeta será renovable automáticamente cada diez años⁵²³.

e) Tramitación, expedición, renovación y vigencia de certificados de registro y tarjetas de residencia

En el capítulo V de RD 240/2007, las disposiciones comunes previstos en los artículos 12, 13 y 14, expone lo siguiente:

Las solicitudes de los certificados de registro y tarjetas de residencia previstos en el RD 240/2007 se presentarán personalmente en el modelo oficial establecido al efecto, se tramitarán con carácter preferente y se resolverán conforme a lo previsto en los artículos 7, 8 y 11 del mismo Real Decreto⁵²⁴.

Esta solicitud y tramitación del certificado de registro o de las tarjetas de residencia no supondrá obstáculo alguno a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades. Las autoridades competentes para tramitar y resolver las solicitudes mencionados, podrán, excepcionalmente, recabar información sobre posibles antecedentes penales del interesado a las autoridades del Estado de origen o a las de otros Estados. En virtud de lo previsto en el artículo 15 de RD, cuando existen motivos por razones de salud pública, las autoridades podrán exigir al interesado la aportación de certificado médico acreditativo de su estado de salud⁵²⁵.

En caso de que sea necesaria la renovación de la tarjeta de residencia antes de la adquisición del derecho a residir con carácter permanente, dicha renovación se tramitará conforme a lo dispuesto en el RD 240/2007. Y a los ascendientes y descendientes no se les

⁵²³ Artículo 11 de RD 240/2007, Tarjeta de residencia permanente para miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

⁵²⁴ Apartado 1 del artículo 12 del RD 240/2007.

⁵²⁵ Artículo 12, los apartados 3 y 4 del RD 240/2007.

exigirá la aportación de la documentación acreditativa de la existencia del vínculo familiar que da derecho a la expedición de la tarjeta⁵²⁶.

La expedición del certificado de registro o de la tarjeta de residencia se realizará de conformidad con los modelos que determinen las autoridades competentes y previo abono de la tasa correspondiente, de conformidad con la legislación vigente de tasas y precios públicos, cuya cuantía será la equivalente a la que se exige a los españoles para la obtención y renovación del documento nacional de identidad.

La vigencia de los certificados de registro y tarjetas de residencia contemplados en el RD 240/2007, y el reemplazo de éstos por un documento acreditativo de la residencia permanente, estará condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención. Al igual que deberán comunicar los posibles cambios de circunstancia relativa a su nacionalidad, estado civil o domicilio a la oficina de extranjería de la provincia donde residan o, en su defecto, a la Comisaría de Policía correspondiente⁵²⁷.

La ausencias superiores a seis meses en un año de familiar de ciudadano de la Unión del territorio español, afectara a la vigencia de la tarjeta de residencia y motivo de caducidad del mismo. Excepto que se acredite y sean debidas al cumplimiento de obligaciones militares o, que no se prolonguen más de doce meses consecutivos y sean debidas a motivos de gestación, parto, posparto, enfermedad grave, estudios, formación profesional, o traslados por razones de carácter profesional a otro Estado miembro o a un tercer país. Esta caducidad por ausencia, no será de aplicación a los titulares de tarjeta de familiar de ciudadano de la UE vinculados mediante una relación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, inscritas en el registro general correspondiente y reconocidas oficialmente de utilidad pública como cooperantes, y que realicen para aquéllas proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero. Tampoco será de aplicación a los titulares de

⁵²⁶ Artículo 13 del RD 240/2007.

⁵²⁷ Artículo 14, apartado 2 del RD 240/2007.

dicha tarjeta que permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la UE para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la propia Unión⁵²⁸.

Sin perjuicio de la obligación de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de los restantes Estados parte en el acuerdo sobre el EEE, así como de sus familiares de solicitar y obtener el certificado de registro o la tarjeta de residencia y sus correspondientes renovaciones, los mismos podrán acreditar ser beneficiarios del régimen comunitario previsto en el Real Decreto 240/2007, por cualquier medio de prueba admitido en derecho⁵²⁹.

f). Limitaciones del derecho de libre circulación

Como ya anteriormente hemos señalado, en el Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2004/38/CE de fecha 29 de abril relativo 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 regula estos límites al derecho en cuestión de acuerdo con limitaciones y condiciones previstas en el tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación⁵³⁰. La Directiva 2004/38/CE en los principios generales del art. 27, alude a estas razones, de orden público, seguridad pública o salud pública, y en su apartado 2 señala dos criterios a seguir para ser valoradas: “principio de proporcionalidad” y “conducta personal del interesado” y nunca alegadas con “fines económicos”⁵³¹. En el artículo 83 TFUE⁵³²,

⁵²⁸ Artículo 14, apartado 3 del RD 240/2007.

⁵²⁹ *Vid.* el apartado 4 del artículo 14 del RD 240/2007 que ha sido introducido mediante el Real Decreto 1710/2011, en virtud de reforzar la conexión de su interpretación con el contenido de la Directiva 2004/38/CE a través de los mismos, así como con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2010, por la que se anulan diversos apartados de artículos del Real Decreto 240/2007.

⁵³⁰ BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores., *La transposición en derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación....., op., cit., pp. 618-620.*; asimismo también VELASCO RETAMOSA, José Manuel., *“Libre circulación de personas en la unión europea....., op, cit., pp. 77-80.*

⁵³¹ *Ibidem*, la Directiva 2004/38/CE, último párrafo del apartado 1, del artículo 27 donde señala “Estas razones no podrán alegarse con fines económicos” y el 2 párrafo donde señala “Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado”.

⁵³² *Ibidem*, TFUE, Artículo 83. (antiguo artículo 31 TUE), apartado 1, “Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada”.

apartado 1 párrafo segundo, señala las infracciones penales, que constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población y que por consiguiente cabe incluir en el concepto de motivos imperiosos de seguridad pública que pueden justificar una medida de expulsión⁵³³”. El TJUE señala que los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público y de seguridad pública, no obstante tales exigencias, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en sentido estricto de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro⁵³⁴. El Tribunal, reiteradamente en sus sentencias reconoció explícitamente que los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión no constituyen prerrogativas absolutas⁵³⁵. De hecho, los Estados miembros pueden oponer límites a la libre circulación y residencia en su territorio, a los ciudadanos de la Unión de acuerdo con el principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado.

El Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el EEE, regula este derecho con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el artículo 15 de dicho RD⁵³⁶. El apartado 1 de art. 15 de RD menciona, medidas que, cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se

⁵³³ STJUE de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, apartado 33, “el artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38/CE debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del referido artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce”.

⁵³⁴ *Ibidem* el apartado 23 de la sentencia C-348/09.

⁵³⁵ BLÁZQUEZ PEINADO, M.^a D., *La Ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del TCE)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 141. Así también de la misma autor “Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año nº 2, Nº 3, 1998, pp. 261-280, en especial pág.268.

⁵³⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso., “*El nuevo régimen de entrada, libre.....*”, *op. cit.*, pp. 101 a 103.

podrán adoptar en relación a los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE, o los miembros de su familia⁵³⁷. Dichas medidas son las siguientes:

a) impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del RD 240/2007. b) denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el este Real Decreto⁵³⁸.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español⁵³⁹.

⁵³⁷ Artículo 15 del RD 240/2007, Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

⁵³⁸ STSJ 1324/2012, de 06 de julio de 2012 de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Recurso de Apelación núm. 320/2012). Procede la renovación de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la unión. En su apartado 35 señala que “Toda medida de expulsión está subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro. Antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen”. Y en mismo apartado 35 añade que, no es discutido que el recurrente fue condenado mediante sentencia de conformidad por un delito de robo con violencia por el Juzgado de lo Penal Nº 2 de León a la pena de un año de prisión. Ahora bien, la mera referencia contenida en el informe del titular del indicado juzgado a la gravedad de los hechos -cometidos el 3 de febrero de 2009 por robo mediante el procedimiento del "tiron" con ulterior huida, sobre el que en exclusiva se fundamenta la denegación de la tercera renovación, no colma, desde luego, las exigencias descritas para adoptar la medida denegatoria impugnada sobre amenaza real, actual y grave al orden público, denegación que, compartiéndose las consideraciones de instancia, debe ser revocada, desestimándose por tanto la apelación. Conclusión de que el solicitante haya sido condenado mediante sentencia de conformidad por un delito de robo con violencia no constituye un peligro grave y actual para el orden público, por lo tanto, se desestima el recurso de apelación formulado por la Administración General del Estado contra la sentencia que accedió a la renovación solicitada de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario, dejando sin efecto la denegación acordada por la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en León en aplicación del art. 15.1 del RD 240/2007, de 16 de febrero.

⁵³⁹ STSJ CL 4663/2013 de 14 de mayo de 2013, Sala de lo Contencioso, sección 3 de Valladolid. (Nº de Resolución: 1807/2013), (Nº de Recurso: 454/2013), la Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Salamanca de 12 de diciembre de 2011 por la que se acordaba la expulsión del recurrente del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo por un periodo de diez años. En su apartado 34, “Así las cosas, no es discutido que el recurrente fue condenado a una pena de seis meses de prisión por robo con fuerza y se halla cumpliendo condena de dos años de privación de libertad impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Málaga por robo en casa habitada, no acreditando medios de vida obtenidos legalmente, antecedentes todos ellos de los que resultan la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos. Esta conducta es totalmente incompatible con la paz ciudadana y el respeto a los demás miembros de la sociedad, pues una sucesión tan reiterada de detenciones, más allá del respeto a la presunción de inocencia de que es acreedor en cuanto a cada uno de los supuestos que originaron las mismas, no puede ser entendida como una conducta que respeta el orden público y la paz social y sí como constitutiva de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad en la que reside y a cuya hospitalidad no pueden estimarse que haya correspondido, y por otro parte "demostrativas de una conducta antisocial en España", dice la resolución recurrida-, tales como no acreditar medios de vida legales conocidos, ni la existencia de arraigo familiar, social o laboral alguno, debiendo insistirse en que no es la

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el EEE, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública⁵⁴⁰. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen. Situaciones, también previstos en el artículo 28 de la Directiva 2004/38, como protección contra expulsión⁵⁴¹.

Aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España podrán presentar una solicitud de levantamiento de la misma en un plazo razonable que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada. La solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada se realizará con alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España. En todo caso, dicha solicitud podrá ser presentada transcurridos tres años desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España. La Autoridad competente que resolvió dicha prohibición de entrada deberá resolver dicha solicitud en un plazo máximo de tres meses a partir de su presentación y mientras que dicho solicitud (de levantamiento de la prohibición de entrada en España), es examinada, el afectado no podrá entrar en España⁵⁴².

En caso de cualquier resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado, habrá afectación a la continuidad de la residencia que será interrumpida.

consideración aislada de cada una de tales circunstancias sino la apreciación global y conjunta de todas ellas lo que permite alcanzar la conclusión adoptada por la Administración, lo que conlleva la desestimación de la apelación.

⁵⁴⁰ *Vid.* Apartado 1 del artículo 15 de RD 240/2007.

⁵⁴¹ En relación con la expulsión de ciudadanos de la Unión del territorio de un Estado miembro, véanse MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José., “Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos en Francia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto, 2011, págs. 11-40.

⁵⁴² Apartado 2 del artículo 15 del RD 240/2007/CE que se modificó por el art. único.5 del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, que se añadió “en un plazo razonable que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada” y “En todo caso, dicha solicitud podrá ser presentada transcurridos tres años desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España”.

Si una resolución de expulsión va a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública, una disposición casi literal del apartado 2 del artículo 33 de la Directiva 2004/38/CE⁵⁴³.

La adopción de una de las medidas previstas en los apartados del 1 a 4 de artículo 15 de Real Decreto 240/2007, se tomará de acuerdo con los siguientes criterios: a) habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia. b) podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción. c) no podrá ser adoptada con fines económicos. d) cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal⁵⁴⁴ de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas⁵⁴⁵.

No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública⁵⁴⁶, en los siguientes casos: a) si hubiera

⁵⁴³ Artículo 33, apartado 2 de la Directiva 2004/38/CE “Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

⁵⁴⁴ STJUE asunto C-348/09. El tribunal señala que en virtud del referido artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38 y el artículo 83 TFUE, apartado 1, párrafo segundo “Toda medida de expulsión está subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro. Antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

⁵⁴⁵ Artículo 15 apartados 5 letras a). b). c). y d). del RD 240/2007.

⁵⁴⁶ *Vid.* STJUE de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09 antes citado.

residido en España durante los diez años anteriores, o: b) si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor⁵⁴⁷, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador⁵⁴⁸.

La caducidad del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado efectuara su entrada en España, o, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión. El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad⁵⁴⁹.

Respecto a limitaciones por motivo de salud público, las únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de alguna de las medidas del apartado 1 del artículo 15 del RD240//2007 serán las enfermedades con potencial epidémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente⁵⁵⁰. Las enfermedades que sobrevengan tras los tres primeros meses siguientes a la fecha de llegada del interesado, no podrán justificar la expulsión de territorio español. En los casos individuales en los que existan indicios graves que lo justifiquen, podrá someterse a la persona incluida en el ámbito de aplicación del RD 240/2007, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada a España, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padece ninguna de las enfermedades mencionadas en este apartado. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático⁵⁵¹.

En cuando a la resolución administrativa de expulsión de un titular de tarjeta o certificado de registro, requerirá con anterioridad a que se dicte, el informe previo de la Abogacía del Estado en la provincia, salvo en aquellos casos en que concurran razones de urgencia debidamente motivadas. Sin perjuicio de los recursos administrativos y judiciales

⁵⁴⁷ En especial consideración, lo que establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

⁵⁴⁸ Artículo 15 apartado 6 letras a). b). del RD 240/2007.

⁵⁴⁹ Apartado 7 del artículo 15 del RD 240/2007.

⁵⁵⁰ Apartado 9 del artículo 15 de RD 240/2007.

⁵⁵¹ Párrafos 1 y 2 del apartado 9 del artículo 15 del RD 240/007, que es una transposición idéntica del artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE.

legalmente procedentes, la resolución de la Autoridad competente que ordene la expulsión de personas solicitantes de tarjeta de residencia o certificado de registro será sometida, previa petición del interesado, a examen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado o de la Abogacía del Estado en la provincia. El interesado podrá presentar personalmente sus medios de defensa ante el órgano consultivo, a no ser que se opongan a ello motivos de seguridad del Estado. El dictamen de la Abogacía del Estado será sometido a la autoridad competente para que confirme o revoque la anterior resolución⁵⁵².

g). Garantías judiciales (recursos administrativos, recursos judiciales)

El artículo 17 de RD 240/2007, regula las garantías procesales. Y como ya hemos señalado antes, la expulsión de España de un ciudadano de la UE o su familiar sólo puede imponerse cuando concurren motivos o razones de orden público, seguridad pública o de salud pública. Cuando se tome una decisión de expulsión, contra un ciudadano de la UE o miembro de su familia, el interesado podrá interponer los recursos judiciales y, en su caso, administrativos o solicitar la revisión de la misma⁵⁵³. En cuanto al procedimiento que se sigue por parte de la Administración para poder sancionar, son los establecidos en el artículo 15 de RD 240/2007, que son disposiciones en relación a la expulsión de España de un ciudadano de UE o de su familiar. Las resoluciones de expulsión deberán ser notificada por escrito al interesado, establecer con precisión los motivos y bases jurídicas a las que se trata, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ellas, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se deben formalizar, así como, cuando proceda, del plazo concedido para abandonar el territorio español⁵⁵⁴. La resolución de expulsión deberá ser dictada por los Subdelegados del Gobierno o Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas⁵⁵⁵.

Las resoluciones de expulsión establecerán un plazo para abandonar el territorio español, que excepto en casos urgentes debidamente justificados, no podrá ser inferior a un mes a

⁵⁵² Artículo 16 del RD 240/2007, Informe de la Abogacía del Estado.

⁵⁵³ Derecho reconocido a los interesados en virtud del artículo 31 de la Directiva 2004/38/CE, y el artículo 17 del RD 240/2007.

⁵⁵⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José., “*Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado.....*”, *op. cit.*, pág. 23.

⁵⁵⁵ Apartado 2 del artículo 18 de RD 240/2007, modificado por el art. único.6 del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre.

partir de la fecha de notificación. La decisión adoptada sobre la duración del plazo no podrá suponer impedimento para el control de la resolución de expulsión en vía administrativa y/o judicial⁵⁵⁶.

Este plazo de abandonar el territorio español, sólo podrá ser excepcionado en los supuestos en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1-Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar, excepto: a) que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior. b) que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial. c) que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del Real Decreto 240/2007⁵⁵⁷.

2-Durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio⁵⁵⁸.

Respecto a las garantías procesales, el Tribunal Supremo en su sentencia⁵⁵⁹ de 1 de junio de 2010, subraya que “hemos de rechazar la impugnación que los recurrentes realizan en el relación con el artículo 17 del Real Decreto 240/2007, dedicado a las "Garantías procesales" y que, en síntesis, viene a coincidir con el contenido del artículo 31 de la Directiva 38/2004/CEE. Y señala que “Si bien se observa, son dos las garantías procesales que en el precepto del artículo 17 de RD se contiene:

En el apartado 1 se regula el derecho a la tutela judicial cautelar efectiva durante la tramitación de los recursos administrativos o jurisdiccionales formulados contra la orden

⁵⁵⁶ *Vid.* párrafo 2 del apartado 2 del artículo 18 de RD 240/2007.

⁵⁵⁷ Apartado 1 del artículo 17 del RD 240/2007.

⁵⁵⁸ Apartado 2 del artículo 17 del RD 240/2007.

⁵⁵⁹ STS 4259/2010 de uno de Junio de 2010. sala de lo Contencioso, sección 5 (Nº de Recurso: 114/2007). Recurso Contencioso-administrativo contra el Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero.

de expulsión⁵⁶⁰; y en concreto se dispone que la misma no podrá ejecutarse la expulsión "en sí hasta el momento en el que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar". Esto es, se establece la garantía de la necesidad de la resolución expresa administrativa o jurisdiccional sobre la medida cautelar de suspensión de la expulsión antes de su ejecución o materialización efectiva. El precepto contiene tres excepciones a la expresada regla general de la previa resolución expresa sobre la medida cautelar, que también son impugnados de forma subsidiaria. Las dos primeras implican que ha existido una previa intervención jurisdiccional, pues en el supuesto del apartado a) la expulsión es consecuencia de una decisión judicial anterior, y, en el apartado b) las personas afectadas han tenido acceso al previo control jurisdiccional. Por otra parte, la dicción del precepto es idéntica al del citado artículo 31.2 de la Directiva de referencia. Esta coincidencia también se produce en el apartado c): la concurrencia de "motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del Real Decreto 240/2007". Dichos apartados a los que el precepto se remite implican una garantías suficientemente sólidas, tanto procedimentales como materiales, que superan las exigencias comunitarias.

La segunda garantía hace referencia a derecho de defensa y a la presencia durante la vista correspondiente tramitación de la revisión jurisdiccional⁵⁶¹, con dos excepciones: a) cuando "concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública", supuesto al que le es de aplicación lo expuesto en el artículo 15.5.d) del mismo Real Decreto. Y, b) "cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio", pues ello implicaría una automática suspensión de la prohibición de entrada, que constituye el objeto de la revisión⁵⁶².

⁵⁶⁰ *Vid.* Apartado 1 del artículo 17 del RD 240/2007.

⁵⁶¹ *Vid.* Apartado 2 del artículo 17 del RD 240/2007.

⁵⁶² *Vid.* Apartado noveno de STS 4259/2010 de uno de Junio de 2010.

III. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN COMUNITARIO A FAMILIARES EXTRA COMUNITARIOS DE LOS ESPAÑOLES A RAIZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010

La Directiva 2004/38/CE únicamente reconoce derecho de entrada y de residencia en un Estado miembro a aquellos familiares extracomunitarios, en el sentido del artículo 2, punto 2 de la Directiva, de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad. El hecho de no uso previo de derecho a libre circulación y residencia como una condición establecida en el art 3.1 de la Directiva 2004/38/CE, supone que quedan excluidos los familiares de ciudadanos europeos que siempre han residido en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen⁵⁶³, al igual que familiares de españoles que nunca han ejercido su derecho de libre circulación y siempre hayan residido en España.

El TJUE en el asunto C-256/11 de Murad Derici⁵⁶⁴, en relación con la obtención o renovación de la autorización de residencia de los cónyuges, nacionales de uno de los Estados miembros de la UE que no habían ejercido previamente la libre circulación, se manifiesta que tales situaciones se consideran “internas” desde la perspectiva del Derecho europeo y, por tanto, su tratamiento depende de los legisladores de los Estados miembros⁵⁶⁵. El Tribunal señala que a estos familiares ni pueden invocar el estatuto de la ciudadanía de la UE ni el derecho a la vida familiar recogido en el artículo 7 de la CDFUE, debido a que las disposiciones de la Carta, en virtud de su artículo 51, apartado 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la

⁵⁶³ STJUE Metock y otros, C-127/08, apartado 7(sentencia antes citada).

⁵⁶⁴ STJUE asunto C-256/11, Murat Derici y otros contra Bundesministerium für Inneres de 15 de noviembre de 2011. El Tribunal en el apartado 54 de dicha sentencia señala que “El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de observar que, conforme a una interpretación literal, teleológica y sistemática de esa disposición, un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación y siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee no está incluido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, por lo que ésta no le es aplicable (STJUE asunto C-434/09, McCarthy c. Secretary of State for the Home Department de 5 de mayo de 2011, apartados 31 y 39).

⁵⁶⁵ STJUE C-256/11, los apartados 60 y 61, donde pone en manifiesto que: “se ha de recordar que las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a situaciones que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro. Sin embargo, la situación de un ciudadano de la Unión que no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna”.

Unión⁵⁶⁶. El Tribunal sostiene que para que un nacional de un tercer Estado, familiar de un ciudadano de la Unión, pueda invocar la protección del artículo 21 del TFUE, es necesario que el ciudadano europeo haya ejercido el derecho al libre desplazamiento estableciéndose en el territorio de un Estado miembro distinto al de su nacionalidad. Sin embargo el TJUE señala que la situación de un ciudadano de la Unión que no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna, por lo tanto en su calidad de nacional de un Estado miembro en virtud del artículo 20 TFUE, apartado 1, gozan del estatuto de ciudadano de la Unión, y, por lo tanto, pueden invocar los derechos correspondientes a tal estatuto frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen⁵⁶⁷. Así pues atendiendo a las circunstancias en estas situaciones, si no entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, entonces quedarán incluidos en el ámbito del régimen general del artículo 8 del CEDH⁵⁶⁸ que todos los Estados miembros son partes en él. El tratamiento de tales situaciones como “puramente internas” supone que cada Estado miembro decidirá el régimen jurídico a los miembros de la familia de sus propios nacionales (cuando previamente no hayan ejercido la libre circulación), ya sea igualando su tratamiento a los miembros de la familia del resto de los ciudadanos UE, evitando con ello situaciones de discriminación inversa, u otorgándoles un tratamiento menos ventajoso⁵⁶⁹, como la solución del Derecho británico, en el que dejan en peor situación al familiar del propio nacional que al familiar de otro ciudadano UE (como se muestro en el asunto McCarthy⁵⁷⁰).

En relación al derecho de entrada y residencia de los familiares del ciudadano español que no han ejercido su derecho de libre circulación y siempre han residido en España, resulta especialmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010. A raíz de dicha sentencia el Derecho español opta como solución, la equiparación de los

⁵⁶⁶ *Ibidem* C-256/11, el apartado 71, “las disposiciones de la Carta, en virtud de su artículo 51, apartado 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En virtud del apartado 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados. Por tanto, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta”.

⁵⁶⁷ *Ibidem* C-256/11, los apartados 62 y 63.

⁵⁶⁸ *Ibidem* C-256/11, el apartado 72.

⁵⁶⁹ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op. cit.*, p.295.

⁵⁷⁰ *Vid* STJUE asunto C-434/09 de 5 de mayo de 2011, Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department.

familiares extracomunitarios de los españoles a todos los familiares de cualquier ciudadano de la Unión, y se les incluyó en el ámbito de aplicación de RD 240/2007, independientemente de que los ciudadanos españoles hayan o no hecho uso de su derecho a libre circulación y residencia por el Espacio Común Europeo. Dicha sentencia anuló varios preceptos del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, regulador de la entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por ser excesivamente restrictivos⁵⁷¹, en relación a la transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007 en el Derecho español.

Antes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010⁵⁷², solo los familiares del ciudadano español que había ejercido el derecho a libre circulación y residencia entraban en el ámbito de aplicación de RD 240/2007 y a los familiares extracomunitaria de los españoles que no han hecho uso de su derecho a libre circulación y residencia se les aplicaba el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre⁵⁷³. Más tarde el Real Decreto 240/2007, introduce modificaciones en dicho Real Decreto 2393/2004 por el que se apruebo el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería en relación con el derecho a la reagrupación familiar de nacionales españoles. A través de la disposición final tercera del RD 240/2007⁵⁷⁴, se introdujo las nuevas disposición adicional

⁵⁷¹ *Vid.* STS 4259/2010, "interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/ CEE y con una transposición limitativa de derechos".

⁵⁷² *Vid.* STS 4259/2010, Nulidad de los arts. 2.1, 2.2 apartados a), b), c), art. 9.4.a) y d) del RD 240/2007.

⁵⁷³ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, Publicado en: «BOE» núm. 6, de 07/01/2005 (Referencia, BOE-A-2005-323).

⁵⁷⁴ Con la disposición final tercera se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. La modificación consiste en introducir en el citado Reglamento dos disposiciones adicionales, las disposiciones adicionales decimonovena y vigésima. La disposición adicional vigésima, relativo a la regulación de la situación de los familiares de los españoles, señalaba que, el RD 240/2007 será de aplicación a los familiares de ciudadano español cualquiera que sea su nacionalidad, cuando le acompañen o se reúnan con él, al cónyuge, pareja inscrita, descendientes directos suyos y de su cónyuge o pareja inscrita y ascendientes a cargo suyos y de su cónyuge o pareja inscrita siempre que en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007 fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor, o susceptible de ser renovada al amparo del Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Sin embargo, la disposición adicional vigésima del Reglamento de la ley de Extranjería, en su apartado 2º, señalaba que «la reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español o de su cónyuge se regirá por lo previsto en el Reglamento de

decimonovena y disposición adicional vigésima, con el fin de regular, de forma sucesiva, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, y por otra parte establecer la normativa aplicable a miembros de familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. No obstante, en principio dicha regulación respecto a los familiares de españoles, presentaba ciertos obstáculos ante algunas prácticas que exigían un mayor rigor para acreditar la relación familiar con españoles que respecto de cualquier otro nacional. Como por ejemplo lo señalado por la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007 que exigía a efectos de prueba⁵⁷⁵, que el matrimonio en el que uno de los cónyuges es español esté inscrito en el Registro civil, en caso contrario, no podría atribuirse a dicho vínculo efecto como tal matrimonio español, en el ámbito civil español y por tanto el cónyuge extranjero no podría acogerse al RD 240/2007⁵⁷⁶. Sin embargo, dicha Instrucción fue derogada por la Instrucción de la Secretaría General de Inmigración y Emigración 03/2013 de 28 de febrero⁵⁷⁷. En relación con tal exigencia, existen resoluciones judiciales que rechazan ese carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Civil español para poder obtener la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE⁵⁷⁸.

la ley de extranjería». Es decir, que se establece un régimen diferente según se trate, por lo tanto la posibilidad de residencia de un ascendiente directo de nacionalidad no comunitario a cargo de un ciudadano español, no sigue el mismo régimen que el fijado en el artículo 8 de RD 240/2007. Mientras para reagrupación de los familiares a cargo de un ciudadano de la unión se aplica el artículo 8 del RD, y no se exige más requisitos que los que señala el propio artículo 8 del RD, en el caso de ciudadano español, cuando se trataba de reagrupación familiar de ascendiente directo suyo o del cónyuge, la normativa aplicable era la contemplado en los artículos 33 a 44 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. un régimen más estricto y de mayor rigor con un mayor número de requisitos y de trámites y procedimientos. Una situación que establecía una diferencia de trato (no igualdad), y una situación discriminatoria en relación con los ascendientes directos de españoles.

⁵⁷⁵ Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al RD 240/2007 de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el EEE.

⁵⁷⁶ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op.cit.*, pp.295 a 297.

⁵⁷⁷ Instrucción SGIE 3/2013 por la que se derogan las instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al RD 240/2007 de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el EEE.

⁵⁷⁸ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia, sala de lo Contencioso Administrativo de las Islas Canarias, de Santa Cruz de Tenerife de 11 de febrero de 2016. Nº de Recurso: 181/2015., Nº de Resolución: 73/2016. Nº Roj: STSJ ICAN 67/2016. FJ 3.

En cuanto al ámbito económico, existen opiniones que rechaza la aplicación del requisito de la suficiencia de recursos económicos en relación con los familiares de españoles⁵⁷⁹, requisito que también se exige para los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE. La razón para ello es que, a diferencia de lo que ocurre con los familiares de otros ciudadanos de la UE, el derecho de residencia de los familiares de españoles no se fundamenta en la protección de la libertad de circulación y residencia (sobre todo cuando el ciudadano español no ha residido previamente en ningún otro Estado de la UE). Se basa en la protección del derecho a la vida familiar del ciudadano español, conforme al artículo 8 CEDH, de modo que si se negara el derecho de residencia del familiar estaríamos obligando al ciudadano español o bien a romper sus vínculos familiares o bien a abandonar nuestro territorio⁵⁸⁰. El TJUE en su sentencia C-34/09⁵⁸¹ señala que, el artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro y que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Un estatuto al que se opone a todas aquellas medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión, tales como la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona nacional de un Estado tercero, familiar de un ciudadano de la Unión⁵⁸². Sobre la aplicación del artículo 7 (recursos económicos suficientes) del RD 240/2007 a los familiares extracomunitarios de ciudadanos españoles

⁵⁷⁹ Recomendación del Defensor del Pueblo 110/2013, de 26 de julio, formulada a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sobre la eliminación de los requisitos relativos a la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión a los cónyuges, nacionales de terceros Estados, de ciudadanos españoles. Recomendación del Defensor del Pueblo 240/2014, de 23 de septiembre, formulada al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para eliminar de los requisitos para el reconocimiento de la condición de beneficiario en el Sistema Nacional de Salud, la exigencia de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea para los cónyuges de ciudadanos españoles residentes en España, cuyo matrimonio se encuentre inscrito en el Registro Civil español. https://www.defensordelpueblo.es/.../2013_Anexo_E_1_Recomendaciones_2013.pdf.

⁵⁸⁰ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, op. cit., p 296.

⁵⁸¹ STJUE asunto C-34/09 de 8 de marzo de 2011, ECLI: EU: C: 2011:124, apartados 40 a 43.

⁵⁸² APARICIO CHOFRÉ, Lucía., “Novedades en la reagrupación de los progenitores extranjeros por parte de un menor comunitario”, en *la Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Nº. 1, 2011, pp. 112-120; En esta línea véanse también ABARCA JUNCO, Ana Paloma y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina., “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario” (STJUE caso Ruiz Zambrano), en *la Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Nº. 23, 2012. IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara., “El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la Ciudadanía de la Unión”, en *la Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pág. 20.

que desean reagrupar sus familiares, los Tribunales han dictado sentencias tanto a favor como en contra. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sostiene que denegar la tarjeta de residencia permanente de familiar de un ciudadano de la UE por no resultar acreditados, ni por parte del actor ni de su esposa de nacionalidad española, disponer de medios económicos necesarios para sí y los miembros de su familia, materialmente priva a un nacional español con estatuto de ciudadano de la Unión (según el artículo 20 del TFUE), del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos. El Tribunal señala que la norma aplicada del artículo 7 del RD 240/2007, en lo relativo a los recursos económicos suficientes, que deriva de la transposición de la Directiva 2004/38/CE se refiere única y exclusivamente al ciudadano comunitario que ejerce su derecho de libre circulación y está casado con un ciudadano extracomunitario, y no puede aplicarse de modo coherente, las limitaciones relativas al derecho de libre circulación a un nacional y residente en España y casado con un ciudadano extranjero extracomunitario que no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación⁵⁸³. En este mismo sentido, el juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, en relación con la aplicación del artículo 7 del RD 240/2007, en su sentencia núm. 317/2017⁵⁸⁴ señala que el derecho a la reagrupación familiar de los españoles es un derecho que afecta a la dignidad de la persona y que no es otro que el derecho a vivir en familia, recogida en los artículos 10 y 39 de la CE y que según el artículo 8.1 del CEDH toda injerencia de los poderes públicos en la vida familiar debe estar establecida en una norma como rango de ley, no procede aplicar el artículo 7 del RD 240/2007 en cuanto que establece a los ciudadanos españoles una serie de requisitos para la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios sin que exista una ley que dé cobertura a dicha normativa. La citada inaplicación está contemplada en el artículo 6 de la L.O. del poder judicial que dispone que los jueces y tribunales no aplicaran los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa⁵⁸⁵. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares estableció que para la obtención del derecho de residencia permanente como

⁵⁸³ Véanse el FJ 3 de la STSJ de Cataluña, Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Tarragona de 07 de julio de 2015., Nº de Recurso: 213/2014. Nº de Resolución: 185/2015. Roj: SJCA 672/2015. Asimismo la sentencia de Tribunal Superior de Justicia, sala de lo Contencioso de Palma de Mallorca de 30 de junio 2017., Nº de Recurso: 79/2017., Nº de Resolución: 311/2017. Roj: STSJ BAL 509/2017.

⁵⁸⁴ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 9 de Sevilla, Sentencia 317/2017, 21 diciembre de 2017. Recurso 176/2017 (LA LEY 187160/2017).

⁵⁸⁵ Véanse FJ 5 de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 9 de Sevilla, Sentencia 317/2017, 21 diciembre de 2017, antes citada.

familiar de ciudadano de la Unión al amparo del RD 240/2007, es necesario que durante el período de residencia continuado anterior de 5 años, se hayan cumplido las condiciones del art. 7 del RD 240/2007, que son las mismas que las del art. 7 de la Directiva 2004/38/CE⁵⁸⁶. Al igual que el Tribunal de Justicia de Madrid en una reciente sentencia de 2017 también confirma la de aplicación del art.7 del RD 240/07 a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles y el cumplimiento de los requisitos exigidos por dicho RD, entre los que hay que acreditar “el recurso económico suficiente” para poder obtener la tarjeta de residencia temporal como familiar de ciudadano de la UE⁵⁸⁷.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, tiene su origen en un recurso planteado por las asociaciones Andalucía Acoge y Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía contra determinados preceptos de Real Decreto 240/2007⁵⁸⁸. Se argumentaba que el RD 240/2007 establecía una regulación más restrictiva que la propia Directiva 2004/38/CE, lo que era incompatible con el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho interno⁵⁸⁹. Por otro lado, se aducía que se establecía un régimen más restrictivo para los familiares de ciudadanos españoles en comparación con los familiares de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión, situación que creaba una desigualdad que va contra lo puesto en el artículo 14 de la Constitución española⁵⁹⁰.

Esto resultaba de que el artículo 2 del Real Decreto 240/2007⁵⁹¹, hacía referencia a los familiares de ciudadanos de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre EEE, por

⁵⁸⁶ Véanse los FJ 2 y 3 de la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia, sala de lo Contencioso de Palma de Mallorca de 09 de septiembre de 2015., Nº de Recurso: 30/2015., Nº de Resolución: 509/2015., Roj: STSJ BAL 732/2015.

⁵⁸⁷ STSJ, sala de lo Contencioso de Madrid de 18 de julio de 2017., Nº de Recurso: 298/2016., Nº de Resolución: 1295/2017. Roj: STS 2966/2017.

⁵⁸⁸ Vid. STS 4259/2010., Recurso Contencioso-administrativo (Madrid) nº 114/2007, (Cendoj: 28079130052010100299). ECLI: ES: TS: 2010: 4259., que anula determinados artículos, apartados o disposiciones del RD 240/2007, de 16 de febrero.

⁵⁸⁹ El principio de primacía de derecho comunitaria, proclamada por el Tribunal de Justicia de la unión europea. STJUE de 9 de marzo de 1978, Asunto Simmenthal, STJUE de 4 de abril de 1974, Asunto Comisión c. Francia.

⁵⁹⁰ RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis., y BOZA MARTÍNEZ, Diego., “Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010”, en *la Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 26, 2011, pp. 189-203.

⁵⁹¹ En concreto, el precepto decía: «El Real Decreto 240/2007, se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadanos de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:...».

lo que los familiares de los ciudadanos españoles quedaban excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión "de otro Estado miembro", lo que conducía a que resultara inaplicable el régimen comunitario a los familiares de ciudadanos españoles, cualquiera que fuera su situación, y de esta forma sometiéndoles a un régimen de derechos diferente, que era el previsto en la disposición adicional vigésima del Reglamento 2393/2004, de 30 de diciembre, aprobado por la disposición final 3.2 del Real Decreto 240/2007. El problema era que dicha disposición creaba una situación de "discriminación"⁵⁹² por el sencillo motivo de que no admitía la posibilidad de aplicación del régimen comunitario a los familiares de un ciudadano español que hubiera ejercido el derecho a la libertad de circulación y hubiera regresado a España. En este sentido, el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE considera el ámbito subjetivo de derecho de libre circulación y residencia a "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia"⁵⁹³, lo que no excluye a los ciudadanos españoles que hayan ejercido el derecho a la libre circulación.

Como apunta el fundamento jurídico segundo de la sentencia⁵⁹⁴, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros⁵⁹⁵. La introducción, de la expresión en la que la impugnación se concreta ("de otro Estado miembro"), por lo que el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, puesto que, estos no son "de otro Estado

⁵⁹² Recogida en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 240/2007, "En todo caso, la aprobación de la citada Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, ha hecho necesario proceder a incorporar su contenido al Ordenamiento jurídico español, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativos a la ciudadanía de la Unión, así como a los derechos y principios inherentes a la misma, y al principio de no discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual".

⁵⁹³ *Vid.* Apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, STS 4259/2010 de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Segundo.

⁵⁹⁵ *Vid.* STS 4259/2010 de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico primero letra a).

miembro", una situación que implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada⁵⁹⁶.

Por otra parte, respecto a expresión de separación legal, dentro del mismo artículo 2º del Real Decreto 240/2007, en el fundamento jurídico tercero de la mencionada sentencia del TS, también se impugna dicha expresión (separación legal), que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2 donde se configura el ámbito subjetivo familiar y que se incluye entre otros, al su cónyuge del beneficiario directo, a los descendientes directos del cónyuge, así como a los ascendientes directos del cónyuge, todo ello con la condición, de que "no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal". Este artículo 2 extiende el régimen jurídico a los familiares de los ciudadanos de los Estados miembros, específicamente en relación con los cónyuges "cuando le acompañen o se reúnan con él", pero siempre y cuando, "no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal"⁵⁹⁷. Esto es, desaparecido el vínculo conyugal, desaparece la consideración familiar del cónyuge. Pues bien, como quiera que la situación de "separación legal" no implique, como si acontece con la nulidad matrimonial o el divorcio, una desaparición definitiva del vínculo matrimonial, en tales supuestos no debe de desaparecer tampoco la extensión al cónyuge separado legalmente del régimen jurídico contenido en el Real Decreto impugnado⁵⁹⁸.

La misma expresión de "separación legal" se contenía en el artículo 9, dedicado al "mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia, concretamente en su apartado 1, en su apartado 4, y en su apartado 4.a) del RD 240/2007⁵⁹⁹. Se trata del mantenimiento del estatuto (fundamentalmente del derecho de residencia), que en el RD 240/2007 se contiene y

⁵⁹⁶ Vid. STS 4259/2010 de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Segundo.

⁵⁹⁷ Vid. STS de 1 de junio de 2010, donde en su punto 3ª de fundamentos de derechos señala "si examinamos el artículo 13 de la Directiva 2004/38/CEE, que nos está sirviendo de parámetro comparativo del Derecho Comunitario, podemos comprobar que las tres únicas referencias que se contienen son las relativas al "divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada"; esto es, que ninguna referencia se contiene a la expresión de la norma interna española impugnada "separación legal".

⁵⁹⁸ Vid. STS 4259/2010 de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico tercero.

⁵⁹⁹ Vid. Artículo 9 de RD 240/2007.

regula, por parte de aquellos familiares en aquellos supuestos que en el precepto se relacionan que, en síntesis, implican una desvinculación o una desagregación familiar; en tal sentido, se citan como tales en el precepto: "fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada"⁶⁰⁰.

El Código Civil en su artículo 83 señala que, "la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica"⁶⁰¹, pero, el artículo 84 añade que "la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio"⁶⁰². Si examinamos los artículos 83 y 84 del código civil, se entiende que la situación de "separación legal" no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial, sino la suspensión de la vida común, y que con la reconciliación de los cónyuges, pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él. Por ejemplo, en caso de divorcio, "la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio"⁶⁰³. Así pues, en la legislación interna española, la separación legal, divorcio o nulidad del matrimonio, no tienen los mismos efectos, y por otra parte, tampoco la Directiva comunitaria contempla dicha expresión (separación legal) en su artículo 13⁶⁰⁴, por estos motivos dicha expresión no debe ser utilizado por el Reglamento, para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones jurídicas antes citadas, que materialmente son diferentes. Situación que también ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia comunitaria⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ Vid. STS 2010. Apartado 2º del punto 3º de fundamento de derecho.

⁶⁰¹ Apartado 1 del artículo 83 de Código Civil española. Real Decreto de 24 de julio de 1889, Publicado en GACETA de 25 de Julio de 1889 Vigencia desde 01 de Mayo de 1889.

⁶⁰² Artículo 84, apartado 1 de Código Civil.

⁶⁰³ Vid. Apartado 2 del artículo 88 del Código Civil.

⁶⁰⁴ Artículo 13 de la Directiva 2004/38/CE, "Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo, el divorcio, la anulación del matrimonio de ciudadanos de la Unión o el fin de la unión registrada....."

⁶⁰⁵ STJUE asunto 267/83 de 13 de febrero de 1985, *Aussatou Diatta c. Land*. una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 10 y 11 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77). Apartado 20 de fundamentos de derecho "Procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente".

La sentencia de Tribunal Supremo ha obligado a que se mantenga el mismo régimen, la aplicación de RD 240/2007, tanto para los familiares de ciudadanos de la UE y otro Estado parte en el acuerdo sobre EEE, como para los familiares de ciudadanos españoles, cualquiera que sea su nacionalidad. Esto es subrayado en el punto décimo primero de la sentencia “hemos de añadir que la existencia de dicho régimen y la nulidad de la expresión que la sustentaba en el artículo 2º, primero de RD ("de otro Estado miembro") la hemos dejado sin efecto en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia, por tanto, desaparecido dicho régimen especial, y equiparados los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles, que se sitúen en el ámbito subjetivo del artículo 2º Real Decreto 240/2007, debe, obviamente, y por las mismas razones allí expuestas, desaparecer el contenido de dicho régimen, que se contiene en la disposición final tercera 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (a la sazón de la disposición adicional vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre)⁶⁰⁶. Finalmente con la Orden PRE/1490/2012⁶⁰⁷, de 9 de julio, en el texto recogida en la propia exposición de motivos, donde indica que “esta materia debe aplicarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en concreto la sentencia 4259/2010 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”. Por consiguiente, a partir de esta fecha, el régimen comunitario de RD 240/2007 será aplicable a los familiares de ciudadanos españoles.

⁶⁰⁶ *Vid* STS 2010. Apartado décimo primero de fundamento de derecho.

⁶⁰⁷ Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 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. Publicado en: «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2012, (Referencia: BOE-A-2012-9218).

CAPITULO III

LA REAGRUPACION FAMILIAR EN EL REGIMEN GENERAL DE EXTRANJERIA ESPAÑOL, LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA Y SU REGLAMENTO DE EJECUCIÓN

I. EL DERECHO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES RESIDENTES LEGALMENTE EN EL TERRITORIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA DIRECTIVA 2003/86/CE.

La Directiva 2003/86/CE es un texto básico que afecta al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes legalmente en la Unión Europea⁶⁰⁸. La Directiva entró en vigor el 3 de octubre de 2003, con la finalidad de armonizar las legislaciones nacionales para otorgar, un trato justo y conceder a los nacionales de terceros países derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea, en lo relativo al ejercicio del derecho de reagrupación familiar cuando el reagrupante es un ciudadano de un tercer país residente legal en la Unión⁶⁰⁹.

En virtud del artículo 79 del TFUE⁶¹⁰, la Unión desarrollará una política común de inmigración a fin de garantizar, una gestión eficaz de los flujos migratorios y un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. A tal efecto el Parlamento Europeo y el Consejo regularán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, entre otras cosas, las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países y las normas relativas a la expedición por

⁶⁰⁸SALES I JARDÍ, opina que “con la redacción de la Directiva 2003/86/CE, se incorpora plenamente en el Derecho comunitario el derecho a la reagrupación familiar, y por primera vez se otorga un derecho subjetivo a la reagrupación familiar a los nacionales de terceros países en el seno de la Unión”. Véanse SALES I JARDÍ, Mercè., “La protección de la vida familiar de los inmigrantes en el Ordenamiento Comunitario: el derecho a la reagrupación familiar”, en *Revista universitaria europea*, N° 7, 2007, págs. 85-102. (pág.93).

⁶⁰⁹ GÓMEZ CAMPELO, Ester., “La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/ CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, en *Revista española del Tercer sector*, n° 12, 2009, pp. 78-79.

⁶¹⁰ Vid. artículo 79 de TFUE, (antiguo artículo 63, puntos 3 y 4, TCE).

los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar (apartado 2 letra a) del artículo 79 del TFUE)⁶¹¹.

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. La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, la que proporciona estabilidad sociocultural y facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, y por otra parte, la que permite promover la cohesión económica y social de la Unión⁶¹². La Directiva 2003/86/CE regula el derecho a la reagrupación familiar con el objetivo de garantizar la protección de la familia de los emigrantes, estableciendo una armonización de las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros estados bajo reglas mínimas⁶¹³. Por tanto, cada Estado puede establecer normas más favorables, si ellos lo desean, respecto a autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, reagrupación de pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante⁶¹⁴. Como he señalado anteriormente, esta Directiva es resultado de los acuerdos alcanzados en la reunión especial de Tampere del Consejo Europeo, días 15 y 16

⁶¹¹ En relación con el progreso en la política migratoria común, véanse QUIRÓS FONTS, Antonio., “*Derecho comunitario de extranjería*.....”, *op. cit.*, pp.393-396.

⁶¹² Cohesión que es objetivo fundamental de la Unión Europea, ya que el artículo 174 TFUE (antiguo artículo 158 TCE) señala, “a fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial”.

⁶¹³ STJUE (Gran Sala) de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03. El Parlamento Europeo promovió una acción contra el Consejo con el fin de anular determinadas disposiciones de la Directiva. Argumentaba que las disposiciones que permiten a los Estados miembros restringir en determinados casos el derecho a la reagrupación familiar (artículo 4.1, último párrafo, artículo 4.6 y artículo 8) no respetan el derecho a la vida familiar y el principio de no discriminación reconocido en los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El TJUE en dicha sentencia estableció que la Directiva no atenta contra el derecho fundamental al respeto de la vida familiar, los mejores intereses de los hijos o el principio de no discriminación por razones de edad. El Tribunal subrayó que los derechos fundamentales son vinculantes para los Estados miembros cuando aplican normas comunitarias, y que los Estados miembros deben aplicar las normas de la Directiva de forma coherente con los requisitos de protección de los derechos fundamentales, especialmente los relativos a la vida familiar y al principio del mejor interés de los hijos menores de edad. Asimismo confirmó explícitamente la existencia de este derecho, afirmando que la Directiva impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que en los supuestos determinados por la Directiva les obligan a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional. Véanse apartados 60, 62, 101 y 105 de la sentencia C-540/03.

⁶¹⁴ *Vid.* el considerando 10 de la Directiva 2003/86/CE.

de octubre de 1999⁶¹⁵. Según la Directiva, los Estados miembros deben aplicar sus disposiciones sin ningún tipo de discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, pertenencia a minoría nacional, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual. La Directiva indica expresamente que la reagrupación familiar debe aplicarse, en todo caso, a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad, y que el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse con el debido respeto a los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas. La reagrupación familiar puede ser denegada por motivos debidamente justificados. En particular, la persona interesada que desee que se le conceda la reagrupación familiar no debe constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública. El concepto de amenaza para el orden público podrá incluir una condena por cometer un delito grave, asimismo cuando un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, o apoya a una asociación de ese tipo o tiene objetivos extremistas, también se considera que constituye una amenaza por lo que podrían operar respecto a él las restricciones derivadas del orden público y de la seguridad pública⁶¹⁶.

El artículo 20 de la Directiva 2003/86/CE señala que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva a más tardar el 3 de octubre de 2005⁶¹⁷.

⁶¹⁵ *Vid.* El punto 3 del texto de exposiciones de motivos de la Directiva 2003/86/CE, afirmando que “el Consejo Europeo, en su reunión especial de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, reconoció la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países. En este contexto, el Consejo Europeo ha declarado en particular que la Unión Europea debe velar por un trato justo a los nacionales de los terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros y que una política de integración más decidida debe encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea. Para ello, el Consejo Europeo pidió que el Consejo adoptara actos jurídicos con rapidez, basándose en propuestas de la Comisión. La necesidad de lograr los objetivos definidos en Tampere fue reafirmada por el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001”.

⁶¹⁶ Véanse el título XXII del Código Penal sobre los delitos contra el orden público. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

⁶¹⁷ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la reagrupación familiar, Bruselas, (8.10.2008 COM (2008) 610 final). En su apartado 2.1 relativo a supervisión y estado de transposición señaló que “Finalizado el plazo de transposición, se incoaron procedimientos de infracción contra 19 Estados miembros por no comunicación de sus medidas de transposición. Posteriormente, de conformidad con el artículo 226 del Tratado, la Comisión envió diez dictámenes motivados. Para cuatro Estados miembros, se adoptaron decisiones de remitir sus casos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE): tres fueron retiradas y en un

1. La reagrupación familiar, un derecho necesario para facilitar la integración de los Extranjeros

Uno de los factores que favorece al proceso de integración de los inmigrantes en la sociedad del Estado receptor es el derecho a reagrupación familiar del inmigrante, un derecho reconocido tanto en el Derecho internacional, como en el Derecho de la Unión Europea⁶¹⁸ o en el ordenamiento jurídico español. La familia no es tan solo un grupo humano, sino una institución natural que cumple unos fines esenciales en la sociedad, para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, lugar donde se adquiere los principales valores de la vida, y donde se forman y desarrollan los seres humanos para la sociedad, motivos, de lo que la hace merecedora de la protección del ordenamiento jurídico. Enfocando desde esta perspectiva, es importante que los Estados permitan en sus políticas inmigratorias, a los extranjeros el derecho a la reagrupación familiar y que reconozcan este derecho en sus leyes de extranjería⁶¹⁹. La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, que al mismo tiempo crea la estabilidad y equilibrio por lo que contribuye la integración social de los inmigrantes. Con el fin de garantizar la protección de la familia, así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar, los Estados deben fijar las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En este sentido la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, señala que las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar, y añade que la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

caso se dictó sentencia”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 6 de diciembre de 2007 (Asunto C-57/07), relacionado con el Incumplimiento de Estado de Luxemburgo relativo a la Directiva 2003/86/CE. El TJUE Declaro que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, al no haber adoptado dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva. Publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea* C 22/14 de 26.1.2008.

⁶¹⁸*Vid.* Entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Carta Social Europea o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *op. cit.*

⁶¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel., “Legislación de extranjería y política de inmigración” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2000, pp. 69-82.

Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁶²⁰. Marina Vargas señala que “esta afirmación significa que los valores que defienden los Estados europeos de recepción, entre ellos la protección de la familia y el respeto a la vida familiar y los derechos fundamentales contenidos en la Carta están en la base de la Directiva lo que contribuye al refuerzo, garantía y protección de la vida en familia de los nacionales de terceros países y posibilitará su integración en la sociedad de acogida respetando estos mismos valores”⁶²¹. La Directiva subraya que los Estados miembros deben aplicar sus disposiciones⁶²² sin ningún tipo de discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual. En el artículo 1 de la Directiva 2003/86/CE se subraya que el objetivo de la Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros de la Unión, y en relación a los miembros de su familia, la Directiva en su punto 9 de su texto hace referencia a que la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, a la que define como el cónyuge y a los hijos menores de edad⁶²³. Como se dispone en el considerando 10 de la Directiva, la ampliación de este derecho a otros miembros de la familia como sujetos que puedan ser reagrupados, es una decisión discrecional de cada Estado miembro, y tal autorización no vincula a otros estados miembros⁶²⁴. Respecto a las medidas de integración, el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 2003/86/CE, dice “Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional”. Este margen de apreciación reconocido a los Estados miembros están sujetos a

⁶²⁰ Vid. el considerando 2 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶²¹ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “La dimensión familiar de la inmigración.....”, *op. cit.*, p.9.

⁶²² Considerando 5 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶²³ STJUE de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08. Apartado 41, “Cabe recordar que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 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”; Así también MOLINER NAVARRO, Rosa María., “El concepto de "familia nuclear" en la Directiva Europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar” en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 15, 2004, pp. 9-11.

⁶²⁴ Vid. ABARCA JUNCO, A.P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Capítulo II. Reagrupación familiar”, en ESPLUGUES MOTA, C., coord., *Comentarios a la Ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 417-420.

estrictos límites de proporcionalidad y no puede utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil⁶²⁵. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea pronunció en su sentencia de 9 de julio de 2015⁶²⁶, respecto a la integración de ciudadanos de terceros países en un estado miembro de la Unión Europea y los requisitos que la legislación nacional puede fijar respetando el marco normativo comunitario. Se trata de la solicitud de visado de larga duración para los Países Bajos presentada por dos personas con el fin de lograr la reagrupación familiar con su cónyuge respectivo, dado que dichos cónyuges residen en ese Estado miembro. Y asimismo en relación con este hecho, la interpretación del apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 2003/86/CE donde establece que “los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional”.

El Tribunal establece que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, y el artículo 7, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2003/86/CE debe interpretarse de manera estricta y a este respecto, conforme al principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del derecho de la Unión, los medios puestos en práctica por la normativa nacional que transpone el artículo 7, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2003/86 deben ser aptos para lograr los objetivos previstos por esa normativa y no deben exceder de lo necesario para alcanzarlos⁶²⁷. El Tribunal también subraya que las medidas contempladas en el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 2003/86/CE, las medidas «de integración» que los Estados miembros exigen, solo se consideraran

⁶²⁵ *Vid.* STJUE C.578/08, en su apartado 43 señala que, “Dado que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, la facultad prevista en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva debe interpretarse de manera estricta. Por otro lado, 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”.

⁶²⁶ STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-153/14. El primero era una nacional azerbaiyana que solicitó el 22 de febrero de 2011, en la embajada del Reino de los Países Bajos en Ankara (Turquía), un visado de larga duración, por reagrupación familiar, para residir en los Países Bajos con su cónyuge, que ya era residente de dicho Estado miembro. Al efecto, presentó un certificado médico, alegando que, por los problemas de salud justificados mediante dicho certificado, no estaba en condiciones de presentarse fuera del territorio del Reino de los Países Bajos al examen de integración cívica. Mediante resolución de 30 de mayo de 2011, el Ministro denegó la solicitud de visado de larga duración de K. La segunda solicitante era A, una nacional nigeriana que solicitó el 18 de junio de 2008, en la representación del Reino de los Países Bajos en Abuja (Nigeria), un visado de larga duración, por reagrupación familiar, para residir en los Países Bajos con su cónyuge, que ya era residente de dicho Estado miembro. Al efecto, presentó documentos médicos que acreditaban que tiene problemas psíquicos que requieren medicación. Mediante resolución de 18 de agosto de 2009, el Ministro denegó la solicitud de visado de larga duración de A.

⁶²⁷ *Vid.* Los apartados 50 y 51 de la STJUE, asunto C-153/14.

legítimas si puedan facilitar la integración de los miembros de la familia del reagrupante. Tales medidas no pueden tener como objeto seleccionar a las personas que puedan ejercitar su derecho a la reagrupación familiar, sino facilitar la integración de las mismas en los Estados miembros. De hecho, los Estados miembros a la hora de exigir las medidas de integración adoptadas en virtud del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/86 (las medidas tales como realizar el examen de integración cívica o el examen para la evaluación de conocimiento de lengua e incluso el importe y las tasas exigibles para realizar el examen) deben tener en cuenta circunstancias individuales muy específicas, como la edad, el nivel educativo, la situación económica o la salud de los miembros concretos de la familia del reagrupante, a causa de esas circunstancias, resulte que están incapacitados para realizarlo o para superarlo, al contrario una obligación de esas características supondría un obstáculo para la efectividad del derecho a la reagrupación familiar, reconocido en la Directiva 2003/86/CE⁶²⁸. En palabra del Tribunal, las medidas de integración tienen cabida en la normativa comunitaria pero están sujetos a los límites de proporcionalidad para evitar el incumplimiento de la Directiva, ya que su objetivo es facilitar el ejercicio del derecho de reagrupación familiar por parte de los nacionales de terceros países⁶²⁹.

2. Fundamentos y justificaciones de la Directiva

La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, concede con carácter general un derecho a la reagrupación familiar a todos los nacionales de terceros países, que residen legalmente en el territorio de los Estados

⁶²⁸ Vid. El apartado 58 de la STJUE, asunto C-153/14.

⁶²⁹ Vid. STJUE, asunto C-153/14, donde el Tribunal declara que " El artículo 7, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden requerir, como requisito para autorizar la entrada y la residencia de nacionales de terceros países con el fin de lograr su reagrupación familiar, que esos nacionales superen un examen de integración cívica que, como el controvertido en los asuntos principales, incluya la evaluación de conocimientos elementales tanto de la lengua como de la sociedad del Estado miembro de que se trate y comporte el pago de distintas tasas, si es que los requisitos de la aplicación de dicha obligación no hacen que el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar resulte imposible o excesivamente difícil. En circunstancias como las de los asuntos principales, al no permitir que se tengan en cuenta circunstancias específicas que objetivamente obstan a que los interesados puedan superar dicho examen y al fijar el importe de las tasas del mismo a un nivel demasiado elevado, los requisitos de aplicación mencionados hacen que el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar resulte imposible o excesivamente difícil.

miembros de la Unión. En la reunión especial de Tampere de 1999, se reconoció la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países. Uno de los hitos importantes de la reunión de Tampere fue el de avanzar hacia el objetivo de lograr una Unión Europea abierta y segura, plenamente comprometida con las obligaciones que emanan de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y otros instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos⁶³⁰, y por otro lado el deber de desarrollar un planteamiento común que garantice la integración en nuestras sociedades a los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión⁶³¹.

Respecto al trato justo de los nacionales de terceros países, el Consejo Europeo reconoció la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países, y para ello el Consejo Europeo pidió que el Consejo adoptara decisiones con rapidez, basándose en propuestas de la Comisión y que dichas decisiones tuvieran en cuenta no sólo la capacidad de acogida de cada Estado miembro, sino también sus vínculos históricos y culturales con los países de origen⁶³². La Directiva 2003/86/CE, fue una de las primeras normas relativo a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, que se adoptaron con el fin de favorecer la inmigración legal en la Unión Europea. La importancia de esta norma, en primer lugar es el reconocimiento de un nuevo derecho que es el derecho de reagrupación familiar a nivel europeo, donde el artículo 1 de la Directiva señala como objetivo de esta “fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros”⁶³³. Por lo que la Directiva reconoce el derecho de reagrupar a miembros de su familia junto con él, en un país de acogida, miembro de la Unión Europea. Y en segundo lugar la regularización de mecanismos que permitan la entrada y residencia regular de nacionales de terceros países en la Unión Europea⁶³⁴. En el apartado 2 del texto de la Directiva 2003/86/CE expone que las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida

⁶³⁰ Véanse sesión especial del Consejo europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999, “Hacia una unión de libertad, seguridad y justicia: los hitos de Tampere” www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

⁶³¹ EL artículo 79 del TFUE (antiguo art 63 puntos 3 y 4 de TCE).

⁶³² *Vid.* Reunión especial de Consejo Europeo de Tampere 15 Y 16 de Octubre de 1999.

⁶³³ *Vid.* El artículo 1 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶³⁴ *Vid.* El artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE.

familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional y añade que la presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶³⁵. Respecto a ello el Tribunal Justicia de la Unión Europea subraya que los derechos fundamentales son vinculantes para los Estados miembros cuando aplican normas comunitarias, y que los Estados miembros deben interpretar y aplicar las normas de la Directiva de conformidad con los derechos fundamentales, en especial el derecho al respeto a la vida privada y familiar⁶³⁶. Asimismo en muchas de las disposiciones de la Directiva, se deja un amplio margen de discrecionalidad a los estados miembros para fijar las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, de hecho como afirma el Tribunal Justicia de la Unión, el margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros no debe emplearse de una manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, a saber, fomentar la reagrupación familiar, ni su eficacia⁶³⁷.

Respecto a la definición de reagrupación familiar, el artículo 2, apartado d) de la Directiva señala que a efectos de la dicha Directiva se entenderá por la reagrupación familiar, la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante, y asimismo afirmándose que la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad. El TJUE ha confirmado que el artículo 4 apartado 1 de la Directiva, respecto a miembros de la familia, 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 obligan a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional⁶³⁸. El derecho a la reagrupación familiar no es ilimitado y sus beneficiarios están obligados a acatar las leyes de su país de acogida

⁶³⁵ *Vid* texto de la Directiva 2003/86/CE.

⁶³⁶ STJUE, asunto C-578/08, Chakroun, 4 de marzo de 2010, apartado 44.

⁶³⁷ *Vid*. STJUE, asunto C-578/08 apartado 43.

⁶³⁸ *Vid*. STJUE asunto C-540/03, apartado 60.

conforme a la que dispone la Directiva. La reagrupación familiar puede ser denegada por motivos debidamente justificados. La Directiva reconoce que la situación de los refugiados requiere una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en el mismo una vida de familia, de hecho conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. Es preciso tener en cuenta que el objetivo de la Directiva consiste en determinar las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y facilitar la integración de los nacionales de terceros países residentes legales en el Estado miembro de acogida⁶³⁹. Por lo tanto en lo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE, por parte de los Estados miembros respecto a sus legislaciones nacionales (art 20 de la Directiva)⁶⁴⁰, la comisión en 2008 informo al consejo y al parlamento europeo⁶⁴¹, la existencia de ciertos problemas transversales de transposición o aplicación incorrectas de la Directiva que deben resaltarse, como las disposiciones sobre la expedición de visados, la concesión de permisos de residencia autónomos, la toma en consideración del mejor interés del menor, los recursos legales, y disposiciones más favorables para la reagrupación familiar de los refugiados. Además, que el impacto de la Directiva en la armonización en el ámbito de la reagrupación familiar sigue siendo limitado, ya que la Directiva deja a los Estados miembros un amplio margen de apreciación, y en algunos Estados miembros los resultados incluso han rebajado las normas al aplicar disposiciones “opcionales” de la Directiva sobre ciertos requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de una forma demasiado amplia o excesiva. La Comisión considera la reagrupación familiar como la clave para una inmigración exitosa y un ámbito en el que la Unión Europea debe desarrollar sus políticas. Asimismo la Comisión tenía previsto abrir una amplia consulta (en forma de LIBRO VERDE) sobre el futuro del régimen de reagrupación familiar. Para ello la comisión considero necesario iniciar un debate público sobre la reagrupación familiar y se invitó a todos los interesados a responder a diferentes preguntas sobre el modo de conseguir unas normas sobre reagrupación familiar más

⁶³⁹ Considerando 4 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁴⁰ Artículo 20 de la Directiva, Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 3 de octubre de 2005. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

⁶⁴¹ *Vid.* Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE (Bruselas, 8.10.2008 COM (2008) 610 final). *op. cit.*

eficaces a nivel de la UE y de proporcionar información factual y datos sobre la aplicación de la Directiva en los que apoyar la evaluación cualitativa ofrecida.

En cumplimiento de esta propuesta los días 31 de mayo y 1 de junio de 2012, la Comisión celebró un debate público en el Foro Europeo sobre la Integración⁶⁴². El cuestionario de dicho debate (Libro Verde) tenía 14 preguntas, donde las áreas que quedan cubiertas por dicha consulta eran de distinta índole: desde el ámbito de la aplicación de la Directiva hasta los requisitos para el ejercicio del derecho de la reagrupación familiar, la entrada y residencia de los miembros de la familia, cuestiones relacionadas con el asilo así como el fraude, abusos y cuestiones procesales en la materia. Al final del periodo de consulta, 120 respuestas fueron recibidas, entre los que se participaron 24 Estados miembros y Turquía como tercer país. Los Parlamentos nacionales de Alemania (Bundesrat) y de Suecia (Rikstad). 21 organizaciones internacionales entre ellos International Organization for Migration (IOM); Cruz Roja (Red Cross) EU office; Save the Children y UNHCR. Cuatro administraciones locales, regionales y centrales de Estados miembros, de las que dos correspondían a Alemania, una a España y otra a Portugal. 46 organizaciones nacionales, entre ONGs, interlocutores sociales y organizaciones políticas, y finalmente 19 personas a título individual, así como los representantes del mundo académico⁶⁴³.

El objetivo de este debate era especificar y cuantificar los problemas relativos a la reagrupación familiar a fin de abordarlos del mejor modo posible a nivel de la Unión Europea. Ahora bien, según el LIBRO VERDE, COM (2011) 735 final ⁶⁴⁴, dependiendo del resultado de la consulta, la Comisión decidirá si es necesario seguir una política concreta (por ejemplo, la modificación de la Directiva, la adopción de directrices de interpretación o el mantenimiento del statu quo). Ahora bien, de acuerdo con los resultados de las consultas, en los cuales no se abogó por una nueva redacción ni de reformar por completo de la Directiva sino que simplemente las propuestas de las consultas se han centrado en llevar a cabo una serie de modificaciones concretas y aclaraciones sobre un mayor número de cuestiones de la Directiva. Entre las razones dadas

⁶⁴² Debate público sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la UE, Bruselas, 31 de mayo 1 de junio de 2012, <http://ec.europa.eu/ewsi/en/policy/legal.cfm#>.

⁶⁴³ Véanse el sumario de las respuestas a las preguntas de Libro Verde sobre el derecho de reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en: http://ec.europa.eu/home-affairs/news/consulting_public/consulting_0023_en.htm.

⁶⁴⁴ 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), Bruselas, 15.11.2011 COM (2011) 735 final.

para no volver a reanudar la Directiva, están las que, muchos Estados miembros consideraban que las disposiciones de la Directiva no constituían un gran problema, que la Directiva establecía adecuadamente la armonización y flexibilidad de las disposiciones en los Estados miembros, asimismo como también la preocupación de dichos Estados respecto a la modificación de la Directiva, porque una modificación en la misma (de la Directiva) podría limitar la competencia de los Estados en la materia, o incluso podría introducir nuevas disposiciones que podrían limitar la libertad de actuación de los Estados miembros. Cualquier instrumento de la UE debe cumplir la Carta de los Derechos Fundamentales, en especial por lo que se refiere al respeto a la vida privada y familiar, al derecho a contraer matrimonio, a los derechos del niño, al principio de no discriminación, así como a otras obligaciones internacionales. La Comisión velará, pues, porque⁶⁴⁵ cualquier posible seguimiento sea objeto de una evaluación en profundidad de sus repercusiones en los derechos fundamentales y porque se ajuste a la Carta, en consonancia con la “lista de control de los Derechos Fundamentales” establecida por la Comisión en su estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales. Finalmente, el consenso dimanado de dicha consulta pública era que la Directiva no debía reconsiderarse, pero que la Comisión debía asegurar la rigurosa aplicación de todas las normas vigentes, incoar cuantos procedimientos de infracción sean necesarios y elaborar directrices sobre determinados aspectos. Consiguientemente, la comunicación elaborada ofrecía a los Estados miembros directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, que reflejaban las opiniones de la Comisión y debían entenderse sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y su posterior desarrollo. Se señala además que el documento es de carácter evolutivo y forma parte de un proceso abierto. En esta comunicación, una vez más, se señala que la Directiva reconoce el derecho a la reagrupación familiar y determina las condiciones para su ejercicio⁶⁴⁶, y la confirmación de que los Estados miembros de la Unión, a tenor del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, tienen la obligación de autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Véanse la comunicación del Consejo, COM (2010) 573 final, de 19.10.2010 sobre “Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

⁶⁴⁷ Vid. Comunicación de la Comisión, Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

Finalmente la Directiva debe interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales, en especial el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el principio de no discriminación, los derechos del niño y el derecho a un recurso efectivo consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁶⁴⁸.

3. La obligación de la aplicación de la Directiva 2003/86/CE por parte de los Estados miembros de la UE, de acuerdo con los protocolos 20, 21 y 22 anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y a los Estados parte de EEE y AELE (asociación europea de libre comercio).

Conforme al considerando quinto de la Directiva 2003/86/CE sobre derecho a reagrupación familiar de los nacionales de los terceros países que residan legalmente en el territorio de la UE, donde se impone a los Estados la obligación de aplicar las disposiciones de la Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual, con el fin de garantizar la protección de la familia, así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar. Ahora bien, según el considerando 17 y 18 de la Directiva, existen excepciones a dicha obligación, por lo que excluye al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, y por tanto dichos países pueden abstenerse de la aplicación de la Directiva 2003/86/CE. El artículo 1 del protocolo nº 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁶⁴⁹, establece que pese a lo dispuesto en los artículos 26 y 77 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cualquier otra disposición de dicho tratado o en el Tratado de la Unión Europea, en cualquier medida adoptada en virtud de dichos tratados o en cualquier acuerdo internacional celebrado por la Unión o por la Unión y sus Estados miembros con uno o más terceros Estados, el Reino Unido tendrá derecho a ejercer en sus fronteras con otros Estados

⁶⁴⁸ *Vid.* Comunicación de la Comisión, Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

⁶⁴⁹ PROTOCOLO N° 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del TFUE al Reino Unido y a Irlanda. Y PROTOCOLO N.º 21, Sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia Disposiciones, que se incorporarán como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

miembros, respecto de personas que deseen entrar en el Reino Unido, los controles que pueda considerar necesarios para verificar el derecho de entrada en el territorio del Reino Unido de ciudadanos de Estados miembros o de las personas a su cargo que se acojan a derechos otorgados por el Derecho de la Unión, así como de ciudadanos de otros Estados a quienes otorgue tales derechos un acuerdo que vincule al Reino Unido o decidir si concede a otras personas el permiso de entrar en el territorio del Reino Unido. Confirmando también que las referencias al Reino Unido contenidas en el artículo 1 del protocolo nº 20 del TFUE, incluirán los territorios cuyas relaciones exteriores asuma el Reino Unido. El artículo 2 del protocolo afirma que “en la medida en que mantengan dichos acuerdos, lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo será de aplicación a Irlanda en los mismos términos y condiciones que al Reino Unido”⁶⁵⁰. Como señala en el considerando 17 de la Directiva 2003/86/CE, “de conformidad con los artículos 1 y 2 del dicho protocolo, Reino Unido e Irlanda no participan en la adopción de la Directiva, ni están obligados ni sujetos por su aplicación”. De hecho y de conformidad con el artículo 1 del protocolo nº 21 del TFUE⁶⁵¹ que apunta que con sujeción a lo dispuesto en el artículo 3 de dicho protocolo, el Reino Unido e Irlanda no participarán en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y asimismo en su artículo 2 de dicho protocolo señala que, ninguna de las disposiciones del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ninguna medida adoptada en virtud de dicho título, ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la Unión en virtud de dicho título y ninguna resolución del Tribunal de Justicia interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas será vinculante ni aplicable al Reino Unido ni a Irlanda⁶⁵². Así pues, dicho protocolo excluye a Reino Unido e Irlanda, de la aplicación de lo expuesto en el título V de TFUE, en referencia a los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

Asimismo en el caso de Dinamarca, el considerando 18 de la Directiva 2003/86/CE señala que en virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo núm. 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

⁶⁵⁰ *Vid.* los artículos 1 y 2 del protocolo nº 20 de TCE y TFUE.

⁶⁵¹ PROTOCOLO No 21 del TFUE sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

⁶⁵² *Vid.* los artículos 1 y 2 del protocolo nº 21 del TFUE.

Dinamarca no participa en la adopción de la Directiva 2003/86/CE, ni está obligada ni sujeta por su aplicación. De conformidad con dicho protocolo, Dinamarca no participará en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y asimismo tampoco ninguna de las disposiciones del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento⁶⁵³ de la Unión Europea vinculará y ni le será aplicable a Dinamarca⁶⁵⁴.

Concluyendo lo anteriormente señalado, estos países, (el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) aun siendo Estados miembros de la Unión Europea, con la firma de los protocolos antes mencionados, se les excluye de la aplicación de las medidas, artículos o disposiciones de los tratados de forma total o parcial⁶⁵⁵.

Respecto a Islandia, Noruega y Liechtenstein, estos países no son Estados miembros de la Unión Europea, pero son miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE)⁶⁵⁶. El 2 de mayo de 1992 en Oporto se firmó un Acuerdo⁶⁵⁷ entre los 12 Estados miembros de entonces de la CE y los 7 miembros de la AELC (Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suecia y Suiza) que en aquel momento formaban parte de dicha Asociación. Desde entonces tres de los miembros de AELC (Austria, Finlandia y Suecia) pasaron a ser miembros de pleno derecho de la Unión Europea. El Acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1994. Los nuevos Estados miembros que se adhirieron a la UE han pasado automáticamente a formar parte del EEE, así también como los nuevos estados que van

⁶⁵³ *Vid.* TFUE, Título V. Espacio de libertad, seguridad y justicia (Arts. 67 a 89).

⁶⁵⁴ PROTOCOLO N° 22 del TFUE, sobre la posición de Dinamarca, los artículos 1 y 2 de parte 1 del protocolo.

⁶⁵⁵ La normativa de la Unión Europea se aplica en su totalidad a todos los Estados miembro. Pero existe excepciones para algunos países en determinadas políticas comunitarias, con el fin de evitar un bloqueo de las mismas con leyes nacionales y otras normativas ya existentes. Son los llamados “opt-outs” o “cláusulas de exención” que implica la no participación en procesos de adopción y desarrollo, o proceso denominado “opt-in” o “cláusulas de inclusión”, que cuando los países que quedan “exentos” de una ley también pueden, en ocasiones, unirse a acciones concretas si así lo desean. Se regulan en los Protocolos adjuntos a los Tratados.

⁶⁵⁶ En virtud del artículo 217 del TFUE (acuerdos de asociación), El Espacio Económico Europeo (EEE) se formó en 1994 para ampliar las disposiciones de la Unión Europea sobre el mercado interior a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Actualmente Islandia, Noruega y Liechtenstein son los Estados parte en el acuerdo de EEE. (www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/32a2_es.htm).

⁶⁵⁷ Véanse, Decisión del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte. Publicado en «DOCE» núm. 1, de 3 de enero de 1994.

incorporando a la Unión. Según el artículo 1 del Acuerdo, el EEE incorpora las cuatro libertades del mercado interior (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)⁶⁵⁸. La regulación de libre circulación de personas se contiene en los artículos 28, 29 y 30 del acuerdo EEE. En 2007 Comité Mixto del EEE mediante la decisión núm. 158/2007 de 7 de diciembre de 2007⁶⁵⁹ incorporó la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, y por consiguiente, se suprimió del acuerdo todas las Directivas que han sido derogados por la Directiva 2004/38/CE, (las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE). De esta forma, los ciudadanos de los partes contratantes del Acuerdo EEE al igual que los miembros de sus familiares se rigen por el régimen comunitario en materia de libre circulación y residencia. En relación a los nacionales extracomunitarios, cada parte contratante conservará su autonomía en cuanto al trato que reserve a los nacionales de terceros Estados.

Suiza no es un Estado miembro de la UE pero es miembro de la AELC⁶⁶⁰. Suiza participó en las negociaciones del Acuerdo sobre el EEE y lo firmó el 2 de mayo de 1992, inmediatamente el día 22 de mayo del mismo año presento la solicitud de adhesión al EEE. Pero el Consejo Federal de Suiza detuvo la candidatura a raíz de un referéndum celebrado el 6 de diciembre de 1992 y que arrojó un resultado contrario a la participación de Suiza en el Acuerdo sobre el EEE. Suiza ha tenido desde ese momento categoría de observador en la EEE, y sus relaciones con la UE han progresado mediante acuerdos

⁶⁵⁸ Los nuevos textos relativos al mercado interior son examinados por el Comité Mixto del EEE compuesto por representantes de la Unión Europea y de los tres Estados de AELC del EEE. En sus reuniones mensuales, este organismo se encarga de decidir qué actos legislativos y, más en general, qué actos de la UE (acciones, programas, etc.) se deben incorporar al EEE. La incorporación se realiza oficialmente mediante la inclusión de los actos en cuestión en las listas de protocolos y anexos al acuerdo sobre el EEE. De esta manera, varios miles de actos de la UE se han incorporado al acuerdo sobre el EEE. El Consejo del EEE, compuesto por representantes del Consejo de la UE y por los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados AELC del EEE, se reúne al menos dos veces al año para dar las orientaciones políticas correspondientes al Comité Mixto.

⁶⁵⁹ Decisión del Comité Mixto del EEE no 158/2007 de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE. Publicado en «DOCE» núm. L 124/20 del 8 de mayo de 2008.

⁶⁶⁰ Suiza, no forma parte del EEE, pero es miembro de la AELC. existe más de 120 tratados bilaterales sectoriales que vinculan a Suiza con la UE, que en gran medida son las mismas disposiciones que las adoptadas por otros países del EEE en los ámbitos de la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

bilaterales tendentes a salvaguardar la integración económica con la UE. El primer paquete de acuerdos, conocido como “Acuerdos bilaterales”⁶⁶¹, fue suscrito en 1999 para su entrada en vigor en 2002. Constaba de siete acuerdos, entre cuales el acuerdo de la libre circulación de personas, con el que se concede a los ciudadanos Suizos el mismo estatuto que cualquier ciudadano de un Estado miembro de la UE. En el anexo I del “Acuerdos bilaterales I” recoge las disposiciones que regulan la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte, y la Confederación Suiza por otra⁶⁶². El artículo 1 del acuerdo señala que el objetivo del acuerdo es conceder a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea y de Suiza un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y el derecho de residir en el territorio de las partes contratantes de las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales. El anexo I del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte, y la Confederación Suiza por otra, establece que las partes contratantes admitirán en su territorio a los nacionales de las otras partes contratantes y a los miembros de su familia, sin otro requisito que la presentación de un documento de identidad o de un pasaporte válido. Asimismo tampoco podrá imponerse ningún visado de entrada ni obligación equivalente, excepto a los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de una parte contratante. La parte contratante interesada concederá a estas personas todas las

⁶⁶¹ Los acuerdos bilaterales UE-Suiza están distribuidos en dos paquetes. Los Acuerdos del Paquete I se firmaron en 1999 tras el rechazo suizo a participar en el acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE), y Los Acuerdos del Paquete II se firmaron en 2004, cubriendo entre otros: la participación suiza en Schengen. Además, en 2010 se firmó un acuerdo sobre la participación de Suiza en los programas europeos de educación, capacitación profesional y juventud. En diciembre de 2013, la UE y Suiza firmaron además un acuerdo de Cooperación en Programas europeos de Navegación por Satélite, que está pendiente de ratificación por algunos Estados miembros, pero que fue ratificado por España en octubre de 2014. El 28 de mayo de 2015, Suiza y la UE firmaron en Bruselas un acuerdo para el intercambio automático de información de datos financieros, tras diez años de negociaciones sobre el anterior acuerdo de fiscalidad del ahorro que entrará en vigor el 1 de enero de 2017. (www.comercio.gob.es/es-ES/comercio...bilaterales-union.../suiza.aspx).

⁶⁶² Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra - Acta final - Declaraciones conjuntas - Información relativa a la entrada en vigor de los siete acuerdos con la Confederación Suiza en los sectores siguientes: libre circulación de personas, transporte aéreo y por carretera, contratos públicos, cooperación científica, reconocimiento mutuo en materia de evaluación de la conformidad y agricultura. Publicado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* n° L 114 de 30/04/2002 p. 0006 – 0072.

facilidades para obtener los visados que les sean necesarios⁶⁶³. Los nacionales de una parte contratante tendrán el derecho de residir y de ejercer una actividad económica en el territorio de la otra parte contratante, con arreglo a lo dispuesto en el acuerdo. Este derecho se hará constar mediante la entrega de un permiso de residencia. Asimismo los miembros de la familia de un nacional de una parte contratante que tenga derecho de residencia, cualquiera que sea su nacionalidad, tendrán el derecho de instalarse con él⁶⁶⁴. Con dicho acuerdo sobre libre circulación de personas, los ciudadanos Suizos se rigen también del régimen aplicable a los ciudadanos europeos.

En definitiva, Suiza y los estados miembros del EEE (Islandia, Noruega y Liechtenstein) no tienen la obligación de la aplicación ni están sujetos a la Directiva 2003/86/CE.

4. El objetivo y condiciones para ejercicio del derecho a la reagrupación Familiar

El objetivo de la Directiva 2003/86/CE es armonizar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia, proteger la unidad familiar y respetar a la vida familiar, otorgar un trato justo y facilitar la integración de los nacionales de terceros países⁶⁶⁵. Todo ello con el fin de establecer normas comunes en materia del derecho a la reagrupación familiar para permitir a los miembros de la familia de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea que se reúnan con ellos en el país de la UE donde residen. Como señala en los considerandos del texto 2003/86/CE, la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, lo que permite la creación de una estabilidad sociocultural, que ayuda la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro⁶⁶⁶. Aunque la Directiva tiene un carácter mínimo y deja un amplio margen de discrecionalidad⁶⁶⁷ a los Estados miembros, reconoce el derecho de la reagrupación familiar a los nacionales de los terceros países e impone a los Estados miembros la obligación de la aplicación del mismo a los miembros de la familia

⁶⁶³ *Vid.* El artículo 1 del anexo I del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la CE con la Confederación Suiza.

⁶⁶⁴ *Vid.* El artículo 2 y 3 del anexo I del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la CE con la Confederación Suiza.

⁶⁶⁵ *Vid.* Los considerandos 2 y 3 del texto de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁶⁶ *Vid.* Apartado 4 de los considerandos de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁶⁷ *Vid.* Los considerandos 11, 12 y 14 de la Directiva 2003/86/CE, en relaciona con los límites y las causas de denegación de la reagrupación familiar.

nuclear, que incluye al cónyuge y a los hijos menores de edad⁶⁶⁸. La finalidad de la norma comunitaria es conseguir una armonización entre las legislaciones nacionales para defender y ejercicio de un interés común. En el considerando 16 del texto de la Directiva se señala que los objetivos de la acción pretendida, con el establecimiento de un derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que se ejerza según modalidades comunes, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción, a escala de la Unión. La Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del tratado. Se justifica además que la Directiva se ajusta al principio de proporcionalidad, ya que no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos⁶⁶⁹. Por lo consiguiente, se imponen obligaciones a los Estados miembros que adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión⁶⁷⁰. Asimismo los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión⁶⁷¹. En cuando a las condiciones para poder ejercer el derecho de reagrupación familiar, queda a la discrecionalidad de los Estados miembros fijar las condiciones y exigencia que debe cumplir el reagrupante para disfrutar el ejercicio del este derecho⁶⁷².

El punto 2 del artículo 7 de la Directiva señala que los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional. Esto es, el cumplimiento de determinadas medidas de carácter facultativo, tomado e introducido en la legislación nacional por parte del Estado miembro. Ahora bien estas medidas no tienen que generar obstáculo e incertidumbre al ejercicio de este derecho, y todas las medidas de la integración de los extranjeros deben ser proporcionadas y accesibles para los solicitantes de la reagrupación familiar sin

⁶⁶⁸ *Vid.* Artículo 1 de la Directiva y punto 9 de considerando del texto de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁶⁹ *Vid.* Apartados 3 y 4 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

⁶⁷⁰ *Vid.* Párrafo 2 del punto 3 del artículo 4 del TUE.

⁶⁷¹ *Vid.* Párrafo 3 del punto 3 del artículo 4 del TUE.

⁶⁷² Los artículos 7 y 8 del capítulo IV de la Directiva 2003/86/CE.

discriminación, con el fin de ir acercando a los extranjeros a las costumbres y forma de vida del país de acogida, donde residen⁶⁷³.

5. Sujetos beneficiarios

a) Nacionales de un tercer país no miembro de UE o EEE

Los beneficiarios del derecho a la reagrupación son los familiares de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. La Directiva 2003/86/CE define a reagrupante, como la persona nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro, que solicita la reagrupación familiar o los miembros de cuya familia la solicitan⁶⁷⁴. Según el apartado primero del artículo 3 de la Directiva 2003/86/CE, se establece dos condiciones para ser admisible como reagrupante familiar, ser titular de un permiso de residencia de al menos un año y tener fundadas perspectivas de obtener el derecho de residencia permanente⁶⁷⁵. Según lo establecido en el artículo 1 del Reglamento 1030/2002/CE⁶⁷⁶, el “permiso de residencia” es cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permita a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio. Y según señala en su apartado 2.b) del mismo artículo, “nacional de un tercer país” es cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión en el sentido del apartado 1 del artículo 20 del TFUE (antiguo artículo 17 del TCE). De hecho para la aplicación de la Directiva, tanto el reagrupante como sus familiares a reagrupar deben ser nacionales de terceros países (países fuera de la UE), esto es, cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión Europea. Como ya he señalado anteriormente, el considerando 9 de la Directiva impone a los Estados miembros que apliquen la reagrupación familiar, en todo caso a los miembros de la familia nuclear (al cónyuge y a los hijos menores de edad), sin que los Estados miembros puedan ejercer su facultad discrecional relativa a dicha aplicación. Pero la Directiva reconoce la facultad discrecional de los Estados miembros en relación de la

⁶⁷³ Vid. STJUE, asunto C-153/14. *Op. Cita*.

⁶⁷⁴ Vid. Letra c) del artículo 2 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁷⁵ QUIRÓS FONTS, Antonio., “*Derecho comunitario de extranjería*.....”, *op. cit.*, pp. 407-409; también GÓMEZ CAMPELO, Ester., “*La compleja aplicación de la Directiva*.....”, *op. cit.*, pp. 86-88.

⁶⁷⁶ REGLAMENTO (CE) No 1030/2002 DEL CONSEJO de 13 de junio de 2002 por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. Publicado en «DOCE» serie L 157/1, 15.6.2002.

ampliación de tal derecho a otros miembros de la familia, en este caso como señala en el texto de considerandos, los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante⁶⁷⁷. El artículo 3 de la Directiva señala que la Directiva no se aplicará en aquellas ocasiones que, exista una solicitud del reconocimiento del estatuto de refugiado y cuya solicitud aún no haya sido objeto de resolución definitiva. O esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o que solicite la autorización de residir por este mismo motivo y se encuentre a la espera de resolución sobre su estatuto. En caso de que esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de formas subsidiarias de protección de conformidad con las obligaciones internacionales, las legislaciones nacionales o las prácticas de los Estados miembros, o que solicite la autorización de residir por este mismo motivo y se encuentre a la espera de resolución sobre su estatuto. Y asimismo no se aplicará a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión⁶⁷⁸.

b) Refugiados

La Directiva define a refugiado como cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967⁶⁷⁹. Reconociendo que la situación de los refugiados requiere una atención especial, debido a los motivos que les obliga a huir de su país y que les impide llevar en el mismo una vida de familia, a este respecto, conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. En el apartado 2 a) del artículo 3 de la Directiva 2003/86/CE se expone que la Directiva no se aplicará cuando el reagrupante solicite el reconocimiento del estatuto de refugiado y cuya solicitud aún no haya sido objeto de resolución definitiva. En el capítulo V de la Directiva

⁶⁷⁷ *Vid.* El punto 10 del texto de considerandos de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁷⁸ *Vid.* Artículo 3 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁷⁹ Artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, modificado por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Publicado en: «BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

2003/86/CE se incorpora, como novedad, un procedimiento especial con algunas normas más favorables, en relación a la reagrupación familiar para garantizar el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria⁶⁸⁰. El artículo 9 de la Directiva dice que las disposiciones del capítulo V se aplicarán a la reagrupación familiar de los refugiados, una vez reconocido el estatuto de refugiado por los Estados miembros. Por lo que respecta a la definición de los miembros de la familia de refugiado, el artículo 10 de la Directiva 2003/86/CE establece que en este caso se aplicarán las disposiciones del artículo 4, donde en su apartado 1, establece que los miembros de la familia nuclear, es decir, la pareja y los hijos menores, tienen en todo caso derecho a la reagrupación familiar. El TJUE señala que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 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 obligan a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional⁶⁸¹. La Directiva reconoce la facultad de los Estados miembros para limitar la aplicación de las disposiciones del capítulo V, en lo que refiere al artículo 9 apartado 2 y el artículo 12 apartado 1 de la Directiva. Un margen de maniobra que los Estados miembros no deben usar en detrimento del objetivo o la eficacia de la Directiva. Dado que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, las excepciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva, y por tanto el margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros no debe emplearse de una manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil⁶⁸². Como he señalado antes en lo relativo a los miembros de la familia de los refugiados, la Directiva señala que se aplicarán las disposiciones del artículo 4 de la Directiva, a excepción del tercer párrafo del apartado 1 (art. 4), que no se aplicará a los hijos de refugiados. Asimismo, podrán ampliar este derecho y autorizar la reagrupación a otros miembros de la familia no mencionados en el artículo 4 de la Directiva si están a cargo del refugiado. En caso de que el refugiado sea un menor no acompañado, exige a los Estados miembros, con fines de reagrupación familiar, autorizar la entrada y la residencia de sus ascendientes en línea

⁶⁸⁰ Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE en lo relativo a la reagrupación familiar de refugiados, los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Directiva.

⁶⁸¹ *Vid.* asunto C-540/03, apartado 60. *op. cita.*

⁶⁸² *Vid.* asunto C-578/08, Chakroun, apartado 43. *op. cita.*

directa y en primer grado sin exigir los requisitos mencionados en el apartado 2.a) del artículo 4 de la Directiva, en relación al criterio de falta del apoyo familiar adecuado en el país de origen. Y añade que los Estados miembros podrán autorizar la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, cuando el refugiado no tenga ascendientes en línea directa o éstos no puedan encontrarse. En este caso reconoce a los Estados miembros la facultad discrecional para actuar y autorizar la entrada y residencia de tutor legal del menor⁶⁸³. Respecta a la presentación y al examen de la solicitud, se aplicara las disposiciones en el artículo 5 de la Directiva 2003/86/CE, excluyendo de la aplicación lo dispuesto en el apartado 2 que son los documentos acreditativos de los vínculos familiares y del cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 4 y 6 y, en su caso, en los artículos 7 y 8 de la Directiva. Cuando un refugiado no está en disposición de presentar documentos que acrediten los vínculos familiares, el Estado miembro, con arreglo a la legislación nacional examinará otras pruebas de la existencia de dichos vínculos. Una resolución denegatoria de una solicitud no podrá basarse únicamente en la falta de documentos justificativos⁶⁸⁴.

Asimismo los Estados miembros no exigirán al refugiado o a los miembros de su familia, respecto de las solicitudes relativas a los miembros de la familia mencionados en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva (el cónyuge y los hijos menores), que presente la prueba de que el refugiado cumple los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Directiva. Sin embargo, las medidas de integración previstas en el art. 7.1 de la Directiva se podrán aplicar, en primer lugar, cuando la solicitud de reagrupación familiar no se haya presentado en el plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado y, en segundo lugar, los Estados miembros podrán requerir al refugiado y a los miembros de su familia que cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional. Dichas medidas sólo podrán aplicarse una vez se haya concedido la reagrupación familiar a las personas de que se trate⁶⁸⁵. En caso de que la reagrupación familiar sea posible en un tercer país con el que el reagrupante o el miembro de la familia posean lazos especiales, los Estados miembros podrán exigir que se presente la prueba de los requisitos

⁶⁸³ *Vid.* apartado 3 b) del artículo 10 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁸⁴ *Vid.* El apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁸⁵ *Vid.* El párrafo 2 del apartado 2 del artículo 7, y el párrafo 1 del artículo 12 de la Directiva 2003/86/CE.

establecidos en el artículo 7 de la Directiva. Asimismo los Estados miembros no podrán exigir al refugiado el requisito de residencia legal en su territorio durante un período de tiempo⁶⁸⁶, si el refugiado ha residido en su territorio durante un determinado período de tiempo antes de reagrupar a los miembros de su familia con él⁶⁸⁷.

Como se puede ver en el apartado 2 del artículo 9 y el apartado 1 del artículo 12 del capítulo V, los Estados miembros podrán limitar la aplicación de estas normas, lo que no tiene suficientemente en cuenta las particularidades de las situaciones de los refugiados, dificultades prácticas relacionadas con su situación específica que es de naturaleza diferente de aquellas a las que se enfrentan otros nacionales de terceros países. Estas situaciones se concretan en pasar largos períodos en el exilio o en el territorio de un Estado miembro a la espera del resultado del procedimiento de asilo. En este tiempo pueden haber fundado una familia, o desconocer si algún miembro de su familia está todavía vivo o que les resulte imposible aportar datos sobre su localización o aportar la documentación necesaria para presentar la solicitud de reagrupación en un breve plazo tras la recepción del estatuto de protección, o que los miembros de su familia pueden haber sufrido situaciones de conflicto, traumas y dificultades extremas similares a las de los propios refugiados. Situaciones, que con todo lo señalado anteriormente, deben examinarse en este con el fin de estudiar si esas posibles limitaciones deben suprimirse de la directiva⁶⁸⁸. Esto es, las disposiciones del capítulo V relativo a reagrupación familiar de refugiados, de forma general favorecen un procedimiento para la obtención de reagrupación familiar de carácter especial y preferente, por el motivo de que la situación de los refugiados requiere una atención especial, y a este respecto, la Directiva 2003/86/CE contempla condiciones más favorables a los refugiados para proteger y facilitar el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar.

c) Reagrupantes

Como he señalado antes, la Directiva 2003/86/CE en su artículo 2 c), define a reagrupantes como, la persona nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un

⁶⁸⁶ El párrafo primero del artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁸⁷ El párrafo segundo del artículo 12 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁸⁸ *Vid.* LIBRO VERDE, COM (2011) 735 final, *op. cita.*

Estado miembro, solicita la reagrupación familiar o los miembros de cuya familia la solicitan. De conformidad con el artículo 3 apartado 1 de la Directiva, el reagrupante, a partir del momento que disponga de un permiso de residencia válida de un periodo superior o igual a un año y que tenga perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, podrá presentar una solicitud de reagrupación familiar. El derecho que también se reconoce a los miembros de su familia, para poder solicitar la reagrupación familiar, de conformidad con art. 2 c) de la directiva, desde el momento que reagrupante dispone de este derecho. Del contenido de dicho artículo se puede extraer lo siguiente: tanto el reagrupante como los miembros de su familia pueden solicitar la reagrupación familiar. Este derecho, de los familiares a solicitar la reagrupación familiar es un derecho derivado que nace en virtud de ser familiar del reagrupante residente legal en un estado miembro de la Unión⁶⁸⁹, que en virtud del cumplimiento de las condiciones señalada en el artículo 3 de la Directiva, tiene derecho a solicitar la reagrupación de su familia, en el Estado de acogida donde reside. Familiares que en principio, como señala en el artículo 4 de la Directiva, son el cónyuge y los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos de cualquiera de ellos con la condición de tener la custodia o que los hijos dependan de ellos, y por consiguiente los estados deben autorizar la entrada y la residencia de dichos familiares, una vez que cumplan las condiciones establecidas en el capítulo 4 y asimismo en el artículo 16 de la directiva⁶⁹⁰. Asimismo el artículo 5 de la directiva indica que los Estados miembros determinarán si, con el fin de ejercer el derecho a la reagrupación familiar, la solicitud de entrada y de residencia debe ser presentada ante las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, ya sea por el reagrupante, o por el miembro o miembros de la familia⁶⁹¹.

d) Menor no acompañado

Los instrumentos legislativos de la UE relativos al asilo, la inmigración y la trata de seres humanos abordan, directa o indirectamente, la situación específica de los menores no

⁶⁸⁹ El apartado 3 del artículo 13 de la Directiva 2003/86/CE apunta que “La duración de los permisos de residencia concedidos a los miembros de la familia no superará, en principio, la fecha de caducidad del permiso de residencia que posea el reagrupante”.

⁶⁹⁰ Apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE.

⁶⁹¹ Apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 2003/86/CE.

acompañados y regulan la protección reforzada de derechos de los menores no acompañados. La Resolución del Consejo 97/C 221/03 se refiere directamente a este colectivo. Se trata de un instrumento jurídico de carácter no vinculante que tenía por objetivo definir las líneas directrices sobre el trato que debe darse a los menores no acompañados, especialmente en lo que respecta a las condiciones de acogida, estancia y retorno, así como, en el caso de los solicitantes de asilo, y al desarrollo de los procedimientos que les son aplicables. En relación con la vida familiar del niño, el apartado 3 del artículo 3 del dicho resolución expone que, con fines de reagrupación familiar, los Estados miembros deberían procurar encontrar lo antes posible a la familia del menor no acompañado, o localizar el lugar de residencia de sus familiares, independientemente del estatuto jurídico de los mismos y sin prejuzgar la fundamentación de una posible solicitud de residencia, y define a menor no acompañado, como los nacionales de terceros países de menos de dieciocho años de edad que entran en el territorio de los Estados miembros sin ir acompañados por un adulto responsable, por mandato legal o según la costumbre, y mientras ningún adulto se haga cargo de ellos⁶⁹². Existen otras normas y disposiciones en las directivas y reglamentos de la extranjería y del asilo de carácter común, y por lo tanto vinculante para los Estados miembros de la Unión. Normas que regulan la situación de los extranjeros adultos solicitante de asilo. Por consiguiente, por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los menores no acompañados, y el interés superior del mismo, que constituye una consideración primordial, dedican aunque de manera limitada, a adoptar normas y disposiciones para proteger los miembros de este colectivo. La Convención sobre el Derecho del Niño y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, exponen que en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones

⁶⁹² Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, 97/C 221/03, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros. Publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* N° C 221/23. Asimismo la Observación General N° 6 (2005) relativo a Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Se entiende por "niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 39° período de sesiones 17 de mayo a 3 de junio de 2005. Naciones Unidas, CRC/GC/2005/6 de 1° de septiembre de 2005.

privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.⁶⁹³.

Por ejemplo, cuando a un menor extranjero no acompañado que puede ser objeto de una medida de protección temporal, se le aplica la Directiva 2001/55/CE⁶⁹⁴, una medida con el fin de ofrecer la protección temporal o subsidiaria para no dejar totalmente desprotegidas a personas extracomunitarias, en este caso los menores no acompañados que no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado, pero que necesitan protección por un periodo determinado. Esta Directiva obliga a los Estados miembros a proporcionar a los menores extranjeros no acompañados la asistencia que necesiten, médica o de otro tipo⁶⁹⁵, y el acceso al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida⁶⁹⁶. Asimismo también obliga a los Estados miembros a adoptar lo antes posible medidas para garantizar que los menores no acompañados beneficiarios de la protección temporal dispongan de la necesaria representación a través de un tutor legal, o, en caso necesario, de una organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, o de otro tipo adecuado de representación⁶⁹⁷. En caso del menor no acompañado solicitante de asilos, el Reglamento «Dublín II»⁶⁹⁸, en su artículo 6 expone que, si el solicitante de asilo es un menor no acompañado, será responsable del examen de su solicitud el Estado miembro en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia, siempre que ello redunde en el interés superior del menor, y añade que en caso de ausencia de un miembro de su familia, será responsable de examinar su solicitud, el Estado miembro en el que el menor la haya presentado. El artículo 16 de la misma directiva señala que si el solicitante de asilo es un menor no acompañado que tiene uno o varios familiares en otro Estado miembro que

⁶⁹³ Artículo 3 del Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Y artículo 24 de la CDFUE.

⁶⁹⁴ La Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Publicado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 212/12 de 7.8.2001.

⁶⁹⁵ *Vid.* Apartado 4 del artículo 13 de la Directiva 2001/55/CE.

⁶⁹⁶ *Vid.* Apartado 1 del artículo 14 de la Directiva 2001/55/CE.

⁶⁹⁷ *Vid.* Apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 2001/55/CE.

⁶⁹⁸ Reglamento (CE) no 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

pueden ocuparse de él, los Estados miembros reunirán en lo posible al menor con su familiar o familiares, así también transfiriéndose en tal caso la responsabilidad de examinar su solicitud de asilo al Estado de residencia de tales familiares, a menos que ello no redunde en el interés superior del menor. Asimismo la Directiva 2003/9/CE relativa a las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, dedica el capítulo IV de la Directiva para la protección de las personas con necesidades particulares, señalando que los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de las personas vulnerables, entre ellas los menores, menores no acompañados, que presentan necesidades particulares después de una evaluación individual de su situación. También se exige que las personas que trabajen con menores no acompañados deban tener la formación adecuada sobre las necesidades del menor o bien recibirla. Los Estados miembros atendiendo al interés superior del menor no acompañado, adoptarán las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante una tutela legal, y tratarán de encontrar cuanto antes a los miembros de la familia de los menores no acompañados.

La Directiva, además, establece en su artículo 19 que los estados miembros alojen adecuadamente, teniendo en cuenta la madurez, la edad e interés superior del mismo (MNA), mientras sigue el procedimiento de la solicitud en el Estado miembro de acogida en el que se haya presentado o se esté examinando dicha solicitud⁶⁹⁹. Dicho alojamiento deberá ser con parientes adultos, en una familia de acogida, en centro de acogida con instalaciones especiales para menores o en otros alojamientos adecuados para menores. Asimismo, los Estados miembros también podrán alojar a los menores no acompañados a partir de los 16 años de edad en centros de acogida para solicitantes de asilo adultos. Otra de las normativas que adopta medidas para la protección de los menor no acompañado es la Directiva 2005/85/CE relativa a normas mínimas para conceder o retirar la condición de refugiado⁷⁰⁰, que impone a los estados miembros que deben establecerse garantías procesales para los menores no acompañados, debido a su vulnerabilidad. En ese sentido, el mejor interés del niño debe ser una consideración principal de los Estados miembros⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ *Vid.* artículo 19 de la Directiva 2003/9/CE.

⁷⁰⁰ Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 326/13 de 13.12.2005.

⁷⁰¹ El punto 14 de considerando de la Directiva 2005/85/CE.

En esta línea y por el interés superior del niño que deberá ser una consideración de primer orden, el artículo 10 de la Directiva 2008/115/CE⁷⁰², adopta medidas en relación a retorno y expulsión de menores no acompañados, y exige que antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, y asimismo antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro deben asegurarse de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno. La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, define al menor no acompañado como “el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros”⁷⁰³. El apartado 3 del artículo 10 de la Directiva 2003/86/CE, impone a los Estados miembros, con fines de reagrupación familiar, autorizar la entrada y la residencia de los ascendientes en línea directa y en primer grado, cuando el refugiado es un menor no acompañado. Mientras que en el caso de los ascendientes en primer grado de MNA, la Directiva impone obligaciones a los estados miembros para la autorización de la entrada y residencia del mismo, en caso de tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia del menor no acompañado (MNA), reconoce la facultad discrecional, exponiendo que “los Estados miembros podrán autorizar la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, cuando el refugiado no tenga ascendientes en línea directa o éstos no puedan encontrarse. La Comisión Europea ha publicado una comunicación al parlamento europeo y al consejo denominada “Plan de acción sobre los menores no acompañados⁷⁰⁴”, donde la comisión considera que las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño deben presidir cualquier acción relativa a los menores no acompañados, afirmando que los instrumentos

⁷⁰² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Publicado en: «DOCE» núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

⁷⁰³ Apartado f del artículo 2 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁰⁴ Plan de acción sobre los menores no acompañados, Comisión Europea (2010 - 2014), SEC (2010)534. Bruselas, 6.5.2010 COM (2010)213 final.

legislativos de la UE relativos al asilo, la inmigración, directa o indirectamente, regulan la protección de sus derechos de los menores no acompañados, pero es necesaria una mayor coherencia y cooperación, a fin de ofrecer respuestas concretas y eficaces al tratamiento del fenómeno, proponiendo la necesidad de hacerlo mediante un enfoque común de la UE⁷⁰⁵, que debería basarse en el respeto de los derechos del niño, tal como han sido reconocidos en la Carta de los derechos fundamentales de la UE y en la CDN, y especialmente en el principio del «interés superior del menor», que debe ser la consideración principal de toda acción emprendida por las autoridades en relación con los menores. Señalando que cualquier menor que necesite protección, la reciba, independientemente de su estatuto de inmigrante, su nacionalidad o sus orígenes, todos los menores sean tratados, en principio y ante todo, como menores. En el apartado 4 del plan de acción, apunta que las medidas de recepción y el acceso a las garantías procesales pertinentes serán aplicables a partir del momento en que se detecte un menor no acompañado tanto en las fronteras exteriores como en el territorio de la UE hasta que se encuentre una solución duradera y acto seguido propone la necesidad de adoptar las medidas adecuadas para garantizar un período de transición sin problemas⁷⁰⁶. A continuación y en relación con los procedimientos aplicables al primer encuentro y normas de protección, señala que los instrumentos de migración pertinentes de la UE ya contienen disposiciones sobre la protección reforzada de los menores no acompañados, disposiciones que son específicas para cada contexto, ya que se aplican a los solicitantes de asilo, los refugiados, los migrantes ilegales y las víctimas de la trata de seres humanos. Además se señala que dichas disposiciones no proporcionan los mismos niveles de protección en cuanto a la acogida y la asistencia. La comisión asimismo manifiesta que la legislación de la UE no prevé la designación de un representante en el momento en que las autoridades detectan a un menor no acompañado, es decir, antes de que entren en funcionamiento los instrumentos pertinentes, la representación sólo está prevista expresamente para los solicitantes de asilo⁷⁰⁷. Por la falta de entendimiento sobre las

⁷⁰⁵ Vid. apartado 1 (introducción) del plan de acción sobre los menores no acompañados (MNA).

⁷⁰⁶ Vid. apartado 4 del plan de acción....., (MNA).

⁷⁰⁷ Vid. Resolución del Consejo, 97/C 221/03, *op. cita*, apartado 3 “Los Estados miembros, de conformidad con su legislación y prácticas nacionales, pueden negar en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas. No obstante, en el caso de menores no acompañados que soliciten asilo, será de aplicación la resolución sobre las garantías mínimas de los procedimientos de asilo, especialmente los principios enunciados en los puntos 23 a 25”. Asimismo el apartado 1 del artículo 19 de la DIRECTIVA 2003/9/CE DEL CONSEJO de 27 de

facultades, la cualificación y la función de los representantes, la comisión valora la necesidad de introducir enmiendas específicas o un instrumento específico que establezca normas comunes sobre la recepción y la asistencia a todo menor no acompañado en lo que respecta a la tutela, la representación legal, el acceso al alojamiento y a la atención, entrevistas iniciales, servicios educativos y atención médica adecuada, etc.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los menores no acompañados, el interés superior del menor constituye una consideración primordial⁷⁰⁸ y se concreta en un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna. El interés superior del niño es un concepto triple: Es un derecho del niño, donde su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Es también un principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y finalmente es una norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados⁷⁰⁹.

enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. Señalando “Los Estados miembros adoptarán lo más rápidamente posible las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante una tutela legal o, en su caso, la representación mediante una organización nacional encargada del cuidado y bienestar del menor, o bien otro tipo de representación adecuada. Se realizarán evaluaciones regulares por parte de las autoridades competentes”.

⁷⁰⁸ El concepto del interés superior del niño aparece en diferentes Tratados internacionales, entre cuales la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. principio 2. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Artículos 5 b y 16, párrafo 1d. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3, párrafo 1. Así en párrafo 2 del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

⁷⁰⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas CRC/C/GC/14.

6. Familiares reagrupables

a) El cónyuge

De conformidad con el artículo 4 apartado 1 de la Directiva 2003/86/CE, el cónyuge, como miembro de familia nuclear, es el principal beneficiario del derecho de reagrupación familiar, por lo que la Directiva exige a los Estados miembros, que autoricen la entrada y residencia del cónyuge del reagrupante, siempre que se cumplan las demás condiciones establecidas en el apartado 1 del artículo 4 de dicha Directiva⁷¹⁰. Junto al carácter obligatorio que presenta dicha disposición, la Directiva reconoce a los Estados miembros que puedan ejercer su facultad discrecional para establecer una edad mínima, tanto para el reagrupante como para el cónyuge. Por lo que la Directiva ve a tal medida como un objeto para garantizar un mayor grado de integración y asimismo evitar los matrimonios forzados. Asimismo la medida de una edad mínima establecido por los Estados miembros, donde la directiva señala un umbral máximo que no puede exceder los 21 años. Ahora bien, hay que tener en cuenta que dicha medida no debe restringir o perjudicar el derecho a la reagrupación familiar de los matrimonios casados con la intención de una convivencia matrimonial auténtica y con voluntad de fundar y formar una familia. La Jurisprudencia del TJUE (sentencia C-338/13)⁷¹¹ afirma que a efectos de determinar si se cumple el requisito de edad mínima, la fecha de la presentación de la solicitud de reagrupación familiar o la fecha en la que se resuelva sobre esta solicitud, el legislador de la Unión ha querido dejar a los Estados miembros un margen de apreciación siempre que no se vulnere la efectividad del Derecho de la Unión⁷¹². Asimismo el Tribunal añade que la edad mínima fijada por el Estado miembro de que se trate, considera que una persona ha adquirido una madurez suficiente no sólo para rechazar un matrimonio impuesto sino también para decidir establecerse voluntariamente en otro país con su cónyuge con el fin de llevar una vida familiar con éste en dicho país e integrarse en él⁷¹³. Y como afirma el Tribunal, tal medida no impide el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar ni lo

⁷¹⁰ Apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE “1. Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el artículo 16, de los miembros de la familia, según recogidas en dicho artículo.

⁷¹¹ STJUE, (Sala Segunda), asunto C-338/13. Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria) el 20 de junio de 2013. Derecho a la reagrupación familiar y condiciones exigibles a parejas registradas.

⁷¹² STJUE, C-338/13, apartado 14.

⁷¹³ STJUE, C-338/13, apartado 15.

hace excesivamente difícil, ni tampoco cuestiona el objetivo de prevención de los matrimonios forzados debido a la mayor madurez, será menos fácil influir en los interesados para que celebren un matrimonio forzado⁷¹⁴. El TJUE en dicha sentencia (sentencia C-338/13), declara que el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición no se opone a una normativa nacional que establece que los cónyuges y las parejas registradas ya deben haber cumplido la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud para poder ser considerados miembros de la familia con derecho a la reagrupación.

En lo que se refiere a la pareja no casada o pareja registrada, el apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE, como una cláusula opcional, reconoce a los Estados miembros la libre decisión de incluir a dichas parejas en el ámbito de la reagrupación familiar para autorizar la entrada y la residencia del mismo. Allí se señala que los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria regular la entrada y residencia, de conformidad con la Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada⁷¹⁵. El vínculo familiar entre los miembros de una pareja no casados puede demostrarse con cualquier medio fiable de prueba que ponga de manifiesto el carácter estable y duradero de la relación⁷¹⁶. Ahora bien, en esta misma línea y de acuerdo con el LIBRO VERDE⁷¹⁷, cuando el derecho de familia nacional reconoce a las parejas del mismo sexo registradas y los Estados miembros aplican la cláusula opcional de la Directiva a las parejas registradas, también deben hacerlo en el caso de las parejas de mismo sexo. Todo ello en virtud del considerando 5 de la Directiva donde afirma que “los Estados miembros deben aplicar las disposiciones de la Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características

⁷¹⁴ STJUE, C-338/13, apartado 16.

⁷¹⁵ ABARCA JUNCO, A.P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Capítulo II. Reagrupación familiar”,....., *op. cit.*, pp. 452-455.; Marin Consarnau, Diana., *La Reagrupación Familiar en el Régimen comunitario*..... - *op. cit.*, pp. 188 y 189.

⁷¹⁶ Véanse el apartado 3.2 de la Comunicación de la comisión Bruselas, sobre directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

⁷¹⁷ Vid. LIBRO VERDE, apartado 1.2.2. Bruselas, 15.11.2011 COM (2011) 735 final..... *op. cit.*

genéticas, lengua, religión o ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual⁷¹⁸.

b) Los hijos menores de reagrupantes y de su cónyuge e hijos adoptivos

Como señala la Directiva 2003/86/CE, los hijos menores son los que todavía tienen una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro de acogida (normalmente 18 años) y no están casados⁷¹⁹. El apartado primero del artículo 4 de la Directiva reconoce el derecho de reagrupación familiar a los hijos menores como miembros de familia nuclear y exige a los estados miembros autorizar la entrada y residencia, de los hijos del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales. De la misma forma también a los hijos menores, incluidos los adoptivos, tanto del reagrupante como de su cónyuge, cuando tengan el derecho de custodia y los tenga a su cargo, asimismo el estado de acogida también podrá autorizar la reagrupación familiar de los hijos (del reagrupante y de su cónyuge) cuya custodia se comparte, siempre cuando el otro titular del derecho de custodia este de acuerdo y haya dado su consentimiento.

Con carácter facultativo, en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva y como una clausula opcional, se señala que los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos mayores solteros, tanto del reagrupante como su cónyuge, cuando no son capaces de valerse por sí mismo y no pueden satisfacer sus propios necesidades debido a su estado de salud. Debe señalarse que la Directiva en su párrafo 2 del apartado 4 del artículo 4 señala que en caso de matrimonio poligámico, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante.

⁷¹⁸ véanse RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel., “Parejas de hecho del mismo sexo y derecho a la reagrupación familiar (Comentario a la Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2016, asunto "Pajic contra Croacia", demanda núm. 68453/2013)”, en la Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, Nº. 399, 2016, pp. 188-194.; ABARCA JUNCO, A.P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Capítulo II. Reagrupación familiar.....”, *op. cit.*, p. 455.

⁷¹⁹ Párrafo penúltimo del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE.

Aquí hay que recordar que existen 2 restricciones en forma de excepciones en el artículo 4 de la Directiva, con la condición de que ya formaran parte de la legislación nacional del Estado miembro en la fecha de aplicación de la Directiva⁷²⁰. Primero, el párrafo final del apartado primero del artículo 4 de la Directiva que señala “excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva”. En este sentido los estados miembros deben tener en cuenta el principio del interés superior del menor, por lo que en mismo sentido el TJUE afirma que los Estados miembros deben respetar el interés superior del menor⁷²¹. La segunda restricción se encuentra en el apartado 6 del artículo 4 de la Directiva, que se refiere a los hijos mayores de 15 años, señalando que los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la Directiva y en caso de que las solicitudes se presenta después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar. Como dicho artículo sólo podía introducirse antes de la fecha de aplicación de la Directiva tales limitaciones en la legislación nacional están prohibidas ahora, y por otro parte ningún Estado miembro, ha aplicado esta restricción⁷²².

c) Caso de matrimonio poligámico

En caso de matrimonio poligámico, la Directiva 2003/86/CE señala que el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse con el debido respeto de los valores y principios fundamentales especialmente en lo que refiere a los derechos de las mujeres, como son la igualdad, la libertad y la dignidad⁷²³. Motivos por lo que pide a los estados miembros que pongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas. Asimismo los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión

⁷²⁰ *Vid.* El punto 4 del informe de la comisión, COM (2008) 610 final de Bruselas, 8.10.2008, *op. cit.*

⁷²¹ *Vid.* El apartado 73 y 101 de la STJUE C-540/03, *op. cit.*

⁷²² *Vid.* El punto 4.1 del informe de la comisión, COM (2008) 610 final, *op. cit.*

⁷²³ *Vid.* considerando 11 de la Directiva 2003/86/CE.

Europea, no admiten la celebración de un matrimonio polígamo al amparo de su ordenamiento civil, ni su inscripción en el Registro civil correspondiente⁷²⁴.

Por lo tanto, para no dejar en total desprotección económica y jurídica, a los sujetos como esposas sucesivas e hijos habidos de estas uniones en caso de matrimonio poligámico, algunos de los Estados de la Unión Europea como Inglaterra, Francia o Italia, reconocen determinados efectos a los matrimonios polígamos, con la condición de que el estatuto personal de ambos contrayentes permita la celebración de matrimonios polígamos y que dicho matrimonio haya sido celebrado en un país en el que se reconoce esta configuración familiar⁷²⁵. Teniendo en cuenta la teoría de los efectos atenuados del orden público⁷²⁶ y en base a la misma, los ordenamientos jurídicos reconocen determinados efectos jurídicos a los matrimonios poligámicos, en materia de alimentos, en relación con filiación y en materia de derecho sucesorio⁷²⁷. No hay que olvidar que en este tipo de matrimonios los principales perjudicados son las mujeres y los niños y como los autores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo afirman “en ocasiones es deseable un efecto atenuado de la reserva del orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconocer alimentos, derechos sucesorios, incluso la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges”⁷²⁸.

Volviendo a la postura de la Directiva en relación de los matrimonios poligámicos, la Directiva prohíbe la reagrupación familiar de más de un cónyuge, en caso de la existencia de matrimonio poligámico. La Directiva establece que los Estados miembros no autorizaran la reagrupación familiar a otro cónyuge, en caso de que el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, todo ello con el fin de impedir cualquier discriminación contra la mujer, respetar los principios de igualdad de derechos y el respeto a la dignidad humana⁷²⁹. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979 (CETFDCEM), reconoce la

⁷²⁴ LABACA ZABALA, M^a L., “El Matrimonio Polígamo Islámico y su Repercusión en el Derecho Español”, *publicado en la Revista Jurídica de Castilla Y León*. N.º 18. MAYO 2009, p 286.

⁷²⁵ LABACA ZABALA, M^a L., “*El Matrimonio Polígamo Islámico.....op. cit.* p, 301

⁷²⁶ Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia francesa que surge como consecuencia de las resoluciones dictadas por la Corte de Casación el 11 de abril y el 1 de mayo de 1945.

⁷²⁷ LABACA ZABALA, M^a L., “*El Matrimonio Polígamo Islámico.....*” *op. cit.*, pp. 306 a 309.

⁷²⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado...., op. cit.*, p. 428.

⁷²⁹ *Vid* el apartado 4 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE.

igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera⁷³⁰, asimismo la igualdad entre hombres y mujeres para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio⁷³¹.

d) La ampliación de carácter facultativo de reagrupables

Como ya he señalado anteriormente, la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión Europea, reconoce a los Estados miembros una amplia margen de apreciación tal como se deriva del conjunto de las disposiciones marcadas en la Directiva. Por ejemplo, respecto a la reagrupación familiar en sentido amplio, los Estados miembros pueden decidir ampliar o no el derecho a la reagrupación familiar a otros miembros de la familia del reagrupante, aunque la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de la autorización de entrada y residencia de los miembros de familia nuclear⁷³² del reagrupante, y así ha confirmado TJUE⁷³³, sin que los Estados miembros puedan ejercer su facultad discrecional. El TJUE señala y afirma que el margen de apreciación que la Directiva reconoce a los Estados miembros, no debe emplearse de una manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, a saber, fomentar la reagrupación familiar, ni su eficacia⁷³⁴.

⁷³⁰ Artículo 1º de La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979, «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

⁷³¹ Artículo 16 del CETFDCM : «Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos, relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, aseguran, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres; el mismo derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y a la hora de su disolución».

⁷³² Vid. apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷³³ Vid. STJUE, asunto C-540/03, apartado 60.

⁷³⁴ Vid. STJUE, apartado 40 del asunto C-578/08.

i. Ascendientes

El apartado 2. a) del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE establece que, los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria y de conformidad con la Directiva 2003/86/CE, autorizar la entrada y la residencia a los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, siempre que cumplan las condiciones establecidas en la Directiva, con la condición de que estén a su cargo y por otro lado que carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen. Ahora bien ¿que debe entenderse como “dependencia” y cuál debe ser el criterio de los Estados miembros para fijar la naturaleza de la dependencia a la hora de establecer los criterios para los interesados en relación con la cláusula opcional del apartado 2.a) del artículo 4 de la Directiva? García Garnica. M.C, describe a la dependencia “como un concepto amplio que atiende prioritariamente a la falta de autonomía de la persona a la hora de realizar una o varias actividades básicas de la vida diaria, ya sea por razón de edad o enfermedad. La autora añade que el creciente envejecimiento de población a nivel mundial ha llevado a prestar una especial atención a la dependencia, un fenómeno demográfico, social y económico de primer orden”⁷³⁵. De la jurisprudencia del TJUE se desprende que la condición de miembro de la familia dependiente resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia⁷³⁶, y se ha sostenido que la autoridad competente a la hora de examinar las circunstancias personales del solicitante, también debe tener en cuenta los diferentes factores que puedan ser apropiados y útiles para ese caso concreto. Tales factores son el grado de dependencia física, el nivel de dependencia económica o el grado de relación entre el reagrupante y el miembro de la familia a cargo, porque la dependencia puede variar, dependiendo de la situación de cada caso en concreto y el grado familiar de miembro de la familia de que se trate.

⁷³⁵ GARCÍA GARNICA, María Carmen, *TRATADO DE DERECHO DE LA PERSONA FÍSICA*, Tomo II, Thomson Reuters / M^a del Carmen Gete-Alonso y Galera (Directora) Judith Solé Resina (Coordinadora). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013. Pág., 182.

⁷³⁶STJUE, asunto C-200/02, Zhu y Chen, 9 de octubre de 2004.apartado 43. C-316/85, Lebon, 18 de junio de 1987, apartados 22.

ii. Descendientes

Como ya anteriormente hemos señalado, el punto 9 del texto de considerandos de la Directiva 2003/86/CE dice que, la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad, es decir la familia nuclear se configura como sujeto básico del derecho de reagrupación familiar. Pero a continuación, en el considerando 10 de la Directiva, reflejado en el artículo 4.2 del mismo, señala que Los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. Como vemos la Directiva deja el resto de los familiares reagrupables, los que no entran a la denominada familia nuclear marcada en el artículo 4 de la Directiva, a la discrecionalidad de los estados para autorizar y ampliar o no, el derecho de la reagrupación familiar a otros miembros de familia de reagrupante. De hecho como señala la Directiva en su artículo 4.2.b, los estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada de los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Asimismo en el apartado 3 del artículo 4, se regula la situación de los hijos menores de la pareja no casada incluidos los adoptivos, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean prácticamente capaces de conseguir a sus propias necesidades debido a su estado de salud. En relación a los hijos del matrimonio poligámico, los estados miembros podrán no autorizar y limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante⁷³⁷.

Aquí debemos señalar dos puntos, el primero es el párrafo final del punto 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE, donde se indica que “Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la

⁷³⁷ *Vid.* Apartado 4 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE, “No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante”.

fecha de la aplicación dicha Directiva”. Y por otra parte el punto 6 del artículo 4, donde se establece que “Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la Directiva. Si las solicitudes se presentan después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar”. Del contenido de estas cláusulas se deriva que estas excepciones no podrán ser utilizadas por un Estado miembro, en el caso de que dichas normas no estén vigentes en sus legislaciones en la fecha de entrada en vigor de la Directiva. Ahora bien, unas cláusulas y medidas como éstas, impiden y obstaculizan el derecho a la vida familiar y los principios reconocidos en convenios y tratados internacionales, en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal como señala el considerando 2 de la Directiva, donde textualmente dice “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 y añade que, la presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos⁷³⁸ y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por otra parte, estas medidas y cláusulas también son contrarias a los derechos reconocidos en la convención sobre los derechos del niño (CDN del 20 de noviembre de 1989). En este sentido el TJUE sostiene que los estados miembros deben interpretar y aplicar la Directiva en relación con las disposiciones de la Carta, que recogen el respeto por la vida privada y familiar y los derechos del menor⁷³⁹, y reconoce que el niño,

⁷³⁸ Artículo 8 de CEDH “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

⁷³⁹ Asuntos C-356/11 y C-357/11, O. & S., 6 de diciembre de 2012, en su apartado 80 señala que “No obstante, al realizar tal examen y al determinar, en particular, si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/86, las disposiciones de dicha Directiva deben interpretarse y aplicarse a la luz de los artículos 7 y 24, apartados 2 y 3, de la Carta, como resulta además de los términos del segundo considerando y del artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación de que se trata en interés de los menores afectados y procurando favorecer la vida familiar”.

para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia⁷⁴⁰.

7. Procedimientos

a) Solicitud de entrada y residencia

El artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE, establece que los Estados miembros pueden exigir que el reagrupante haya residido en su territorio de forma legal durante un periodo de tiempo, para poder reagrupar a los miembros de su familia con él, y añade que dicho plazo no podrá superar dos años. Excepcionalmente, este periodo de tiempo puede aumentar hasta 3 años como máximo, entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia, solo en los Estados miembros que ya hubieran tenido en cuenta su capacidad de acogida en el momento de adopción de la Directiva⁷⁴¹.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el procedimiento para ejercer el derecho a reagrupación familiar se inicia con la presentación de la solicitud de entrada y de residencia ante las autoridades competentes del Estado miembro de que se trata. El artículo 5 (capítulo III) de la Directiva 2003/86/CE, establece que la solicitud de entrada y residencia puede ser presentada por el reagrupante o por el miembro/s de la familia que se pretenden reagrupar⁷⁴². La Directiva deja esta cuestión a la decisión libre de los Estados

⁷⁴⁰ *Vid.* Asunto C-540/03, 27 de junio de 2006, apartado 26 “La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce también el principio de respeto de la vida familiar. Se basa en el reconocimiento, expresado en su 6 considerando, de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia. Consiguientemente, el artículo 9, apartado 1, de esta Convención, establece que los Estados Partes deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y, según el artículo 10, apartado 1, de esta obligación se deduce que toda solicitud hecha por un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia debe ser atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”.

⁷⁴¹ En este sentido el TJUE en Asunto C-540/03, apartado 100 sostiene que “Lo mismo cabe decir respecto al criterio de la capacidad de acogida del Estado miembro, que puede ser uno de los elementos tenidos en cuenta al examinar una solicitud, pero no puede ser interpretado en el sentido de que autoriza cualquier sistema de cuotas o un plazo de espera de tres años impuesto sin tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso. En efecto, el análisis del conjunto de los elementos del artículo 17 de la Directiva no permite tener únicamente en cuenta este elemento y obliga a realizar un examen real de la capacidad de acogida en la fecha de la solicitud. al efectuar este análisis, los Estados miembros deben velar por tener debidamente en cuenta el interés mejor del menor.

⁷⁴² Artículo 5.1 de la Directiva 2003/86/CE.

miembros⁷⁴³. Por ejemplo entre otros, en Chipre, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, Polonia, y España el reagrupante es el que presenta la solicitud de reagrupación familiar, y en Alemania, Grecia y Dinamarca, entre otros, los miembros de la familia pueden también introducir la solicitud, excepto en Austria y Hungría, donde el solicitante sólo puede ser un miembro de la familia. En Portugal el miembro de la familia sólo puede presentar la solicitud si se encuentra en Portugal, ya que de otro modo debe ser el reagrupante quien la presente⁷⁴⁴. El punto 3 del artículo 5 de la Directiva señala que la solicitud se presentara cuando los miembros de la familia residan fuera del territorio del estado miembro donde reside el reagrupante⁷⁴⁵. Esta cláusula nos indica que la norma general para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar es la exigencia de que el familiar resida fuera del país donde reside el reagrupante en el momento de presentar la solicitud. Pero la Directiva mediante el considerando 7 y también el segundo párrafo del punto 3 del artículo 5 permite a los estados miembros, en determinadas circunstancias, establecer excepciones y aceptar solicitudes cuando los miembros de la familia estén ya en su territorio⁷⁴⁶. Por ejemplo Dinamarca y Austria aplican esta disposición y permiten la presentación de solicitud por el miembro de la familia que ya se encuentra en los dichos estados. Ahora bien el alcance de la excepción es diferente, ya que Austria permite por razones humanitarias y en caso de Dinamarca, si considera que el retorno del solicitante a su país de origen no es razonable⁷⁴⁷.

b) Documentos acreditativo

El punto 2 del artículo 5 de la Directiva 2003/86/CE, establece que la solicitud debe ir acompañado de los documentos acreditativos. Los documentos que justifiquen los vínculos y lazos familiares, el cumplimiento de las condiciones marcados en los artículos

⁷⁴³ CANEDO ARRILLAGA, María Pilar., “Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., *El derecho de familia ante el siglo XXI : aspectos internacionales*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2004, pág.207.

⁷⁴⁴ *Vid.* Informe de la comisión Bruselas, 8.10.2008 COM (2008) 610 final.

⁷⁴⁵ Artículo 5.3 de la Directiva 2003/86/CE “ La solicitud se presentará y examinará cuando los miembros de la familia residan fuera del territorio del Estado miembro en el que resida el reagrupante”.

⁷⁴⁶ Los Estados miembros tienen un amplio margen de apreciación para determinar el carácter apropiado de las circunstancias, por ejemplo: en caso de hijos recién nacidos, el interés superior de los menores, razones humanitarias, etc. que dependen siempre de las circunstancias individuales.

⁷⁴⁷ *Vid.* Informe de la comisión Bruselas, 8.10.2008 COM (2008) 610 final.

4 y 6 y en su caso los artículos 7 y 8 de la Directiva, además de copias certificadas de los documentos de viaje del miembro o miembros de la familia. Este mismo artículo reconoce a los estados miembros cierto margen de apreciación para decidir si es apropiado y necesario a fin de obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, realizar investigaciones, entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia incluidas las pruebas del ADN⁷⁴⁸. Como señala en el informe de la comisión⁷⁴⁹ los criterios de propiedad y necesidad implican que tales investigaciones no se autorizarán cuando existan otros medios adecuados y menos restrictivos de demostrar la existencia de un vínculo familiar. Aunque la situación y circunstancias que se encuentran cada familia pueden ser diferentes, la solicitud y los justificantes que la acompañen deben ser objeto de una evaluación individual.

El último párrafo del punto 2 del artículo 5 de la Directiva, relativa a la pareja no casada del reagrupante, establece que los estados miembros deben tener cuenta que, el vínculo familiar entre los miembros de una pareja no casados puede demostrarse mediante factores como un hijo en común, una situación de cohabitación previa, el registro de la pareja o con cualquier otro medio fiable que prueba el carácter estable y duradero de la relación, como correspondencia, facturas comunes, cuentas bancarias, propiedad de bienes inmuebles, etc.

El artículo 7 de la Directiva 2003/86/CE señala que los estados miembros pueden requerir al solicitante que junto con la solicitud de reagrupación familiar, aporta documentos que aprueba de que el reagrupante dispone de:

El art 7.1 a) “una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate”. El objetivo de esta disposición es asegurar que el reagrupante y los miembros de su familia disponen del alojamiento adecuado y como podemos ver, esta disposición aunque deja a discreción de los estados miembros la evaluación de dicha vivienda, fija unos límites a los criterios adoptados a tal requisito y

⁷⁴⁸ LA SPINA, Encarnación., “DNA Testing for Family Reunification in Europe: An Exceptional Resource?”, *en Revista Migraciones Internacionales*, Vol. 6, Nº. 3, 2012, pp. 42-62.

⁷⁴⁹Informe de la comisión, Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

señala que los criterios adoptados con este fin no pueden ser discriminatorios⁷⁵⁰. Dicha disposición señala claramente qué tamaño ha de tener o las normas sanitarias que ha de cumplir, u otras condiciones adoptadas no pueden ser más estrictos y deben observar las normas generales de seguridad y sanitarias vigentes en el estado miembro de que se trate. Esto es, una vivienda habitada, por una familia comparable desde el punto de vista del número de personas y la de posición social. Ahora bien un contrato de alquiler o de compra puede servir como prueba suficiente, por el contrario, un contrato de alquiler de duración limitada puede considerarse insuficiente. En caso de largo plazos de espera y tramitación, y teniendo en cuenta la situación económico del reagrupante (obligaciones económicas, gastos para los billetes de viaje para su familia, etc.) y la exigencia de este requisito en el momento de la presentación de la solicitud, puede resultar desproporcionada y debilita el objetivo de la Directiva, al imponer una carga financiera y administrativa excesiva sobre el reagrupante. En esas circunstancias, la Comisión recomienda a los Estados miembros que hagan uso de cierta flexibilidad⁷⁵¹.

El art 7.1 b) “un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia. En la comunicación de la Comisión relativa a las directrices de la aplicación de la Directiva 2003/86/CE, indica que si el Estado miembro en cuestión tiene un seguro de enfermedad obligatorio y universal que también lo sea para los nacionales de terceros países residentes, este requisito debe darse por cumplido⁷⁵². De hecho, la exigencia de un seguro adicional puede suponer un esfuerzo y una carga económica extra para el reagrupante por motivos económicos anteriormente señalado. Ahora bien si el estado miembro dispone de una sistema voluntario mediante el pago de contribuciones, el requisito puede cumplirse con un tipo de seguro de enfermedad condicional después de la aceptación de la solicitud de reagrupación familiar de un miembro de la familia. O un seguro de enfermedad privado que cubra los riesgos que habitualmente cubre el seguro de enfermedad de los nacionales del Estado miembro.

⁷⁵⁰ Vid. el apartado 4.2 de la Comunicación de la Comisión Bruselas, sobre directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

⁷⁵¹ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “*El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras.....*”, *op. cit.*, pág.253.

⁷⁵² Vid. apartado 4.3 de la Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

El artículo 7.1 c) “recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia. Deberán aportarse pruebas de recursos estables y regulares con el fin de que el reagrupante no tenga que recurrir al sistema de asistencia social del estado miembro. Cualquier documento que justifica un ingreso, tal como un contrato de trabajo permanente, prestaciones por jubilación o por invalidez, recursos derivados de actividades por cuenta propio etc. en general, pueden ser suficientes pruebas para determinar la disponibilidad de los recursos.

El TJUE sostiene que “dado que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, la facultad prevista en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE debe interpretarse de manera estricta. El margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse, por tanto, de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, ni el efecto útil de la misma⁷⁵³. Asimismo el Tribunal también específicamente señala “si bien los Estados miembros tienen la facultad de exigir que se acredite que el reagrupante dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, dicha facultad debe ejercerse a la luz de los artículos 7 y 24, apartados 2 y 3, de la Carta, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando también favorecer la vida familiar, así como evitando menoscabar tanto el objetivo de la citada Directiva, como su efecto útil⁷⁵⁴. En relación al artículo 7, apartado 1, letra c) de la Directiva sobre la expresión de “recursos fijos y regulares suficientes” y la expresión de “sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado” como un criterio clave para determinar si se cumple el requisito de los recursos, el TJUE señala que el artículo 7. 1 c), de la Directiva se opone, por un lado, el concepto de “recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención” y, por otro, el de “asistencia social”. Se deduce de esta oposición que el concepto de “asistencia social” que figura en la Directiva tiene por objeto una prestación concedida por las autoridades públicas, sea a escala

⁷⁵³ SSTJUE; asuntos C-356/11 y C-357/11, O. & S., 6 de diciembre de 2012, apartado 74; también asunto C-578/08, Chakroun, 4 de marzo de 2010, apartado 43.

⁷⁵⁴ SSTJUE, asuntos C-356/11 y C-357/11, O. & S., 6 de diciembre de 2012, apartado 82; Asunto C-578/08, Chakroun, 4 de marzo de 2010, apartados 44.

nacional, regional o local, a la que tiene derecho un individuo, en el caso de autos el reagrupante, que no dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia y que, por ello, se arriesga a convertirse durante su estancia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

El concepto de “sistema de asistencia social del Estado miembro” es un concepto autónomo de Derecho de la Unión que no puede definirse refiriéndose a conceptos de derecho nacional. Habida cuenta, en particular, de las diferencias existentes entre los Estados miembros por lo que se refiere a la gestión de la asistencia social, este concepto debe entenderse en el sentido de que se refiere a prestaciones asistenciales concedidas por las autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local. El concepto de «asistencia social» debe interpretarse en el sentido de que recoge una prestación que suple una falta de recursos fijos y regulares suficientes, y no una prestación que permite hacer frente a necesidades extraordinarias o imprevistas⁷⁵⁵. El Tribunal sostiene que “la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar que se la deniega a un reagrupante que ha demostrado disponer de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, pero que, habida cuenta de la cuantía de sus ingresos, podrá no obstante solicitar una prestación asistencial especial en caso de que existan gastos particulares e individualmente determinados necesarios para su subsistencia, a desgravaciones concedidas por las autoridades municipales en función de los ingresos o a medidas de apoyo a los ingresos en el marco de las políticas municipales de renta básica”⁷⁵⁶. Asimismo el TJUE sobre una cuantía determinada como el importe de referencia para dicho recurso señala que la Directiva permite a los Estados miembros tener en cuenta, al evaluar los recursos del reagrupante, la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos nacionales⁷⁵⁷. Esta facultad debe ejercerse evitando menoscabar el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, y su efecto útil ⁷⁵⁸y a continuación

⁷⁵⁵ SSTJUE, asunto C- 140/12, Brey, 19 de septiembre de 2013, apartado 61; Asunto C-578/08, Chakroun, 2010, apartado 45, 46 y 49.

⁷⁵⁶ Asunto C-578/08, Chakroun, apartado 52.

⁷⁵⁷ ESPINO GARCÍA, Soraya., “Respuestas a las cuestiones planteadas por el libro verde sobre el Derecho a la reagrupación familiar: revisión de la Directiva 2003/86/ce del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el Derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros países residentes en la unión europea” en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Núm. 26, 2013, pág. 18.

⁷⁵⁸ Asunto C-578/08, Chakroun, apartado 47.

señala que “toda vez que la magnitud de las necesidades puede ser muy variable según los individuos, esta autorización debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden indicar una determinada cantidad como importe de referencia, pero no en el sentido de que pueden imponer un importe de ingresos mínimos por debajo del cual se denegará cualquier reagrupación familiar, con independencia del examen concreto de la situación de cada solicitante. Apoya esta interpretación señalando el artículo 17 de la Directiva como referencia, que obliga a individualizar el examen de las solicitudes de reagrupación”⁷⁵⁹. Al aplicar los requisitos de ingresos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva, la legislación nacional no puede establecer una distinción en función de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante en territorio del Estado miembro de acogida⁷⁶⁰. Los Estados miembros carecen de un margen de apreciación que les permita introducir esta distinción en la normativa nacional de adaptación del derecho interno a la Directiva y la aptitud de un reagrupante para disponer de recursos regulares y suficientes para su propia manutención y la de su familia, no depende de ningún modo del momento en el que se constituyó su familia⁷⁶¹.

A la vista de los anteriores criterios del TJUE, el Tribunal en su sentencia (asunto C-578/08) confirma que, el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE, debe interpretarse en el sentido de que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha⁷⁶². El Tribunal en su sentencia señala que, debe determinarse en primer lugar, si el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE debe interpretarse en el sentido de que permite a la autoridad competente del Estado miembro valorar si el reagrupante seguirá cumpliendo el requisito relativo a los recursos fijos y

⁷⁵⁹ Asunto C-578/08, Chakroun, apartado 48.

⁷⁶⁰ Asunto C-578/08, Chakroun, apartado 66.

⁷⁶¹ *Vid.* asunto C-578/08, Chakroun, apartado 64.

⁷⁶² STJUE, asunto Mimoun Khachab C-558/14 de 21 de abril de 2016.

regulares suficientes más allá de la fecha de presentación de dicha solicitud. El Tribunal propone, aunque la citada disposición no prevea expresamente esta facultad, que esos recursos económicos deben presentar cierta permanencia y continuidad. A este respecto, con arreglo al tenor del artículo 7, apartado 1, letra c), segunda frase, de la Directiva 2003/86/CE, los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función, en especial, de su «regularidad», lo que exige un examen periódico de su evolución⁷⁶³. De acuerdo con lo que se acaba de decir, no puede interpretarse que el tenor del artículo 7.1 letra c), se opone a que la autoridad competente del Estado miembro pueda examinar si se cumple dicho requisito relativo a los recursos del reagrupante teniendo en cuenta una evaluación acerca del mantenimiento de esos recursos más allá de la fecha de presentación de dicha solicitud⁷⁶⁴. Dicha interpretación (artículo 7, apartado 1, letra c), también encuentra apoyo en los artículos 3, apartado 1, y 16, apartado 1, letra a)⁷⁶⁵, de dicha Directiva⁷⁶⁶. De esta forma el Tribunal también señala que dicha interpretación se ve corroborada por el artículo 7, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2003/86/CE. En efecto, debe señalarse que los requisitos relativos a la posesión de una «vivienda considerada normal» y de un «seguro de enfermedad», establecidos, respectivamente, en las letras a) y b) de la citada disposición, deben interpretarse en el sentido de que atribuyen a los Estados miembros, a los efectos de garantizar una estabilidad y una permanencia del reagrupante en su territorio, la facultad de fundamentar su decisión sobre la solicitud de reagrupación familiar en la probabilidad de que el reagrupante siga cumpliendo esos requisitos más allá de la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar⁷⁶⁷. El Tribunal en su reciente sentencia sostiene que, conforme al principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, los medios utilizados por la normativa nacional de transposición del artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva

⁷⁶³ *Ibidem*, asunto C-558/14, apartados 29 y 30.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, asunto C-558/14, apartado 31.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, asunto C-558/14, apartado 37, “Por otra parte, debe señalarse que, cuando dejan de cumplirse los requisitos establecidos por la Directiva 2003/86/CE, el artículo 16, apartado 1, letra a), de ésta permite a los Estados miembros retirar el permiso de residencia de un miembro de la familia o denegar su renovación”.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, asunto C-558/14, apartado 34.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, asunto C-558/14, apartado 34.

2003/86 deben ser adecuados para lograr los objetivos previstos por esa normativa y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzarlos⁷⁶⁸.

Asimismo el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva, reconoce un margen de apreciación a los Estados miembros, que así podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional. El objetivo de estas medidas debe ser facilitar la integración de los miembros de la familia del reagrupante y que dichas medidas respeten el principio de proporcionalidad. Las medidas de integración no se pueden utilizar para limitar la reagrupación familiar, ya que, ello socavaría el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, y su efecto útil. Por lo tanto, los Estados miembros pueden imponer a los miembros de la familia del reagrupante, el requisito de cumplir determinadas medidas de integración conforme al artículo 7, apartado 2, requisito que no puede, sin embargo, convertirse en una condición absoluta de la que dependa el derecho a la reagrupación familiar⁷⁶⁹.

En relación con la política de integración de los inmigrantes de la Unión Europea,⁷⁷⁰ el Consejo señaló que cada uno de los Estados miembros debería determinar las medidas de integración concretas que una sociedad opta por aplicar, apuntando el interés común de todos los Estados miembros de la Unión, y que cada Estado miembro concreto persiga unas estrategias de integración eficaces. Tales medidas diferirán considerablemente de un Estado miembro a otro. Deberán ajustarse a las necesidades concretas de la sociedad receptora, reflejando la historia y el marco jurídico de cada Estado miembro. Asimismo señaló que “La incapacidad de un Estado miembro concreto de desarrollar y aplicar con éxito una política de integración puede tener, de distintas maneras, repercusiones adversas para otros Estados miembros y para la Unión Europea. Puede incidir, por ejemplo, en la economía y la participación en el mercado de trabajo, socavar el respeto de los derechos humanos y el compromiso de los europeos de cumplir sus obligaciones internacionales

⁷⁶⁸ *Ibidem*, asunto C-558/14, apartado 42. Véase también STJUE asunto K y A C-153/14 de 9 de julio de 2015, apartado 51.

⁷⁶⁹ *Vid.* el apartado 4.5 de la Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

⁷⁷⁰ El Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004, subraya la necesidad de una mayor coordinación de las políticas nacionales de integración y de las iniciativas de la UE en este ámbito. El 19 de noviembre de 2004, el Consejo Justicia y Asuntos de Interior adoptó unos Principios Básicos Comunes destinados a fundamentar un marco europeo coherente en materia de integración de los nacionales de terceros países.

con los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional, y generar alienación y tensiones en la sociedad”⁷⁷¹.

En relación con la integración de los nacionales de terceros países en 2005 la comisión presentó una comunicación que constituía un primer paso en la creación de un marco europeo coherente para la integración de nacionales de terceros países. Para ello proponía medidas concretas a escala nacional y europea destinadas a poner en práctica los Principios Básicos Comunes (PBC), acompañadas de una serie de mecanismos de apoyo de la UE⁷⁷². Dicha comunicación recoge avances a escala europea sobre la inmigración legal y la integración de nacionales de terceros países, por el que se proponen medidas concretas a escala europea y nacional para poner en práctica los Principios Básicos Comunes. Dichos principios destacan que la integración es un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de los migrantes y de las sociedades de acogida e implica el respeto de los valores básicos de la UE. Un conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida es indispensable para la integración, asimismo como el empleo que también constituye una parte fundamental para el proceso de la integración. Otro principio básico común es, el acceso de los inmigrantes a las instituciones y a los bienes y servicios tanto públicos como privados, en las mismas condiciones que los ciudadanos nacionales y sin discriminaciones, que es un requisito esencial para una mejor integración. Ahora bien, la comisión en su comunicación al parlamento europeo y al Consejo del 7 de julio de 2011⁷⁷³, señala que “todas las medidas de la UE presentadas por la Comisión en el Programa Común para la Integración de 2005 han finalizado. No obstante, el contexto social, económico y político ha cambiado, y no todas las medidas de integración han conseguido sus objetivos. Las políticas de integración requieren la voluntad y el compromiso de los migrantes de formar parte de la sociedad de acogida. La introducción de una nueva disposición jurídica en el tratado

⁷⁷¹ Consejo de la Unión Europea, Sesión nº 2618, Justicia y Asuntos de Interior, 19 de noviembre de 2004, 14615/04 (Comunicado de prensa 321) relativo a los Principios Básicos Comunes de la Política de Integración de la Inmigración.

⁷⁷² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa Común para la Integración, Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea Bruselas, 1.9.2005 COM(2005) 389 final. no publicada en el Diario Oficial.

⁷⁷³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones «Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países» {SEC (2011) 957 final}, Bruselas, 20.7.2011 COM (2011) 455 final.

relativa al apoyo de la Unión Europea a la promoción de la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros permite una mayor acción concertada, excluyendo al mismo tiempo la armonización. Esta acción tiene que tener en cuenta el hecho de que el contexto demográfico, social, económico y político ha cambiado”. Las políticas de integración tienen que crear condiciones favorables para la participación económica, social, cultural y política de los migrantes para aprovechar el potencial de la migración⁷⁷⁴. La nueva Agenda Europea para la Integración de Nacionales de Terceros Países es una contribución al debate sobre cómo comprender y apoyar mejor la integración y debe adoptar una actitud positiva frente a la diversidad y contar con garantías claras con respecto a los derechos fundamentales y a la igualdad de trato, sobre la base del respeto mutuo de las diferentes culturas y tradiciones. Es preciso también adoptar medidas destinadas especialmente a los grupos vulnerables de migrantes⁷⁷⁵.

Volviendo al contenido del artículo 7.2 de la Directiva, esta disposición permite a los estados miembros exigir a los nacionales de terceros países el cumplimiento de medidas de integración y requerir a los miembros de familia su esfuerzo, exigiéndoles su participación en cursos de idiomas o de integración antes o después de su llegada u orientación cívica, entre otros, para demostrar su voluntad de integración. Dichas medidas no debe descuidar la situación de las personas que puedan tener, por ejemplo un bajo nivel de educación o la dificultad de aprendizaje, que en la mayoría de los casos son mujeres, no deben ser obstáculos que compliquen la consecución de este objetivo. Las medidas de integración que un Estado miembro pueda exigir no deben resultar en una «obligación de hacer» que, en la práctica, suponga una medida limitativa de la posibilidad de reagrupación familiar⁷⁷⁶.

Por último los estados miembros deben tener en cuenta las circunstancias individuales específicas, tales como, las capacidades cognitivas, la situación de vulnerabilidad de la persona en cuestión, los casos especiales de inaccesibilidad de centros docentes o de examen u otras situaciones de excepcional dificultad, de hecho, los estados deberán por lo

⁷⁷⁴ En relación con las medidas propuestas por la comisión consúltense la “Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países” COM (2011) 455 final, de 20 de julio de 2011.

⁷⁷⁵ *Vid.* COM (2011) 455 final, de 20 de julio de 2011.

⁷⁷⁶ Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final. Asimismo, LIBRO VERDE sobre la Reunificación Familiar, 95º Pleno de los días 3 y 4 de mayo de 2012. Dictamen del Comité de las Regiones, CIVEX-V-028. <http://www.cor.europa.eu>.

tanto contemplar la posibilidad de una excepción, un aplazamiento o modalidades diferentes de medidas de integración para dichos inmigrantes. Por ejemplo sobre la base de un examen individual y habida cuenta de las circunstancias específicas, la reagrupación familiar pueda concederse incluso cuando no se cumplan los requisitos de integración, por la simple razón que las medidas de integración deben ser proporcionadas y aplicarse con la flexibilidad necesaria para garantizar y contribuir al éxito de la reagrupación familiar⁷⁷⁷. Según se establece la Directiva 2003/86/CE, los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, en particular del cónyuge del reagrupante a efectos de la reagrupación familiar, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el capítulo IV, sobre las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, y en el artículo 16 de la Directiva⁷⁷⁸. Dado que el objetivo general de la Directiva 2003/86/CE es facilitar la integración de los nacionales de terceros países mediante la reagrupación familiar que les permite y es necesaria para llevar la vida familiar en los Estados miembros⁷⁷⁹, por tanto, las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar⁷⁸⁰. Finalmente, el derecho de la reagrupación familiar contenido en la Directiva no constituye un derecho absoluto sino un derecho condicionado al cumplimiento de unas condiciones establecida en la misma Directiva, tanto respecto al reagrupante como también respecto a los familiares reagrupados. Aunque la Directiva reconoce una amplia margen de discrecionalidad a los Estados miembros, otorgándoles la posibilidad de establecer determinadas limitaciones y condiciones adicionales al ejercicio de dicho derecho, pero la mayoría están enunciadas de una forma precisa y limitadas por cláusulas *stand still*⁷⁸¹, y como afirma el Tribunal de Justicia de la UE, el establecimiento de las condiciones y limitaciones por parte de los Estados miembros no puede plantearse de modo que menoscabe el efecto útil del objetivo de la Directiva⁷⁸². Por consiguiente, dichas medidas deben aplicarse de forma que no se vulneren los derechos fundamentales garantizados en la CDFUE (artículo 7 de la Carta), y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) al respeto al

⁷⁷⁷ *Vid.* Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

⁷⁷⁸ El artículo 4.1 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁷⁹ *Vid.* el considerando 4 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁸⁰ *Vid.* el considerando 2 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁸¹ *Vid.* el capítulo IV de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁸² SSTJUE, asunto Mimoun Khachab C-558/14 de 21 de abril de 2016, el apartado 25; asunto O y otros, C-356/11 y C-357/11 de 6 de diciembre de 2012, el apartado 74.

derecho de la vida privada y familiar. Asimismo hay que tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de dicha Carta⁷⁸³, y también el principio de proporcionalidad a la hora de establecer las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar con el fin lograr los objetivos previstos por la Directiva⁷⁸⁴. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia UE, el artículo 17 de la Directiva 2003/86/CE, exige a que se realice un examen individualizado de las solicitudes de reagrupación familiar, debido a que la magnitud de las necesidades puede ser muy variable según los individuos⁷⁸⁵. Así también, las autoridades nacionales competentes, a la hora de aplicar la Directiva 2003/86/CE y al examinar las solicitudes de reagrupación familiar, deben proceder a una apreciación equilibrada y razonable de todos los intereses en juego⁷⁸⁶. El Tribunal en relación con las medidas de integración señala que, dado que en el artículo 7, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2003/86/CE únicamente se contemplan medidas “de integración”, es obligado reconocer que las medidas que los Estados miembros exijan basándose en esta disposición sólo se considerarán legítimas si pueden facilitar la integración de los miembros de la familia del reagrupante⁷⁸⁷.

8. Resolución

a) Plazo y resolución de solicitud

En relación al plazo del que disponen los Estados para notificar la decisión sobre la solicitud, el apartado 4 del artículo 5 de la Directiva 2003/86/CE, impone a los estados miembros que “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud la resolución adoptada”. Esta disposición en principio establece una fecha máxima de 9 meses desde la presentación de solicitud, para que los Estados miembros notifiquen la resolución

⁷⁸³ *Vid.* el apartado 76 de la sentencia O y otros, C-356/11 y C-357/11, antes citada.

⁷⁸⁴ *Vid.* el apartado 42 del asunto Mimoun Khachab C-558/14; y la STJUE asunto K y A, C-153/14 de 9 de julio de 2015, apartado 51.

⁷⁸⁵ SSTJUE asunto Chakroun, C-578/08 de 4 de marzo de 2010, apartado 48; asunto Mimoun Khachab C-558/14, apartado 43; y asunto K y A, C-153/14, apartado 60.

⁷⁸⁶ *Vid.* el apartado 81 del asunto O y otros, C-356/11 y C-357/11, antes citada.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, asunto K y A C-153/14, apartado 52.

adoptada al solicitante, aunque esto no implica que hayan de agotar esos nueve meses, sino que ha de intentarse que la tramitación se agilice. En este sentido el considerando 13 de la Directiva señala, la importancia de establecer normas de procedimientos eficaces y aplicables en relación con la carga normal de trabajo de las Administraciones de los Estados miembros, para examinar las solicitudes de reagrupación familiar⁷⁸⁸.

Dicha disposición permite la ampliación del plazo mencionado, en circunstancias excepcionales, así se establece en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 5 de la Directiva. Asimismo dicha prórroga deberá limitarse al plazo mínimo que sea estrictamente necesario para adoptar una decisión y debe ser objeto de una interpretación restrictiva e individual para cada caso⁷⁸⁹. Entre las circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad de un caso particular, se podrá incluir, por ejemplo, la necesidad de determinar la custodia legal de los menores si los padres están separados, la necesidad de determinar el vínculo familiar en caso de la existencia de múltiples unidades familiares, dificultades que impidan el acceso a los registros administrativos en el país de origen, dificultades para organizar entrevistas con los miembros de la familia en el país de origen debido a diferentes motivos, entre los cuales, la situación de seguridad o las dificultades de acceso a misiones diplomáticas⁷⁹⁰.

b) Denegación de la solicitud de entrada y de residencia, retirar o denegar la renovación del permiso de residencia

Los artículos 6 y 16 de la Directiva 2003/86/CE, contienen los dispositivos que permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, asimismo como denegar su renovación o retirar el permiso de residencia. El considerando 14 de la Directiva indica que “La reagrupación familiar puede ser denegada por motivos debidamente justificados”. Dicha afirmación del considerando 14 de la Directiva tiene como objetivo garantizar la protección de la vida familiar. La

⁷⁸⁸ Directiva 2003/86/CE, considerando 13. Es importante establecer un sistema de normas de procedimiento por las que se rija el examen de las solicitudes de reagrupación familiar, así como la entrada y residencia de los miembros de la familia. Estos procedimientos deben ser eficaces y aplicables en relación con la carga normal de trabajo de las Administraciones de los Estados miembros, así como transparentes y equitativos, con el fin de ofrecer un nivel adecuado de seguridad jurídica a las personas interesadas.

⁷⁸⁹ *Vid.*, STJUE asunto C-578/08, Los asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11,

⁷⁹⁰ *Vid.* Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

Directiva afirma que La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia y que contribuye la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro⁷⁹¹. De hecho 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. El considerando 2, señala específicamente que la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde consagra que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar⁷⁹².

i. Por motivos de orden público, seguridad y salud pública

El artículo 6 de la Directiva 2003/86/CE permite a los Estados miembros denegar una solicitud, retirar un permiso de residencia o denegar su renovación, de un miembro de la familia por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública. En este sentido el considerando 14 de la Directiva indica que el concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave, y señala que el concepto de orden público y seguridad pública incluye asimismo los casos en que un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de ese tipo o tiene objetivos extremistas⁷⁹³. De hecho, aparte de la definición señalada anteriormente por la considerando 14, los estados miembros, relativo a la definición del orden público o la seguridad pública, tienen una amplia discreción, esto sí, siempre mantenido dentro de los límites de lo apropiado y necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos, y respetando el justo equilibrio entre el derecho de solicitante de reagrupación familiar y las exigencias relativas a la protección de la seguridad pública y del orden público. El TJUE ha declarado 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

⁷⁹¹ *Vid*, el considerando 4 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁹² *Vid*, el considerando 2 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁹³ *Vid*, el apartado 4.1 de la Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

sociedad⁷⁹⁴. Respecta al concepto de “seguridad pública”, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que ese concepto comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior, y que, en consecuencia, el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, la amenaza a intereses militares, pueden afectar a la seguridad pública⁷⁹⁵. Ahora bien, aunque la mencionada jurisprudencia del TJUE no guarda relación directa con nacionales de terceros países, puede, *mutatis mutandis*, servir como referencia para definir, por analogía, los conceptos en juego⁷⁹⁶. El párrafo segundo del apartado segundo del artículo 6 de la directiva establece que, para adoptar la resolución pertinente, el Estado miembro, tendrá debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen⁷⁹⁷, asimismo tendrá en cuenta la gravedad o el tipo de infracción contra el orden público o la seguridad pública cometida por el miembro de la familia, o el peligro que implique dicha persona. Como el considerando 14 de la Directiva establece, la reagrupación familiar puede ser denegada por motivos debidamente justificados y los Estados miembros al examinar cada solicitud deberán aplicar el principio de proporcionalidad.

En las directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CEE, la Comisión señala que el requisito de salud pública solo puede invocarse cuando exista una amenaza para el conjunto de los ciudadanos que no pueda alejarse con medidas de protección sanitaria⁷⁹⁸. Sobre la definición del concepto de salud pública en el ámbito de la reagrupación familiar, la comisión señala a la las disposiciones similares recogidas en la Directiva sobre

⁷⁹⁴ *Vid.*, SSTJUE caso J.N C-601/15 PPU de 15 de febrero de 2016, apartado 65; El caso Z h. y O., C-554/13 de 11 de junio de 2015, apartado 60.

⁷⁹⁵ *Vid.* SSTJUE caso J.N C-601/15 PPU de 15 de febrero de 2016, apartado 66; El caso P. Tsakouridis C-145/09 de 23 de noviembre de 2010, apartados 43 y 44; el caso Sirdar C-273/97 de 26 de octubre de 1999, apartado 17; el caso Dory C-186/01 de 11 de marzo de 2003, apartado 32.

⁷⁹⁶ *Vid.* Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final, donde señala, aunque el contexto, el objetivo y el régimen jurídico de la Directiva 2004/38/CE no coinciden con los de la Directiva 2003/86/CE, la jurisprudencia a la que remite la sección 3 de las directrices de 2009 acerca de la Directiva sobre libertad de circulación [COM(2009) 313 final, pp-10-14]] podría, *mutatis mutandis*, servir de referencia a los Estados miembros y a los tribunales nacionales.

⁷⁹⁷ Artículo 17 de la Directiva 2003/86/CE.

⁷⁹⁸ *Vid.* Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

residentes de larga duración⁷⁹⁹, puesto que se aplican a situaciones similares, conciernen también a nacionales de terceros países y tienen idéntica finalidad.

Las únicas enfermedades que podrán justificarse y considerarse como una amenaza son las enfermedades definidas por los instrumentos pertinentes aplicables de la Organización Mundial de la Salud, así como cualesquiera otras enfermedades infecciosas o parasitarias de carácter contagioso que sean objeto de disposiciones previstas en el país de acogida respecto de los nacionales. De acuerdo con lo establecido en la Directiva, los Estados miembros no establecerán nuevas disposiciones y prácticas más restrictivas. Las enfermedades y minusvalías sobrevenidas con posterioridad a la reagrupación familiar no serán motivo para retirar o denegar la renovación del permiso ni para decidir la expulsión del territorio. Asimismo los Estados miembros podrán exigir un examen médico a las personas, con objeto de comprobar que no padecen ninguna de las enfermedades mencionadas anteriormente y finalmente que dichos exámenes no tendrán carácter sistemático⁸⁰⁰.

ii. Incumplimiento de las condiciones establecidas en la directiva

El artículo 16 de la Directiva señala que los Estados miembros podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar o, en su caso, retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, cuando no se cumplan o hayan dejado de cumplirse los requisitos y las condiciones establecidas en la Directiva.

El apartado 1. a) del artículo 16 de la Directiva señala que, al renovar el permiso de residencia, cuando el reagrupante carezca de los recursos suficientes que se indica y exige en el apartado 1. c) del artículo 7 de la Directiva. Pero a continuación impone a los Estados miembros la obligación de tener en cuenta las contribuciones de los miembros de la familia a los ingresos familiares, añadiendo que “el Estado miembro tendrá en cuenta las contribuciones de los miembros de la familia a los ingresos familiares”.

⁷⁹⁹ La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

⁸⁰⁰ *Vid.* artículo 18 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, que puede servir como referencia para definir, por analogía, el concepto de salud pública.

Cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva. En este caso debemos tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH en relación con el requisito de vida conyugal o vida familiar efectiva, donde el Tribunal además de cohabitación admite otras formas de contactos familiares. De hecho, el Tribunal considera que las formas de contactos dependen de los factores pertinentes en cada caso, que pueden ser contactos como visitas, contactos mediante llamadas o correspondencias, o de forma de dependencia material o económica⁸⁰¹.

El apartado 1.c) del artículo 16 de la Directiva señala que los Estados miembros podrán denegar la solicitud de la entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, o retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, cuando se constate que el reagrupante o la pareja no casada ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona. De hecho, en virtud del artículo 4 apartado 4 de la Directiva, que prohíbe la poligamia, donde señala que el Estado miembro no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge.

Los Estados miembros podrán retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de un miembro de la familia cuando la residencia del reagrupante llega a su fin y el miembro de la familia aún no tenga el derecho al permiso de residencia autónomo⁸⁰². La Directiva reconoce al miembro de la familia de reagrupante, con la condición de que el permiso de residencia se le haya concedido por motivos de la reagrupación familiar y no por otros motivos, el derecho de tener un permiso de residencia autónomo, independiente del permiso del reagrupante. Dicha disposición reconoce a los Estados miembros que podrán limitar la concesión del permiso de residencia autónomo, al cónyuge o pareja no casada en los casos de ruptura del vínculo familiar, y señala que los estados miembros a más tardar a los 5 años y con previa solicitud del miembro de la familia que se trata, concederá dicho permiso⁸⁰³.

⁸⁰¹ STEDH asunto BERREHAB c. Holanda, 3/1987/126/177; 10730/84, de 28 Mayo 1988, apartado 21, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b6f424.html>. Asimismo la STEDH asunto ABDULAZIZ. CABALES y BALKANDALI c. Reino Unido, apartado 61 a 65.... *op. Cit.*

⁸⁰² *Vid.* La Directiva 2003/86/CE, apartado 3 del artículo 16.

⁸⁰³ *Vid.* La Directiva 2003/86/CE, apartado 1 del artículo 15.

iii. Demostración de fraude

El fraude puede definirse como un engaño o artificio deliberado con el fin de obtener, en este caso el permiso de residencia conforme a los requisitos exigidos en la Directiva, como la falsificación de documentos o a la representación falsa de un hecho material referente a las condiciones vinculadas al derecho de residencia. La Directiva reconoce la posibilidad de que los Estados miembros denieguen una solicitud, retiren el permiso de residencia de un miembro de la familia o denieguen su renovación, cuando se demuestre la existencia de fraude, matrimonios o relaciones de conveniencia o falsas declaraciones de paternidad. La Comisión en su comunicación al consejo, relativo a las directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, señala a este punto y considera urgente actuar contra el abuso y el fraude de los derechos otorgados por la Directiva (2003/86/CE), y anima a los Estados miembros a que adoptan medidas contundentes en consonancia con el fin de proteger el interés tanto de la sociedad como de los solicitantes de buena fe⁸⁰⁴.

iii.a) Matrimonios fraudulentos

Otra de las causas que permite a los estados miembros denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia son los matrimonios fraudulentos, llamados matrimonios blancos o matrimonio de complacencia⁸⁰⁵. En este tipo de matrimonio en principio no existe un vínculo sentimental intenso, de hecho se celebra en fraude de la ley con el fin de obtener beneficios, que puede ser económicos, sociales o beneficios jurídicos que en este caso es, que un extranjero intenta beneficiarse de ciertas ventajas de este tipo de matrimonio para regularizar su estancia, obtener tarjeta de residencia, reagrupar a los miembros de la familia u obtener la nacionalidad⁸⁰⁶. El apartado 2 del artículo 5 de la Directiva prevé la posibilidad de llevar a cabo entrevistas y efectuar otras investigaciones, si fuera necesario. La Directiva señala que los Estados

⁸⁰⁴ Vid. Comunicación de la comisión Bruselas, 3.4.2014 COM (2014) 210 final.

⁸⁰⁵ GARCÍA HERRERA, Vanessa., “El abuso del derecho a la libre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en forma de matrimonio de conveniencia”, en *la Revista Unión Europea Aranzadi*, N° 5, 2016, pp. 69-84.

⁸⁰⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel., “Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar” (prólogo de Alfonso Luis Calvo Caravaca y Pilar Blanco-Morales Limones), Madrid, COLEX, 2008, pp.21 ss.

miembros podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia, si se demuestra que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro⁸⁰⁷. Así también se establece que los Estados miembros en su evaluación sobre este punto, podrán tener en cuenta, la circunstancia de que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se haya formalizado después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia⁸⁰⁸. La Directiva permite a los Estados miembros llevar a cabo controles e inspecciones específicos cuando existan sospechas fundadas de fraude o de matrimonio, relación en pareja o adopción de conveniencia tal como se definen en el apartado 2 del artículo 16 de la Directiva. También podrán realizarse controles específicos con ocasión de la renovación del permiso de residencia de miembros de la familia⁸⁰⁹. Esos controles, inspecciones o investigaciones, no deben ser realizados de forma sistemáticos y deben ser proporcionados y respetar los derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad y a la vida familiar. Matrimonios de conveniencia pueden ser: los matrimonios contraídos de nacionales de terceros países con otros nacionales de terceros países residentes en la UE, o con los nacionales de la UE que hayan ejercido su derecho a la libertad de circulación o con nacionales del Estado miembro. En “LIBRO VERDE”, sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea, señala que el matrimonio de conveniencia es un caso concreto de fraude, que los Estados miembros deben contrarrestar con sus normas generales de procedimiento, y asimismo como establece la Directiva en su artículo 16 apartado 4, con la posibilidad de llevar a cabo controles e inspecciones específicos si existen razones para sospechar la existencia de un fraude o un matrimonio de conveniencia⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Apartado 2 del artículo 16 de la Directiva 2003/86/CE.

⁸⁰⁸ *Ibidem* apartado 2 b). del artículo 16.

⁸⁰⁹ *Ibidem* apartado 4 del artículo 16.

⁸¹⁰ *Vid.* LIBRO VERDE, sección 5.2 sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE), Bruselas, 15.11.2011 COM (2011) 735 final. En relación con el mismo asunto véanse, Usos Indebidos del Derecho de Reagrupación Familiar, elaborado por la Red Europea de Migración Junio de 2012, en relación de la posibilidad de que el derecho de reagrupación familiar se ejerza de forma indebida para establecerse en la UE. Donde señala que el objetivo del estudio era identificar la magnitud y alcance de dos casos de usos indebidos: los matrimonios de conveniencia y los falsos reconocimientos de paternidad. Del mismo modo, se pretendía ofrecer pruebas

En este sentido y teniendo en cuenta la similitud de las principales definiciones y técnicas de investigación y detección en relación de los matrimonios de conveniencia, también podemos señalar a las directrices de 2009 sobre las orientaciones para una mejor transposición y aplicación 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 EM, que en su apartado 4.2 señala los matrimonios de conveniencia como matrimonios contraídos con el único objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia conforme a la Directiva que no se tendría de otro modo⁸¹¹. La definición de matrimonios de conveniencia puede aplicarse por analogía a otras formas de relaciones como las uniones de hecho (registradas) de conveniencia, las adopciones falsas o cuando un ciudadano de la UE declara ser un padre de un niño de un tercer país para darle la nacionalidad y el derecho de residencia al niño y a su madre, sabiendo que no es el padre y sin estar dispuesto a asumir las responsabilidades parentales⁸¹². En la lucha contra posibles abusos y fraudes del derecho a la reagrupación familiar y sobre cómo actuar en relación con los matrimonios de conveniencia, en 26 de septiembre de 2014, la Comisión en virtud de su compromiso de ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación⁸¹³ presentó un 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 circulación⁸¹⁴. De hecho y vistos los paralelismos con los aspectos operativos de la lucha contra los abusos y fraudes potenciales del derecho a la reagrupación familiar, ese manual podrá utilizarse, mutatis

claras de estos tipos de usos indebidos, en la medida de lo posible y teniendo en cuenta las estadísticas disponibles, y determinar la mejor forma de abordarlos. El estudio también resume las prácticas actuales de los Estados (miembros) para detectar y evitar este tipo de casos.

⁸¹¹ *Vid.* COM (2009) 313 final, anteriormente citado.

⁸¹² *Vid.* COM (2009) 313 final, el apartado 4.2.

⁸¹³ *Vid.* La COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES sobre Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave. Bruselas, 25.11.2013 COM (2013) 837 final. “La Comisión ayudará a las autoridades a aplicar las normas de la UE de lucha contra posibles abusos del derecho a la libre circulación mediante la elaboración de un manual para combatir los matrimonios de conveniencia.

⁸¹⁴ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, 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, Bruselas, 26.9.2014 COM (2014) 604 final.

mutandis como guía para las cuestiones relativas a las herramientas y técnicas de investigación y a la cooperación transfronteriza⁸¹⁵.

iii.b) Utilización de medios ilícitos

La utilización de información falsa o engañosa, documentos falsos o falsificados, o se cometió otro tipo de fraude o se utilizaron otros medios ilícitos con el único objeto de obtener el derecho a reagrupación familiar o el permiso de residencia. Así también como si el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro. La Directiva señala que los Estados miembros podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia, si se demuestra que se utilizó información falsa o engañosa, documentos falsos o falsificados, o se cometió otro tipo de fraude o se utilizaron otros medios ilícitos. Asimismo si el matrimonio, la relación de pareja (matrimonios o relaciones de conveniencia) o la adopción (falsas declaraciones de paternidad) se han formalizado únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro⁸¹⁶. En la práctica, por la difícil forma de prueba de la existencia de fraude relativo a vínculo familiar fraudulento, la Directiva señala que los Estados miembros pueden tener en cuenta, en particular, el hecho de que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se haya formalizado después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia⁸¹⁷, asimismo podrán proceder a controles e inspecciones específicos cuando existan sospechas fundadas de fraude⁸¹⁸. Esos controles, inspecciones o investigaciones, no deben ser realizados de forma sistemática y deben ser proporcionados y respetar los derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad y a la vida familiar. De hecho, teniendo en cuenta lo señalado en tema anterior (relativo a los matrimonios de

⁸¹⁵ Vid. COM (2014) 210 final, Bruselas, 3.4.2014. página 28.

⁸¹⁶ EUROPEAN MIGRATION NETWORK: *Misuse of the Right to Family Reunification: Marriages of convenience and false declaration of parenthood*, European Commission, Spain, May 2012. (This Focussed Study analyses the phenomenon of misuse of authorization for family reunification in Spain through marriages of convenience and false declaration of parenthood; studying their legal status, means of prevention, detection and consequences of this phenomenon and the information available in this regard), en extranjeros.empleo.gob.es/.../redeuropeamigracion/.../EMN_ES.

⁸¹⁷ Directiva 2003/86/CE, apartado 2. b) del artículo 16.

⁸¹⁸ Apartado 4 del artículo 16 de la Directiva 2003/86/CE.

conveniencia) en la lucha contra posibles fraudes o medios ilícitos, la similitud de las principales definiciones y técnicas de investigación y detección en relación de dichos fraudes, es posible remitirse (*mutatis mutandis*) como guía, a otros directrices y manuales para la lucha contra dicho fenómeno⁸¹⁹.

c) Visado de entrada

En relación con el visado de entrada de familiares del reagrupante, una vez concedida la autorización de residencia por reagrupación familiar, el Estado miembro debe autorizar la entrada del miembro de la familia. El apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 2003/86/CE indica que “Tan pronto como se acepte la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate autorizará la entrada del miembro o miembros de la familia. A este respecto, el Estado miembro de que se trate dará a estas personas toda clase de facilidades para la obtención de los visados necesarios”. Según señala la comisión en las directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE⁸²⁰, los Estados miembros deben aplicar un procedimiento de expedición de visados acelerado, reducir al mínimo las cargas administrativas y evitar toda doble comprobación del cumplimiento de los requisitos para la reagrupación familiar. Asimismo se recomienda a los estados Miembros que tengan en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, asimismo las circunstancias del país de origen, por la posible dificultad de acceso a los documentos de viaje y los visados, como consecuencia del mismo, que puede suponer un riesgo desproporcionado o un obstáculo práctico al ejercicio efectivo de la reagrupación familiar⁸²¹. La expedición del visado tiene que ser acelerada y los retrasos alargados no son razonables, cuando se trata de un visado por reagrupación familiar. Los Estados miembros a la hora de la expedición de los visados pueden exigir las tasas administrativas. La Directiva no regula el aspecto de las tasas

⁸¹⁹ *Vid.* “Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre Circulación” COM (2014) 604 final, Bruselas, 26.9.2014; Asimismo “Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE” COM (2009) 313 final, Bruselas, 2.7.2009.

⁸²⁰ *Vid.* COM (2014) 210 final Bruselas, 3.4.2014, punto 5.1.

⁸²¹ En circunstancias excepcionales, por ejemplo, en el contexto de un Estado fallido o de un Estado con altos riesgos internos de seguridad, se recomienda a los Estados miembros que acepten los documentos de viaje de emergencia expedidos por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que expidan ellos mismos un salvoconducto nacional de ida o que ofrezcan a los miembros de la familia la posibilidad de que se les extienda un visado a su llegada al Estado miembro. COM (2014) 210 final Bruselas, 3.4.2014, punto 5.1.

administrativas aplicables al procedimiento, sin embargo no deben ser excesivas, desproporcionadas ni tampoco un obstáculo a la adquisición del derecho a la reagrupación familiar⁸²².

El LIBRO VERDE (sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea, Directiva 2003/86/CE), relativo a la tasas indica que “actualmente no están armonizadas a nivel de la UE las tasas que se han de abonar a efectos de reagrupación familiar (tasas por la solicitud, los visados y los permisos de residencia y otros costes conexos para cumplir las condiciones, tales como, en su caso, las pruebas de conocimiento del idioma antes de la admisión, etc.)⁸²³. Unas tasas excesivas pueden socavar el efecto de la Directiva al obstaculizar el derecho a la reagrupación familiar. La ausencia de normas de la UE en la materia ha dado lugar a niveles de tasas muy diferentes en los Estados miembros”⁸²⁴. Según dispone el apartado 2 del artículo 13 de la Directiva, el Estado miembro del que se trate, debe conceder a los miembros de la familia un primer permiso de residencia de una duración mínima de un año y que sea renovable. Ahora bien en el apartado 3 del artículo 13 de la Directiva indica que la duración de los permisos de residencia concedidos a los miembros de la familia no superará, en principio, la fecha de caducidad del permiso de residencia que posea el reagrupante. Esta disposición puede plantear un problema si la duración del permiso de residencia del reagrupante es inferior a un año cuando se expide el permiso de residencia del miembro de la familia. La Comisión en su informe de las directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE indica que “con el fin de sincronizar las fechas de expiración de los permisos de residencia del reagrupante y de los miembros de su familia, los Estados miembros podrán conceder permisos de residencia de validez inferior a un año. No

⁸²² STJUE (Sala Segunda), asunto Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos C-508/10 de 26 de abril de 2012, por analogía en relación a las tasas administrativa, véanse el apartado 69 que señala “a la percepción de tasas, la cuantía en la que éstas se fijan no debe tener por objeto ni como efecto crear un obstáculo a la obtención del estatuto de residente de larga duración atribuido por esa Directiva, pues en tal caso se vulneraría tanto el objetivo perseguido por ella como su espíritu”. Y el apartado 79 “.....miembros de su familia que solicitan autorización para acompañarlos o reunirse con ellos, tasas excesivas y desproporcionadas que pueden crear un obstáculo al ejercicio de los derechos.....”.

⁸²³ *Vid.* LIBRO VERDE, COM (2011) 735 final Bruselas, 15.11.2011 punto 5.3.

⁸²⁴ En todos los Estados miembros, excepto IT y PT, los solicitantes tienen que pagar tasas, pero no siempre está claro si se destinan a abonar un visado o a la propia solicitud. El importe total varía desde uno simbólico en concepto de costes administrativos en BE y ES y otro de 35 € en CZ y EE. En NL una solicitud de visado para reunificación familiar cuesta 830 € y la prueba de integración, 350 €. La expedición de un permiso de residencia temporal, 188 €. Véanse el Informe de la Comisión al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE, COM (2008) 610 final, Bruselas, 8.10.2008.

obstante, se admiten excepciones a esta regla, por ejemplo, cuando el permiso de residencia del reagrupante sea válido durante menos de un año pero vaya a prorrogarse con toda certeza⁸²⁵.

d) El derecho de los miembros de la familia del reagrupante a permiso de residencia autónomo y acceso a la educación, empleo y a la orientación y formación profesional.

Según dispone el apartado 1 del artículo 15 de la Directiva, los estados miembros deben expedir un permiso de residencia autónomo, independiente del permiso del reagrupante, a más tardar a los cinco años de residencia legal (estancia legal) a los cónyuges o parejas no casadas y a los hijos que hubieren alcanzado la mayoría de edad. Con la condición de previa solicitud del interesado y la condición de que al miembro de la familia no se le haya concedido un permiso de residencia por motivos distintos de la reagrupación familiar⁸²⁶. El apartado 4 del artículo 15 de la Directiva, señala que las condiciones relativas a la concesión y duración de los permisos de residencia autónomos deben ser establecidas por la legislación nacional. El segundo párrafo de dicha disposición dispone que los Estados miembros podrán limitar la concesión del permiso de residencia autónomo, al cónyuge o pareja no casada en los casos de ruptura del vínculo familiar (en virtud del apartado 3 del artículo 15, la ruptura de una relación puede ser por motivo de muerte, separación, viudedad, divorcio, etc.)⁸²⁷. De hecho, los Estados pueden excluir a los hijos adultos (mayores de edad) de la concesión del permiso de residencia autónomo. Los Estados miembros también podrán conceder un permiso de residencia autónomo a los hijos mayores y a los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean capaces de satisfacer sus propias necesidades debido a su estado de salud o cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen⁸²⁸. La Directiva también dispone que los Estados miembros deben establecer disposiciones que

⁸²⁵ *Vid.* COM (2014) 210 final, directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, Bruselas 3.4.2014, punto 5.1.

⁸²⁶ GÓMEZ CAMPELO, Ester., “*La compleja aplicación de la Directiva.....*”, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

⁸²⁷ *Vid.* apartado 3 del artículo 15 de la Directiva 2003/86/CE “En caso de viudedad, divorcio, separación o muerte de ascendientes o descendientes en línea directa y en primer grado, se podrá expedir un permiso de residencia autónomo a las personas que hubieren entrado con fines de reagrupación familiar, previa solicitud y si fuera necesario”.

⁸²⁸ Apartado 2 del artículo 15 de la Directiva 2003/86/CE.

garanticen la concesión de un permiso de residencia autónomo en caso de que haya indicios de circunstancias difíciles⁸²⁹. En este sentido, la comisión en su informe de 2014 relativo a las directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, señala que estas circunstancias especialmente difíciles deben haber sido causadas por la situación familiar o su ruptura para cualquiera de los miembros de la familia que hayan entrado al amparo de la reagrupación familiar, y no contemplándose otro tipo de dificultades. Ejemplos de circunstancias particularmente difíciles pueden ser, por ejemplo, los casos de violencia doméstica contra las mujeres y los hijos, algunos casos de matrimonio forzoso, el riesgo de mutilación genital femenina o el riesgo de situación familiar especialmente difícil si la persona se viera obligada a retornar a su país de origen⁸³⁰.

Los miembros de la familia del reagrupante tienen derechos idénticos a los del reagrupante, salvo a las cláusulas facultativas señalados en el artículo 14 de la Directiva. Según dispone el apartado primero del artículo 14 de la Directiva, los familiares del reagrupante tienen derecho a acceso a la educación, a un empleo por cuenta ajena o por cuenta propia y acceso a la orientación, formación, perfeccionamiento y reciclaje profesionales. La cláusula opcional del apartado 2 del artículo 14 reconoce a los Estados miembros que podrán decidir, de conformidad con su derecho nacional, las condiciones que los miembros de la familia deberán cumplir para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. Dichas condiciones deben establecer un plazo que no debe superar en ningún caso a 12 meses, durante el cual los Estados miembros podrán estudiar la situación de sus mercados laborales antes de autorizar a los miembros de la familia a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. De hecho, transcurrido dicho plazo, los Estados miembros tienen la obligación de autorizar a los miembros de la familia para que puedan realizar las actividades laborales como asalariados o autónomos, siempre que el reagrupante esté autorizado para ello⁸³¹. En el apartado 3 del artículo 14, dispone que los Estados miembros podrán limitar el acceso a una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia de los ascendientes en línea directa y en primer grado y de los hijos mayores

⁸²⁹ Párrafo final del apartado 3 del artículo 15 de la Directiva 2003/86/CE.

⁸³⁰ COM (2014) 210 final, directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, Bruselas 3.4.2014, punto 5.3.

⁸³¹ COM (2014) 210 final, directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, Bruselas 3.4.2014, punto 5.2.

solteros contemplados en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva. Estas limitaciones no se aplican a los demás miembros de la familia del reagrupante señalados y admitidos con arreglo a la Directiva, de hecho como señala el considerando 15 de la Directiva, el acceso a un trabajo es uno de los factores importantes que ayuda la integración de los miembros de la familia⁸³². La Comisión recomienda que las restricciones del acceso al mercado de trabajo por parte de los miembros de la familia y, en particular, de las mujeres migrantes, se mantengan en un nivel mínimo, con el objetivo de fomentar la integración de los miembros de la familia, luchar contra el círculo vicioso de la pobreza y evitar procesos de descualificación⁸³³.

e) Recursos

Tal como se enuncia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva, asimismo se prestara asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia⁸³⁴. Asimismo el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE), dispone que “Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”⁸³⁵. El artículo 18 de la Directiva dispone que los Estados miembros garantizaran, al reagrupante y los miembros de su familia⁸³⁶ el derecho a interponer recursos legales contra autoridades nacionales, en caso de la denegación de la solicitud de reagrupación familiar, denegación de la renovación de un permiso de

⁸³²Directiva 2003/86/CE, considerando 15 “Debe fomentarse la integración de los miembros de la familia. A tal fin, deben tener acceso a un estatuto independiente del reagrupante, especialmente en casos de ruptura del matrimonio o de la relación en pareja, y tener acceso a la educación, al empleo y a la formación profesional en las mismas condiciones que la persona con la que se han reagrupado, en virtud de las pertinentes condiciones”.

⁸³³ COM (2014) 210 final, directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, Bruselas 3.4.2014, punto 5.2.

⁸³⁴ Artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1, 18.12.2000.

⁸³⁵ *Vid.* el artículo 19.1 de TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, C 326/13 de 26.10.2012, publicado en Diario Oficial de la Unión Europea.

⁸³⁶ *Vid.* COM (2014) 210 final, punto 7.5 “Para posibilitar el ejercicio efectivo de este derecho, la Comisión anima a los Estados miembros a que concedan el derecho de recurso tanto al reagrupante como a los miembros de su familia”.

residencia, retirada de un permiso de residencia u orden de expulsión del territorio de un Estado miembro. En este sentido el TJUE señala que “según reiterada jurisprudencia, el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho Comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH, y que por otra parte ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁸³⁷. Asimismo Tribunal señala que “las exigencias derivadas de la protección de los principios generales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario, entre los que figura el principio de protección de la confianza legítima, vinculan también a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias”⁸³⁸. Ahora bien, en virtud del contenido del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del TJUE que establece que el derecho de recurso debe ampliarse a todas las demás decisiones restrictivas de los derechos subjetivos que confiere la Directiva, el demandante no solo puede impugnarse las decisiones en relación con las disposiciones legales aplicables, sino también en cuanto a las circunstancias específicas del caso⁸³⁹.

El apartado 4 del artículo 5 de la Directiva exige a los Estados miembros que a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembros notificarán la resolución adoptada⁸⁴⁰. Según dispone el párrafo 3 del apartado 4 del artículo 5 de la Directiva, los Estados miembros tienen que asumir las consecuencias que pueda tener la ausencia de una resolución al expirar el plazo mencionado⁸⁴¹. Por consiguiente, en caso de incumplimiento del plazo mencionado, los

⁸³⁷ STJUE, asuntos C-402/05 P y C-415/05 P, Kadi y Al Barakaat, de 3 de septiembre de 2008. Apartado 335.

⁸³⁸ *Vid.* STJUE, asunto C-540/03, 27 de junio de 2006, apartado 105.

⁸³⁹ *Vid.* informe de la comisión COM (2014) 210 final, punto 7.5, “El artículo 47 de la Carta se aplica a todos los derechos contemplados en la Directiva, incluidas, por ejemplo, las decisiones relativas a la limitación del

derecho de empleo o la denegación de concesión de un título de residencia independiente.

⁸⁴⁰ Artículo 5 apartado 4 de la Directiva 2003/86/CE “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud la resolución adoptada.

⁸⁴¹ *Vid.* LIBRO VERDE, COM(2011) 735 final Bruselas, 15.11.2011 punto 5.4, “los Estados miembros pueden prorrogar ese plazo si lo justifican circunstancias excepcionales vinculadas a la complejidad de las solicitudes”.

Estados miembros en su legislación nacional deberán contemplar un procedimiento efectivo de reparación en caso de incumplimiento administrativo de la obligación de decidir, que podrá ejercerse a través de una reclamación administrativa o, en su defecto, de un procedimiento judicial⁸⁴².

II. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, LA LEY ORGÁNICA 4/2000

1. Evolución de la ley de extranjería española

La primera regulación del Derecho de extranjería de carácter general en España fue la Ley Orgánica 7/1985⁸⁴³, de 1 de Julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que fue desarrollada por Real Decreto 1119/1986 de 26 de mayo y posteriormente con RD 155/1996 de 2 de febrero y orden de 8 de febrero de 1999. La importancia de dicha Ley Orgánica, era que reunía en un solo texto con vocación general, las múltiples normativas dispersas que existía al respecto hasta entonces⁸⁴⁴. Repasando brevemente las normativas con anterioridad de la Ley Orgánica 7/1985, podemos señalar la Ley 118/1969, de 30 de diciembre⁸⁴⁵, que mediante un artículo único reconocía solo a los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residían y se encontraban legalmente en territorio español, su equiparación con los trabajadores españoles, respecto a sus relaciones laborales, cualquiera que fuera la forma de su regulación, eximiéndoles del pago de los derechos derivados de su condición. También el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regulaba el régimen de entrada,

⁸⁴² Vid. informe de la comisión COM (2014) 210 final, punto 7.5

⁸⁴³ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Publicado en: «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985, páginas 20824 a 20829 (6 págs.).

⁸⁴⁴ Sobre esta cuestión pueden consultarse ARRESE IRIONDO, M^a Nieves. “*El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*”.....*op. cit.*, pp. 90- 94. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España. Comentario a la STS de 20 de marzo de 2003”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003, pp. 632-634.

⁸⁴⁵La Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina empleados en el territorio nacional. Publicado en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1969, páginas 20501 a 20502.

permanencia y salida de los extranjeros en España⁸⁴⁶. En esta línea podemos señalar el Decreto 1870/ 1968, de 27 de julio, por el que se regulaba el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España⁸⁴⁷. En la exposición de motivos de este Real Decreto se señalaba que la necesidad urgente de modificar la legislación reguladora del trabajo de los extranjeros en España, y la necesidad de refundir en una sola disposición las varias normas dictadas desde la publicación del Decreto de 29 de agosto de 1935, normativa hasta entonces en la materia, incorporando además determinadas normas aprobadas por Organismos internacionales de los que España forma la parte. Asimismo, el Decreto pretendía favorecer la tendencia internacional dominante, orientada a la movilidad de la mano de obra, con la necesidad de evitar a nuestra población trabajadora, en su amplia graduación profesional, una competencia que pudiera entorpecer la eficacia práctica de la acción del Estado en materia de formación y promoción profesional. Mayor descentralización de funciones, simplificación del procedimiento y supresión de la tasa que gravaba a las Empresas en proporción al sueldo asignado al empleado extranjero, eran características concretas que constituían dicha disposición⁸⁴⁸. También podemos citar a la Ley 58/1980, de 15 de noviembre⁸⁴⁹, que mediante un artículo único reconocía a los trabajadores de Guinea Ecuatorial que residían legalmente en territorio español, en equiparación con los trabajadores españoles el derecho, respecto a sus relaciones laborales, cualquiera que fuera la forma de su regulación.

Junto con el carácter restrictivo que presentaban las normativas, también existía normativas de carácter desigualitaria, en relación a las condiciones exigidas y los derechos concedidos, que se diferenciaban en relación con la nacionalidad del extranjero, tal como hemos señalado anteriormente, los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos, filipinos y de Guinea Ecuatorial, disponían de unos privilegios

⁸⁴⁶ El Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España. Publicado en: «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 1974, páginas 4008 a 4008 (1 pág.).

⁸⁴⁷ El Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regulaba el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España. Publicado en «BOE» núm. 195, de 14 de agosto, 12026.

⁸⁴⁸ Decreto 1870/ 1968, de 27 de julio, por el que se regulan el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España. Publicado en “BOE» Núm. 195, 12026 de 14 agosto 1968.

⁸⁴⁹ Ley 58/1980, de 15 de noviembre, sobre Régimen Laboral y de la Seguridad Social de los trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 22 de noviembre de 1980, páginas 26051 a 26051 (1 pág.).

respecto a otros extranjeros en territorio español⁸⁵⁰. Conviene señalar que España ha sido un país de emigrantes por motivos como factores demográficos, la guerra civil o la situación económica del país, durante 1900- 1980 del siglo XX, pero desde la década de 1990, España da un giro radical y vuelve a ser un país receptor de inmigrantes. La llegada de inmigrantes a España se debe a múltiples factores, entre los cuales se encuentra, la transición democrática española, crecimiento económico y la construcción de un estado del bienestar y más importante, la incorporación de España a la UE, situación que convertía a España para los inmigrantes en un país del paso para entrar en otros países europeos. En consiguiente, como resultado de las corrientes migratorias en los años 80, en España, se estableció la primera regulación del Derecho de extranjería mediante la Ley Orgánica 7/1985⁸⁵¹, de 1 de Julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Dicha Ley Orgánica señalaba que, en virtud del mandato constitucional (art.13 de la constitución) y necesidad de una norma básica, dicha ley acometía la tarea de establecer las disposiciones aplicables, de acuerdo con las declaraciones y recomendaciones sobre extranjeros formuladas por los organismos internacionales competentes en esta materia⁸⁵². Las características principales de la Ley Orgánica 7/1985, eran las de una ley fuertemente restrictiva en cuanto a los derechos de los extranjeros, en que se recortaba algunos derechos fundamentales, asimismo también condicionaba el ejercicio de los derechos y las garantías únicamente a los extranjeros que se encontraban legalmente en España⁸⁵³. En este punto, lo más importante en relación a nuestro tema de investigación, es que la Ley

⁸⁵⁰ *Vid.* La Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina empleados en el territorio nacional y la Ley 58/1980, de 15 de noviembre, sobre Régimen Laboral y de la Seguridad Social de los trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España.....*op. Cit.*

⁸⁵¹ En este sentido véanse el apartado 2 de preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, donde textualmente indicaba que “Nuestro ordenamiento jurídico ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería, en sí misma y en sus aspectos más importantes, y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando esta materia”. Asimismo en párrafo posterior señalaba la necesidad de crear una norma básica que establezca las disposiciones aplicables, de acuerdo con las declaraciones y recomendaciones sobre extranjeros formuladas por los Organismos Internacionales competentes en esta materia.

⁸⁵² *Vid.* párrafo 3 de Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

⁸⁵³ *Vid* preámbulo de Ley Orgánica 7/1985, donde indica “Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones”.

Orgánica 7/1985 no preveía el ejercicio de un derecho fundamental (reconocido tanto en la Constitución española, en los convenios y tratados internacionales asimismo como el Convenio Europeo de Derechos Humanos) para los inmigrantes, como es el derecho a la reagrupación familiar⁸⁵⁴. La única referencia que la citada ley (Ley Orgánica 7/1985) hacía en relación con el derecho de reagrupación familiar era, el de residencia de los menores de dieciocho años y a los incapacitados que dependieran del titular (el extranjero, residente legal en España). Aunque más tarde, mediante el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero⁸⁵⁵, del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, con el que se reguló más exhaustivamente el derecho de reagrupación familiar, que en la propia Ley Orgánica 7/1985, incluyendo en el ámbito no sólo al cónyuge, que no estaba recogido en la citada ley, sino también a los ascendientes dependientes⁸⁵⁶. Las normas generales y de la tramitación de los expedientes relativos a la reagrupación familiar se desarrollaron en la Orden de 8 de enero de 1999, del Ministerio de la Presidencia⁸⁵⁷.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de julio de 1987, en relación con la presentación por parte del Defensor del Pueblo de un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 7 (el derecho de reunión), artículo 8 (el derecho de asociación), artículo 26 (el internamiento en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario) y artículo 34 (imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio⁸⁵⁸, declaró inconstitucionales tres de los artículos antes citados (artículos 7, 8 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985)⁸⁵⁹. El Tribunal declaró que no era inconstitucional el art. 26, manteniendo que el internamiento del extranjero no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días, como señalaba la Ley Orgánica.

⁸⁵⁴ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves. *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras.....*, op. cit., p. 90.

⁸⁵⁵ Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, y que derogó el Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo.

⁸⁵⁶ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio., *“El derecho de reagrupación familiar.....”*, op. cit., págs. 387 y 388.

⁸⁵⁷ Publicado en “BOE» núm. 11 de 13 de enero 1999. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/01/13/>.

⁸⁵⁸ El defensor del pueblo señalaba que dichos artículos vulneraban los arts. 14, 16, 17, 21, 22, 24, 25 y 53.2, de la Constitución española; los arts. 2, 3, 14, 18 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por la misma Organización, el 15 de diciembre de 1966, y ratificado por España, el 27 de abril de 1977; y los arts. 5, 6, 9, 11, 13 y 14, de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificada por España, el 10 de octubre de 1979.

⁸⁵⁹ Sentencia de Tribunal constitucional de España (STC) 115/1987, de 7 de julio publicado en BOE núm. 180, de 29 de julio de 1987.

Con el crecimiento de la inmigración en España y la falta de eficacia por su carácter restrictiva de la Ley Orgánica 7/1985, como para responder a los problemas de la inmigración, así como también por la falta de ajuste de los criterios establecidos en el marco del Derecho de la Unión Europea, y en virtud de un Acuerdo de la Comisión de Política Social y Empleo sobre inmigrantes y refugiados, aprobado por el Congreso de los Diputados en 23 de junio de 1998⁸⁶⁰, surgió la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸⁶¹. En el citado acuerdo, la Subcomisión en su propuestas consideraba que “la política de recepción de flujos migratorios exige actitudes activas de participación de los poderes públicos, la sociedad de acogida y de los propios inmigrantes, considerando a éstos como ciudadanos con voluntad de permanencia y no meros trabajadores temporales, por tanto los emigrantes no pueden ser considerados solamente como manos de obra sino como personas titulares de derechos en especial, al desarrollo personal y social, con respeto a su propia identidad cultural, a la igualdad de trato, eliminando toda forma de discriminación por motivo de nacionalidad o de raza, particularmente en los ámbitos de las condiciones laborales, profesionales, educativas, cultural, de vivienda, de sanidad. El inmigrante goza del derecho a vivir en familia y por tanto la regulación del reagrupamiento familiar debe permitir que esta posibilidad alcance a los cónyuges, hijos menores y ascendientes a cargo⁸⁶²”.

La nueva Ley Orgánica 4/2000 nació con el fin de promover la implicación y la participación del inmigrante en los asuntos públicos, así también reconociéndoles los derechos económicos, sociales y culturales, proclamados como “principios rectores” al objeto de favorecer la integración social de los inmigrantes⁸⁶³. La nueva ley de extranjería reconoce la equiparación de derechos entre los españoles y los extranjeros, tales como el

⁸⁶⁰ Acuerdo de la Comisión de Política Social y Empleo, relativo al Informe de la Subcomisión para estudiar la situación de los españoles que viven fuera, así como la de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país; conocer a fondo sus necesidades y reivindicaciones prioritarias; proponer las medidas legales y sociales que es conveniente adoptar para conseguir solucionar los problemas existentes (154/8). Publicado en “BOCG” Congreso de los Diputados, serie D, núm. 308, de 15 de julio de 1998.

⁸⁶¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 10, de 12/01/2000. Entrada en vigor: 01/02/2000.

⁸⁶² SANTOLAYA MACHETTI, Pablo., “Artículo 3. Igualdad con los españoles e interpretación de las Normas” en SANTOLAYA MACHETTI, P., (coord.) *Comentarios a la nueva ley de extranjería. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 51 a 57.

⁸⁶³ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España.....op, cit., pp. 634 a 636.

derecho de reunión y manifestación, libertad de asociación, derecho a la educación, libertad de sindicación y de huelga, derecho a la asistencia sanitaria, derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales, el derecho a la tutela judicial efectiva y recurso contra los actos administrativos, y asimismo, en lo que más nos interesa aquí, el derecho a la reagrupación familiar⁸⁶⁴. La nueva Ley Orgánica 4/2000 en su capítulo II, por primera vez y de forma expresa se atribuye al inmigrante derecho a reagruparse con sus familiares en nuestro país⁸⁶⁵. El artículo 16 de la L.O. 4/2000, bajo el título del derecho a la intimidad familiar, indica que los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España. En relación a los familiares reagrupables, el artículo 17, indica que el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él familiar que dicho artículo prevé⁸⁶⁶. Como señala Goig Martínez, “la Ley Orgánica 4/2000, constituyó un intento de equiparar a inmigrantes y españoles no sólo en derechos fundamentales, sino también en los llamados “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” sin distinguir, salvo para aquellos para los que se exija, al igual que para los españoles, el cumplimiento de determinados requisitos, en virtud de la situación administrativa, favoreciendo la integración social y luchando contra la discriminación”⁸⁶⁷. En el mismo año, la nueva ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000), tuvo su primera reforma por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre⁸⁶⁸, que afectó a gran parte de los artículos de la Ley Orgánica, añadiendo nuevas disposiciones y nuevos preceptos, por lo que cambió radicalmente el signo de la política migratoria seguida por la Ley Orgánica 4/2000. La exposición de motivos de la L.O. 8/2000, señalaba entre los principales objetivos de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, “la realidad del fenómeno migratorio como hecho estructural y que superaba las previsiones de la L.O.

⁸⁶⁴ CANO BUES, Juan., “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva Constitucional” en *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003, pág. 19.

⁸⁶⁵ LÓPEZ BARBA, Elena y GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio., “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a.....”, *op. cit.*, pág. 50.

⁸⁶⁶ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Yolanda., Capítulo II, reagrupación familiar, (el artículo 16. Derecho a la intimidad familiar y el artículo 17. Familiares reagrupables), en SANTOLAYA MACHETTI, P., (coord.) *Comentarios a la nueva ley de extranjería.....*, *op. cit.*, pp. 113 a 124.

⁸⁶⁷ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros: comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería”, en *Revista de Teoría y realidad constitucional*, Nº 22, 2008, pág. 626.

⁸⁶⁸ Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, páginas 45508 a 45522 (15 págs.).

4/2000, asimismo apuntando que nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, en marco de Derecho de la Unión Europea sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”, también el objetivo de crear medidas para profundizar en la lucha contra tráfico y explotación de seres humanos⁸⁶⁹.

Goig Martínez, J.M., sostiene que “tras la reforma, que afecta a un 80% de la ley, no sólo se modifica gran parte del sistema de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes, sino que se cambia el reconocimiento de derechos a los extranjeros, retornando a una situación muy parecida a la contemplada por la L.O. 7/1985, al recuperar la clara distinción entre los extranjeros dependiendo de su situación administrativa⁸⁷⁰. En relación con el derecho de reagrupación familiar por la reforma L.O. 8/2000⁸⁷¹, los apartados 2 y 3 del artículo 16 de la L.O. 4/2000 han sido modificados. Por lo que respecta al apartado 2 del artículo 16 que reconocía el derecho de reagrupación a los familiares de los extranjeros que residan en España, se modifica de la siguiente forma, “el derecho de reagrupación familiar se reconoce a los extranjeros residentes en España y no a los familiares”. Por consiguiente, no es un derecho de los familiares, sino un derecho que nace en virtud de residencia legal y cumplimiento de unos requisitos previos por parte de extranjero residente en España⁸⁷². También se añade un párrafo al apartado 3 del artículo 16, indicando la posibilidad de que “Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en caso del cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, para poder conservar el permiso de residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.

Se suprimieron las letras e) y f) del primer apartado del artículo 17 de la L.O. 4/2000, y el contenido de la letra d) del apartado 1 del artículo 17, “los ascendientes del residente extranjero” se queda redactado como “los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge”. De esta forma, se especifica y limita el ejercicio de este derecho (RF) solo a reagrupante y

⁸⁶⁹ Vid. exposición de motivos de la LO 8/2000 de 22 de diciembre.

⁸⁷⁰ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “*Tribunal Constitucional....., op. cit., p.627.*

⁸⁷¹ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene., “*La Reagrupación Familiar: Complejidad....., op. cit., pp. 268-276.*

⁸⁷² Véanse el punto 11 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la L.O 4/2000.

a su cónyuge⁸⁷³. Se añade un apartado 2 al artículo 17 indicando que “reglamentariamente, se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación”⁸⁷⁴.

Asimismo la reforma de L.O. 8/2000 de 22 de septiembre, añadió dos nuevos artículos en relación con el derecho de reagrupación familiar. El artículo 18 que regula el procedimiento y requisitos para la reagrupación familiar, condiciones y también documentos que acrediten el cumplimiento de dichos requisitos. Y el artículo 19 bajo el título de efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales, que regulariza la posibilidad de obtener una autorización de residencia independiente al cónyuge y a los hijos reagrupados en situaciones señalados en dicho artículo.

A través de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se cuestionó la constitucionalidad de la regulación de la reagrupación familiar en esa ley. El Tribunal constitucional, desestimó el motivo de inconstitucionalidad señalando su doctrina que el derecho a la reagrupación familiar, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y al apreciar que los preceptos impugnados no regulaban ni desarrollaban el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), ni estaban sometidos a la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE), ni a la reserva de ley establecida para los “Derechos y libertades reconocidos en el capítulo II” (art. 53.1 CE), por lo cual las remisiones reglamentarias contenidas en los artículos recurridos no habían infringido aquellas disposiciones constitucionales⁸⁷⁵ de acuerdo con el artículo 13 del capítulo I, del título I de la CE. Finalmente a través de varios recursos de inconstitucionalidad

⁸⁷³ Véanse el punto 13 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la L.O 4/2000.

⁸⁷⁴ LÓPEZ ULLA, Juan Manuel., “El Derecho de los extranjeros a reunir a la familia” en Boletín de la Facultad de Derecho. UNED, núm. 20, 2002, pp. 236 a 238.

⁸⁷⁵ STC 260/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1644-2001. Interpuesto por el Parlamento Vasco respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2008, páginas 58 a 65 (8 págs.). FJ 3. También véanse la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, páginas 59 a 83 (25 págs.). FJ 11.

planteados, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de los artículos 7, 8, 9.3, 11.1, 11.2 y 22.2⁸⁷⁶ de la L.O. 8/2000, que dan nueva redacción a los artículos de la L.O. 4/2000 por considerar que vulneran los artículos 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 27 y 29 de la Constitución en su interpretación por los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia ratificados por España⁸⁷⁷.

Otra modificación de la L.O 4/2000 de 11 de enero, se hizo mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de noviembre⁸⁷⁸. Dicha modificación ha sido menor, ya que solo se modificaron los apartados 4 y 7 del artículo 57, el apartado 1 del artículo 61 y el apartado 1 del artículo 62, todos ellos relacionado con la expulsión del extranjero⁸⁷⁹. De hecho los principales cambios se realizó a la L.O. 10/1995 del Código Penal y a modificar el Código Civil⁸⁸⁰. En la exposición de motivos se señalaba que la L.O. de 11/2003 viene a completar el conjunto de medidas legislativas que sirven de desarrollo del Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002. Un plan que contemplaba un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas. Entre estas últimas se ponía un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros. Como señala en el apartado IV de la exposición de motivos, con dicha ley se busca la respuesta penal y lograr una mayor

⁸⁷⁶ Vid. los apartados 5, 6, 7, 9 y 16 del artículo primero de la L.O 8/2000 de la reforma del articulado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. que regulan, el derecho de reunión y manifestación (artículo 7); el derecho de asociación (artículo 8); el derecho a la educación (artículo 9.3); el derecho de sindicación (artículo 11.1); el derecho a la huelga (artículo 11.2); el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 22.2).

⁸⁷⁷ Vid. entre otros, STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra, publicado en: «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007; STC 259/2007 de 19 de diciembre de 2007, recurso de inconstitucionalidad 1640-2001. Interpuesto por la Junta de Andalucía, publicado en: «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2008; STC 260/2007 de 20 de diciembre de 2007, recurso de inconstitucionalidad 1644-2001. Interpuesto por el Parlamento Vasco, publicado en: «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2008; STC 263/2007 de 20 de diciembre de 2007, recurso de inconstitucionalidad 1671-2001. Interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón publicado en: «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2008; STC 265/2007 de 20 de diciembre de 2007, recurso de inconstitucionalidad 1679-2001. Interpuesto por el Principado de Asturias, publicado en: «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2008.

⁸⁷⁸ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Publicado en: «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 2003

⁸⁷⁹ Vid. el artículo segundo de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁸⁸⁰ Vid. el artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Y el artículo tercero. Modificación del Código Civil, de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

eficacia en la medida de expulsión frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos.

El resultado es una modificación de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 de código penal, mediante L.O. 11/2003, en que se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión. Otro objetivo de dicha ley es la lucha contra el tráfico ilegal de personas que impide la correcta integración de los extranjeros, con la modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal. Asimismo también la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta, como el delito de mutilación genital o ablación que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Por dicho motivo se modificó el artículo 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, castigadas con prisión de seis a 12 años⁸⁸¹.

En 2003 también hubo otra reforma, la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre⁸⁸² de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La propia ley en su exposición de motivos justifica la reforma por los motivos, por un lado, el incremento del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también las formas en las que se produce el hecho inmigratorio del que nuestro país es receptor, y por otro la adaptación de la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los dos últimos años habían sido adoptadas en el seno de la Unión Europea, así como, incorporar determinadas

⁸⁸¹ *Vid.* el apartado IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

⁸⁸² Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en: «BOE» núm. 279, de 21 de noviembre de 2003, páginas 41193 a 41204.

consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo⁸⁸³. Y añade que dichas circunstancias han planteado la necesidad de incorporar instrumentos normativos con el objetivo de facilitar los medios a través de los que ha de desarrollarse la inmigración legal, y reforzando los mecanismos para la lucha contra la inmigración ilegal, cada vez más organizada y con mayores recursos para la consecución de sus objetivos⁸⁸⁴.

La propia ley en el apartado II de su exposición de motivos señalaba los objetivos que se contemplaban en dicha reforma; entre otros, motivos como la mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos, el refuerzo de los procedimientos de devolución de extranjeros que acceden ilegalmente a nuestro país, asimismo extendiendo las conductas tipificadas como infracciones graves a todas las personas que, con ánimo de lucro, induzcan, favorezcan, promuevan, o faciliten la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a España, o su permanencia en nuestro país y la del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, la lucha contra el uso fraudulento de los procedimientos administrativos de gestión en esta materia, todo ello con el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio⁸⁸⁵. La Ley Orgánica 14/2003 modificó un número elevado de los artículos de la Ley Orgánica 4/2000, y se introdujeron los nuevos artículos 25 bis, 30 bis, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquis, 62 sexies, artículo 71 y las nuevas disposiciones adicionales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava, en la Ley Orgánica 4/2000. Entre otros cambios, también se modificó la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de perfeccionar la información contenida en el Padrón Municipal relativa a los extranjeros empadronados. Dicha reforma facilita los datos del Padrón Municipal a la Dirección General de la Policía con el fin de mejorar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros sobre el control y permanencia de extranjeros en España, así también a otras

⁸⁸³ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de marzo de 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anulan diversos preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Publicado en: «BOE» núm. 117, de 16 de mayo de 2003, páginas 18869 a 18869 (1 pág.).

⁸⁸⁴ *Vid.* el apartado I de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁸⁸⁵ El apartado II de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo al afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias.

La Ley Orgánica 14/2003, modifico artículos relacionado con la reagrupación familiar, justificando que dicha modificación tiene por objetivo evitar fraudes denominadas como reagrupaciones en cadena⁸⁸⁶. En concreto se modifica el apartado 2 del artículo 17 indicando que los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en dicha Ley Orgánica. Con dicha modificación también se introdujeron dos nuevos apartados, 3 y 4 al artículo 17. El apartado 3 reconocía a los ascendientes reagrupados, que sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residente permanente y acreditando solvencia económica. A continuación señala que excepcionalmente, el ascendiente podrá ejercer el derecho de reagrupación, para reagrupar a su hijo menor de edad a su cargo o incapacitado, en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo⁸⁸⁷. Y el artículo 4 indica que reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación. Se modificó el apartado 2 del artículo 18, exigiendo previa residencia legal de un año en España y obtener la autorización para residir al menos otro año, para poder ejercer el derecho a reagrupación familiar. El apartado 4 de artículo 18 ha sido suprimido. Se modificó el artículo 19, sobre los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales, y se introdujo la exigencia de disponer una autorización de trabajar, para obtener una autorización de residencia permanente, tanto para el cónyuge o los ascendientes reagrupados como para los hijos reagrupados cuando alcancen la mayoría de edad⁸⁸⁸. Dicha modificación introdujo un párrafo en el apartado 1 del artículo 19, reconociendo el derecho a obtener la autorización de residencia independiente para el

⁸⁸⁶ PÉREZ-NIEVAS MONTIEL, Santiago y DANIELA VINTILA, Cristina., “La reagrupación familiar en España y en Europa”, en *la Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián), pp. 150-153.

⁸⁸⁷ El apartado 3 del artículo primero de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁸⁸⁸ *Vid.* el apartado cinco del artículo primero de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

cónyuge que fuera víctima de violencia doméstica, desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma. Teniendo en cuenta todo lo anterior, con dicha reforma muchos de los derechos se vieron afectados con medidas directas e indirectas, y es posible decir que dicha reforma presentaba un carácter restrictivo, con lo que introdujo aún más limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros con el fin de controlar la entrada de inmigrantes en España.

La cuarta modificación de la ley de extranjería, llega con la Ley Orgánica 2/2009⁸⁸⁹ de 11 de diciembre justificándose, por la necesidad de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas Europeas que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de la Ley 4/2000 de 11 de enero, realizada en diciembre de 2003. Asimismo también justificándose por el impacto de la inmigración y su dimensión en España, y sus repercusiones en el orden económico, social y cultural, donde exige a los poderes públicos que deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios y su ajuste a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo⁸⁹⁰. Y así como la necesidad de incorporar una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos habían sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional⁸⁹¹. El apartado V del preámbulo de la L.O. 2/2009, indica que dicha reforma, tiene por objetivo establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país. Así como reforzar la integración de los inmigrantes como uno de los ejes centrales de la política de inmigración. También reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y con otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, en la definición y desarrollo de la política migratoria⁸⁹². Las modificaciones introducidas en la L.O. 4/2000,

⁸⁸⁹ La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

⁸⁹⁰ Vid. los apartados II, III, IV del preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁸⁹¹ Vid. la STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra, *op. cit.*

⁸⁹² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Núm. 1, 2010, págs. 107-124.

mediante la L.O. 2/2009, prácticamente afectan a todos los títulos de la misma. En esta línea, lo que nos interesa, en relación con nuestro estudio, son las modificaciones y la nueva regulación que se da en materia al derecho de reagrupación familiar⁸⁹³. El cambio fundamental que se introdujo al artículo 17, tuvo efecto sobre los beneficiarios de la reagrupación familiar, que se limitó básicamente a los miembros de la familia nuclear⁸⁹⁴. Con la nueva regulación, se incluyó a la pareja que tuviera una relación de afectividad análoga a la conyugal con el reagrupante, dentro de esta categoría de familiares (familia nuclear)⁸⁹⁵. Según el apartado 4 del artículo 17 de la L.O. 4/2000 “la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en el capítulo II del título I de dicha ley, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España”. En párrafo siguiente del mismo apartado, se indica que “en todo caso las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí”⁸⁹⁶. Con esta reforma también se introduce la exigencia del límite de edad de sesenta y cinco años para los ascendientes del reagrupante, y la condición de que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiriera la residencia de larga duración⁸⁹⁷, restringiendo ejercicio de este derecho a los ascendientes. Otro cambio importante y positivo de esta reforma se encuentra en el artículo 19 de la L.O. 4/2000, donde reconoce que la autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará de forma automática la autorización de trabajo sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Así también como reforzar la protección del cónyuge

⁸⁹³ Véanse, MARÍN CONSARNAU, Diana., “La autorización de residencia por motivos familiares: la residencia temporal por reagrupación familiar y la residencia del hijo del residente”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009* / coord. por Diego Boza Martínez, Francisco Javier Donaire Villa, David Moya Malapeira, 1ª edición, Tirant Lo Blanch, Madrid 2010, pp.262-286. Asimismo FREIRE CORREIA de GUSMAO, Ana Carina., “El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario”, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 23, 2010, pp. 113 y ss.

⁸⁹⁴ *Vid.* el apartado 9 de considerando de la Directiva 2003/86/CE, “La reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad”. asimismo véanse también el artículo 4 de dicha Directiva.

⁸⁹⁵ El apartado 18 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁸⁹⁶ En relación con esta tema véanse, DIAGO DIAGO, M.P., “La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la "pareja de hecho" en la enésima modificación de la Ley 4/2000”, en *la Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 26, 2011, pp. 22-26.

⁸⁹⁷ El apartado 18 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. (el apartado 1 d) del artículo 17).

reagrupada, víctima de violencia de género, que podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género⁸⁹⁸. Teniendo en cuenta la importancia del derecho a la vida en familia, consagrado en numerosos tratados y convenios internacionales, la L.O de 4/2000 de 11 de enero y todas las reformas y modificaciones posteriores a dicha L.O, reconocen este derecho únicamente a los extranjeros residentes legales en España y con ciertas limitaciones. Aunque la última reforma llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 2/2009, introdujo algunos cambios favorable al derecho de la reagrupación familiar, aún existe dificultades y restricciones al ejercicio de este derecho por parte de los interesados⁸⁹⁹.

2. *Objetivo de la ley de Extranjería*

El objetivo de la ley de extranjería es establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, en un plano de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Facilitar la integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas en virtud de lo establecido en la Constitución y la ley. El reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la ley y de acuerdo con el principio de no discriminación. El artículo 2 ter. de la L.O. 4/2000, en materia de integración de los inmigrantes, señala que “las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en

⁸⁹⁸ El apartado 21 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. (el apartado 2 del artículo 19).

⁸⁹⁹ Sobre la evolución de la normativa sobre reagrupación familiar véanse ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras”....., *op. cit.*, pp. 89- 103.

condiciones de igualdad de trato⁹⁰⁰. De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración⁹⁰¹, el Gobierno y las Comunidades Autónomas acordarán programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes. Otros objetivos que persigue la L.O. de extranjería son la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas, reforzando los medios e instrumentos de control, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España. Así como la persecución de la trata de seres humanos, que es uno de los principios de la política migratoria española, por lo que se adoptó un Protocolo Marco para la protección de las víctimas de trata de seres humanos en octubre de 2011⁹⁰². Dicho protocolo establece un mecanismo para la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos⁹⁰³. El apartado 1 del artículo 59 bis., en lo relativo a las víctimas de la trata de seres humanos, indica que “las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005⁹⁰⁴”.

⁹⁰⁰ El apartado 2 del artículo 2ter. de la L.O 4/2000. El párrafo 2 del apartado 2 de dicho artículo indica “Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración”.

⁹⁰¹El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, donde señala que la integración de los inmigrantes se ha convertido en uno de los retos más importantes que afronta la sociedad española en la actualidad y en un pilar básico de la política integral de inmigración puesta en marcha por el Gobierno desde el año 2004, junto con la lucha contra la inmigración ilegal, la vinculación de la inmigración legal a las necesidades del mercado de trabajo y la cooperación al desarrollo de los países de origen. Así, la integración de los inmigrantes como ciudadanos, y en un marco de convivencia intercultural, continúa ocupando un lugar central en la política migratoria actual, convirtiéndose en un reto clave de nuestra sociedad conseguir que el proceso de integración de la población inmigrante se desenvuelva con éxito. (extranjeros.empleo.gob.es/es/...Integracion/Plan_estragico2011/.../PECI-2011-2014).

⁹⁰²Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, (www.policia.es/trata/pdf/protocolo_marco_trata.pdf).

⁹⁰³ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Publicado en *BOE* Núm. 219, Jueves 10 de septiembre de 2009. Asimismo, Identificación de las Víctimas de Trata de Seres Humanos en Procedimientos de Protección Internacional y Retorno Forzado. (extranjeros.empleo.gob.es/REM_Identificacion_de_victimas_de_trata_ES.pdf).

⁹⁰⁴ En relación con este tema véanse los apartados 1 a 6 del Artículo 59 bis. Víctimas de la trata de seres humanos, de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero.

3. Delimitación y exclusión del ámbito de la L.O. 4/2000

Según artículo 1 de la Ley Orgánica de 4/2000, relacionado con delimitación de su ámbito de aplicación, dicha ley solo se aplicara a los extranjeros y prevé que se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española. A los extranjeros sujetos al régimen comunitario que son los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el dicho régimen comunitario, siéndoles de aplicación dicha ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LOEX 4/2000, los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia. También quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LOEX, Los representantes, delegados y demás miembros de las misiones permanentes o de las delegaciones ante los organismos intergubernamentales con sede en España o en conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares. Así como los funcionarios destinados en las organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España y sus familiares, a quienes los tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) del artículo 2 de la LOEX 4/2000 del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

4. Derecho a la vida familiar y la intimidad familiar

El título primero de la LOEX 4/2000, recoge los artículos dedicados a los "derechos y libertades de los extranjeros, donde en su artículo 16 del capítulo II reconoce el derecho a la intimidad familiar. Reconociendo el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar a los extranjeros residentes, en la forma prevista en LOEX y de acuerdo con lo

dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España⁹⁰⁵. En este sentido, los tratados internacionales reconocen expresamente el derecho a la vida en familia y la intimidad familiar a todas las personas⁹⁰⁶, así como el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar, señalando que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Como anteriormente se señaló en el capítulo primero del trabajo, en el epígrafe “el derecho de la intimidad familiar en el artículo 18 de la CE”, nuestra Constitución garantiza el derecho a la intimidad familiar, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional rechaza (SSTC 186/2013; 236/2007)⁹⁰⁷ cualquier conexión entre el derecho a la reagrupación familiar y el contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE. Diciendo que el derecho a la intimidad «se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen⁹⁰⁸. Afirmando que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana»⁹⁰⁹. El Tribunal Constitucional, señala que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8 CEDH⁹¹⁰. Ahora bien, a pesar de que el TEDH no reconoce la existencia de un derecho a la reagrupación familiar⁹¹¹, en base a los criterios interpretativos y la reiterada jurisprudencia del TEDH en relación con la reagrupación familiar, se entiende que el Tribunal impone ciertos límites a las

⁹⁰⁵ SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar” en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino., (Dir.), *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Cizur Menor Aranzadi, Navarra 2011, pp.275-280.

⁹⁰⁶ Entre otros véanse, el artículo 17 del artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 8 y 16 de la convención de Derechos del Niño.

⁹⁰⁷ STC, 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, Publicado en: «BOE» núm. 290, de 4 de diciembre de 2013, FJ 6 y 7; STC, 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, Publicado en: «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, FJ 11; STC 231/1988, de 2 de diciembre, Publicado en «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 1988, FJ 3.

⁹⁰⁸ STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3.

⁹⁰⁹ STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3.

⁹¹⁰ STC, 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 11.....*op. Cit.*

⁹¹¹ STEDH caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer contra Países Bajos de 31 de enero 2006. Demanda núm. 50435/1999. (JUR 2006\47418). Apartado 39.

legislaciones y prácticas nacionales, el deber de tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso concreto y el interés general, para respetar debidamente el derecho al respeto a la vida familiar de acuerdo con la interpretación del TEDH sobre este derecho recogido en el artículo 8 del Convenio⁹¹². Pese a lo expuesto en el artículo 16.1 de la LOEX, sobre derecho de los extranjeros a la vida en familia y a la intimidad familiar, especialmente en lo relativo a la última frase “de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España”, y teniendo en cuenta todo lo anterior, la jurisprudencia de Tribunal Constitucional no reconoce el derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del TEDH, y tampoco un derecho fundamental como la reagrupación familiar, por lo que ninguno de los derechos mencionados forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 de la CE⁹¹³.

5. Garantías jurídicas de los extranjeros

El capítulo III del título 1 de la LOEX 4/2000 de 11 de enero, regula el derecho de los extranjeros a la tutela judicial efectiva. Los artículo 8 a 11 de la DUDH, los artículos 2.3 y 14 del PIDCP, el artículo 6 y 13 del CEDH, y los artículo 47 a 50 del título IV del CDFUE bajo materia de justicia, consagran este derecho como un auténtico derecho fundamental de las personas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consagró este derecho en su sentencia de 15 de mayo de 1986 como un principio general del Derecho de la Unión⁹¹⁴. A la luz del principio general, todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos en que, en su opinión, hayan sido violados sus derechos. Por lo tanto corresponde a los Estados miembros garantizar un

⁹¹² IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara., “*El valor de la Directiva 86/2003 sobre reagrupación familiar.....*”, *op. cit.*, pág.134.

⁹¹³ STC, 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, FJ 7 “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 procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, que el «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 no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE”.

⁹¹⁴ STJUE, asunto 222/84, Johnston de 15 de mayo de 1986, FJ 18; véanse también la STJUE, asunto C-97/91, Borelli de 3 de diciembre de 1992 FJ 14 donde textualmente señala que “la exigencia de un control jurisdiccional de cualquier decisión de una autoridad nacional constituye un principio general de Derecho comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que está consagrada en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos”.

control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho Comunitario y las de la legislación nacional destinada a garantizar la posibilidad del ejercicio de los derechos previstos en la Directiva⁹¹⁵. Según el Tribunal de Justicia, este principio general del Derecho de la Unión también se aplica a los Estados miembros cuando éstos aplican el Derecho de la Unión. Según el artículo 24.1 de la Constitución española, "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". El derecho que corresponde a todas las personas con el principio de igual trato recogido en el artículo 9.2 de la Constitución. A los extranjeros que se hallen o no residiendo legalmente en España, al margen de su situación administrativa, con el mismo alcance y contenido que los españoles. El Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias sostiene que "el art. 24.1 C.E. garantiza el acceso a la jurisdicción como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez"⁹¹⁶, con el fin de obtener una resolución fundada en derecho, como garantía máxima dada la esencia de la función jurisdiccional frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos⁹¹⁷. Asimismo la CE en su artículo 24.2 reconoce y garantiza este derecho mediante los siguientes instrumentos: el derecho a un Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

i. La tutela jurídica efectiva

El artículo 20 de la LOEX 4/2000, recoge este derecho con el siguiente enunciado "Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva". Según el apartado 2 del artículo

⁹¹⁵ STJUE, asunto 222/84,..... *op. Cit.* FJ 19

⁹¹⁶ STC, 132/1997 de 15 de julio, publicado en *BOE* núm. 187, de 06 de agosto de 1997. FJ2.

⁹¹⁷ STC, 22/1994, de 27 de enero, publicado en *BOE* núm. 52, de 02 de marzo de 1994. FJ 2 a.

20, todos los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería deberán respetar en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo⁹¹⁸, en virtud del artículo 53 del capítulo 1 del título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁹¹⁹, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones. En el apartado 3 de dicha ley, se reconoce la legitimación para intervenir como interesados en los procedimientos administrativos, a las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos. Asimismo también señala la legitimación de las corporaciones, asociaciones, o entidades⁹²⁰ que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos en materia de extranjería, para intervenir en los procesos contencioso-administrativos⁹²¹. Entre las llamadas garantías jurídicas, incluye el derecho a la asistencia jurídica gratuita. El artículo 22 de la LOEX 4/2000 de 11 de enero establece que los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. Esta asistencia gratuita se le da a todo extranjero con independencia de cuál sea su situación administrativa⁹²², y cualquiera que

⁹¹⁸ “La esfera jurídica de derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas se encuentra protegida a través de una serie de instrumentos tanto de carácter reactivo, entre los que destaca el sistema de recursos administrativos o el control realizado por jueces y tribunales, como preventivo, a través del procedimiento administrativo, que es la expresión clara de que la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como reza el artículo 103 de la Constitución”. Apartado 1 del texto de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Publicado en: «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁹¹⁹ Véanse el artículo 53 bajo título de Garantías del procedimiento, (Derechos del interesado en el procedimiento administrativo), Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo.....*op. Cit.*

⁹²⁰ Artículo 19 (legitimación), del capítulo II del título II de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Publicado en: «BOE» núm. 167, de 14/07/1998.

⁹²¹ Véanse ARANA GARCÍA, Estanislao., “Artículo 20. Derecho a la tutela judicial efectiva” en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 315.336. Así también ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZEN, Diego., “Derecho a la tutela judicial efectiva” en SANTOLAYA MACHETTI, P., (coord.) *Comentarios a la nueva ley de extranjería. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pp.137 a 142.

⁹²² Véanse la STC 236/2007 de 7 de noviembre, en la que en la línea ya argumentada, en su fundamento jurídico 13, considera inconstitucional la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso al efectos del cual gocen de la precisa legitimación por ser ello contrario al artículo 24 de la CE.

sea la jurisdicción en la que son parte⁹²³. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando el extranjero carezca de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita. En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen⁹²⁴. A los efectos previstos con lo dicho anteriormente, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en la ley Enjuiciamiento Civil de 1/2000, de 7 de enero⁹²⁵. En el caso de que el extranjero se hallase privado de su libertad, podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el delegado o subdelegado del gobierno competente o el director del centro de internamiento de extranjeros, bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente⁹²⁶. En caso de que el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la

⁹²³ IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio., *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*, Cáritas Española, Madrid, 2009, pp. 131 y ss.

⁹²⁴ Apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁹²⁵ *Vid.* Artículo 24. Apoderamiento del procurador, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en: «BOE» núm. 7, de 08/01/2000. Entrada en vigor: 08/01/2001

⁹²⁶ Artículo 223. Manifestación de la voluntad de recurrir, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30/04/2011.

solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, lo podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente⁹²⁷.

ii. Derecho de recurso contra los actos administrativos

Los extranjeros tienen derecho al recurso contra los actos administrativos. El artículo 21 de la LOEX 4/2000 se establece que los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. También, según se establece la disposición adicional decimocuarta del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, los extranjeros podrán interponerse los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos contra las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior, y de Trabajo e Inmigración, los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno, bajo la dependencia funcional de estos dos últimos Ministerios, con base en lo dispuesto en el Reglamento, sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, cédulas de inscripción, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, que pondrán fin a la vía administrativa. De esta regla se exceptúan las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución, las cuales no agotan la vía administrativa⁹²⁸. Los actos y resoluciones administrativas adoptados serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, y su régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente⁹²⁹. El artículo 65 de la LOEX 4/2000 indica el carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros, estableciendo que las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, y el régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general. En caso que el extranjero no se encuentre en España, podrá realizar los recursos procedentes, tanto en vía

⁹²⁷ TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel., Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita, en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 352- 358.

⁹²⁸ Disposición adicional decimocuarta (Recursos), del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

⁹²⁹ *Vid.* el artículo 63. Procedimiento preferente de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente⁹³⁰.

III. DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y LA TRNSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/86/CE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2009 DE 11 DE DICIEMBRE Y EL REAL DECRETO 557/2011, DE 20 DE ABRIL.

Tal como se ha señalado en apartado anterior, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fue modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, mediante la que se han transpuesto las diferentes Directivas europeas en relación al régimen extracomunitario. La Ley Orgánica 2/2009, en su preámbulo recogía la necesidad de contar con un marco normativo europeo común en materia de inmigración, señalando entre otros motivo de la modificación de la L.O. 4/2000 que, “el creciente número de normas comunitarias que afectan al Derecho de extranjería de los Estados Europeos y cada vez son más las normas que se aprueban en la Unión Europea, en materia de inmigración, que deben ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por un lado y por otro, así como la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008, en el cual se establecen como principales objetivos conseguir “una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes”⁹³¹. Con dicha modificación (la L.O. 2/2009) también se realizó la transposición de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados en el ordenamiento jurídico español. Con dicha transposición se da una nueva regulación al derecho de reagrupación familiar en

⁹³⁰ CONDE ANTEQUERA, Jesús., “Artículo 21. Derecho al recurso contra los actos administrativos”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 337-351.

⁹³¹ *Vid.* el apartado II del preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

nuestro ordenamiento, previstos en la Directiva 2003/86/CE que tiene por objeto establecer las condiciones en las que se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros⁹³². El cambio fundamental que se introduce en el capítulo II (reagrupación familiar) del título I de la LOEX 4/2000 mediante la modificación por la LOEX de 2/2009, es en relación con los beneficiarios de la reagrupación familiar. Al contrario de la mayoría de los países de nuestro entorno⁹³³ que se limitan básicamente a permitir reagrupar a los familiares que integran la familia nuclear⁹³⁴, la novedad que trajo la LOEX 2/2009, en este caso es que, dentro de esta categoría de familiares, se incluyó a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal (pareja de hecho)⁹³⁵, y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo asimismo también poder reagrupar a sus hijos. En cambio, esta reforma limitó la reagrupación de los ascendientes, como norma general⁹³⁶, a los mayores de sesenta y cinco años, aunque previendo, naturalmente, que puedan existir razones humanitarias que la permitan su reagrupación con una edad inferior. Con la L.O. 2/2009, se modifica el artículo 17 (familiares reagrupables), el artículo 18 (requisitos para la reagrupación familiar), el artículo 19 (efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales), y se añade un nuevo artículo, 18 bis (procedimiento para la reagrupación familiar), todos relativos al derecho a la reagrupación familiar del capítulo II del título I de la L.O. 4/2000

⁹³² LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa., “La familia en la Unión Europea: el derecho a la reunificación.....”, *op. cit.*, pp. 218-222.

⁹³³ Véanse el artículo L411-1 del título I del libro IV sobre la reagrupación familiar, en el Código de entrada y residencia de extranjeros y asilo francés, donde señala como familiar reagrupable, al cónyuge y los hijos menores de 18 años del reagrupante y de su cónyuge (www.gisti.org/IMG/pdf/ceseda.pdf). Asimismo véanse los artículos 30 a 36 de la ley de residencia (ley de la residencia, el empleo y la integración de los extranjeros en el territorio federal) de la República Federal Alemana, donde regula a los beneficiarios de derecho a la reagrupación familiar, que son el cónyuge e hijos menores de ellos. Respecto a otros miembros familiares, tan solo en casos muy excepcionales es posible la reagrupación de otros familiares extranjeros de un ciudadano alemán o extranjero (<https://dejure.org/gesetze/AufenthG>). Para más información véanse el informe de MIPEX sobre reagrupación familiar en www.mipex.eu.

⁹³⁴ Vid. artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Véanse también el considerando 9 de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, así como el artículo 4 (miembros de familia) de dicha Directiva.

⁹³⁵ Véanse el apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE, y el apartado 4 del artículo 17 (familiares reagrupables) de la LOEX 4/2000.

⁹³⁶ Teniendo en cuenta el carácter opcional, y así como el contenido de apartado 2 a). del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE, que no señala un límite de edad alguno para los ascendientes, con la modificación de la L.O. de 4/2000 mediante la LO 2/2009 en nuestro ordenamiento jurídico, se trae la obligación de límite de edad de 65 años para la reagrupación de los ascendientes como norma general, aunque reconoce algunas excepciones, dificultando o mejor dicho obstaculizando el ejercicio de este derecho (derecho a reagrupación familiar) a dichas personas.

de 11 de enero⁹³⁷. El desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 4/2000 se lleva a cabo mediante el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009⁹³⁸. Los artículos 52 a 61 del capítulo II en materia de residencia temporal por reagrupación familiar del título IV del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, recogen profundas novedades, donde se fijan con precisión los requisitos y medios económicos a acreditar en los supuestos para la reagrupación familiar. En la reagrupación familiar se desarrolla el mandato legal de inclusión de la pareja de hecho, y se reguló con más detalle la residencia independiente de los familiares reagrupados⁹³⁹. La Ley Orgánica 4/2000 de extranjería en su artículo 17.4 incluye a parejas de hecho (parejas no casadas) entre los familiares reagrupables, aunque con determinadas condiciones. De hecho, debe de tratarse de una relación debidamente acreditada y que reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España, así tampoco podrá reagruparse a más de una persona con análogo relación de efectividad, aunque la ley personal de la persona extranjera admita estos vínculos familiares. El artículo 53 b). del Reglamento 557/2011, regula la forma de acreditación así también como el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa para las “parejas no casadas” extranjeras, a fin de producir efectos (de dichas relaciones) en España⁹⁴⁰.

1. Titular del derecho

En principio el titular de derecho a la reagrupación familiar es el reagrupante, quien debe cumplir unos requisitos, para reagrupar a los miembros de su familia con él. El artículo 16 de la LOEX 4/2000, señala que los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en dicha Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España, y a continuación

⁹³⁷ Vid. los apartados 18 a 21 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁹³⁸ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.....*op.cit.*

⁹³⁹ Véanse el preámbulo del Real Decreto 557/2011. Asimismo también BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús., “Comentarios al nuevo reglamento de extranjería: el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril” en *la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 27, 2011.

⁹⁴⁰ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves. “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras.....”, *op. cit.*, pp.160 y 161.

reconoce a los extranjeros residentes en España, el derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17 de la L.O. Asimismo, el apartado 1 del artículo 18 de la LOEX 4/2000, indica que los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial. Dicho de otra forma, nuestra legislación de extranjería, exige al extranjero reagrupante que tenga autorización para residir en España durante un año como mínimo y solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año. En todo caso, no podrá concederse la autorización de residencia al familiar reagrupable hasta que, en función de la situación que deba ostentar el reagrupante para el ejercicio del derecho, no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante⁹⁴¹. El artículo 3 de la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, exige que el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. También indica que los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él.

Teniendo en cuenta las condiciones exigido por la Directiva 2003/86/CE, podemos observar que el legislador español ha transpuesto dicho exigencia de manera literal en la LOEX 4/2000⁹⁴². Asimismo el artículo 60 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, reconoce este derecho a los extranjeros que hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de una previa reagrupación familiar, regulando la bajo el título de reagrupación familiar por residentes reagrupados⁹⁴³. Según dicho artículo, los extranjeros podrán ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares, siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización del reagrupante y cumpliendo los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Esto si con la condición de disponer la residencia temporal en virtud de una previa residencia por reagrupación familiar. Ahora bien, en relación con el

⁹⁴¹ Véanse último párrafo del apartado 1 del artículo 56 de Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.....*op.cit.*

⁹⁴² Véanse el artículo 3 y el artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países.

⁹⁴³ Vid. artículo 60 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.....*op.cit.*

género del reagrupante, teniendo en cuenta los requisitos señalados anteriormente, tales como los medios económicos suficientes o vivienda digna, pueden dificultar el ejercicio del derecho a reagrupación familiar e incluso la imposibilidad de cumplirlos, si el reagrupante suele ser la mujer inmigrante. Debido a que en España, la mayoría de las mujeres inmigrantes se ocupan en los servicios de proximidad y sus salarios son inferiores al criterio establecido⁹⁴⁴.

2. Residencia y estancia en España

Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia, según indica el artículo 29 de la LOEX 4/2000. Ahora bien, hay que distinguir la situación de estancia a la situación de residencia. Según la LOEX 4/2000, estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 de la LOEX 4/2000, para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado⁹⁴⁵. Dicho artículo indica que podrá ser autorizado, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal realizar, cursar o ampliar estudios, realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores regulado en el artículo 38 bis de la LOEX 4/2000, participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados oficialmente reconocidos, realizar prácticas, realizar servicios de voluntariado, y todo ello, de carácter no laboral. El periodo de vigencia de la autorización de estancia de los extranjeros que realizan una de las actividades anteriormente señaladas, coincidirá con la duración de la actividad realizada por el interesado. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos, mediante

⁹⁴⁴ Véanse HERVÍAS PAREJO, Vanesa., “Políticas migratorias y dificultades de género en los reagrupamientos familiares”, en *la Revista de Investigaciones feministas: papeles de estudios de mujeres, feministas y de género*, Nº. 5, 2014. (Ejemplar dedicado a: Monográfico: Políticas públicas en tiempos de crisis. Un análisis desde la perspectiva de género), pp. 402-405 y 409- 413.

⁹⁴⁵ Situación de estancia, artículo 30 de la LOEX 4/2000, de 11 de enero.

documentos que acreditan dichos requisitos⁹⁴⁶. El título III del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, dedica a la estancia de los extranjeros en España, mediante reformas derivadas de la normativa comunitaria, y la transposición de la Directiva relativa a estancias por estudios, investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, simplificando las normas de procedimiento y asimismo se establece la figura de la prórroga de estancia por estudios, así como la posibilidad de realizar actividades por cuenta propia⁹⁴⁷.

El artículo 28 del capítulo primero del título III del RD 557/2011, define la estancia de la siguiente manera “Se halla en situación de estancia de corta duración el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo II de este título para la admisión a efectos de estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”. Ahora bien transcurrido dicho tiempo (el periodo de tiempo de 90 días o a efecto de lo dispuesto en el artículo 33 de la LOEX 4/2000), para permanecer en España será preciso obtener una prórroga de estancia o un permiso de residencia. Cuando la entrada del extranjero en España se efectúe con visado, y la duración del visado sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, y en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses. En caso de que la entrada se efectúe sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses⁹⁴⁸. El artículo 32 del RD 557/2011, regula el procedimiento de prórroga de estancia sin visado y el artículo 34 de dicho RD, regula el procedimiento de prórroga del visado de estancia de corta duración. En su apartado primero indica que la prórroga de un visado expedido se llevará a cabo según lo establecido en el Derecho de la Unión Europea, así como la anulación y retirada del visado de estancia de corta duración, regulado por el artículo 35 de RD 557/2011. La vigencia de la prórroga de estancia se extinguirá cuando acaba el plazo para el que hubiera

⁹⁴⁶ Véanse los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la LOEX 4/2000, de 11 de enero.

⁹⁴⁷ Vid. el texto de preámbulo del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.....*op.cit.*

⁹⁴⁸ Véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 30 de la LOEX 4/2000, de 11 de enero.

sido concedida, o que el extranjero se encuentra en posición de alguna de las causas de prohibición de entrada previstas en el artículo 11 de RD 557/2011 de 20 de abril⁹⁴⁹.

Están en situación de residencia, según artículo 30 bis de la LOEX 4/2000, aquellos extranjeros residentes que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. La residencia podrá ser temporal o de larga duración. El artículo 31 de la LOEX, define la residencia temporal como la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años que podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión⁹⁵⁰. Según el artículo 31 de la LOEX, la autorización inicial de residencia temporal, sin autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios⁹⁵¹. Asimismo la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, con fin de realizar actividades lucrativas por cuenta propia y/o ajena, se concederá de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 36 y siguientes de la LOEX 4/2000.

Aparte de la autorización de residencia temporal no lucrativa y la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, anteriormente señalada, existen otros tipos de autorizaciones de residencias temporales⁹⁵². Entre dichos tipos de autorización de residencia temporal, también existe la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, que implica que el extranjero está autorizado a permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar ejercido por un extranjero residente.

El artículo 32 de la LOEX 4/2000, así como los artículos 147 y siguientes del RD 557/2011, regulan el derecho a la residencia de larga duración. Según definición del artículo 147 del RD 557/2011, “Se halla en situación de residencia de larga duración el

⁹⁴⁹ Véanse el artículo 33 de la Extinción de la prórroga de estancia, y el artículo 11 Prohibición de entrada, del RD 557/2011 de 20 de abril.....*op.cit*

⁹⁵⁰ El artículo 45 del RD 557/2011, sobre definición y supuestos de residencia temporal indica que “Se halla en la situación de residencia temporal el extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, sin perjuicio de lo establecido en materia de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”.

⁹⁵¹ Véanse el artículo 47, Medios económicos a acreditar para la obtención de una autorización de residencia temporal, del RD 557/2011 de 20 de abril.

⁹⁵² Véanse el artículo 45, Definición y supuestos de residencia temporal, del RD 557/2011.

extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles”. Por lo que tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración, los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años, en esta línea también, los extranjeros que acrediten haber residido durante ese periodo de forma continuada en la Unión Europea, en calidad de titulares de una Tarjeta azul-UE, con la condición que los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud dicha residencia se haya producido en territorio español⁹⁵³. Como ya anteriormente he señalado, con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se introdujo un nuevo artículo 31 bis a la LOEX de 4/2000, que más adelante ha sido modificado por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio⁹⁵⁴, en lo relativo a residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Dicho artículo reconoce el derecho de la residencia temporal y trabajo a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa⁹⁵⁵, y tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre⁹⁵⁶, de medidas de protección integral contra la violencia de género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente⁹⁵⁷.

a) Extranjeros en situación regular

Según el artículo 2 bis de la LOEX 4/2000, en lo relativo a la política inmigratoria, corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de

⁹⁵³ Artículo 148. Supuestos, del RD 557/2011.

⁹⁵⁴ La Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 180, de 28 de julio de 2011.

⁹⁵⁵ RUBIO VELASCO, Mª Fuencisla., “La mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género”, en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, Isabel., (coord.), *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género"*: Sevilla, 21 y 22 de junio de 2012, pp.1820-1826. Así también ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria., “Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género” en *“Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)”*,.....,op. cit., pp.518 a 533.

⁹⁵⁶ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Publicado en «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004 Referencia: BOE-A-2004-21760.

⁹⁵⁷ Véanse también los artículos 131 a 134 del RD 557/2011, en materia de Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y el procedimiento del inicio, autorización y finalización del mismo.

inmigración. El apartado 2 del dicho artículo señala que todas las administraciones públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea, la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, o la efectividad del principio de no discriminación y consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley. Entre otros principios, el artículo 3 de la LOEX 4/2000, indica que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la CE, en los términos establecidos en los tratados internacionales, en dicha ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles. El artículo 13 de la Constitución española establece que los extranjeros gozan de los derechos y libertades concedidos en las leyes y en virtud de los tratados internacionales. El legislador en virtud del artículo 149.1.2.^a de la CE, puede, dentro del respeto a un contenido mínimo garantizado por la Constitución, establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos por parte de extranjeros, así como la exigencia de estar en situación administrativa regular para poder ejercer los derechos. Derechos como la educación no obligatoria, participación pública, derecho al trabajo y a la Seguridad Social, ayudas en materia de vivienda e intimidad y reagrupación familiar, que se reconocen sólo a los extranjeros residentes legalmente en España. Ahora bien existen derechos, que son aquellos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad, tales derechos como, el derecho a la vida, a la intimidad personal y familiar, a la libertad ideológica y religiosa, a la integridad física y moral, que corresponden a extranjeros y españoles en pleno igualdad, porque su respeto es esencial para la dignidad humana.

En relación a la clasificación de los derechos, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido en sus reiteradas sentencias, que existen tres grupos de derechos en cuanto al alcance de su reconocimiento a los extranjeros. Según la doctrina del TC, “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la

salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”⁹⁵⁸.

Aunque el artículo 16 de la LOEX de 4/2000 señala expresamente al derecho de los extranjeros “a la vida en familia y a la intimidad familiar.....”, el Tribunal Constitucional no reconoce este derecho a la vida familiar derivado de los artículos 8 de CEDH, y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE (SSTC, 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, FJ 6 y 7; 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 11; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). De forma literal, el TC en su sentencia 186/2013 concluye que “En todo caso, en la misma sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, matizamos que «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» y dijimos en esa misma resolución que el art. 18 CE «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia»⁹⁵⁹. (Véanse el epígrafe “el derecho a la intimidad familiar en el artículo 18 de la CE” en el capítulo primero del trabajo).

⁹⁵⁸ STC 95/2000, de 10 de abril de 2000, publicado en *BOE* núm. 119, jueves 18 mayo 2000. FJ 3, donde textualmente señala que “No es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.1 CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la ley. Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales. También SSTC, 130/1995, de 11 de septiembre de 1995, FJ2; STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984. Publicado en *BOE* núm. 305, de 21 de diciembre de 1984. FJ 4.

⁹⁵⁹ STC 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, Publicado en: «*BOE*» núm. 290, de 4 de diciembre de 2013, FJ 6.

Del contenido de la LOEX 4/2000, podemos observar que los extranjeros legalmente residentes en España tienen casi⁹⁶⁰ los mismos derechos en condiciones de igualdad que los españoles y el factor fundamental para poder ejercer los derechos reconocidos en la LOEX, es estar en la situación de la residencia legal en España. En lo relativo al derecho de la reagrupación familiar, y teniendo en cuenta todo lo anteriormente señalado, asimismo la jurisprudencia de TC en materia de reagrupación familiar, la LOEX 4/2000 reconoce este derecho, exigiendo el cumplimiento de unos requisitos previos a su ejercicio y en su caso solo a los extranjeros legalmente residentes en España⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ Artículo 3.1 de la LOEX 4/2000 en relación con los Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas, establece que “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”. En relación al contenido constitucional de los derechos y libertades, su alcance y sus límites asimismo como la titularidad y ejercicio de estos derechos y libertades por los extranjeros en España, la interpretación llevada a cabo por el T.C. (S.T.C. 107/1984, de 23 de noviembre, Sala 2ª, FJ 3) es que la redacción dada en el artículo 13.1 «supone que el disfrute de los derechos y libertades el término “libertades públicas no tiene, obviamente, un significado restrictivo reconocidos en el Título I de la Constitución, se efectuará en la medida en que lo determinen los Tratados y la ley interna española y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas». Sin embargo, añade el Tribunal Constitucional, tal disposición no implica «que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los Tratados y la ley», sino de las libertades «que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados dentro de su específica regulación de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción, en cuanto a su contenido, «derechos de configuración legal». Respecto a los límites de las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros, el T.C. (STC 242/1994, de 20 de julio fundamento jurídico 4) señala que “Efectivamente, en esta doctrina, se admite que el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español» (STC 99/1985, fundamento jurídico 2). Y, adicionalmente al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (STC 115/1987, fundamento jurídico 3; STC 99/1985, fundamento jurídico 2), pues una cosa es «autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales. (En el mismo sentido, STC 112/1991, fundamento jurídico 2)”. El T.C. en su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, Sala 2ª, FJ 4 sobre la titularidad y ejercicio de los derechos y deberes de los extranjeros en España señala que «existen derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2, y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

⁹⁶¹ LOEX 4/2000 del 11 de enero, artículo 16. Derecho a la intimidad familiar. “Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España”.

b) Extranjeros en situación irregular

Uno de los principios de la política migratoria reconocidos a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, es la lucha contra la inmigración irregular y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes establecidas por el legislador. Ahora bien, existen derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o extranjero, dicho de otro modo, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Para el disfrute de tales derechos, no es posible distinguir entre ciudadanos españoles y extranjeros, ni tampoco entre extranjeros en función de su situación administrativa⁹⁶². Se trata de derechos que deben garantizarse también a los extranjeros irregulares, y a aquellos que se hallen en el territorio español sin estar en posesión de un permiso de residencia en regla. En este sentido, el artículo 13 de la CE señala que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título I de la CE, en los términos que establezcan los tratados y la ley. El artículo 10 de la CE establece el principio que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, y a continuación indica que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la

⁹⁶² STC107/1984, de 23 de noviembre de 1984 publicado en *BOE* núm. 305, de 21 de diciembre de 1984. FJ.3, “A tenor del art. 13 de la Constitución, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades el término «libertades públicas» no tiene, obviamente, un significado restrictivo reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del Tratado o la ley. No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados dentro de su específica regulación de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.

Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, una norma fundamental para la interpretación de las normas constitucionales sobre la situación jurídica del extranjero en España, tanto como los derechos que les corresponden. Ahora bien, se debe señalar que en la normativa española no existe cobertura legal alguna para fundar el derecho a reagrupación familiar de aquellos extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular, y como opinan García San José y López Barba, el derecho a la reagrupación familiar, como integrante del derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8.1 de CEDH también es predicable de los inmigrantes irregulares⁹⁶³.

La LOEX 4/2000, regula los derechos de los extranjeros en España sobre la base del artículo 13.1 de la Constitución española. El Tribunal Constitucional, entiende que “el artículo 13.1 de la CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros⁹⁶⁴». En virtud de los criterios como respeto al contenido esencial del derecho y principio de la dignidad humana, propio del TC y seguido por el dicho Tribunal en su jurisprudencia para garantizar los derechos fundamentales de los inmigrantes irregulares, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, declarando la inconstitucionalidad de diversos derechos que la Ley Orgánica ha ido introduciendo en dicha ley durante su evolución, restringiendo y negando los derechos vinculado a la dignidad humana. A modo de ejemplo, la STC 95/2003, declaró ilegítima e inconstitucional, la norma que sólo reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en posesión de un permiso de residencia, señalando que una diferenciación entre personas, basada en la nacionalidad, independientemente de que la estancia del extranjero en nuestro país fuera o no regular, no sería en ningún caso

⁹⁶³ LÓPEZ BARBA, Elena y GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio., *“El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a.....”*, op. cit., pág. 78.

⁹⁶⁴ STC 115/1987, de 7 de julio, publicado en *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 1987.FJ 3.

admisible en virtud del principio de la dignidad humana⁹⁶⁵. El Tribunal en otra sentencia ha estimado que “la gratuidad de la asistencia jurídica consagrada en el art. 119 CE es instrumento y concreción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), y que no sólo consagra una garantía de los intereses de los justiciables, sino también de los intereses generales de la justicia, ya que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho”⁹⁶⁶.

El TC en la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. El Tribunal en su misma sentencia también declaró inconstitucional y nula la inclusión del término «residentes» en los arts. 9.3 y 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que había limitado severamente el derecho de reunión, asociación, huelga, libertad sindical, derecho a la educación y derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que carecieran de la autorización de residencia⁹⁶⁷.

El artículo 3.2 de la LOEX 4/2000 de 11 de enero, en relación al artículo 10.2 de la CE, que indica que “los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”, reconoce algunos derechos a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, es decir los extranjeros que se encuentran en España en situación regular o

⁹⁶⁵ Vid. STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003. Recurso de inconstitucionalidad 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso "que residan legalmente en España" del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: alcance del derecho a justicia gratuita para extranjeros. Publicado en: «BOE» núm. 138, de 10 de junio de 2003. FJ 3 y 4.

⁹⁶⁶ STC 9/2008, de 21 de enero de 2008 publicado en BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2008. FJ 2. Asimismo también las SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3; 97/2001, de 5 de abril, FJ 5; 182/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 187/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 217/2007, de 8 de octubre, FJ 5.

⁹⁶⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001,....*op.cit.*

irregular. Derechos como libertades de reunión y manifestación, a la documentación, libertad de asociación, a la educación obligatoria, libertad de sindicación y huelga, a la asistencia sanitaria, a la tutela judicial efectiva y derecho a la asistencia jurídica gratuita. Derechos que se reconoce a los extranjeros, y ejercicio de algunos de los cuales depende de la situación en el que se encuentra el extranjero. Derechos que pueden afectar al derecho de reagrupación familiar. De hecho, los hijos del reagrupante, una vez reagrupados, son beneficiarios del derecho a la educación⁹⁶⁸. Los familiares reagrupados también son beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médico, asimismo, derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 12 de la LOEX 4/2000). También se benefician del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 22 LOEX 4/2000) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20 de LOEX 4/2000), que permite recurrir contra resoluciones administrativas que puedan llevar a la denegación de la solicitud de reagrupación familiar, la renovación, o la retirada de tarjeta de residencia.

3. Familiares reagrupables

El capítulo II del título I de la LOEX 4/2000 de 11 de enero, regula el derecho de la reagrupación familiar de los extranjeros nacionales de terceros países en España. Según el artículo 16 de dicha L.O., el derecho a la reagrupación familiar se reconoce solo a los extranjeros residentes legalmente en España. El apartado 1 del dicho artículo establece que los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en dicha Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España. El RD 557/2011, define la reagrupación familiar como la situación de residencia temporal, en la que el extranjero haya sido autorizado a permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar ejercido por un

⁹⁶⁸ *Vid.* el artículo 9 “Derecho a la educación”, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. “los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria”.

extranjero residente⁹⁶⁹. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los familiares que se determina la Ley Orgánica ⁹⁷⁰. Este derecho nace en virtud del cumplimiento de unos requisitos previos antes de poder ejercerla. De hecho los extranjeros tendrán el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los familiares ascendientes en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración⁹⁷¹.

Respecto a la reagrupación de los familiares de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores, la LOEX facilita a dichos interesados, la solicitud y conceder la autorización de residencia por reagrupación familiar, simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante. En caso de que tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, la solicitud podrá presentarse en España o desde el Estado de la Unión Europea donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél estado⁹⁷². El artículo 17 de la LOEX 4/2000, señala específicamente los familiares reagrupables y las condiciones previstos para ello, así como el artículo 53 del RD 557/2011 que también regula los familiares reagrupables y las condiciones relativo al mismo⁹⁷³.

a) El cónyuge

Uno de los principales beneficiario del reagrupación familiar es el cónyuge⁹⁷⁴. La LOEX reconoce este derecho al cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de

⁹⁶⁹ Artículo 52 del RD 557/2011 de 20 de abril.

⁹⁷⁰ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “*El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*”,....., *op, cit.*, pp. 118 a 122.

⁹⁷¹ *Vid.* el apartado primero del artículo 18, Requisitos para la reagrupación familiar, de la LOEX 4/2000 de 11 de enero.

⁹⁷² Párrafo 2 del apartado 1 del artículo 18 de la LOEX 4/2000.

⁹⁷³ SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 17. Familias reagrupables.....” *op, cit.*, pp.280-299.

⁹⁷⁴ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “*El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*”,....., *op., cit.*, pág.147 y 148.

hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley⁹⁷⁵. En la referencia a la “separación de hecho” como señala el artículo 16.1, b) de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar, los Estados miembros podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, retirar el permiso de residencia o denegar su renovación cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer “vida conyugal o familiar efectiva”. En términos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la vida familiar efectiva no depende solo de una convivencia permanente, ya que se admite otras formas de contacto como: correspondencias, contribución a los gastos, visitas, dependencia material o llamadas telefónicas, que también son factores suficientes para que exista la vida familiar⁹⁷⁶. Ahora bien, teniendo en cuenta que la solicitud de reagrupación familiar es poner fin a la separación entre el reagrupante y su familia y volver al ámbito de vida familiar, lógicamente, la separación de hecho a que se refiere la LOEX es la falta de voluntad de vida en común y familiar por parte de los cónyuges⁹⁷⁷. La L.O. rechaza e impide la situación de matrimonio poligámico en el territorio español⁹⁷⁸ y se establece que

⁹⁷⁵ En este caso véanse los temas de Demostración de fraude y matrimonios fraudulentos, en los apartados anteriores de este trabajo. Páginas 211 y ss.

⁹⁷⁶ STEDH, Berrehab c. Países Bajos, nº 10730/84, de 21 de junio de 1988. FJ 21.

⁹⁷⁷ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Yolanda., Capítulo II, reagrupación familiar, Artículo 17. Familiares reagrupables), en SANTOLAYA MACHETTI, P., (coord.) *Comentarios a la nueva ley de extranjería*....., *op. cit.*, pp. 119 a 124; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y GRIEDER MACHADO, Hilda., “La reagrupación familia de los extranjeros en España” en RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César (coordinadores), *El nuevo Derecho de extranjería : estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp.117 a 120.

⁹⁷⁸ ARENAS GARCÍA, Rafael., “*Problemas derivados de la reagrupación familiar*....., *op. cit.*, p. 291. Teniendo en cuenta la alta cantidad de los extranjeros mayoritariamente de los países musulmanes en España, la poligamia es una situación matrimonial que existe entre dicho colectivos. Asimismo las demandas jurídicas en relación con este tipo del matrimonio en España es ya una realidad, por lo tanto hay que proteger a las partes más desprotegidos de estos tipos de matrimonio que son las esposas y niños. Por este motivo si son reconocidos algunos efectos derivados del dichos matrimonios, alimentos, prestaciones, derechos sucesorios. En relación con ello, los Tribunales Superiores de Justicia se han posesionando con sentencias a favor y a contra, de hecho, hasta ahora no existe una unificación de doctrina por parte de TS. Según la Sentencia Social Nº 1036/2015 de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sección 1, Rec 591/2015 de 18 de Junio de 2015, que en el punto 2 de su fundamento de derecho señala que “una cosa es que para la legislación española sea nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o declarado nulo (artículo 46.2 en relación con el artículo 73.2 del Código Civil , impedimento de ligamen) y que contraído matrimonio por Dña. Paloma con D. Martin , de estado casado, se le niegue su acceso al Registro Civil con justificación en el orden público, la dignidad constitucional de la mujer española y la concepción española de la institución matrimonial -cuestión ésta que la Sala abstendrá de valorar al exceder de los estrictos límites de la suplicación y otra, bien distinta, que a Dña. Paloma , de nacionalidad marroquí, casada en Marruecos por el rito musulmán, con D. Martin , de nacionalidad marroquí de origen, válidamente celebrado, no se le reconozca la condición de cónyuge legítima a la muerte del que su esposo y por consecuencia la de beneficiaria de la pensión de viudedad (

el reagrupante en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial, por un lado en virtud del artículo 4.4 de la Directiva 2003/86/CE, que prohíbe al estado miembro de la UE en cuestión que no autoriza la reagrupación familiar de otro cónyuge y por otro, respetando los principios de igualdad y no discriminación, garantizado en la CE. En caso contrario este tipo de modalidad matrimonial va contrario al orden público. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, señalan al orden público como un conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento determinado, utilizándose en su dimensión negativa como correctivo funcional, expresamente establecido en el artículo 12.3 de Código Civil española señalando que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”⁹⁷⁹. Debe subrayarse que el reagrupante puede reagrupar con él a cualquiera de los cónyuges y no necesariamente el primero de ellos, de hecho y a tal efecto, en el momento de la solicitud (el reagrupante) deberá presentar una declaración jurada de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja⁹⁸⁰.

El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la

artículo 174 LGSS). El hecho de que el matrimonio de Dña. Paloma con D. Martín haya sido ignorado no produciendo ningún efecto civil por considerarse nulo, no significa que no haya existido y siendo uno de los requisitos exigidos por la legislación española para poder acceder a la pensión de viudedad el haber contraído matrimonio legítimo con él o la causante, ex artículo 174 LGSS y cumpliendo tal exigencia el matrimonio bigamo válidamente celebrado conforme a la ley personal de los contrayentes (artículo 9 Código Civil), a Dña. Paloma debió reconocérsele la prestación de viudedad que peticionaba. En contrario, la STSJ Cataluña, ROJ 9067/2003 de 30 de julio de 2003, recurso número 2864/2002 y resolución número 5255/2003, en su fundamento de derecho 4 señala lo siguiente “Que todo lo antecedente conlleva a entender que a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto quod nullum est ab initio, nullum effectum producet, y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres. A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado”.

⁹⁷⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos., y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto., “Curso de Derecho Internacional Privado”, Civitas, primera edición, 1999, pág. 215. Asimismo véanse también LÓPEZ BARBA, Elena., “Extranjería. Reagrupación familiar”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Ediciones Laborum, Murcia, 2001, pp. 155-187 (pág. 172).

⁹⁸⁰ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL y otros., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op.cit.*, p.301; Así también en relación con la poligamia en la jurisdicción española véanse JUÁREZ PÉREZ, Pilar., “Jurisdicción española y poligamia islámica.: ¿Un matrimonio forzoso?”, en *la Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º. 23, 2012.

vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso⁹⁸¹.

Como se ha señalado anteriormente, la modificación de Código civil ha supuesto la extensión del derecho a contraer el matrimonio entre parejas formadas del mismo sexo en nuestro país. Así como también en el ámbito interno con la aprobación de leyes de registro de parejas de hecho por parte de las Comunidades Autónomas, con el fin de permitirles la inscripción de dichas parejas tanto como homosexuales, heterosexuales o lesbianas, matrimoniales o de convivencia, supone que tienen la consideración de familia. Y por tanto, toda decisión que pudiera afectar a ejercicio de sus derechos como familia, debería considerarse la vulneración del artículo 8 del CEDH, derecho al respeto de su vida privada y familiar⁹⁸². El matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero no plantea especiales problemas de reconocimiento, dada su admisión por nuestro Derecho Civil. Únicamente requiere que se haya celebrado válidamente en el otro Estado⁹⁸³. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 instruye a los encargados del Registro Civil en el sentido de que la ley española debe entenderse aplicable a los extranjeros aunque su ley personal no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo⁹⁸⁴.

La LOEX 4/2000, incluye a las parejas de hecho como beneficiarios del derecho a reagrupación familiar, señalando a la persona que mantenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal. El RD 557/2011, apunta que se considerará que existe relación de análoga afectiva a la conyugal, cuando dicha relación se encuentre inscrita en un registro público establecido a esos efectos, y no se haya cancelado dicha inscripción; o que el interesado acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España,

⁹⁸¹ Véanse el apartado 1 a) del artículo 17 de la LOEX 4/2000; y letra a del artículo 53 del RD 557/2011 de 20 de abril.

⁹⁸² ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras.....”, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

⁹⁸³ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL y otros., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op. cit.*, p.301.

⁹⁸⁴ En lo relativo a este tema véanse DÍEZ PICAZO, Luis María., «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo.....» *op. cit.*, pág. 9 -12.

mediante la utilización de cualquier medio de prueba admitido en derecho⁹⁸⁵. Para esta prueba tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública⁹⁸⁶. En este caso al igual que la prohibición del matrimonio poligámico, no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares⁹⁸⁷. Asimismo deberá presentar también una declaración jurada de que no reside con él en España otra pareja. Serán incompatibles a efectos de lo previsto en capítulo II del título IV, relativo a la residencia temporal por reagrupación familiar, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad⁹⁸⁸. Una vez expedida la autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge o la pareja de hecho, habilitará a su titular a trabajar sin necesidad de realizar ningún trámite administrativo. Dicha autorización les habilita para trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad.

b) Descendientes

En caso de los descendientes, la LOEX 4/2000, contempla la reagrupación familiar de los hijos del residente, de los de su cónyuge o pareja de hecho, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Como podemos observar, la ley exige el límite de 18 años de edad para reagrupar a los hijos, mientras que en caso de los hijos con discapacidad o problema de salud, no se exige este límite de edad. Dicho límite puede causar dificultades a los reagrupantes, a la hora de reagrupar a sus hijos menores de edad, si la mayoría de edad en el país de origen del reagrupante supera el límite de mayoría de edad reconocido en España. En este caso hay

⁹⁸⁵ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras.....”, *op. cit.*, pp. 159 a 161.

⁹⁸⁶ Apartado b del artículo 53 del RD 577/2011. La Directiva 2003/86/CE en su apartado 3 del artículo 4, dice que los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV de dicha Directiva, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada.

⁹⁸⁷ *Vid.* párrafo 3 del artículo 4 de la LOEX 4/2000.

⁹⁸⁸ Véanse el último párrafo del apartado b del artículo 53 del RD 577/2011.

que tener en cuenta el principio del interés superior del niño, protegido por diferentes tratados internacionales, a nivel europeo y nivel interno⁹⁸⁹. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para que pueda producir efecto en España⁹⁹⁰. 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 administrativa⁹⁹¹. En situaciones en que el reagrupante tiene la custodia o patria potestad, la Ley Orgánica de extranjería indica que, cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. A efecto de la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que es titular el hijo del reagrupado o de su cónyuge, cuando alcancen la edad laboral, les habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Los hijos reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades⁹⁹². La forma y la cuantía de los medios económicos se determinarán reglamentariamente⁹⁹³.

c) Representados

En este caso el extranjero residente (reagrupante), es representante legal de un menor de 18 años o mayores de esta edad incapaces de proveer por sí mismo debido a su estado de

⁹⁸⁹ Véanse el apartado, principio segundo del Declaración de los Derechos del Niño de 1959, “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”; Así como el artículo 3 de Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y también Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Publicado en: «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

⁹⁹⁰ La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Publicado en: «BOE» núm. 312, de 29/12/2007. Véanse los artículos 25 y ss. relativo a efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras. En esta línea también el apartado 5 del artículo 9 del Código Civil española que indica “La adopción internacional se registrará por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”.

⁹⁹¹ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL y otros., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op.cit.*, p.302.

⁹⁹² Apartado 4 del artículo 19 de la LOEX 4/2000 de 11 de enero.

⁹⁹³ Apartado 4 del artículo 59 del RD 557/2011 de 20 de abril.

salud. Dicha representación puede ser por el motivo de hacerse cargo de un menor abandonado, un huérfano, o cualquier otra circunstancia que justifique dicha responsabilidad. La LOEX permite al reagrupante, con la condición de que sea el representante legal de menor de 18 años o mayor de esa edad incapaz de proveer sus necesidades como consecuencia de su estado de salud, la posibilidad de reagrupar a dicho colectivo. El RD 557/2011 dice “Los representados legalmente por el reagrupante, podrán ser reagrupados, cuando sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, cuando el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español⁹⁹⁴”. A diferencia de los supuestos anteriores (reagrupación de hijos), en este caso solo está prevista la reagrupación del representado legalmente por el extranjero residente, no los representados por su cónyuge o pareja⁹⁹⁵. Teniendo en cuenta el número elevado de los extranjeros musulmanes viviendo en España y la práctica de una institución llamada Kafala que es una institución familiar del Derecho Islámico y propio de religión islámica, que permite a un musulmán hacerse cargo del cuidado, la educación y la protección del niño, sin necesidad de adoptarlo ni asumir la patria potestad⁹⁹⁶, puede crear dificultades a la hora de reagrupación familiar. Dado que la constitución de la kafala se puede realizar mediante un acto notarial o judicial, presenta gran importancia desde la perspectiva del Derecho español. De hecho, el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos de la kafala en España, exige a que se haya constituido mediante la intervención administrativa o judicial⁹⁹⁷. Esta intervención administrativa o

⁹⁹⁴ Apartado 1 c) del artículo 17 de la LOEX 4/2000 y el apartado d) del artículo 53 del RD557/2011.

⁹⁹⁵ DIAGO DIAGO, M.P., “*La reagrupación familiar de descendientes*.....”, *op. cit.*, pp. 18-22.

⁹⁹⁶ La legislación Marroquí regula la kafala en la Ley 15-2001, la kafala de niños abandonados, aprobado por Dahir de 13 de junio de 2002; Al Mudawana, el Código de Familia Marroquí de 2004; Artículo 1 del Real Decreto núm. 2/03/600, de 7 de junio de 2004, en aplicación del artículo 16 de la Ley 15/2001 relativa al acogimiento familiar permanente (kafala) de menores abandonados.

⁹⁹⁷ *Vid.* la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, de RESOLUCIÓN-Circular de 15 de julio de 2006, Publicado en *BOE* núm. 207 de 30 de agosto 2006, donde textualmente dice “Ni la «kafala» ni las «adopciones simples» serán reconocidas en España como propias adopciones. Pero ello no significa que tales instituciones, si han sido válidamente constituidas en el extranjero, no surtan ningún efecto legal en España”. “La «kafala» musulmana y otras instituciones de prohijamiento de menores que no crean vínculos de filiación entre los «kafils» o persona que asume la «Kafala» del menor y este último, pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneran el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español (arts. 323 y 144 LEC 1/2000). Ahora bien, nunca podrán ser reconocidas en España «como adopciones», sino que, a través de la técnica jurídica propia

judicial atribuirá al cuidador (kafil) la representación legal del menor, que mediante dicho acto judicial, y en virtud del artículo 17 de la LOEX 4/2000, y el artículo 53 del RD 557/2011, puede solicitar la concesión de visado para reagrupación familiar⁹⁹⁸. La intervención en el procedimiento de kafala, de una autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará si el citado documento establece entre el ciudadano español o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa. De este modo se considerará al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podrá tener carácter permanente⁹⁹⁹. Según las instrucciones de la Dirección General de Inmigración, si la kafala ha sido constituida por los padres biológicos, el menor que viene a España lo hace en situación de acogimiento temporal¹⁰⁰⁰ del artículo 187 RELOEX, dado que la patria potestad no es

del Derecho Internacional Privado de la «calificación por la función», puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el «acogimiento familiar» que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio acogimiento familiar simple, bien con carácter permanente acogimiento familiar permanente, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (cfr. arts. 173 y 173bis C.C. y Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 1 de febrero de 1996). Por tanto, dada su similitud funcional, la «kafala» puede considerarse en España como un «acogimiento familiar».

⁹⁹⁸ STSJ, 729/2012, Nº de Recurso: 1505/2009, Sala de lo Contencioso, Sección: 5, Barcelona. “De hecho, la administración española (en concreto, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración mediante sus instrucciones DGI/SGRJ/06/2007, sobre la kafala, y DGI/SGRJ/01/2008 "sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal") viene rechazando los visados de reagrupación familiar "para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento 'kafala', constituido por los padres biológicos del niño". Considera, a estos efectos, que "[...] el citado documento no establece entre el [...] extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa" y niega que dicho extranjero residente en España pueda ser admitido como representante legal del menor extranjero. Si el menor se encuentra bajo la patria potestad de sus padres biológicos o adoptivos, viviendo uno o ambos y no existiendo declaración judicial de desamparo, afirma la Instrucción 01/2008 antes citada, procede la denegación del visado de reagrupación familiar. Ello no ha de significar, sin embargo, que se desconozca de modo absoluto en España la situación jurídica resultante de la válida constitución de la kafala en Marruecos. La propia Administración admite que para estos casos puede ser eficaz el régimen específicamente aplicable a los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros.

⁹⁹⁹ Vid. la instrucción de Dirección General de Inmigración/Subdirección General de Régimen Jurídico (DGISGR 06/2007) sobre Kafala de 27 de septiembre de 2007.

¹⁰⁰⁰ Vid. la INSTRUCCIÓN DGI/SGRJ/06/2007 sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado "Kafala", donde señala que “Como ya se señalaba en la citada Instrucción de 1 de diciembre de 2004, cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento "Kafala", constituido por los padres biológicos del 'niño, y con independencia de que haya intervenido o no en el proceso una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, se considerara que el citado documento no establece entre el ciudadano española o el extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa. En este sentido, no pudiendo considerarse el ciudadano

disponible ni renunciable por los padres y, por tanto, no existe situación de desamparo del menor¹⁰⁰¹. Ahora, si la kafala se constituye por una autoridad judicial o administrativa, este se equiparara a tutela dativa, lo que lleva a entender que el kafil es, en realidad, el representante legal del menor¹⁰⁰² y por tanto, el menor podría venir a España por la vía de la reagrupación familiar¹⁰⁰³. Según la opinión de Moya Escudero, instituciones como la kafala marroquí o las adopciones simples, cuyo estatuto es mucho más limitado que el recogido en nuestro Código Civil para los hijos adoptados, deberían de considerarse aptos con el fin de permitir la reagrupación de estos menores con el reagrupante extranjero¹⁰⁰⁴.

d) Ascendientes, concepto y extensión

La LOEX 4/2000, contempla el derecho a ser reagrupados a los ascendientes directos del reagrupante y/o los de su cónyuge o pareja de hecho, cuando acredite que están a su cargo. Con la última reforma realizada mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se imponen nuevas medidas en lo relativo a reagrupación familiar de los ascendientes. Medidas limitadoras como la exigencia de límite de edad o disponer de una residencia de larga duración, que en este caso, por un lado, el ascendiente debería tener cumplido 65 años y por otro, disponer de una autorización de residencia de larga duración, que sería residencia legal en España al menos de 5 años. El artículo 17 de la LOEX 4/2000 indica que pueden ser reagrupados los

español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, la acogida habrá de tener en todo caso carácter temporal, tramitándose de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 187 del Reglamento 557/2011 de 20 de abril de la Ley Orgánica 4/2000.

¹⁰⁰¹ Sentencia de Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso Madrid de 09 de diciembre de 2011., Nº de Recurso: 2917/2010., Roj: STS 8175/2011. FJ 7.

¹⁰⁰² Vid la INSTRUCCIÓN DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal.

¹⁰⁰³ Para más información en relación con la institución de la kafala véanse, ARCE JIMÉNEZ, Elena., “La kafala marroquí y la legislación de extranjería” en *la Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 13, 2006, pp. 265-278; DIAGO DIAGO, M.P., “La kafala islámica en España” , en COMBALÍA SOLÍS, Zoila (coord.), DIAGO DIAGO, M.P (coord.), GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (coord.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 111- 161; MARCHAL ESCALONA, Nuria., “La kafala islámica: problemática y efectos”, en DURÁN RUIZ, F. Javier (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Comares, Granada, 2013, pp.237-270; Y DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón., “La kafala ni es adopción, ni puede llegar a serlo” en *la Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 4, 2016, pp. 241.

¹⁰⁰⁴ MOYA ESCUDERO, Mercedes., "Derecho a la reagrupación familiar", en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería 4/2000 y 8/2000*, Comares, Granada, 2001, pág. 694.

ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo¹⁰⁰⁵, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España¹⁰⁰⁶. El RD 557/2011 de la ley de extranjería 4/2000, señala que se entenderá que los familiares que están a cargo¹⁰⁰⁷ son aquellos respecto a los cuales el reagrupante acredite que al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar, que representen al menos el 51% del producto interior bruto per cápita, en cómputo anual, del país de residencia de éste, según lo establecido, en materia de indicadores sobre renta y actividad económica por país y tipo de indicador, por el Instituto Nacional de Estadística¹⁰⁰⁸.

La ley reconoce excepciones a esta regla y contempla que cuando concurren razones de carácter humanitario, se podrá reagrupar a los ascendientes menores de sesenta y cinco años que reúnan los restantes requisitos establecidos en la ley. El reglamento de la ley orgánica de extranjería, indica que se considerará que concurren razones humanitarias, entre otros casos, cuando el ascendiente conviviera con el reagrupante en el país de origen en el momento en que este último obtuvo su autorización; cuando el ascendiente sea incapaz y su tutela esté otorgada por la autoridad competente en el país de origen al extranjero residente o a su cónyuge o pareja reagrupada; o cuando el ascendiente no sea objetivamente capaz de proveer a sus propias necesidades¹⁰⁰⁹. Asimismo el RELOEX considera como razones humanitarias que el ascendiente del reagrupante, o de su cónyuge o pareja, sea cónyuge o pareja del otro ascendiente, siendo este último mayor de sesenta y cinco años. En este caso, las solicitudes de autorización de residencia por reagrupación familiar podrán ser presentadas de forma conjunta, si bien la aplicación de la excepción del requisito de la edad respecto al ascendiente menor de sesenta y cinco años estará condicionada a que la autorización del otro ascendiente sea concedida¹⁰¹⁰. En caso de que existan otras razones de excepción de los requisitos, el órgano competente, para resolver el

¹⁰⁰⁵ STS 8752/2012 Sala de lo Contencioso Sede, Sección 3, Madrid, Nº de Recurso: 3287/2012. FJ 4.

¹⁰⁰⁶ ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “El derecho de reagrupación familiar tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009”, en *la Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 87-88, 2010 (Ejemplar dedicado a: Javier Berriatua in memoriam), pp. 85-87.

¹⁰⁰⁷ *Vid.* último párrafo del apartado e) del artículo 53 del RD 557/2011.

¹⁰⁰⁸ Tabla (por países de origen) sobre las cantidades a considerar para entender que determinados familiares se encuentran a cargo del reagrupante. Fecha: 26/02/2011.

www.migrarconderechos.es/impresos_y_formularios/Tabla_PIB_per_capita

¹⁰⁰⁹ Párrafo 3 de la letra e) del artículo 53 del RD 557/2011 de 20 de abril.

¹⁰¹⁰ Párrafo 4 de la letra e) del artículo 53 del RD 557/2011 de 20 de abril.

procedimiento y aclarar la duda al respecto, elevará consulta previa a la Dirección General de Inmigración.

El reglamento de extranjería (RELOEX) regula las condiciones en las que reconoce la posibilidad de que los ascendientes reagrupados puedan obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar, y que éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar.

La LOEX reconoce excepciones a dicha regla y señala que cuando el ascendiente reagrupado, tenga a su cargo un o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la autorización del reagrupante, y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración¹⁰¹¹.

e) Situación de los familiares de estudiantes e investigadores extranjeros

La reforma de la LOEX 4/2000 operada por la L.O. 2/2009, sirvió para transponer a nuestro derecho, la Directiva 2004/114/CE¹⁰¹², relativa a los requisitos de admisión de nacionales de terceros países a efecto de estudio, intercambio de alumnos, practicas no remuneradas, o servicios de voluntariado. El artículo 33 de la LOEX 4/2000 y el capítulo II del título III del RELOEX 557/2011, regulan específicamente el régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. El RELOEX define al titular de una autorización de estancia, como el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a

¹⁰¹¹ Véanse el párrafo 2 del apartado 3 del artículo 17 de la LOEX 4/2000. Y párrafo 3 del artículo 60 del RD 557/2011.

¹⁰¹² DIRECTIVA 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L 375/12 de 23.12.2004.

noventa días con el fin único o principal de llevar a cabo actividades de carácter no laboral¹⁰¹³, como realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios; realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores¹⁰¹⁴; participación en un programa de movilidad de alumnos, para seguir un programa de enseñanza secundaria y/o bachillerato en un centro docente o científico oficialmente reconocido; realización de prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada; y prestación de un servicio de voluntariado dentro de un programa que persiga objetivos de interés general. El extranjero debe pedir un visado de estudios que incorporará la autorización de estancia y habilitará al extranjero a permanecer en España en situación de estancia para la realización de la actividad respecto a la que se haya concedido. Dicho visado que facilita la estancia del extranjero en España tendrá una duración igual a la de la actividad respecto a la que se concedió la autorización, con el límite máximo de un año.

Para la obtención del visado, el extranjero debe cumplir requisitos con carácter general, lo que se exige para la obtención de cualquier visado, y por otra parte requisitos y documentos específicos del visado de estudios¹⁰¹⁵.

En relación al procedimiento de reagrupación familiar de los estudiantes, la Directiva 2004/114/CE, no regula de forma específica, los requisitos de la reagrupación de los miembros de la familia del estudiante. En este sentido se aplica la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, que tengan un permiso de residencia uniforme, de conformidad con lo que establece el Reglamento 1030/2002¹⁰¹⁶.

En el ordenamiento español, el régimen de los familiares del estudiante se contempla en el artículo 41 del RELOEX, bajo el título de familiares del titular de una autorización de

¹⁰¹³ El artículo 37 del RELOEX 557/2011.

¹⁰¹⁴ *Vid* el artículo 38 bis de la LOEX 4/2000.

¹⁰¹⁵ *Vid* el artículo 38 requisitos para obtener del visado de estudio, del RELOEX de 20 de abril. dicho artículo regula requisitos de carácter general para la obtención del visado asimismo requisitos de carácter específico que será necesario cumplir, para cada uno de los supuestos de estancia previstos, y que será valorada por la Oficina de Extranjería.

¹⁰¹⁶ REGLAMENTO (CE) No 1030/2002 DEL CONSEJO de 13 de junio de 2002 por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. Publicado en *DOCE* serie L 157/1, 15.6.2002.

estancia. Según el artículo 41, los familiares de extranjeros que hayan solicitado un visado de estudios o se encuentren en España en el régimen de estudios, podrán solicitar los correspondientes visados de estancia para entrar y permanecer legalmente en España durante la vigencia del estudio que está realizando el extranjero. Como señala el párrafo final del artículo 41 del RELOEX, no se exige un periodo previo de estancia al extranjero titular del visado de estudios, y podrán solicitarse visado de estancia para los familiares de manera simultánea con la solicitud del visado de estudios. La duración del visado será la misma que la duración del visado del estudiante, que también se puede solicitar durante cualquier momento posterior, en el periodo de vigencia de la autorización de estancia por estudios. El RELOEX señala que “Los familiares dotados del visado referido podrán permanecer legalmente en territorio español durante el mismo periodo que dura el visado de estudio del extranjero y con idéntica situación que el titular de la autorización principal. Su permanencia estará en todo caso vinculada a la situación de estancia del titular de la autorización principal”¹⁰¹⁷.

Respecto al término familiar, el RELOEX lo entiende referido, a estos efectos, al cónyuge, pareja de hecho e hijos menores de dieciocho años o mayores que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud¹⁰¹⁸. Por tanto, no cabe en este régimen la reagrupación ni de menores representados legalmente por el estudiante ni de sus ascendientes ni a los hijos menores de su cónyuge. Esta situación crea un trato discriminatorio, con respecto a diferencias entre los familiares que pueden residir en España con el extranjero en condición de estudiante y los familiares que puedan residir en España con el extranjero que no tiene dicha condición. De hecho, cuando un extranjero residente legal en España pueda reagrupar a sus ascendientes y los hijos menores de edad de su cónyuge, al estudiante en situación de estancia no se les reconoce este derecho. Como señala Esteban de La Rosa, la falta de reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la vida en familia por el artículo 18 CE no permite considerar que el legislador sea completamente libre a la hora de indicar

¹⁰¹⁷ Párrafo 3 del artículo 41 del RELOEX 557/2011.

¹⁰¹⁸ Párrafo 2 del artículo 41 del RELOEX 557/2011.

los criterios a los que supedita el derecho por parte del extranjero, ni el artículo 10.2 de la CE permite regular dicho derecho de forma discriminatoria¹⁰¹⁹.

Aunque al momento de presentación de la solicitud, no se exige un período previo de estancia al extranjero titular del visado de estudios, existen requisitos con carácter general (para todo tipo de visados) que el estudiante debe cumplir y que serán valorados por la misión diplomática u oficina consular, entre los que se encuentra la acreditación y garantía de los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de estancia y regreso a su país, y, en su caso, los de sus familiares y contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España. En relación al sostenimiento de los familiares que estén a su cargo, durante su estancia en España, el RELOEX, exige una cantidad que represente mensualmente el 75% del IPREM, para el primer familiar, y el 50% del IPREM para cada una de las restantes personas que vayan a integrar la unidad familiar en España, salvo que se acredite debidamente tener abonado de antemano el alojamiento por todo el tiempo que haya de durar la estancia¹⁰²⁰. En caso de que la estancia de familiar/es fuera superior a seis meses, deberán solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero en el plazo de un mes desde su entrada en España. Asimismo dicho familiares no podrán obtener la autorización para la realización de actividades lucrativas a la que se refiere el artículo 42 del RELOEX.

El artículo 38 bis de la LOEX 4/2000 y los artículos 73 a 84 del RELOEX, regulan el régimen especial de los investigadores. Dicha norma al igual que las disposiciones reglamentarias de desarrollo son el resultado de la transposición de la Directiva 2005/71/CE al Derecho español relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica¹⁰²¹, tras su reforma por la LOEX 2/2009. En el considerando 19 de la Directiva 2005/71/CE, se señala que para

¹⁰¹⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado” en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 550 a 569 (567 y 568).

¹⁰²⁰ Cuantías marcadas por párrafo 1 a) 2º del artículo 38 del RELOEX.

¹⁰²¹ DIRECTIVA 2005/71/CE DEL CONSEJO de 12 de octubre de 2005 relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. Publicado en *DOCE*, serie L 289/15 de 3.11.2005.

preservar la unidad de los miembros de la familia y permitir la movilidad, conviene que los miembros de la familia puedan reunirse con el investigador en otro Estado miembro con arreglo a las condiciones que defina la legislación nacional de dicho Estado miembro, incluidas sus obligaciones derivadas de acuerdos bilaterales o multilaterales.

Según el artículo 38 bis de la LOEX 4/2000, tendrá la consideración de investigador el extranjero cuya permanencia en España tenga como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación. Al contrario que la situación del estudiante que es de estancia, la situación del extranjero en régimen de investigador será la de autorización de residencia y trabajo, que se renovará anualmente si el titular sigue reuniendo las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial¹⁰²². La autorización inicial de residencia temporal y trabajo para investigación habilita a los extranjeros que residen fuera de España y que han obtenido el correspondiente visado de investigación, a realizar un proyecto de investigación dentro del marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación que haya sido autorizado a dichos efectos. La vigencia de la autorización será coincidente con la duración del proyecto de investigación en relación con el cual se conceda y se limitará al ejercicio de la actividad investigadora para la que fue concedida. Pero en todo caso la duración de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo para investigación será siempre superior a tres meses y, como máximo, de cinco años¹⁰²³.

El artículo 83 del RELOEX 557/2011, relativo a familiares de los investigadores extranjeros, indica que la situación de los familiares de los investigadores en España será la de residencia por reagrupación familiar, y que la autorización será concedida cuando acreditan que se cumplen los requisitos reglamentariamente previstos en relación con la reagrupación familiar. Teniendo en cuenta la situación del extranjero en régimen de investigador, que es de autorización de residencia y trabajo, tiene derecho a reagrupar con él en España a los familiares señalados en el artículo 17 de la LOEX 4/2000¹⁰²⁴, el extranjero en régimen de investigador podrá solicitar una autorización de residencia

¹⁰²² Vid. los apartados 1 y 4 de la LOEX 4/2000 de 11 de enero.

¹⁰²³ Véanse los apartados 1 y 2 del artículo 74 del RELOEX, autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.

¹⁰²⁴ Véanse el artículo 53 del RELOEX, los familiares reagrupables.

temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, al mismo tiempo que presenta la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo para investigación. Dicha solicitud a favor de los familiares podrá ser presentada tanto por el organismo de investigación solicitante de la autorización principal, como por el propio investigador extranjero. Una vez finalizado el convenio de acogida, o resuelto por causas no imputables al investigador establecidas reglamentariamente, tanto el investigador como los familiares reagrupados podrán ser autorizados para residir y ejercer una actividad lucrativa sin necesidad de un nuevo visado¹⁰²⁵.

Ahora bien, con todo lo anteriormente señalado, y en lo relativo a las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE del Consejo, el parlamento europeo y el Consejo de la Unión Europea, han adoptado una nueva Directiva 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016¹⁰²⁶, para introducir una serie de modificaciones en las dichas Directivas, con el objetivo de simplificar y racionalizar los requisitos de entrada y residencia y los derechos de los nacionales de países terceros y, en su caso, de los miembros de sus familias, con fines de investigación, estudios, prácticas o voluntariado en el servicio voluntario europeo y, cuando así lo decidan los Estados miembros, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos, voluntariado distinto al servicio voluntario europeo o colocación au pair.

En el considerando 2 de la Directiva 2016/801 de 11 de mayo de 2016, se señala la necesidad de introducir una serie de modificaciones en dichas Directivas. La Directiva 2016/801, debe responder a las necesidades identificadas en los informes de aplicación de las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE, con el fin de subsanar las deficiencias detectadas, garantizar una mayor transparencia y seguridad jurídica y ofrecer un marco jurídico coherente a las distintas categorías de nacionales de países terceros que entran en la Unión, reuniéndolas en un único instrumento. Los informes de aplicación de las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE señalaron ciertas carencias, sobre todo en relación con las condiciones de admisión, los derechos, las garantías de procedimiento, el acceso

¹⁰²⁵ Vid. el apartado 8 del artículo 38 bis de la LOEX 4/2000 de 11 de enero.

¹⁰²⁶ 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. Publicado en «DOUE», L 132/21 de 21.5.2016. (versión refundida de ambas Directivas, 2004/114/CE y 2005/71/CE).

de los estudiantes al mercado laboral durante sus estudios y la disposiciones relativas a la movilidad dentro de la Unión. También se han estimado necesarias algunas mejoras concretas en lo relativo a las categorías optativas de nacionales de países terceros. Posteriores y más amplias consultas han destacado asimismo la necesidad de mejorar las posibilidades de búsqueda de empleo de los investigadores y estudiantes y la protección de los au pairs, que quedaban al margen de las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE¹⁰²⁷. El artículo 2 de la Directiva 2016/801, regula el ámbito de aplicación de la misma y el artículo 26 regula la situación de los miembros de las familias de los investigadores. El artículo 40 de la nueva Directiva, en lo relativo a su transposición, señala que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 23 de mayo de 2018. Los Estados comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de las principales disposiciones de derecho interno que adopten en el ámbito regulado por dicha Directiva. Asimismo en su artículo 41 de la nueva Directiva (2016/801), indica que quedan derogadas las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE con efectos a partir del 24 de mayo de 2018, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a los plazos de incorporación al derecho interno y de aplicación de esas Directivas que figuran en el anexo I, parte B, de la Directiva 2016/801 de 11 de mayo de 2016¹⁰²⁸.

La Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, incorporó un nuevo artículo 38 ter a la LOEX dedicado al régimen de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. Su desarrollo reglamentario se encuentra en el capítulo V del título IV (los artículos 85 a 96) del RD557/2011. La nueva ley y su desarrollo reglamentario han sido resultado de la transposición de la Directiva 2009/50/CE¹⁰²⁹ relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. El artículo primero de la Directiva,

¹⁰²⁷ *Vid.* el considerando 4 de la Directiva 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Mayo de 2016.

¹⁰²⁸ Para una información detallada véanse la Directiva 2016/801, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Mayo de 2016, donde en su artículo 39 indica que periódicamente, y por primera vez a más tardar el 23 de mayo de 2023, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros y propondrá, cuando proceda, las modificaciones necesarias.

¹⁰²⁹ DIRECTIVA 2009/50/CE DEL CONSEJO de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Publicado en «DOUE», serie L 155/17 de 18.6.2009

señala que la Directiva tiene por objetivo establecer condiciones de entrada y residencia por más de tres meses en el territorio de los Estados miembros de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado como titulares de una tarjeta azul UE y de los miembros de sus familias. A los efectos del apartado 1 del artículo 38 ter, se entiende por profesional altamente cualificado, quien acredite cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente¹⁰³⁰. Ahora bien, como podemos observar, el artículo combina dos elementos alternativos, por un lado la cualificación de enseñanza superior, que es aquella derivada de una formación de enseñanza superior, de duración mínima de tres años y que proporcione el nivel de cualificación necesario para ejercer una profesión que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada¹⁰³¹, y por otro la experiencia profesional de un mínimo de cinco años, lo que permite a los profesionales altamente cualificados, obtener una autorización de residencia y trabajo documentada con una tarjeta azul de la UE. Respecto a los familiares de profesionales altamente cualificados hemos de considerar el artículo 94 del RELOEX 557/2011. Dicho artículo indica que la autorización de residencia será concedida a los familiares cuando se acredite que se cumplen los requisitos reglamentariamente previstos en relación con la reagrupación familiar y la situación del familiar en España será la de residencia por reagrupación familiar. Dicha condición les autoriza a trabajar en virtud del artículo 19.1 de la LOEX. Según el artículo 19.1, la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo¹⁰³². De acuerdo con el artículo 18.1 párrafo 2º de la LOEX y el apartado primero del artículo 94 del RELOEX 557/2011, se podrá solicitar, simultáneamente a la presentación de la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados, una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee

¹⁰³⁰ En esta línea también el artículo 2 (Definiciones) de la DIRECTIVA 2009/50/CE DEL CONSEJO de 25 de mayo de 2009; así como el artículo 85 del RD 557/2011 de 20 de abril.

¹⁰³¹ *Vid.* el apartado 2 del artículo 85 del RD 557/2011 de 20 de abril.

¹⁰³² VELA DÍAZ, Raquel., “Los nuevos derechos socio laborales y su perspectiva de género derivados de la autorización de residencia por reagrupación familiar a la luz de la última reforma de la legislación de extranjería: la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en GARCÍA CASTAÑO, Francisco. J (coord.), NINA KRESSOVA (coord.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 321-322.

reagrupar. Respecto a la presentación de la solicitud a favor de los familiares, dicha solicitud podrá ser presentada tanto por el empleador solicitante de la autorización principal como por el propio trabajador extranjero altamente cualificado¹⁰³³.

En relación a la reagrupación familiar de los trabajadores altamente cualificados, la Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009, en el considerando 23 de su preámbulo, indica que las condiciones favorables de reagrupación familiar y de acceso al trabajo para los cónyuges deben ser un elemento fundamental y para alcanzar este objetivo, deben establecerse excepciones específicas a la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. La excepción contemplada en el artículo 15, apartado 3 de la Directiva 2003/86/CE no impide que los Estados miembros conserven o introduzcan condiciones y medidas de integración, incluido el aprendizaje del idioma, a los miembros de la familia de un titular de la tarjeta azul UE. El artículo 15 de la Directiva 2009/50/CE, pone de manifiesto que la Directiva 2003/86/CE se aplicará a miembros de la familia de los trabajadores altamente cualificados con las excepciones establecidas en dicho artículo (art.15). Según el apartado 2 del artículo 15 de la Directiva 2009/50/CE, lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1 y el artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE, la reagrupación familiar no estará supeditada al requisito de que el titular de la tarjeta azul UE tenga unas perspectivas razonables de obtener el derecho de residencia permanente ni a que haya cumplido un período mínimo de residencia. Asimismo el apartado 6 del artículo 15 de la Directiva 2009/50/CE, indica que lo dispuesto en el artículo 14, apartado 2, segunda frase de la Directiva 2003/86/CE (relativo a las condiciones de establecer un plazo antes de autorizar a los miembros de la familia del reagrupante para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia), los Estados miembros no aplicarán ningún plazo límite con respecto al acceso al mercado laboral a los miembros de la familia de los trabajadores altamente cualificados. Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Directiva 2009/50/CE, relativa a la reagrupación familiar (art.15.2), ni la LOEX 4/2000 ni el RELOEX 557/2011, exigen a los trabajadores

¹⁰³³ Apartado 4 del artículo 94 del RELOEX 557/2011 de 20 de abril.

altamente cualificados la condición de residencia permanente, ni que haya cumplido un período mínimo de residencia para reagrupar a sus familiares¹⁰³⁴.

El artículo 96 del RELOEX 557/2011, contempla la regulación de la movilidad de los familiares de los trabajadores extranjeros titulares de una Tarjeta azul-UE expedida en otro Estado miembro de la Unión Europea. El empleador que haya presentado una solicitud de autorización de residencia para profesionales cualificados, podrá solicitar, al mismo tiempo, una autorización de residencia a favor de los miembros de su familia que ya se encontrase constituida en el anterior Estado miembro de residencia¹⁰³⁵. En el caso de que el titular de la Tarjeta azul-UE quisiera reagrupar a miembros de su familia que no formasen parte de la familia ya constituida en el anterior Estado miembro de residencia resultará de aplicación lo previsto en el artículo 94 del Reglamento¹⁰³⁶, que es el procedimiento ordinario de reagrupación familiar para este colectivo.

4. Procedimiento relativo a obtención de residencia temporal por la reagrupación Familiar

Los artículos 16 a 19 de la LOEX 4/2000 y los artículos 52 a 61 del RELOEX regulan el derecho de la vida en familia y la intimidad familiar y el procedimiento a seguir para la obtención de residencia temporal por la reagrupación familiar. Según indica el artículo 16 de la LOEX 4/2000, los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España y a continuación reconoce el derecho de los extranjeros residentes legales en España a reagrupar con ellos a ciertos familiares. El artículo 16.1 no consagra el derecho a la reagrupación familiar, pero en su apartado segundo reconoce el derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17 de la LOEX, en virtud del derecho de la vida en familia y la intimidad familiar de los extranjeros residentes.

¹⁰³⁴ BENLLOCH SANZ, Pablo., “Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados” en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino., *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 683-695.

¹⁰³⁵ Apartado primero del artículo 96 del RELOEX 557/2011.

¹⁰³⁶ Apartado 4 del artículo 96 del RELOEX 557/2011.

Como es lógico no se puede hablar de la vida en familia o la intimidad familiar, en este caso, de los extranjeros residentes legales, cuando miembros de su familia no residen con él en España. Nuestra Constitución no reconoce el derecho a la reagrupación familiar a los extranjeros y menos aún, como un derecho fundamental. En este sentido y como ya anteriormente se ha señalado en el epígrafe IV.1 del capítulo primero, el TC afirma que nuestra Constitución no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado del artículo 8.1 del CEDH. El TC sostiene que, “el derecho a la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar que reconoce el artículo 18.1 de la CE, porque el derecho a la intimidad personal al que hace referencia el artículo 18 de la CE, supone la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana y aunque esta protección se extiende también a los miembros de la familia, solo consiste en resguardar este ámbito reservado por el individuo y su familia de una publicidad no querida”¹⁰³⁷. (Véanse el epígrafe II.4 del capítulo 3 del trabajo “derecho a la vida familiar y la intimidad familiar).

El reconocimiento de los derechos a la vida en familia y la intimidad familiar a los extranjeros residentes en España que contempla el artículo 16.1 de la LOEX, exige regulaciones e instrumentos que faciliten el ejercicio de este derecho. No hay familia si los miembros de familia del extranjero residente, no puedan residir en España junto con él, situación que deja sin eficacia al contenido de los derechos mencionados, reconocidos a los extranjeros, que no es nada más que la vida familiar e intimidad familiar de este colectiva¹⁰³⁸. El apartado 2 del artículo 16 de la LOEX, reconoce y regula el derecho de reagrupación familiar a los extranjeros, como una forma eficaz y un instrumento para que el extranjero residente pueda ejercer los derechos mencionados. El régimen jurídico aplicable a la reagrupación familiar que se contiene en los artículos 16 a 19 de la LOEX, regula los sujetos, los requisitos y procedimiento para la reagrupación familiar, asimismo como los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales. Todo ello con el

¹⁰³⁷ Véanse la STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, *op.cit.*

¹⁰³⁸ véanse CEINOS SUÁREZ, Ángeles., “Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar” en dirección y coordinación: MORENO PÉREZ, José Luis., FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y TRIGUERO MARTÍNEZ. Luis Ángel., “Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)”. Editorial Comares, 2ª edición Granada 2012. pp. 281-285.

objetivo de hacer posible la vida en familia a los extranjeros residentes en España, siempre y cuando cumplen determinados requisitos, exigidos por la LOEX y su Reglamento 557/2011. El artículo 17 de la LOEX menciona los familiares que pueden ser reagrupados, que constituye el grupo llamado familia nuclear, donde se incluye a cónyuge y la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal, a los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados. El artículo 18 de la LOEX establece los requisitos que los extranjeros deben cumplir para poder ejercer el derecho de la reagrupación familiar¹⁰³⁹.

A continuación analizaremos el procedimiento y los requisitos exigidos por la LOEX 4/2000 y su Reglamento de aplicación 557/2011, para la autorización de residencia por motivo de reagrupación familiar.

a) La solicitud y el plazo de la presentación por la autorización de residencia por la reagrupación familiar

El artículo 18 bis de la LOEX 4/2000, indica el procedimiento de la reagrupación familiar, que, como ya hemos señalado antes, ha sido introducida en la ley de extranjería por la LO 2/2009¹⁰⁴⁰. Según el apartado primero del artículo 18 bis de la LOEX, “El extranjero que desee ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberá solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar”. Esto es, el extranjero que resida en España y al que se denomina reagrupante, es quien puede y debe solicitar la autorización de residencia por reagrupación familiar y no los miembros de su familia. El apartado 2 del artículo 18 bis de la LOEX, permite la presentación de la solicitud de residencia por parte de los familiares reagrupables, en caso que el reagrupado haya adquirido la residencia de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea y resida en España, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro. Por consiguiente, el artículo 18 bis de la LOEX 4/2000 solo hace una breve referencia al procedimiento de la reagrupación familiar con sus dos apartados, pero su desarrollo se

¹⁰³⁹ SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 18. Requisitos para la reagrupación” *op. cit.*, pp. 299-307.

¹⁰⁴⁰ Véanse el artículo único, punto 20 de la LOEX 2/2009 de 11 de diciembre. *Op.cit*

contempla en el artículo 56 del Reglamento de la LOEX de 557/2011, donde se recoge el procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar de los extranjeros que residen en España, así como de los extranjeros residentes en España y que disponen de una autorización de residencia de larga duración en un Estado miembro de la UE y quieren ejercer el derecho a la reagrupación familiar y reagrupar con ellos a sus familiares. Dicho artículo (art.56 RELOEX), indica que la solicitud de reagrupación familiar se podrá presentar cuando el extranjero reagrupante tenga autorización para residir en España durante un año como mínimo y solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año, con excepción de que cuando, el reagrupante es titular de una autorización de residencia de larga duración obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, o una tarjeta azul de la UE, o los beneficiarios del régimen especial de investigadores. De hecho, como señala el apartado 1.b) del artículo 56 del RELOEX, el requisito de la residencia legal de un año previo a la solicitud, no se exige a dichos colectivos. Debe recordarse que en relación a la reagrupación de los ascendientes, el reagrupante debe disponer de una residencia de larga duración, tema que en los apartados anteriores hemos analizado ampliamente¹⁰⁴¹.

El procedimiento para la reagrupación familiar se inicia con la presentación de la solicitud de autorización de residencia temporal para familiares reagrupables, que debe ser presentada personalmente por el extranjero residente¹⁰⁴² que cumpla los requisitos previstos en el artículo 18 de la LOEX 4/2000, ante la Oficina de Extranjería competente para su tramitación¹⁰⁴³, a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. Con carácter general, el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización de reagrupación familiar es el reagrupante, sin embargo existen excepciones en algunos casos, tales como señala el apartado 2 del artículo 18 bis de la LOEX, donde se indica que

¹⁰⁴¹ SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 18 bis. Procedimiento para la.....”*op. cit.*, pp. 307-314. Asimismo, CEINOS SUAREZ, A., “Artículo 18 bis. Procedimiento para la reagrupación familiar”, *en Comentario a la Ley y al Reglamento (LO 4/2000 y RD 557/2011).....*” *op. cit.* pp. 302-309.

¹⁰⁴² Véanse la Disposición adicional tercera de la LOEX 4/2000 de 11 de diciembre, relativo a Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal. La Disposición adicional octava del RELOEX 557/2011, sobre Legitimación y representación. Asimismo el artículo primero de la LOEX 4/2000, relativo a delimitación del ámbito de dicha ley, donde indica que se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de dicha ley, a los que carezcan de la nacionalidad española, o los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario.

¹⁰⁴³ La solicitud debe presentarse en Oficina de Extranjería de la provincia en la que resida el reagrupante. Se puede consultar todo en relación a la información: en la siguiente enlace: http://www.seap.minhap.gob.es/web/servicios/extranjeria/extranjeria_ddgg.html.

en caso que el extranjero que reside en España tenga la condición de residente de larga duración reconocida en otro Estado miembro de la Unión Europea, la solicitud podrá presentarse por los familiares reagrupables. Asimismo cuando el reagrupante es un investigador o un trabajador altamente cualificado titular de una tarjeta azul-UE, en este caso, el organismo investigador o la empresa que ha contratado al trabajador altamente cualificado, pueden presentar la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar¹⁰⁴⁴. Según el artículo 56.7 del RELOEX de 20 de abril, los procedimientos regulados en dicho artículo (56 RELOEX), así como los relativos al correspondiente visado y a la renovación de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar serán objeto de tramitación preferente. El párrafo segundo del apartado 1 b) del Reglamento 557/2011 de la LOEX, señala que solo se concederá la autorización de residencia al familiar reagrupable, en función de la situación que deba ostentar el reagrupante para el ejercicio del derecho, cuando haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante, concedido su autorización de residencia de larga duración o de residencia de larga duración-UE o concedido su autorización inicial de residencia en España¹⁰⁴⁵.

b) Documentación adjunta a la solicitud

El apartado primero del artículo 54 del RELOEX 557/2011, contempla que el extranjero que solicite autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares deberá adjuntar la documentación que acredite que se cuenta con medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁴ Artículo 83.3 del RELOEX establece que “La solicitud a favor de los familiares podrá ser presentada tanto por el organismo de investigación solicitante de la autorización principal, como por el propio investigador extranjero”. También artículo 94.4 del RELOEX establece que “La solicitud a favor de los familiares podrá ser presentada tanto por el empleador solicitante de la autorización principal como por el propio trabajador extranjero altamente cualificado”.

¹⁰⁴⁵ El párrafo segundo del apartado 1 b) del artículo 56 del RELOEX.

¹⁰⁴⁶ Véanse la letra a) y b) del apartado primero del artículo 54 del RELOEX, relativo a la cuantía exigido para medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia del reagrupante. Asimismo el apartado 3 del mismo artículo donde señala que “La exigencia de dicha cuantía podrá ser minorada cuando el familiar reagrupable sea menor de edad, cuando concurren circunstancias excepcionales acreditadas que aconsejen dicha minoración en base al principio del interés superior del menor, según lo establecido en la

En relación a los documentos exigibles, con carácter general, se deberán aportar copias de los documentos y exhibir los originales en el momento de presentar la solicitud. Según el apartado 3 del artículo 56 del RELOEX, Junto con impreso de solicitud en modelo oficial (EX-02) por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el reagrupante, deberá acompañarse documentos relativos a reagrupante y documentos relativos a familiar a reagrupar¹⁰⁴⁷.

Los documentos relativos al reagrupante que han de ser presentados son la copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción en vigor del reagrupante. Copia compulsada de la documentación que acredite que cuenta con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia. Para ello podrá presentar:

- a) En caso de realizar actividad lucrativa por cuenta ajena, copia del contrato de trabajo y declaración, en su caso, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) correspondiente al año anterior.
- b) En caso de realizar actividad lucrativa por cuenta propia, documentos que acreditan la actividad que desarrolla y declaración IRPF, correspondiente al año anterior. Las declaraciones IRPF, serán las correspondientes al penúltimo año en el caso de que no haya expirado el plazo para presentar la correspondiente a la última anualidad¹⁰⁴⁸.

En caso de no realizarse ninguna actividad lucrativa en España, el reagrupante debe acreditar cheques certificados, cheques de viaje o cartas de pago o tarjetas de crédito, acompañadas de una certificación bancaria de la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta o certificación bancaria. En los casos de reagrupación de cónyuge o pareja, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y se reúnan los restantes requisitos legales y reglamentarios para la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar. Igualmente, la cuantía podrá ser minorada en relación con la reagrupación de otros familiares por razones humanitarias apreciadas en relación con supuestos individualizados y previo informe favorable de la Dirección General de Inmigración.

¹⁰⁴⁷ SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 18. Requisitos para la reagrupación familiar” en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino., *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2011, pp.299 a 305.

¹⁰⁴⁸ Apartado 5 del artículo 54 del RELOEX 557/2011.

Ha de presentarse documentación original que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante, de una vivienda familiar adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia, y que habrá de ser su vivienda habitual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento de la LOEX 557/2011¹⁰⁴⁹. El informe o la documentación de adecuación de vivienda que se presente en su sustitución debe hacer referencia a datos identificativos y completos de la persona interesada, datos identificativos de la vivienda (municipio, cód. postal, provincia, calle/plaza/avenida, número, etc.), título que habilita para la ocupación de la vivienda (propiedad, alquiler, otros), número de habitaciones y uso al que se destina cada una de ellas, número de personas que habitan en la vivienda, condiciones de habitabilidad y equipamiento (agua, gas, electricidad, condiciones de higiene, ventilación e iluminación de la vivienda)¹⁰⁵⁰.

Los documentos relativos al familiar a reagrupar que debe adjuntar a la solicitud son, la copia completa del pasaporte o título de viaje, en vigor del reagrupado, documentación acreditativa de tener garantizada asistencia sanitaria, copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, de la dependencia legal y económica. En caso de que el reagrupante esté casado en segundas o posteriores nupcias, resolución judicial que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos. En caso que los reagrupados sean hijos mayores de 18 años y no sean objetivamente capaces para proveer sus propias necesidades, documentación que acredite dicha situación. En caso de los hijos adoptivos, resolución por la que se acordó la adopción. Y en caso de que los hijos sean reagrupados por un solo progenitor: documentación acreditativa de ejercer en solitario la patria potestad, tener otorgada la custodia, o de que el otro progenitor autoriza su residencia en España.

¹⁰⁴⁹ Véanse el artículo 55 del RELOEX relativo a Requisito sobre vivienda adecuada, donde indica que “el reagrupante para ello deberá adjuntar informe expedido por el órgano competente de la Comunidad Autónoma del lugar de residencia del reagrupante. El informe podrá ser emitido por la Corporación Local cuando así se haya establecido por la Comunidad Autónoma. Se podrá justificar este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho en el caso de que la Comunidad Autónoma o la Corporación local no haya emitido y notificado el informe en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. En este caso, la documentación que se aporte deberá hacer referencia a: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento. También se deberá aportar copia del justificante de haber realizado la solicitud de informe a la Comunidad Autónoma o Corporación local. El reagrupante puede consultar el órgano competente en su lugar de residencia en la siguiente dirección: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/Informes_CCAA_Entidades_locales/Informe_vivienda_adecuada/index.html.

¹⁰⁵⁰ En este línea consulten Informes de CCAA y Entidades Locales, “Informe sobre vivienda adecuada” en la página web de “extranjeros.empleo.gob.es”.

En el supuesto de reagrupar a los ascendientes, cuando la agrupación se justifique por su situación de dependencia económica, el reagrupante debe presentar documentación acreditativa de que (el reagrupante) durante el último año de residencia en España ha transferido fondos o soportado gastos del ascendiente, y documentación acreditativa de las razones que justifican la necesidad de autorizar la residencia en España. En caso de existencia de razones humanitarias, documentación que acredite que concurren razones humanitarias que justifiquen la autorización. Hay que tener en cuenta que cuando se aporten documentos de otros países deberán estar traducidos al castellano o lengua cooficial del territorio donde se presente la solicitud. Asimismo todo documento público extranjero deberá ser previamente legalizado por la oficina consular de España con jurisdicción en el país en el que se ha expedido dicho documento o, en su caso, por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación salvo en el caso en que dicho documento haya sido apostillado por la autoridad competente del país emisor según el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 y salvo que dicho documento esté exento de legalización en virtud de Convenio Internacional¹⁰⁵¹.

c) Plazo y resolución de la solicitud

Una vez presentada la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar y la documentación pertinente, comienza la tramitación de dicha solicitud por parte del órgano competente y resolverá lo que proceda. Para ello, aparte de los documentos acreditativos que aporta el solicitante, recabará de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados¹⁰⁵². En el supuesto de que se cumpla con los requisitos establecidos en distintos preceptos del procedimiento

¹⁰⁵¹ Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre, por el que se determinan los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o Apostilla prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961. Publicado en: «BOE» núm. 276, de 16 de noviembre de 2011. La norma establece las Autoridades y funcionarios competentes para emitir Apostillas y documentos a apostillar, tanto de documentos administrativos, judiciales, notariales, documentos autorizados por autoridades o funcionarios judiciales del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional y otros documentos públicos. Del mismo modo, regula la forma de la apostilla, el registro electrónico y la validez de las apostillas electrónicas.

¹⁰⁵² En esta materia véanse el Disposición adicional quinta de la LOEX 4/2000 de 11 de diciembre, relativo a acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos.

para la reagrupación familiar, así como los informes favorables de los servicios competentes (D.G de la Policía, G. Civil, R.C de penados)¹⁰⁵³, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar. Dicho resolución de concesión de la autorización de residencia, deberá señalar de forma expresa, que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado, durante la vigencia del mismo (visado) y la posterior entrada en España del familiar reagrupado¹⁰⁵⁴. Respecto a los familiares residentes de larga duración-UE, titulares de una Tarjeta azul-UE o beneficiarios del régimen especial de investigadores en otro Estado miembro de la UE, pueden entrar en España, tras la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar.

Según el artículo 156 de RELOEX 557/2011 los miembros de la familia de un extranjero titular de una autorización de residencia de larga duración-UE concedida por otro Estado miembro de la UE podrán solicitar residir en España, no requiriéndose la obtención de visado, en caso de que formaran parte de la unidad familiar constituida en el anterior Estado miembro de residencia. Los miembros de la familia reagrupables son los previstos en el régimen general de reagrupación del artículo 17 LOEX. La solicitud de autorización de residencia podrá ser presentada en cualquier momento anterior a la entrada en territorio español y, a más tardar, en el plazo de tres meses desde que se efectúe la misma, y se presentará, dirigida a la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia en que resida o vaya a residir el residente de larga duración-UE del que deriva el derecho, ante la oficina consular española correspondiente al lugar previo de residencia en la Unión Europea o ante la propia Oficina de Extranjería. La presentación podrá ser simultánea o posterior a la solicitud de autorización de residencia de larga duración presentada por el titular de la autorización de residencia de larga duración-UE en otro Estado miembro. La solicitud debe ir acompañada con los documentos que entre los cuales, deberán aportar prueba de su residencia como miembro de la familia en el anterior Estado de residencia (art.165.3 de RELOEX 557/2011). Como podemos ver, es una condición indispensable que los familiares hayan integrado la unidad familiar en el anterior Estado miembro de residencia

¹⁰⁵³ Disposición adicional decimoséptima de la RELOEX 557/2011 de 20 de abril sobre Informes policiales, “Los informes policiales en materia de seguridad y orden público a emitir en el marco de los procedimientos regulados en este Reglamento contendrán en todo caso el conjunto de la información obrante en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado adscritos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

¹⁰⁵⁴ Apartado 5. a) del artículo 56 del RELOEX 557/2011.

para poder beneficiarse de este sistema¹⁰⁵⁵. La eficacia de la autorización de dicho colectivo, únicamente queda condicionada a la entrada efectiva del familiar en España, que deberá realizar en el plazo máximo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización, lo que habrá de constar en la resolución (art 156.6 del RELOEX 557/2011). En caso de la reagrupación de los miembros de la familia que no formen parte de la familia ya constituida en el anterior Estado miembro de residencia estará sometida al régimen de la reagrupación familiar recogido en el capítulo II del RELOEX 557/2011; es decir, con la notable diferencia de que habrá de existir una separación previa¹⁰⁵⁶ del residente reagrupante respecto de los miembros de su familia que pretende reagrupar¹⁰⁵⁷. En relación con la reagrupación de los familiares de los trabajadores extranjeros titulares de una Tarjeta azul-UE expedida en otro Estado miembro de la Unión Europea, según establece en el artículo 96 de RELOEX 557/2011, el empleador que haya presentado una solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo para profesionales cualificados, a favor del titular de una Tarjeta azul-UE en otro Estado miembro o, en su caso, éste mismo, podrá solicitar, simultáneamente, una autorización de residencia a favor de los miembros de su familia que ya se encontrase constituida en el anterior Estado miembro de residencia. Dicha solicitud debe ser presentada en cualquier momento anterior a la entrada en el territorio español y, a más tardar, en el plazo de un mes desde que se efectúe la misma. En el caso de que el titular de la Tarjeta azul-UE quisiera reagrupar a miembros de su familia que no formasen parte de la familia ya constituida en el anterior Estado miembro de residencia resultará de aplicación lo previsto en el artículo 94 del RELOEX 557/2011.

En relación con familiares de los emprendedores, según la ley 14/2013¹⁰⁵⁸ de apoyo a dicho colectivo, en su artículo 61 establece que los extranjeros que se propongan entrar o residir, o que ya residan, en España verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico de acuerdo con lo establecido en dicha ley, a los emprendedores, inversores, profesionales altamente cualificados, investigadores, y los trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o

¹⁰⁵⁵ Véanse el artículo 156.3 a) del RELOEX 557/2011.

¹⁰⁵⁶ El artículo 56.1 del RELOEX 557/2011.

¹⁰⁵⁷ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL y otros., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op.cit.*, pp.311 y ss.

¹⁰⁵⁸ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Publicado en: «BOE» núm. 233, de 28/09/2013, entrada en vigor: 29/09/2013.

grupo de empresas. Asimismo y con la condición del cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 3 del artículo 62 de la ley de emprendedores 14/2013 de 27 de septiembre, podrán solicitar, conjunta y simultánea o sucesivamente, la autorización y, en su caso, el visado de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, los hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar y los ascendientes a cargo que se reúnan o acompañen a él. Hay que tener en cuenta que en este caso los miembros de la familia beneficiarios no son los del artículo 17 LOEX, sino los enumerados en el artículo 62.4 de la ley de emprendedores 14/2013. El apartado 2 del artículo 61 de la ley de emprendedores 14/2013 se establece que, lo dispuesto en sección 2.ª (movilidad internacional) del título V de dicha ley, no será de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros a los que les sea de aplicación el Derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia.

Según la disposición adicional duodécima del RELOEX 557/2011, el plazo de resolución del procedimiento de la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar es de cuarenta y cinco días contados a partir del día siguiente a la fecha en que haya tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo para resolver la solicitud sin que la administración haya practicado la notificación, se podrá entender que la solicitud ha sido desestimada por silencio administrativo¹⁰⁵⁹. Formalmente se debe informar al solicitante de visado sobre el plazo máximo para la notificación¹⁰⁶⁰ de la resolución del procedimiento, así como los efectos del silencio administrativo, incluyendo una nota informativa en los impresos de solicitud¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ Según la Disposición adicional decimotercera del RELOEX 557/2011 sobre silencio administrativo, señala que “Transcurrido el plazo para resolver las solicitudes, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional anterior (Disposición adicional duodécima de RELOEX), éstas podrán entenderse desestimadas, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y con las excepciones contenidas en dicha disposición adicional.

¹⁰⁶⁰ Relativo a la notificación de la resolución, véanse la Disposición adicional cuarta sobre la Práctica de la notificación por medios electrónicos, y la Disposición adicional quinta sobre notificación mediante El Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería, de RELOEX 557/2011 de 20 de abril. Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería (TEU) https://boe.es/tablon_edictal_unico, búsqueda de anuncios de notificación.

¹⁰⁶¹ El apartado 4 de la Disposición adicional duodécima de RELOEX 557/2011 de 20 de abril.

5. Visado

Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado válidamente expedido y en vigor cuando es exigible. A. Kirkpatrick de la Vega y G. González García, definen el visado como una certificación que se inserta generalmente en el pasaporte del interesado por parte de autoridad del país en el que se pretende entrar¹⁰⁶². El Derecho de la UE define el «visado» como una autorización expedida por un Estado miembro a efectos de tránsito por el territorio de los Estados miembros o estancias en dicho territorio cuya duración prevista no sea superior a tres meses en un período de seis meses a partir de la primera fecha de entrada en el territorio de los Estados miembros y el tránsito por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los Estados miembros¹⁰⁶³. El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España¹⁰⁶⁴. Según el apartado 2 de la Disposición adicional segunda del RELOEX 557/2011, “De conformidad con lo establecido en la disposición adicional undécima de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el procedimiento de visado se regirá por la normativa específica prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, desarrollada en este Reglamento, en la normativa de la Unión Europea y en las demás disposiciones que se dicten en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, y se aplicará supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹⁰⁶⁵. Debemos recordar que la Ley 30/1992 de 26 de noviembre ha sido derogada, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.2.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre¹⁰⁶⁶. Como indica la Disposición derogatoria única y la disposición final 7 de la citada ley (Ley 39/2015), se establece un plazo de dos años desde su entrada en vigor para que produzcan efectos las previsiones relativas al registro

¹⁰⁶² KIRKPATRICK DE LA VEGA, Álvaro y JUAQUIN GONZÁLEZ GARCÍA, Gil *Los Visados en el Derecho Español y Comunitario*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, 1ª edición, Madrid 2011, pag.15

¹⁰⁶³ Véanse el artículo 2 del Reglamento (CE) N o 810/2009 (Código de visados) del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados.

¹⁰⁶⁴ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia., “Artículo 27. Expedición del visado” en dirección y coordinación: MORENO PÉREZ, José Luis., FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y TRIGUERO MARTÍNEZ. Luis Ángel., “Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)”. Editorial Comares, 2ª edición Granada 2012. pp. 437 a 450.

¹⁰⁶⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en: «BOE» núm. 285, de 27/11/1992.

¹⁰⁶⁶ La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Publicado en: «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Entrada en vigor: 02/10/2016.

electrónico de apoderamientos, registro electrónico, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, y por tanto, hasta ese momento, se mantendrán en vigor los artículos de la Ley 30/1992, los que traten sobre las materias citadas.

Como indica el artículo 25 de la LOEX 4/2000, además de contar con un visado, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados para ello, disponer del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. También, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. Así también lo señala claramente Código comunitario sobre visados que en su artículo 30 establece que “La mera posesión de un visado uniforme o de un visado de validez territorial limitada no conferirá un derecho de entrada automático¹⁰⁶⁷”.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 25.1 de la LOEX, es posible la denegación de la entrada del extranjero a territorio nacional, aunque disponga de visado, cuando no cumple otros requisitos exigidos para efectuar su entrada. Por otra parte, el apartado 4 del artículo 25 de la LOEX, y el artículo 31 del RELOEX 557/2011, contemplan que “Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos, cuando existan razones excepcionales de situaciones de carácter humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. Situación que también ha sido regulada mediante Resolución de 26 de enero de 2012, que recoge del acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y el Ministerio sobre encomienda de gestión para la expedición de visados en fronteras y la prórroga de visados en España¹⁰⁶⁸”. Dicha resolución señala que los cambios en el marco jurídico aplicable en materia de visados de corta duración, y en especial con la adopción

¹⁰⁶⁷ Reglamento 810/2009/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13/julio/2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados. (Código de visados). Publicado en «DOUE», L 243, 15/10/2009.

¹⁰⁶⁸ Resolución de 26 de enero de 2012, Resolución de 26 de enero de 2012, de la Subsecretaría, por la que se publica el acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y el Ministerio del Interior sobre encomienda de gestión para la expedición de visados en fronteras y la prórroga de visados en España. Publicado en *BOE*, núm. 29, viernes 3 de febrero de 2012, Sec. III. Pág. 9832.

del Reglamento (CE) nº 810/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Código comunitario sobre visados (Código de Visados), aplicable desde el 5 de abril de 2010, justifican una revisión y un ajuste de la encomienda de gestión. La Resolución de 26 de enero de 2012, hace referencia a las disposiciones que rigen la expedición de visados en frontera y la prórroga de visados recogidas en los artículos 33, 35 y 36 del Reglamento CE 810/2009 del Código de Visados, y en las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea aplicable, para justificar y permitir la expedición de visados en frontera de carácter excepcional, orientada a resolver situaciones urgentes de tipo humanitario, de interés nacional o derivadas de obligaciones internacionales, así como la prórroga del mismo, también de carácter excepcional, cuando el titular del visado demuestre que existen razones humanitarias o de fuerza mayor que le impiden abandonar el Espacio Schengen o demuestra que existe situaciones personales graves que justifican dicha prórroga¹⁰⁶⁹.

Según el artículo 27.2 de la LOEX de 4/2000, la concesión de visado permitirá al extranjero presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. Una vez que el extranjero ha efectuado la entrada en territorio español, el visado le permite permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero¹⁰⁷⁰.

a) Solicitud de visado

En virtud del artículo 56.5 del RELOEX, una vez que el órgano competente concede la autorización de residencia por reagrupación, se suspenderá la eficacia de la autorización y no produce efectos hasta que no se obtenga el visado, con la excepción de los familiares de residentes de larga duración-UE, titulares de una Tarjeta azul-UE o beneficiarios del

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, punto 1 (Objeto de la encomienda), de la Resolución de 26 de enero de 2012, Resolución de 26 de enero de 2012.

¹⁰⁷⁰ En virtud del artículo 4.2 de la LOEX 4/2000 y el artículo 210.1 del RELOEX 557/2011, “Todos los extranjeros que han obtenido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses tienen el derecho y el deber de obtener la Tarjeta de Identidad de Extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que la autorización sea concedida o cobre vigencia, respectivamente. Excepto los titulares de una autorización de residencia y trabajo de temporada, que no se les exige dicha obligación.

régimen especial de investigadores en otro Estado miembro de la Unión Europea¹⁰⁷¹, tal como he señalado en el apartado anterior. Respecto a tramitación del visado, la regla general es que el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida en el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización. Ahora bien, existen excepciones a dicha regla, y es cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad. En estos casos podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado. En relación a la presentación de solicitud y recogida de visado de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado¹⁰⁷². La resolución de los visados corresponde a las misiones diplomáticas y oficinas consulares, se atenderá al interés del estado y a la aplicación de los compromisos internacionales ratificados por España en esta materia. El visado se utilizará como instrumento orientado al cumplimiento de los fines de la política exterior de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, en especial la política de inmigración, la política económica y la de seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España¹⁰⁷³. En virtud del artículo 8 del Reglamento (CE) 810/2009 (código de visados), un Estado miembro podrá aceptar representar a otro Estado miembro que sea competente a efectos de examinar las solicitudes y expedir los visados en nombre de ese Estado miembro. Los estados miembros que no tengan consulado propio en un tercer país procurarán celebrar acuerdos de representación con Estados miembros que sí los tengan, con el fin de asegurar que una deficiente infraestructura de transporte o las largas distancias en una región o zona geográfica específicas no obligue a los solicitantes a realizar un esfuerzo

¹⁰⁷¹ Véanse el apartado 5 b) del artículo RELOEX 557/2011.

¹⁰⁷² Véanse los apartados 1 y 2 del artículo 57 del RELOEX 557/2011; Los apartados 1 y 2 de Disposición adicional tercera de la LOEX 4/2000.

¹⁰⁷³ Las normas comunes para la resolución de visados, indicados en la Disposición adicional novena del RELOEX 557/2011.

desproporcionado para acceder a un consulado, los Estados miembros que no tengan consulado propio en dicha región o zona¹⁰⁷⁴.

Junto con los documentos que el interesado considere oportuno, la solicitud del visado debe ir acompañada de:

a) Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.

b) En caso de que el solicitante sea mayor de edad, certificado de antecedentes penales o documento equivalente, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español.

c) Documentación original que acredite los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, la edad y la dependencia legal.

d) Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005. Asimismo como indica el apartado 3 de la disposición adicional décima del RELOEX 557/201, la misión diplomática u oficina consular ante la que se presente la solicitud de visado, si mediara una causa que lo justifique, además de la documentación que sea preceptiva, podrá requerir los informes que resulten necesarios para resolver dicha solicitud, y el apartado 4 de la disposición adicional décima del RELOEX, hace referencia que durante el trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal para comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado. La incomparecencia, salvo causa fundada debidamente acreditada ante el órgano competente en el plazo fijado que no podrá exceder de quince días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento. En relación a los plazos de resolución del visado, la misión diplomática u oficina consular, en virtud del cumplimiento de los requisitos exigidos, notificará la concesión del visado en el plazo

¹⁰⁷⁴ Los apartados 1, 5 y 6 del artículo 8 del Reglamento (CE) 810/2009 de 13 de julio de 2009 (Código de visados).

máximo de dos meses, contado a partir del día siguiente al de la fecha en que la solicitud haya sido presentada en forma en la oficina consular competente para su tramitación y el solicitante, deberá recogerlo personalmente en el plazo de dos meses desde la notificación del mismo, en caso de no hacerlo en plazo mencionado la recogida del visado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento¹⁰⁷⁵.

b) Autorización y entrada

En virtud del artículo 58 del RELOEX, el solicitante, después de recoger el visado, deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia de aquél, que en ningún caso será superior a tres meses, de conformidad con lo establecido en el título I del RELOEX. Aquí se hace referencia a las condiciones y requisitos de entrada y salida al territorio español. El artículo 1 de dicho reglamento indica que el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto. El extranjero debe disponer del pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin, estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigible, en este caso el visado de residencia por reagrupación familiar, y no estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada, señalados en el artículo 11 del RELOEX. En caso de que el extranjero este sujeto a prohibiciones de entrada, se les impedirá el acceso al territorio español, aunque reúnan los requisitos exigidos en el reglamento. Asimismo, deberá presentar los documentos determinados en el reglamento que justifiquen el objeto y condiciones de entrada y estancia. Los funcionarios responsables del control de entrada en función, entre otras circunstancias, del motivo y duración del viaje podrán exigirles la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la credibilidad de la razón de entrada invocada. En este caso, los extranjeros, podrán presentar cualquier documento o medio de prueba que, a su juicio, justifique los motivos de su entrada en territorio español. También han de acreditar la posesión de los medios económicos suficientes para el tiempo

¹⁰⁷⁵ Para más información, acúdanse al apartado 4 del artículo 57 y a la Disposición adicional décima, los apartados 1 a 5 sobre el Procedimiento en materia de visados del RELOEX 557/2011 de 20 de abril.

que pretenda permanecer en España o, en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios¹⁰⁷⁶.

El reagrupado en el plazo de un mes desde su entrada en España o, en su caso, desde la notificación de la concesión de la autorización, deberá solicitar personalmente, la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía de la provincia donde se haya tramitado la autorización. En el caso de menores, el representante, acompañado del menor solicitará dicha tarjeta. En caso de que no se solicita dicha tarjeta, según señala el artículo 53.1.h de la LOEX, el extranjero incurrirá en una infracción grave, aunque no sancionable en ningún caso con expulsión porque no se entiende como una situación de permanencia irregular.

La vigencia de la autorización de residencia de los familiares reagrupados depende de la duración de residencia del reagrupante. Según indica el artículo 58 del RELOEX, en caso de que el reagrupante sea titular de una autorización de residencia temporal, la vigencia de la autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España. Y si el reagrupante tiene la condición de residente de larga duración o de residencia de larga duración-UE en España, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España. La posterior autorización de residencia del reagrupado será de larga duración. La autorización de residencia por reagrupación familiar, habilitará a su titular a trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia (en caso de los hijos, siempre que tengan la mayoría de edad laboral), sin necesidad de realizar ningún otro trámite administrativo, en cualquier ocupación o sector de actividad y en cualquier parte del territorio español¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ Véanse El artículo 4 y 6 a 12 del RELOEX 557/2011, los requisitos y forma para la entrada de un extranjero en territorio español; y también en esta misma materia el artículo 25 de la LOEX 4/2000.

¹⁰⁷⁷ Apartado 4 del artículo 58 del RELOEX 557/2011.

c) Denegación de visado

El artículo 27 de la LOEX 4/2000, indica que el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados queda subordinada a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior de España, de la Unión Europea, así como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

La misión diplomática u oficina consular denegará el visado:

a) Cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos para su obtención, tras la valoración de la documentación acreditativa de éstos presentados por el interesado (previstos en el apartado 2 del artículo 57 del RELOEX 557/2011).

b) Cuando, se hayan presentado documentos falsos o formuladas alegaciones inexactas, o medie mala fe.

c) Cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud¹⁰⁷⁸. Son también causas de inadmisión la presentación de la solicitud fuera del plazo de los tres meses anteriores al comienzo del viaje, presentación de la solicitud en documento distinto al modelo oficialmente establecido a los efectos o cuando no se aporte fotografía del solicitante, acorde a lo dispuesto en la normativa reguladora del Sistema de Información de Visados (VIS) de la Unión Europea¹⁰⁷⁹. También en este sentido, el Reglamento (CE) nº 810/2009 (Código de visados), indica cuales son las causas de la denegación de un visado¹⁰⁸⁰.

Por lo que se refiere a la competencia de las autoridades para controlar y decidir sobre la realidad y eventuales fraudes de las relaciones familiares a los efectos del visado por reagrupación familiar, debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sobre la competencia limitada de las autoridades diplomáticas o consulares¹⁰⁸¹. A estas autoridades se les reconoce la posibilidad de ejercer una actividad instructora, de modo que solo

¹⁰⁷⁸ Apartado 3 del artículo 57 del RELOEX 557/2011.

¹⁰⁷⁹ Véanse el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la LOEX 4/2000.

¹⁰⁸⁰ Artículo 32 (denegación de visado), del Reglamento (CE) N o 810/2009 de 13 de julio de 2009 (Código de visados), *op cit.*

¹⁰⁸¹ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL y otros., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*, *op. cit.*, p.306.

pueden denegar el visado cuando: a) se aprecien discrepancias en el cotejo de la documentación original y la copia, o b) habiendo sido concedida la autorización de residencia, concorra un hecho novedoso que justifique la denegación del visado y que no hubiera podido ser apreciado por la Subdelegación del Gobierno¹⁰⁸².

El artículo 27 de la LOEX, contempla que la denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar, o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito, deberá ser motivada. Son los supuestos visados, que dicha LOEX especifica como los visados excepcionales que exigen motivación en caso de denegación. El RELOEX también regula dicha excepción afirmando tajantemente que la denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar o de residencia y trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito, deberá ser motivada, e informado al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados, que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria¹⁰⁸³. Una excepción a la regla general recogida en el apartado 2 del artículo 20 de la LOEX 4/2000, que exime la obligación de la motivación de las resoluciones de visados en caso de la denegación de los visados. Según el artículo 20 de la LOEX, los procedimientos administrativos en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo en la expedición de los visados. Esto es, eximiendo así a los visados de dicha obligación. En relación a la exención de motivación en la denegación de visados, derivada de la aplicación de los artículos 20.2 y 27.5 de la LOEX, el Tribunal Constitucional¹⁰⁸⁴, en la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007 se señala que “frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber, alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso

¹⁰⁸² Véanse el FJ 3 de la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso, Madrid 20 de julio de 2016., Nº de Recurso: 3839/2015., Nº de Resolución: 1893/2016., Roj: STS 3735/2016.

¹⁰⁸³ El apartado 7 de la a la Disposición adicional décima del RELOEX 557/2011.

¹⁰⁸⁴ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Publicado en: «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007. FJ 12, *op.cit.*

de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). Debe tenerse en cuenta que la obtención del visado no es un derecho reglado del extranjero, dado que el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE (STS recurso núm. 5432/2007, FJ 3¹⁰⁸⁵). Por tanto, los Estados, en ejercicio de su soberanía, mediante la ponderación de las circunstancias de concesión del visado, gozaran de libertad para determinar quiénes entran en su territorio. El Tribunal señala que “la exoneración del deber de motivación de los actos administrativos denegatorios del visado establecida en aquellos preceptos no debe reputarse contraria al art. 24.1 CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental”¹⁰⁸⁶. Ahora bien, teniendo en cuenta la regla general de no motivación de los visados establecido en el artículo 20.2 de la LOEX, y también la jurisprudencia del TC respecto al mismo, supuestos excepcionales contemplados en el artículo 27 de la LOEX y la disposición adicional décima del RELOEX, se impone la obligación de la motivación de la denegación del visado para reagrupación familiar, y los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, facilita al interesado interponer los recursos legalmente previstos para ello.

6. Recursos

En virtud con lo dispuesto en los artículos, 9.1 de la CE “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”; el artículo 103.1CE establece que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”; asimismo en el artículo 106.1 CE, se establece que “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de

¹⁰⁸⁵ Sentencia de Tribunal Supremo (STS), Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 14 de Junio de 2011. Número de Recurso: 5432/2007.

¹⁰⁸⁶ *Vid.* Fundamento Jurídico 3 de la STS, recurso núm. 5432/2007.

ésta a los fines que la justifican”, y de lo dispuesto en los artículos 20¹⁰⁸⁷ y 21¹⁰⁸⁸ de la LOEX, podemos deducir que las resoluciones y actuaciones de las Administraciones Públicas siempre están sometidas a la ley y pueden ser objeto de impugnación mediante recursos de carácter administrativo, o de carácter jurisdiccional ante los Juzgados y tribunales de lo Contencioso Administrativo. Así también se pone de manifiesto en exposición de motivos de la ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), donde se señala que “los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas se encuentran protegidos a través de una serie de instrumentos tanto de carácter reactivo, entre los que destaca el sistema de recursos administrativos o el control realizado por jueces y tribunales, como preventivo, a través del procedimiento administrativo, que es la expresión clara de que la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” y a continuación se indica que, la materialización de los principios señalados en el artículo 103.1 de la CE en el procedimiento, constituyen una serie de cauces formales, que garantizan el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y las empresas, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la administración con la que se relacionen sus titulares¹⁰⁸⁹. El 2 de octubre de 2015 se publicó la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que derogó expresamente la Ley 30/1992¹⁰⁹⁰, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha ley, en su exposición de motivos hace referencia en su título V (de la revisión de los actos en vía administrativa), señalando dicho título, que mantiene las mismas vías previstas en la ley 30/1992 (título VII) de 26 de noviembre, permaneciendo por tanto la revisión de oficio y

¹⁰⁸⁷ Artículo 20 de la LOEX 4/2000 de 11 de enero “Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones”.

¹⁰⁸⁸ Artículo 21 (Derecho al recurso contra los actos administrativos) de la LOEX 4/2000 “Los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes”.

¹⁰⁸⁹ Exposición de motivos I y II, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Publicado en: «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

¹⁰⁹⁰ Véanse la Disposición derogatoria única (Derogación normativa), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de la LPACAP.

la tipología de recursos administrativos existentes hasta la fecha (alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión). Pero indica como novedad la posibilidad de que cuando una administración deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial. De acuerdo con el régimen transitorio de los procedimientos de la ley 39/2015 (LPACAP)¹⁰⁹¹, los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma y los actos y resoluciones pendientes de ejecución a la entrada en vigor de esta Ley se regirán para su ejecución por la normativa vigente cuando se dictaron. Asimismo a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de dicha ley (entrada en vigor 2 de octubre de 2016), no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

a) Procedimientos administrativos

En principio, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 de la LPACAP 39/2015, las administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declararán de oficio la nulidad de pleno Derecho¹⁰⁹² de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo correspondiente, mediante el procedimiento establecido para ello. El órgano competente para la revisión de oficio podrá decidir alegando como motivos, la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, cuando no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento. Asimismo el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto de revisión de oficio cuando ésta pudiera causar perjuicios

¹⁰⁹¹ Disposición transitoria tercera. Régimen transitorio de los procedimientos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de la LPACAP.

¹⁰⁹² El artículo 47 de la ley LPACAP 39/2015, regula los casos de nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones Públicas.

de imposible o difícil reparación¹⁰⁹³. Respecto a plazo de resolución del procedimiento de revisión de oficio, cuando el procedimiento hubiera iniciado por órgano competente de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo, y en caso de que el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo¹⁰⁹⁴.

El artículo 106 establece que la declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos podrá ser realizada “en cualquier momento”. Aunque no hay límite legal de plazo, pero el artículo 110 de la ley LPACAP 39/2015 señala que dicha revisión, no podrá ser ejercida cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. En este sentido Tribunal Superior de Justicia, (STSJ Madrid de 18 de mayo de 2006), señala que “aunque no hay límite legal de plazo, el principio de seguridad jurídica debe impedir que sea posible anular por la vía de la revisión de oficio actos administrativos que se han dictado doce años antes aunque los mismos vulneren derechos fundamentales”. No puede admitirse que pueda solicitarse la revisión de oficio basada en que la misma es nula de pleno Derecho, pues ello podría afectar a los derechos de las partes beneficiadas por la resolución impugnada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye un carácter restrictivo a esta acción de nulidad, al disponer que "...lo que requiere una cuidadosa ponderación sobre todo habida cuenta de que la no sujeción a plazo para efectuarlo, como en cambio se prevé para el sistema general de revisión, entraña un riesgo evidente para la estabilidad o seguridad jurídica"¹⁰⁹⁵.

i) Recursos administrativos

Antes de ocuparnos del tipo de recursos administrativos que se debe interponer contra la denegación del permiso de residencia por reagrupación familiar, o en el caso de la denegación del visado por reagrupación familiar, analizaremos en un breve resumen,

¹⁰⁹³ Artículo 108 Suspensión de la ejecución del acto de revisión de oficio, de la ley LPACAP 39/2015.

¹⁰⁹⁴ Artículo 106.5 de la ley LPACAP 39/2015.

¹⁰⁹⁵ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ) Nº 830/2006, sala de lo Contencioso, sección novena, 18 de mayo de 2006. Número de Recurso: 356/2005. FJ 6.

quienes tienen la capacidad de obrar ante la administración, quienes son los interesados en el procedimiento administrativo, el carácter general de estos recursos, así como clases de recursos existentes.

Según el artículo 3 de la ley LPACAP 39/2015, tendrán capacidad de obrar ante las administraciones públicas:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles,

b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, excepto los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate,

c) Cuando la ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos. Ahora bien sobre la legitimación de interesado (el recurrente) como principio estructural del procedimiento administrativo, la ley LPACAP indica que se consideran interesados a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, y aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. También serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca, las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales. En caso de que la condición del interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el Derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento¹⁰⁹⁶.

El capítulo II del título V de la ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), regula la materia

¹⁰⁹⁶ Artículo 4 relativo a concepto de interesado de la ley LPACAP 39/2015.

relativa a los recursos administrativos, que son los medios de protección proporcionados por las leyes a los administrados frente administraciones públicas, por actitudes ilegales tanto como errores administrativos. García de Enterría¹⁰⁹⁷, define a los recursos administrativos como "actos del administrado mediante los que este pide a la propia administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley en base a un título jurídico específico".

El artículo 112 de la LPACAP 39/2015, en lo relativo al objeto y clases de recursos administrativos indica "Contra las resoluciones y los actos de trámite, estos es no ante cualquier acto de trámite, solamente si estos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y recursos potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la LPACAP 39/2015. Asimismo también ha de considerarse el recurso extraordinario de revisión, que únicamente puede interponerse contra los actos firmes en vía administrativa por motivos previstas en el artículo 125.1 de la LPACAP 39/2015. El apartado 3 del artículo 112 LPACAP señala que "Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.

Ante una determinada situación, para saber qué tipo de recurso administrativo hay que interponer, debemos tener en cuenta el artículo 114 de la LPACAP 39/2015, donde se regulan las situaciones que ponen fin a la vía administrativa. La interposición del recurso y la forma de hacerlo, se regula en el artículo 115 de la LPACAP, donde se señala que la interposición del recurso deberá expresa, el nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo, el acto que se recurre y la razón de su impugnación, lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones (dirección donde el interesado quiere que llega la notificación), órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación, y finalmente las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas. Es importante saber que el error o la ausencia de la

¹⁰⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*. Séptima edición. Madrid: Civitas Ediciones S.L. 1997.pág. 510.

calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter¹⁰⁹⁸. En caso de que haya nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes y en caso de no aportarlos, no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones y no lo haya hecho en el plazo correspondiente. El recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada¹⁰⁹⁹.

Serán causas de inadmisión de recurso que el órgano administrativo sea incompetente, cuando el competente perteneciera a otra Administración Pública. De acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el recurso deberá remitirse al órgano competente. Cuando el recurrente carezca de legitimación, que se trate de un acto no susceptible de recurso o que haya transcurrido el plazo para la interposición del recurso. Finalmente, también que el recurso claramente carezca de fundamento¹¹⁰⁰.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte, desestimaré o declarará la inadmisión de las pretensiones formuladas en el mismo recurso por los interesados. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial¹¹⁰¹.

ii) Recurso de Alzada

La forma y el plazo para interponer el Recurso de Alzada están regulados en los artículos 121 y 122 de la LPACAP 39/2015. Como señala el artículo 121, contra las resoluciones y

¹⁰⁹⁸ Apartado 2 del artículo 115 de la LPACAP 39/2015.

¹⁰⁹⁹ Véanse el apartado 3 del artículo 118 (Audiencia de los interesados) de la LPACAP 39/2015.

¹¹⁰⁰ Regulados en el artículo 116 (Causas de inadmisión) de la LPACAP 39/2015.

¹¹⁰¹ Artículo 119 (resolución) de la LPACAP 39/2015.

los actos de trámite a que se refiere el artículo 112.1 de la LPACAP, cuando no pongan fin a la vía administrativa¹¹⁰², podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos. El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo. En caso de que el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste será responsable directo y deberá remitirlo al órgano competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El plazo de la interposición del recurso de alzada, en caso que el acto fuera expreso será de un mes, y transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos. Ahora bien, en caso de que el acto no fuera expreso el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la LPACAP 39/2015, reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo¹¹⁰³. Teniendo en cuenta todo lo anterior, las resoluciones sobre solicitudes de prórroga de autorización de residencia; renovación y modificación de autorización de trabajo; devolución, denegación de entrada y retorno de los extranjeros, no agotan y no ponen fin a la vía administrativa, y les corresponde el recurso de alzado que debe interponerse ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto recurrido, respetando el plazo, pautas, y procedimiento anteriormente señalado. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el

¹¹⁰² Situaciones que regula el artículo 114 (Fin de la vía administrativa) de la LPACAP 39/2015.

¹¹⁰³ El apartado 2 del artículo 112 de la LPACAP 39/2015.

supuesto previsto en el artículo 24.1, tercer párrafo¹¹⁰⁴ de la LPACAP 39/2015. A modo de ejemplo y teniendo en cuenta que el recurso siempre se interpondrá frente a una resolución desfavorable, aplicado dicho recurso a la renovación de autorización por reagrupación familiar, se entenderá estimado el mismo, si el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa. Contra la resolución de un recurso de alzada no habrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión, en los casos establecidos en el artículo 125.1 de la LPACAP 39/2015.

iii) Recurso potestativo de reposición

Los Recursos Potestativos de Reposición, son recursos que podrán ser planteados potestativamente frente los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa ante el mismo órgano que los hubiera dictado. Al ser potestativo no es imprescindible su planteamiento para que pueda presentarse recurso ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo. En caso de interponer recurso potestativo de reposición, no cabe interponer recurso contencioso administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto¹¹⁰⁵. Las leyes podrán sustituir el recurso de reposición, en su caso respetando su carácter potestativo para el interesado, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que esta ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo¹¹⁰⁶. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso

¹¹⁰⁴ “El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado”.

¹¹⁰⁵ Artículo 123 Objeto y naturaleza de recurso potestativo de reposición de la LPACAP 39/2015.

¹¹⁰⁶ Párrafo segundo del apartado 2 del artículo 112 de la LPACAP 39/2015.

extraordinario de revisión. En caso de que el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes y contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso. En virtud de la disposición adicional decimocuarta del RELOEX 557/2011, los actos administrativos como concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, así como sanciones y expulsiones de extranjeros, resoluciones y actos relativas a la reagrupación familiar, denegación de la autorización de reagrupación de los miembros de la familia del reagrupante, así también en materia del procedimiento reglamentario como al margen del mismo, denegación de visado de los miembros de la familia del reagrupante, cuya reagrupación ha sido autorizada; prórroga de estancia para el cónyuge cuya reagrupación se inicia encontrándose legalmente en España y expulsión de familiar en situación irregular, ponen fin a la vía administrativa. Contra estas resoluciones, el interesado (el recurrente), puede interponer Recurso de Reposición de carácter potestativo, ante el órgano que los dictó, siguiendo el procedimiento regulado para ello señalado en los párrafos anteriores. Asimismo el recurrente, también podrá interponerse directamente recurso contencioso administrativo. Antes de pasar a recurso jurisdiccional (contencioso administrativo), respecto a la última posibilidad en vía administrativa, es interponer igualmente el recurso extraordinario de revisión.

iii) Recurso extraordinario de revisión

Y por último, los Recursos Extraordinario de Revisión, que podrán interponerse contra los actos firmes y ante el órgano administrativo que los dictó, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada, cuando concurren circunstancias tales como, que al dictarlos se hubiera cometido un error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente; que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida; que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o

posterior a aquella resolución; que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme¹¹⁰⁷. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme. Lo establecido en el artículo 125 de la LPACAP, no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia de revisión de disposiciones y actos nulos (a que se refiere el artículo 106 de LPACAP) y lo señalado en el artículo 109.2¹¹⁰⁸ de la LPACAP 39/2015, ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan. El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 125 de la LPACAP 39/2015, o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales. El órgano competente, asimismo debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido. Transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá desestimado, quedando el camino libre para la vía jurisdiccional contencioso-administrativa¹¹⁰⁹.

iiii) Recurso de amparo Constitucional y ordinario

Ahora bien, existe una excepción a dichos recursos, y es la impugnación de actos administrativos por la vía judicial especial de protección de los derechos fundamentales de la persona que se denomina como el recurso de amparo, en virtud de lo previsto en los artículos 53.2 y 161.1.b de la Constitución española (CE). Según la CE, “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo del título primero de la CE, ante los Tribunales

¹¹⁰⁷ Artículo 125 de la LPACAP 39/2015.

¹¹⁰⁸ Artículo 109.2 de la LPACAP 39/2015 “Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

¹¹⁰⁹ Artículo 126 de la LPACAP 39/2015.

ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, En virtud del principio de subsidiariedad recogido en los artículos 53.2 CE y 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)¹¹¹⁰, la pretensión de amparo puede deducirse ante los Tribunales ordinarios y en su caso ante el Tribunal Constitucional. El procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios se regula en la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (LPJDF)¹¹¹¹, y contiene garantías de orden penal, contencioso-administrativo y civil. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se regula en los artículos 41 a 58 de la LOTC. Excepto en los casos establecidos en el artículo 42 de la LOTC¹¹¹², que puede deducirse la pretensión directamente ante el Tribunal Constitucional, los de más casos, por regla general, se acudirá primero a los Tribunales ordinarios, y de acuerdo con lo señalado en los artículos 43 y 44 de la LOTC, tan sólo en el supuesto en que no haya recibido de ellos satisfacción sobre su pretensión podrá deducirla ante el Tribunal Constitucional. El recurso de amparo ordinario, se interpone en el plazo de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente de la notificación del acto o la publicación de la disposición impugnada¹¹¹³, ante los juzgados contencioso administrativo. El objeto de este proceso es la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución¹¹¹⁴ originadas por los actos de las administraciones públicas, sujetos al Derecho administrativo, que afecten al

¹¹¹⁰ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicado en: «BOE» núm. 239, de 05 de octubre de 1979 y entrada en vigor el 25 de octubre de 1979.

¹¹¹¹ Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Publicado en: «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 1979.

¹¹¹² Artículo 42 de la LOTC señala que “Las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”.

¹¹¹³ Véanse el artículo 115 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), “Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente”.

¹¹¹⁴ El apartado 2 del artículo 1 de la LPJDF señala que “Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la LPJDF, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público”.

ejercicio de los derechos fundamentales de la persona¹¹¹⁵. El recurso de amparo Constitucional, como se ha señalado antes, se interpone ante el Tribunal Constitucional, una vez haber agotado antes la vía judicial previa, invocando la vulneración del derecho fundamental que pretende hacerse valer ante el Tribunal. Los plazos para la interposición del recurso de amparo contra decisiones gubernativas o administrativas y del recurso de amparo contra decisiones judiciales es de veinte y treinta días, respectivamente, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial previa¹¹¹⁶. El plazo para la interposición del recurso de amparo contra decisiones parlamentarias es de tres meses desde que con arreglo a las normas internas de las Cámaras sean firmes¹¹¹⁷. El recurso de amparo constitucional protege, frente a las violaciones de los derechos y libertades, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. La única pretensión que puede hacerse valer a través del recurso de amparo es la del restablecimiento o preservación de los derechos o libertades por razón de los cuales se promueve el recurso¹¹¹⁸.

b) Procedimientos judiciales (contencioso administrativo)

Para poder empezar con el procedimiento judicial, el recurrente deberá cumplir un requisito previo, que consiste en el agotamiento de los recursos administrativos, antes de la interposición del recurso contencioso administrativa. El artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa (LRJCA), establece que “el recurso contencioso administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o

¹¹¹⁵ Vid. el artículo sexto de la LPJDF (Garantía contencioso-administrativa).

¹¹¹⁶ Vid. el apartado 2 del artículo 43 y el apartado 2 del artículo 44 de la LOTC.

¹¹¹⁷ Vid. el artículo 42 de la LOTC.

¹¹¹⁸ Artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicado en: «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. Entrada en vigor: 25/10/1979.

intereses legítimos. Así como el recurso contra la inactividad de la administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (cuando el órgano administrativo haya actuado fuera de sus competencias o que no haya respetado el procedimiento administrativo correspondiente).¹¹¹⁹. De conformidad con lo establecido en el artículo 8.4 de la LRJCA de 29/1998 de 13 de Julio, sobre la competencia y jurisdicción de los juzgados de lo contencioso administrativo, dichos juzgados “conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas”. El artículo 78.1 de la LRJCA de 29/1998 de 13 de Julio, establece que los juzgados de lo contencioso administrativo conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político. Ahora bien, puesto que la reagrupación familiar y todo relativo a ello pertenece al ámbito de extranjería, en virtud del artículo 78 de la LRJCA le corresponde el procedimiento abreviado.

El recurso se interpone dentro de plazo establecido en el artículo 46 de LRJCA, que será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto¹¹²⁰. Respecto a la legitimación de las partes, la LRJCA señala que están legitimadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, las corporaciones, asociaciones, que estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, el Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la ley¹¹²¹. En materia de la asistencia jurídica gratuita, el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero¹¹²², de asistencia jurídica

¹¹¹⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Publicado en: «BOE» núm. 167, de 14/07/1998. Entrada en vigor: 14/12/1998.

¹¹²⁰ Véanse el artículo 46 de la LRJCA de 29/1998 de 13 de Julio, que establece el plazo para interponer el recurso contencioso.

¹¹²¹ Véanse el artículo 19 de la LRJCA de 29/1998, relativo a la legitimación de las partes.

¹¹²² Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Publicado en: «BOE» núm. 11, de 12/01/1996. Entrada en vigor: 12/07/1996. Artículo 2.a) “Los ciudadanos españoles, los nacionales de los

gratuita (LAJG), reconoce este derecho a los extranjeros cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Así también, el artículo 22 de la LOEX 4/2000 establece que los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita ¹¹²³. Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los requisitos para que el reagrupante pueda reagrupar a sus familiares es disponer y acreditar medios económicos, que en su caso, pueda que dichos medios y recursos económicos acreditados por el extranjero sobrepasa el umbral exigido para poder solicitar asistencia jurídica gratuita. Por otra parte si el reagrupante solicita la asistencia jurídica gratuita en la sustanciación del recurso contencioso administrativo por carecer de medios económicos, el tribunal podría negarle la reagrupación por insuficiencia de recursos o ausencia de prueba de los mismos¹¹²⁴. En virtud del artículo 22 de la LOEX, el derecho a la asistencia jurídica, este derecho pertenece a los extranjeros que “que se hallen en España”, y no será posible que se acojan los familiares reagrupables que se encuentren en el Estado de origen, específicamente en lo relativo a supuestos de denegación del visado por reagrupación familiar. A este respecto, la LOEX establece que “cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente”¹¹²⁵.

c) Suspensión de las resoluciones recurridas

La interposición de un recurso, no suspenderá la ejecución del acto impugnado y la administración puede llevar a la práctica sus decisiones y ejecutar sus actos, desde el momento en que se dictan, excepto en los casos en que la ley establezca lo contrario. Ahora bien, esto no quiere decir que no podemos solicitar la posibilidad de suspensión

demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

¹¹²³ Artículo 22 de la LOEX 4/2000 “Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles”.

¹¹²⁴ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) Sentencia núm. 63/2003 de 30 enero. JUR 2003\169489. Recurso contencioso-administrativo núm. 654/2001. FJ 4 “debiendo de añadirse a mayor abundamiento que el recurrente solicitó el derecho de asistencia jurídica gratuita para la substanciación de este recurso por carecer de medios económicos, con lo que difícilmente se puede sostener que tenga medios económicos para reagrupar a tres personas”.

¹¹²⁵ Apartado 3 del artículo 22 de la LOEX 4/2000 de 11 de enero.

temporal o dicho de otra forma, la interrupción de la ejecución de la resolución hasta que se resuelva el recurso, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional contencioso-administrativa. La excepción a la ejecución inmediata viene determinada por los supuestos de suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, tanto en la ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP), como la ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA).

El artículo 117 de la LPACAP 39/2015 de 1 de octubre establece que, cuando la ejecución del acto pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o que se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 la LPACAP, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado¹¹²⁶. En cualquier caso, si la administración no resuelve la petición de suspensión en un plazo de 30 días, se entiende suspendida la ejecución por silencio administrativo positivo, y no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4 segundo párrafo, de esta la LPACAP¹¹²⁷. Según establece el artículo 129 de la LRJCA de 29/1998 de 13 de julio, los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Es posible que también se acuerde la suspensión de la ejecución de los actos administrativos con previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. En este sentido, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso¹¹²⁸. En relación con esta problema, la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que “el cumplimiento inmediato de aquéllos que dificulten o impidan una plena y efectiva tutela judicial posterior, al hacer imposible el adecuado restablecimiento de los afectados en la integridad de sus derechos e intereses, contraviene el art. 24.1 C.E.” (STC 148/1993). Afirmando que “la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso” (STC 14/1992), evitando un daño

¹¹²⁶ Apartado 2 del artículo 117 de la LPACAP 39/2015 de 1 de octubre.

¹¹²⁷ El artículo 21.4 de la LPACAP “Las Administraciones Públicas deben publicar y mantener actualizadas en el portal web, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos de su competencia, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo”.

¹¹²⁸ Artículo 130 de la LRJCA 29/1998, de 13 de julio.

irremediable de los mismos. "Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la C.E. comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos" (STC 238/1992)¹¹²⁹. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la suspensión de la ejecutividad, afirma que el criterio elegido para decidir sobre la suspensión cautelar del acto o de la disposición impugnada es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, esto es, que, de ejecutarse el acto o la disposición, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad en el caso de estimarse el recurso¹¹³⁰.

7. Residencia de los familiares reagrupados, independiente de la del reagrupante

El artículo 19 de la LOEX 4/2000, sobre los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales, prevé que cuando el cónyuge, la pareja o los hijos alcancen a la mayoría de edad, podrán obtener una autorización de residencia independiente si disponen de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. También en caso de muerte del reagrupante los familiares reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente en las condiciones que se determinen. El artículo 59 del RELOEX 557/2011, regula específicamente dicha materia.

Para poder disponer una autorización de residencia y trabajo independiente de la del reagrupante, los reagrupados deben cumplir unos requisitos. Según el Reglamento de la LOEX, el cónyuge, la pareja y los hijos (cuando alcanzan la mayoría de edad) deben cumplir

¹¹²⁹ STC 78/1996, de 20 de mayo, publicado en *BOE* núm. 150, de 21 de junio de 1996. FJ.3.

¹¹³⁰ STS 885/2011 de 28/03/2012 Sala de lo Contencioso, Sección 6, Madrid. Solicitud de suspensión cautelar. FJ.2 "como declaramos también en el Auto de 20 de 2 julio de 2009 (recurso 69/2009), es necesario recordar que esta Sala, al examinar el alcance del artículo 130 de la nueva ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha señalado en reiteradas ocasiones, Autos de 2 de noviembre de 2.000, 29 de enero de 2.002, 31 de octubre de 2.002, 16 de mayo de 2.003, entre otros- que el criterio elegido en dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar del acto o de la disposición impugnada es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, exigencia de aseguramiento del proceso que viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado "periculum in mora"; esto es, que, de ejecutarse el acto o la disposición, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad en el caso de estimarse el recurso. Ello es así por cuanto que la medida cautelar tiene por objeto preservar el resultado del proceso de tal manera que una ejecución anticipada del acto o disposición impugnado no frustre la efectividad de la tutela judicial".

uno de los siguiente requisitos para poder obtener autorización de residencia y trabajo independiente: contar con medios económicos suficientes para la concesión de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, o contar con un contrato de trabajo¹¹³¹, de duración mínima de un año desde el momento de la solicitud, y de los que se derive una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional mensual, a tiempo completo, por catorce pagas, y en cualquier caso, que no tenga deudas con la Administración Tributaria o de Seguridad Social. En caso de que de la solicitud de una autorización de residencia y trabajo independiente por cuenta propio, será preciso cumplir los requisitos establecidos en el artículo 105 del RELOEX¹¹³², asimismo, que no tenga deudas con la Administración Tributaria o de Seguridad Social. En caso de los menores cuya representación ostente el reagrupante, pueden conseguir la residencia independiente cuando hayan alcanzado la mayoría de edad, con la condición que haya residido en España, que en este caso no será preciso acreditar la tendencia de medios económicos suficiente¹¹³³. El cónyuge o pareja reagrupado podrá obtener una autorización de residencia y trabajo independiente, cuando se rompa el vínculo conyugal, por separación de derecho, divorcio o por cancelación de la inscripción, o finalización de la vida en pareja que dio origen a la situación de residencia, siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge o pareja reagrupante durante al menos dos años. Es cuestionable la mención a la separación de derecho que, como tal, no implica una disolución del vínculo matrimonial. Espiniella Menéndez sostiene que en caso de una eventual declaración de nulidad del matrimonio, se merecería un tratamiento diferente, supuesto que, en buena lógica, no debiera determinar un derecho de residencia independiente del cónyuge reagrupado, sino su sometimiento a las reglas generales de permanencia en España si él mismo cumple las condiciones requeridas¹¹³⁴.

¹¹³¹ En caso de solicitar la autorización de residencia y trabajo independiente por cuenta ajena o cuenta propio la eficacia de la autorización de residencia y trabajo independiente estará condicionada a que se produzca, en caso de que no se hubiera producido con anterioridad, el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución por la que se concede aquélla. Cumplida la condición, la vigencia de la autorización se retrotraerá al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior. (art 59.1 párrafo final de RELOEX 557/2011).

¹¹³² Artículo 105 del RELOEX 557/2011, sobre requisitos para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y de trabajo por cuenta propia.

¹¹³³ Véanse el apartado 4 del artículo 59 del RELOEX 557/2011.

¹¹³⁴ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL y otros., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los.....*”, *op. cit.*, p.309.

Asimismo cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección o que exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. La tramitación de las solicitudes de dicho colectivo, tendrán carácter preferente y la duración de la autorización de residencia y trabajo independiente será de cinco años¹¹³⁵. También en los supuestos de fallecimiento del reagrupante, los familiares reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente en las condiciones que se determinen. En relación a los ascendientes reagrupados, podrán obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar, y los efectos de dicha autorización de residencia independiente, en materia del ejercicio de la reagrupación familiar, queden supeditados a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la LOEX 4/2000. Teniendo en cuenta que solo se puede reagrupar a los mayores de sesenta y cinco años que están a cargo del reagrupante, condiciones que hacen difícil acreditar la tenencia de medios económicos que les permitan satisfacer sus necesidades y lograr así una autorización de residencia independiente¹¹³⁶.

8. Reagrupación familiar por residentes reagrupados (reagrupación en cadena)

La posibilidad de ejercer el derecho de reagrupación familiar por residentes reagrupados está prevista en el artículo 17.2 de la LOEX 4/2000, que establece que los extranjeros reagrupados titulares de una autorización de residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, reagrupar a sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la ley. Aunque el artículo 17 de la LOEX, señala la posibilidad de ejercer el derecho de reagrupación por residentes reagrupados, encontramos su desarrollo en el artículo 60 del RELOEX 557/2011 bajo la rúbrica de “Reagrupación familiar por residentes reagrupados” donde se establece que puedan ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares, los reagrupados, quienes

¹¹³⁵ Artículo 59.2 del RELOEX 557/2011.

¹¹³⁶CEINOS SUAREZ. A. “Artículo 19. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales” en *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*..... op. cit. pp. 310-314. También véanse SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 19. Efectos de la reagrupación familiar” en *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*.....”op, cit., pp. 314-321.

hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de una previa reagrupación familiar, siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización del reagrupante y reúnan los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar”¹¹³⁷. En caso de los ascendientes, la posibilidad de ejercer el derecho de reagrupación familiar se restringe a que hayan obtenido la condición de residente de larga duración y acrediten solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar. Ahora bien, existe una excepción a la aplicación de dicha norma, y es el caso del ascendiente reagrupado que tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Aquí podrá ejercerse el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado 1 del artículo 60 del RELOEX 557/2011¹¹³⁸.

9. Renovación de la autorización de residencia en virtud de reagrupación familiar

En virtud del artículo 31 de la LOEX 4/2000, la situación de los familiares reagrupados en España, es de la residencia temporal por reagrupación familiar. La duración y vigencia de dicha autorización se extenderá hasta la misma fecha que la autorización que sea titular el reagrupante, una vez que los familiares entran en España. El artículo 61 de RELOEX 557/2011, determina las condiciones, requisitos y procedimiento de la renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar. La renovación de las autorizaciones de residencia por reagrupación deberá solicitarse en el plazo de sesenta días naturales antes de su expiración. La presentación de dicha solicitud prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido. Según el artículo 52.b de la LOEX, el retraso hasta tres meses, en la solicitud de renovación de la autorización de residencia del familiar reagrupado una vez hayan caducado determinará

¹¹³⁷ Artículo 60.1 del RELOEX 557/2011.

¹¹³⁸ Apartados 2 y 3 del artículo 60 del RELOEX 557/2011.

una infracción leve. Asimismo si el familiar del extranjero no solicita la renovación en el plazo previsto, y tiene la autorización caducada más de tres meses, incurrirá en la infracción grave de permanencia irregular, según lo establecido en el artículo 53.1.a) de la LOEX 4/2000.

La renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar de descendientes, menores tutelados o ascendientes podrá ser solicitada por el cónyuge o pareja del reagrupante, siempre que dicho cónyuge o pareja sea residente en España, forme parte de la misma unidad familiar, y el reagrupante original no reúna los requisitos exigibles para la renovación de la autorización por reagrupación familiar. Así como también será de aplicación, en el caso de descendientes o menores tutelados, respecto a su otro progenitor o tutor, siempre que éste tenga la condición de residente en España y sin perjuicio de que forme parte o no de la unidad familiar¹¹³⁹. La naturaleza y duración de la autorización renovada se vinculará a la del cónyuge o pareja, que asumirán la condición de reagrupante. La renovación de autorización de residencia por reagrupación familiar conlleva el cumplimiento de unos requisitos, tanto por parte del reagrupante como por parte del reagrupado (los familiares). En caso del reagrupante, la normativa exige que sea titular de una autorización de residencia en vigor y cuente con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria de no estar cubierta por la Seguridad Social, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM. A dichos efectos serán computables los ingresos provenientes del sistema de asistencia social¹¹⁴⁰ y resultará de la aplicación de lo previsto en el artículo 54.3¹¹⁴¹ del RELOEX. Otro requisito exigible es que el reagrupante disponga de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia, y que habrá de ser su vivienda habitual. En caso de no existir cambio de domicilio en relación con el acreditado

¹¹³⁹ Apartado 2 del artículo 61 del RELOEX.

¹¹⁴⁰ Aunque en la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, dichos ingresos computa como recursos económicos, pero en la valoración de los ingresos a efectos de la reagrupación para la concesión inicial de la autorización de residencia por reagrupación no computa como tal. véanse artículo 18.2 párrafo segundo de la LOEX 4/2000.

¹¹⁴¹ Artículo 54.3 del RELOEX 557/2011, “La exigencia de dicha cuantía podrá ser minorada cuando el familiar reagrupable sea menor de edad, cuando concurren circunstancias excepcionales acreditadas que aconsejen dicha minoración en base al principio del interés superior del menor, según lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y se reúnan los restantes requisitos legales y reglamentarios para la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar. Igualmente, la cuantía podrá ser minorada en relación con la reagrupación de otros familiares por razones humanitarias apreciadas en relación con supuestos individualizados y previo informe favorable de la Dirección General de Inmigración”.

para la obtención de la autorización inicial de residencia, aportar documentos que confirmen la vigencia del título de ocupación y en caso de existir cambio de domicilio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55¹¹⁴² de RELOEX 557/2011. Con todo lo anterior, los requisitos que el reagrupante debe cumplir en el procedimiento de la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar¹¹⁴³, son prácticamente los mismos que se le piden para concesión inicial de dicha autorización.

Por lo que se refiere a los requisitos que deben cumplir los reagrupados, la normativa exige que sea titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en vigor, incluso dentro del plazo de los noventa días naturales posteriores a la caducidad de ésta, que se mantenga el vínculo familiar o de parentesco o la existencia de la unión de hecho en que se fundamentó la concesión de la autorización a renovar y haber abonado la tasa por tramitación del procedimiento. En caso de los menores a su cargo, si están en edad de la escolarización obligatoria, tenerles escolarizados durante la permanencia de estos en España. En caso contrario, la oficina de extranjería pondrá esta circunstancia en conocimiento de las autoridades educativas competentes, y advertirá expresamente y por escrito al extranjero solicitante de que en caso de no producirse la escolarización y presentarse el correspondiente informe en el plazo de treinta días, la autorización no será renovada¹¹⁴⁴.

Para la renovación de la autorización, también se valorará, mediante previa solicitud de oficio, los informes de la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que hubieran sido indultados o se hallasen en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena así como el incumplimiento de las obligaciones del solicitante en materia tributaria y de Seguridad Social.

Igualmente se valorará el esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia que podrá ser alegado por el extranjero en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los

¹¹⁴² Requisito sobre vivienda adecuada a acreditar por un extranjero para la obtención de una autorización de residencia por reagrupación a favor de sus familiares.

¹¹⁴³ Artículo 61.3 a) del RELOEX 557/2011.

¹¹⁴⁴ Apartados 3 y 5 del artículo 61 de RELOEX 557/2011, requisitos para la renovación de autorización de residencia por reagrupación familiar.

requisitos previstos para la renovación de la autorización. Dicho informe tendrá que certificar y hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos de las acciones formativas que el extranjero participo. La participación en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia, igualdad entre hombres y mujeres, aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia, entre otros¹¹⁴⁵. Las solicitudes de renovación de los familiares reagrupados se presentarán y se tramitarán conjuntamente con la del reagrupante, salvo causa que lo justifique.¹¹⁴⁶ En caso que la resolución sea favorable, se notificara al interesado, en el supuesto que la Administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, se podrá entender que la solicitud ha sido estimada por silencio administrativo (silencio positivo o estimatorio). La autorización de residencia por reagrupación familiar renovada se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la renovación¹¹⁴⁷.

CAPITULO IV

INMIGRACION EN TURQUIA

DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO TURCO

I. DERECHO DE LOS EXTRANJEROS EN LA COSTITUCION TURCA

Antes de analizar el Derecho de extranjería en la constitución turca, es conveniente señalar brevemente el desarrollo histórico de los derechos reconocidos a los extranjeros en dos épocas diferentes, el periodo del Imperio Otomano y el periodo de la proclamación de la República de Turquía de 29 de octubre de 1923¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁵ Apartado 7 del artículo 61 del RELOEX 557/2011.

¹¹⁴⁶ Apartado 8 del artículo 61 del RELOEX 557/2011

¹¹⁴⁷ Los apartados 9 a 11 del artículo 61 del RELOEX 557/2011.

¹¹⁴⁸ Durante el siglo XIX, el Imperio Otomano ha ido debilitándose a consecuencia de los movimientos independentistas en los territorios bajo el dominio del imperio otomán, espacialmente en la zona europea, la independencia de Grecia en el año 1830, la guerra con los rusos en 1853, crisis económico y el aumento de

Respecto al Imperio Otomano, hay que analizar el concepto y los derechos de los extranjeros en dos etapas diferentes. La etapa previa de la reforma (en turco Tanzimat) de 1869, el año en que se aprobó y entro en vigor la Ley de Nacionalidad Otomana (Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi)¹¹⁴⁹ y la etapa posterior de la entrada en vigor y la aplicación de dicha ley. Teniendo en cuenta la estructura teocrática del gobierno otomano, a los extranjeros, antes de la reforma de 1869 y aprobación de la Ley de Nacionalidad Otomana, se aplicaba la ley islámica. En virtud del Derecho Islámico, el concepto de extranjero no se valora mediante la nacionalidad al que pertenece la persona, sino por su creencia religiosa. Desde el punto de vista del Islam, la creencia y la religión son dos elementos fundamentales que determinan el estatuto jurídico de las personas como extranjeros¹¹⁵⁰, de hecho, el Islam no considera a un musulmán como un extranjero, sea cual fuere su origen o su nacionalidad. En el pasado, los países islámicos no reconocían el concepto del ciudadano como hoy en día se reconocen, por lo tanto, en los países islámicos los musulmanes independientemente de su origen y su nacionalidad disfrutaban de los mismos derechos que los ciudadanos musulmanes nativos¹¹⁵¹. Según el Derecho Islámico, el orden del mundo se divide en Darül Harp y Darül Islam¹¹⁵², y la población que vive en este último (Darül Islam, países islámicos), también se dividen en musulmanes, los

los movimientos internos por porte de las oposición por mal estar económico, social y político, entre otros. Con la participación del Imperio Otomano en la primera guerra mundial y posteriormente la partición del Imperio otomano y la ocupación de Constantinopla (actual Estambul) a manos de los aliados entre 1918 y 1923. surgió el movimiento nacional turco (Türk Ulusal Hareketi), un movimiento de carácter político y militar, resultado de la unificación de los movimientos de independencia existentes en todo el país, que se desembocó en la guerra de la Independencia o el llamado Movimiento Nacional, (en turco “Kurtuluş Savaşı” la guerra de Liberación), para librar los territorios y proteger los resultados conseguidos frente a la ocupación de los aliados. Finalmente con el armisticio Mudanya que se firmó entre Turquía, Italia, Francia e Reino Unido en la ciudad turca de Mudanya, el 11 de octubre de 1922, que puso fin a la Guerra de la independencia turca y asimismo al Imperio Otomano. El acuerdo final terminó oficialmente con el Tratado de Lausana, firmado en 24 de julio de 1923. Finalmente como resultado de la guerra de Independencia, los nacionalistas turcos establecieron el actual territorio nacional (de acuerdo con el Tratado de Lausana) y declararon la República de Turquía en el 29 de octubre de 1923.

¹¹⁴⁹ BOA, Yıldız Esas Evrak (Y.EE), 41/133, Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu, 14 h Şevval 1285/28 Ocak 1869. (la ley de nacionalidad otomana de 28 de enero de 1869, archivo de los documentos otomano de ministerio presidencial).

¹¹⁵⁰ Karaman, H. *Mukayeseli İslam Hkuku*, tomo III, editorial iz, Estambul 2001. Pags.229-230.

¹¹⁵¹ Altüg, Yilmaz. *Devletler Hususi Hukuku*, facultelar matbaasi, Estambul 1973. Pag.59.

¹¹⁵² Darül Islam, son aquellos Territorios que están bajo domino y gobernados por los musulmanes, y aquellos países no musulmanes y en guerra con ellos, se les denomina Darül Harp. para información más detallada véanse Özel, A. *İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Darüİslam-Darulharp*, editorial iklim, Estambul 1988.

Zimmiler¹¹⁵³ y Müstemeler¹¹⁵⁴. Teniendo en cuenta todas las cuestiones señalado, para el Derecho Islámico tradicional, no existe el concepto de la ciudadanía independientemente de la religión, por tanto y en virtud de la ley islámica, ningún musulmán se considera extranjero en un Estado Islámico. El gobierno otomano, como un estado teocrático y en virtud del cumplimiento de Derecho Islámico, aplicó dicho criterio como fuente de la ley de extranjería hasta 1869. En este periodo, en el Imperio Otomano, los no musulmanes (Zimmiler y Müstemeler), tenían todos los derechos que la ley islámica reconoce para ellos. En caso de problemas entre no musulmanes y musulmanes, obligatoriamente era competencia de los tribunales llamados KADI, y cuando existía problemas entre no musulmanes, ellos podrían acudir a sus costumbres, tradiciones y normas religiosas a que pertenecían, asimismo también podrían acudir a dichos tribunales (KADI). En este último caso, desde el punto de vista de la rama Shafi Sunnita¹¹⁵⁵, el tribunal tenía la libertad de aceptar para resolver o rechazar el caso. Pero la rama Hanefi Sunnita, sostenía que el tribunal no tenía la libertad de rechazar el caso, sino la obligación de resolverlo¹¹⁵⁶. El periodo posterior a 1869 y los motivos de la aprobación de la Ley de Nacionalidad Otomana (Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi) se deben al constante aumento de cambio de nacionalidad por parte de los ciudadanos otomanos no musulmanes y también musulmanes en casos concretos, para beneficiarse de la protección que se combinaba mediante las capitulaciones (en turco imtiyazat)¹¹⁵⁷ que el Imperio Otomano había reconocido a diferentes estados. Con la reforma de 1869 (Tanzimat), el sistema de nacionalidad basado en la religión en virtud del Derecho Islámico aplicado hasta entonces

¹¹⁵³ Son los no musulmanes que han aceptado la nacionalidad de un Estado Islámico, que mediante un acuerdo llamado Zimmet, tenían el derecho de protección y poder vivir permanentemente y disfrutar de los derechos reconocidos a los ciudadanos musulmanes, con la excepción de algunos derechos.

¹¹⁵⁴ Son los no musulmanes que en un Estado Islámico, se les concedía un permiso temporal, mediante cual podrían entrar y permanecer en el país.

¹¹⁵⁵ Son las escuelas de pensamiento (madhabs) o jurisprudencia (fiqh) dentro del islam sunni, Las cuatro escuelas principales de pensamiento o jurisprudencia (fiqh) dentro del islam sunnita son: Hanbeli mezhebi (madhabs), Hanefi mezhebi, Maliki mezhebi, Shafii mezhebi.

¹¹⁵⁶ Özel, Ahmet. *Islam Hukukunda Ülke.....*, op. cit., pág. 205.

¹¹⁵⁷ Son privilegios o prerrogativas que el Imperio Otomano reconoció a diferentes potencias de la época, tanto comercial, económico, judicial y exención de controles administrativos o gubernamentales, a favor de los ciudadanos de dichos Estados residentes en Imperio Otomano, asimismo también a los comerciantes, traductores, ayudantes diversos, de nacionalidad otomana (cristianos, judíos y a veces musulmanes) que trabajaban con o para los europeos y se encontraban bajo su protección. Por ejemplo podían ser juzgados según las leyes europeas, y no según las leyes otomanas. En este sentido podemos señalar Charter of privilege de 1579 concedido a Inglaterra, o entre otras, las capitulaciones concedidas a Austria en 1615, Holanda 1680, Sicilia 1740, Dinamarca en 1746, España 1782, Rusia 1783 y Estados Unidos en 1830. Véanse Nasim Sousa, *Capitulatory Regime of Turkey*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1933, pág. 64.

por el gobierno otomano, se retira y en su lugar se aplica la Ley de nacionalidad otomana, lo que pone fin a las diferencias entre los estatutos legales de los ciudadanos como musulmanes o no musulmanes. El objetivo de dicha reforma era sujetar a todos los ciudadanos otomano, sin importar su creencia y su religión, y en condiciones iguales a la nueva ley, para conseguir frenar el cambio de nacionalidad por parte de los ciudadanos no musulmanes otomanos y evitar que dicho colectivo se beneficiase de los privilegios que reconocían a los ciudadanos de otros estados (europeos, americanos, etc.) mediante las capitulaciones concedidas por el gobierno otomano (emtiyazat)¹¹⁵⁸.

Las capitulaciones (en término turco İmtiyazat-ı Ecnebiyye, Ahidname o Uhudu Atika)¹¹⁵⁹ concedidas por el Imperio Otomano a los países europeos políticamente y económicamente poderosos de la época desde 1579 hasta 1870¹¹⁶⁰, facilitaban unas condiciones favorables a los ciudadanos de dichos Estados. La situación jurídica de los extranjeros en el Imperio Otomano, se determinaba mediante las capitulaciones. Por lo tanto, en cierto sentido, los derechos y privilegios reconocidos a los extranjeros eran determinados por las disposiciones establecidas en las capitulaciones concedidas a cada Estado respecto a sus ciudadanos. A base de esto, no todos los extranjeros tenían los mismos derechos y privilegios por igual en el Imperio Otomano, de hecho, el estatuto jurídico del extranjero dependía de los derechos y privilegios recogidos en la capitulación concedida al Estado al que pertenecía el extranjero. Debido al debilitamiento político y militar del Imperio Otomano a causa de las derrotas por las guerras desde finales de siglo

¹¹⁵⁸ La ley de Nacionalidad Otomana 1869 (Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi), en su preámbulo señalaba que, “desde hace tiempo, algunos ciudadanos otomanos no musulmanes, para obtener o lograr intereses ilegítimos, adoptan la nacionalidad de un Estado extranjero y conseguir el pasaporte de dicho Estados, por este motivo y en materia de la ciudadanía la lucha y eliminación de dicho fraude es importante e incondicional. En el artículo 5 de la Ley de Nacionalidad otomana internacional privada, indicaba que adoptar la nacionalidad de otro Estados sin permiso del gobierno otomano, se considera nulo y dichas personas siguen siendo ciudadanos otomanos, y según su artículo 9, todos los que residían en los territorios bajo dominio y gobernado por los otomanos, eran ciudadanos otomanos, en caso que fueran extranjeros, debían acreditarlo. Para más información véanse, GÜLNİHAL BOZKURT, “Azınlık İmtiyazları Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş”. En: www.atam.gov.tr/.../azinlik-ımtiyazlari-kapitulasyonlardan-tek-hu.

¹¹⁵⁹ Aunque desde la segunda mitad del siglo 19 los turcos comenzaron usar el término capitulación en lugar de İmtiyazat-ı Ecnebiyye, Ahidname o Uhudu Atika. Véanse Mehmet Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, 3 cilt (edición) İstanbul 1993, C.2, s. 178.

¹¹⁶⁰ Las capitulaciones concedidas por el Imperio Otomano son: Tratado de Constantinopla de 1479 a Venecia ; a Francia en 1535; a Inglaterra en 1579, a Austria en 1615; a Holanda en 1680; a Suecia en 1737; a Sicilia en 1740; a Dinamarca 1746; a Prusia en 1761; a Rusia en 1774 ; a España en 1782; a Cerdeña en 1823 ; a EEUU en 1830 , en 1838 a Bélgica; en 1843 a Portugal; en 1855 a Grecia; 1858 a Brasil y 1870 a Baviera. Para más información véanse, Nasim Sousa. *The Capitulatory Regime of Turkey. Its History, Origin, and Nature*, the Johns Hopkins Press, Baltimore 1933, pp.62-64.

XVII¹¹⁶¹, el Imperio Otomano concedió más capitulaciones, incrementando así el número de los Estados beneficiarios, de privilegios y prerrogativas judiciales, económicas, financieras y administrativas para sus ciudadanos. Todo lo dicho anteriormente creó una situación que terminó limitando la soberanía del Imperio y el desarrollo de la economía del país. Los Estados vencedores de las guerras con los otomanos, también exigieron al Imperio los derechos de protección de las minorías, como los otomanos católicos, protestantes, ortodoxos y los judíos, incluso a los musulmanes que trabajaban con o para los europeos, que podían ser juzgados según las leyes de éstos, y no según las leyes otomanas¹¹⁶². Los efectos negativos por la creciente dependencia económico, político y social debido a la combinación de los derechos de protección de las minorías y las capitulaciones concedidas por el Imperio, se volvieron más prominentes en el siglo XIX. Por este motivo, en la segunda mitad del siglo XIX y antes de la primera guerra mundial, el Imperio Otomano se esforzó mucho para dejar de aplicar las capitulaciones concedidas hasta la fecha, sin éxito alguno. En las negociaciones del Tratado de París en 1856¹¹⁶³, el gobierno otomano solicitó el fin de las capitulaciones, pero dicha petición y solicitud fue denegada por los países europeos sobre la base de la falta de suficiencia del sistema legal, jurisdiccional y judicial¹¹⁶⁴. En virtud de dicha decisión, inmediatamente después del Tratado de París, el gobierno otomano mediante una orden del Sultán Abdülmecid llamada

¹¹⁶¹ Por ejemplo véanse La Gran Guerra Turca entre los años 1683–1699, en lo que el Imperio Otomano perdió Hungría y Peloponeso, que finalmente La guerra terminó con el Tratado de Karlowitz en 1699. O La cuarta guerra ruso-turca que empezó en 1768 y acabó en 1774 con el Tratado de Kuchuk-Kainarji. Asimismo la guerra de independencia de Grecia que duró desde 1821 hasta 1832, el Tratado de Adrianópolis puso fin a la guerra y Grecia logró la independencia.

¹¹⁶² Por ejemplo, con el Tratado de Kuchuk Kainarji (Küçük Kaynarca) que se firmó el 21 de julio de 1774 entre Rusia y el Imperio Otomano tras la derrota de este último, se otorgó a Rusia algunos derechos económicos y políticos en el Imperio otomano, tales como permiso a los cristianos ortodoxos otomanos a navegar con bandera de Rusia y proveer para la construcción de una iglesia ortodoxa rusa en Estambul que finalmente no fue construida. Por otra parte, Rusia interpretó el Tratado como que le daba derecho a proteger a los cristianos ortodoxos en el Imperio Otomano.

¹¹⁶³ Véanse el Tratado de París firmado el 30 de marzo de 1856 que dio por finalizada la guerra de Crimea, en la que Rusia se enfrentó contra el Imperio otomano, Francia, Reino Unido y el Reino de Cerdeña.

¹¹⁶⁴ El Imperio Otomano el 3 de noviembre de 1839 mediante Tanzimat Fermânı o Gülhane Hatt-ı Şerif-i, se dio inicio a la época conocida como Tanzimat, (las reformas). Se conoce como el primer paso de la occidentalización en la historia del país, con el fin de frenar y mejorar el deterioro de funcionamiento de las instituciones gubernamentales. Los principales temas eran la transparencia judicial y que nadie puede ser ejecutado sin juicio, garantizar el derecho de la vida, honor y la propiedad de todos los ciudadanos, impuestos justos, eliminación de sobornos, derecho del ciudadano para tener bienes e inmuebles y dejarlos como herencia.

“Islahat Fermanı¹¹⁶⁵” (orden de reforma), comenzó a reformar el sistema legal y judicial del país con el objetivo de poder derogar las capitulaciones. Con dicha reforma, el gobierno otomano, entre otras leyes se aprobó y promulgó el código penal en 1858 (transpuesto desde el Derecho penal francés), el Derecho procesal civil y penal en 1879, la creación de los tribunales civiles y penales en 1872, la ley de los bienes inmuebles de los extranjeros en 1867 y la ley mercantil y Derecho mercantil marítimo en 1862-1864.

Con el cumplimiento de la reformas, en 1880 el gobierno otomano, informó y solicitó a los países europeos de su interés por la eliminación de las capitulaciones. A continuación, se creó una comisión mixta integrada por miembros del gobierno otomano, los países europeos así como los intérpretes. Finalmente después de valorar y examinar las reformas, la comisión declaró que no se habían hecho las reformas necesarias, y sobre esta base, los países europeos, otra vez rechazaron el levantamiento de las capitulaciones¹¹⁶⁶.

El 26 de agosto de 1914, el Imperio Otomano, coincidiendo con el comienzo de la I guerra mundial, considerando este hecho como una buena oportunidad, unilateralmente cancelo todas las capitulaciones¹¹⁶⁷. Con la aprobación y la proclamación de la nueva Ley Provisional de los Derechos y Deberes de los Extranjeros que se encontraban en el territorio del Imperio Otomano el 8 de marzo de 1915¹¹⁶⁸, se reguló un nuevo estatuto jurídico de los extranjeros. El artículo 3 de la nueva ley provisional de los derechos y deberes de los extranjeros señalaba que “los extranjeros al igual que los ciudadanos otomanos pueden reclamar y defender sus intereses ante los tribunales otomanos a causa de los litigios civiles y comerciales”. En el apartado 2 de dicho artículo indicaba que los extranjeros que se presentaban ante el tribunal en calidad de reclamante contra un ciudadano otomano, debían disponer de suficientes bienes e inmuebles en el territorio otomano, en caso contrario, solo podrían efectuar su reclamación con la condición de presentar garantía suficiente o una fianza propuesta por el tribunal otomano, por los posibles daños y pérdida que podía causar dicha reclamación. La nueva ley reconocía

¹¹⁶⁵ Islahat Fermanı o Islâhat Hatt-ı Hümâyûn-û, de 18 de febrero de 1856, se refiere a las reformas de las organizaciones políticas, los derechos de las personas y el establecimiento de las nuevas instituciones, en el periodo de declive del Imperio Otomano con el fin de rescatar e impedir su caída.

¹¹⁶⁶ Taner, Tahir. *kapitülasyonlar Nasıl ilga Edildi?* Muammer Raşet Seviğçe Armağan, istanbul, 1956. 620 ss.

¹¹⁶⁷ Taner, Tahir. *Kapitülasyonlar.....*, *op.cit.* pág. 632. Dicha ley en 22 de noviembre de 1982 ha sido revocada.

¹¹⁶⁸ *Véanse* Hicrî 21 Rebiülahar 1333, Rumî 23 Şubat 1330 tarihli, Düstur, Tertibi Sâni, C. 7, s. 458-459.

algunos derechos a los extranjeros, pero no daba el derecho de ser beneficiarios de los derechos que la constitución u otras leyes específicas otorgaban únicamente a los ciudadanos otomanos.

La anulación de las capitulaciones por parte del Imperio Otomano trajo consigo las protestas de los Estados beneficiarios de las capitulaciones como Estados Unidos, Rusia, Francia, Austria, Italia e Inglaterra. Con la derrota de los otomanos en la Primera Guerra Mundial contra los países aliados, mediante el Tratado de Sèvres¹¹⁶⁹ de 10 de agosto de 1920, se reafirmaron las capitulaciones de forma aún más amplia que la existente con anterioridad.

Con la victoria de la guerra de la independencia turca¹¹⁷⁰, tras lo cual se firmó el Tratado de Lausana de 24 de julio de 1923, se cancelaron todas las capitulaciones existentes hasta la fecha¹¹⁷¹, y de esta forma se anuló el Tratado de Sèvres.

En la constitución turca de la nueva Turquía (después del Imperio Otomano), podemos encontrar disposiciones que regulan el derecho de los extranjeros. Por primera vez en la constitución turca de 1961 y posteriormente en la constitución de 1982¹¹⁷², bajo título de derechos y deberes fundamentales, se reconoce y garantiza los derechos a los extranjeros con la condición de que dichos derechos y libertades se pueden limitar en circunstancias especiales y bajo condiciones marcadas. El título segundo de la Constitución turca de 1982, bajo el título de los derechos y deberes fundamentales, dispone en cuatro capítulos, las disposiciones generales (los artículos 12 a 16), los derechos y deberes de las personas

¹¹⁶⁹ El Tratado de Sèvres fue un tratado de paz entre los países aliados de la Primera Guerra Mundial y el Imperio Otomano, después de la derrota de este último que se firmó en Sèvres, Francia el 10 de agosto de 1920 como parte de la partición del Imperio otomano. Dicho tratado nunca entró en vigor al no ser ratificado por las partes firmantes.

¹¹⁷⁰ Contra el Tratado Sèvres, aceptado por el gobierno otomano, los nacionalistas turcos con Mustafá Kemal Atatürk al frente, se levantaron contra el gobierno y tomaron el poder. Combatieron victoriosamente contra los griegos y armenios, logrando recuperar toda Anatolia y parte de Tracia Oriental, asimismo poniendo fin a las zonas de la influencia francesa e italiana, tras lo cual se firmó el Tratado de paz de Lausana en 1923. El Tratado de Lausana, asimismo estableció las fronteras de la Turquía moderna y puso fin a la aplicación de las capitulaciones en todos los aspectos.

¹¹⁷¹ En virtud del artículo 28 del Tratado de Lausana de 24 de julio de 1923, “Cada una de las Altas Partes Contratantes acepta, en lo que le concierne, la abolición total de las capitulaciones en todos los aspectos, con Turquía”. Véanse *Treaty of Peace with Turkey Signed at Lausanne, July 24, 1923*
From: *The Treaties of Peace 1919-1923, Vol. II* (New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1924.)

¹¹⁷² La constitución turca de 1961 bajo título de los derechos y deberes fundamentales, disposiciones generales, los artículos 10 a 13 y más tarde en la constitución de 1982, bajo mismo título, los artículos 12 a 16 reconoce estos derechos, en pleno igualdad a los turcos y así a los extranjeros.

(art. 17 a 40), los derechos y deberes sociales y económicos (art.41 a 65) y los derechos y deberes políticos (art. 66 a 74). El título segundo contiene los derechos fundamentales como, intimidad personal y la inviolabilidad de domicilio, derecho a la libre circulación y a elegir lugar de residencia, a la libertad religiosa, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho a trabajar y Seguridad Social entre otros. La Constitución turca, en principio, reconoce todos los derechos del título segundo a los extranjeros en plena igualdad que los ciudadanos turcos. La Constitución turca, en lo relativo a la regulación de los derechos que están reservados a los ciudadanos turcos y no se reconocen a los extranjeros, como los derechos políticos, usa términos como “los turcos” o “los ciudadanos” (en turco “türkler” o “vatandaşlar”). La Constitución turca permite limitar y suspender los derechos y libertades por motivos de orden y seguridad público, salud pública o por motivos económicos, tanto a los ciudadanos turcos como a los extranjeros. El artículo 16 de la constitución turca de 1982, (de aquí adelante CT 1982) indica que los derechos y libertades fundamentales reconocidas a los extranjeros, podrán ser suspendidos mediante la ley y de conformidad con el Derecho internacional. Dicho artículo, de forma explícita señala que la suspensión o la limitación al ejercicio de los derechos reconocidos a los extranjeros, debe ser mediante la ley. Ahora bien, en virtud del artículo 13 de la CT 1982¹¹⁷³, los derechos y las libertades fundamentales, solo se puedan ser restringidas por la ley y en función de las razones mencionadas en los artículos pertinentes de la Constitución, siempre que respetan el contenido esencial de la ley y el espíritu de la Constitución. Asimismo las limitaciones no pueden ser contrarias al orden de la sociedad democrática, las exigencias derivadas del carácter laico de la República y el principio de proporcionalidad. En virtud de los artículos 115 y 124 de la CT de 1982, mediante las notificaciones, decretos o reglamentos, se puede limitar los derechos de los extranjeros, siempre que dicha limitación tenga una base legal como fuente¹¹⁷⁴. Por otro lado también señala que las limitaciones deben ser conforme al Derecho internacional. La referencia al Derecho internacional en el artículo 16 de la CT tiene dos funciones. Por un lado, señalar

¹¹⁷³ La Constitución turca de 1982. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>.

¹¹⁷⁴ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Turquía, sostiene que, de acuerdo con las necesidades de cada momento y la necesidad práctica de resolver asuntos urgentes y diarios, mediante las notificaciones, Decretos o Reglamentos, el órgano ejecutivo se puede limitar los derechos de los extranjeros, siempre que cumplan los principios marcados por la ley. Sentencia de Tribunal Constitucional Turca, Resmi Gazete tarih/sayı: 11.5.1963/11400. Esas No: 1962/232. Karar No: 1963/9 y Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 16.01.2008, 26758. Esas Sayısı: 2006/35. Karar Sayısı: 2007/48.

cual es el marco jurídico que como límite debe respetar a la hora de establecer las limitaciones a los derechos fundamentales. Por otro lado, impedir limitaciones arbitrarias. En virtud del último párrafo del artículo 90 de la CT 1982 añadido en 2004 (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.), los tratados internacionales válidamente celebrados formarán parte del ordenamiento interno. Y en caso que puedan surgir conflictos o diferencias entre las disposiciones de los tratados en materia de los derechos y libertades fundamentales con las leyes internas en misma materia, prevalecerán las disposiciones de los tratados. El Derecho internacional, no solo incluye los acuerdos o tratados internacionales, sino también otras fuentes de Derecho internacional en materia tal como el Derecho internacional consuetudinario y la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia¹¹⁷⁵.

En materia de derecho a la vida privada y la intimidad familiar, la CT de 1982, garantiza estos derechos en sus artículos 20 y 41. Según el artículo 20 de la CT “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar. La privacidad de la vida individual o familiar no puede ser violada”. El artículo 41 de CT, modificado en 2001 (Değişik: 3.10.2001-4709/17 md.) indica que, “la familia es la base fundamental de la sociedad turca basado en la plena igualdad entre los cónyuges”, añadiendo que “los poderes públicos aseguran la protección y la prosperidad de la familia, en especial la protección de las madres y los niños, asimismo promoverán las condiciones favorables y tomaran las medidas necesarias para garantizar la enseñanza de la Planificación Familiar”.

II. EXTRANJEROS EN EL DIPr TURCO

En el sistema jurídico turco, el Derecho de extranjería se analiza en el Derecho internacional privado, donde bajo el mismo título regula cuestiones como Derecho de la nacionalidad, Derecho de extranjería, conflictos de leyes y Derecho procesal Civil internacional. Dentro del sistema turco de Derecho internacional privado, coexisten normas de origen interno e internacional.

¹¹⁷⁵ Aysel Çelikel y Günseli (öztekin) Gelgel, *Yabancılar hukuku*, edición 22, inkılap Kitabevi, İstanbul, 2016, pp. 66 y 67.

Fuentes de origen interno son: a) la Constitución turca, que por primera vez en la Constitución de 1961 y posteriormente, bajo el mismo título, en la Constitución de 1982 regula el estatuto jurídico de los extranjeros, b) la ley, y en virtud de los artículos 115 y 124 de la Constitución turca, los decretos, reglamentos y las notificaciones y c) jurisprudencia y la doctrina relativo al Derecho de extranjería.

Las fuentes de origen internacional¹¹⁷⁶ en el Derecho de extranjería turco son: a) los tratados internacionales (bilaterales y multilaterales), b) Derecho internacional consuetudinario (la costumbre internacional), c) las decisiones judiciales y las doctrinas internacionales y d) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas¹¹⁷⁷.

En el Derecho de extranjería turco, en virtud del Derecho de los tratados y de acuerdo con los asuntos derivados de la celebración y aplicación de los tratados en el ordenamiento jurídico turco, existen unos principios generales como: el principio de igualdad; el principio de reciprocidad en lo que respecta a las relaciones internacionales y tratados de los que Turquía es parte; el principio de la nación más favorecida; el principio de represalia (contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito), y el principio del respeto a los derechos adquiridos¹¹⁷⁸.

La primera ley específica en el ámbito de Derecho internacional privado turco, como he señalado anteriormente, es la ley provisional de los derechos y deberes de los extranjeros residentes en territorio otomano de 1914, que fue la primera ley reguladora de la situación jurídica de los extranjeros en Turquía. Esta ley, sumamente importante en términos de Derecho internacional privado turco, disponía de artículos relacionados con el trabajo y práctica de las profesiones, colegios y prensa de los extranjeros residentes en el Imperio Otomano. Según el artículo 4 de dicha ley, todos los procesos judiciales (demandas)

¹¹⁷⁶ Véanse el artículo 38 de ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA de 26 de junio de 1945. DO 17 de octubre de 1945. “ La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

¹¹⁷⁷ Aysel Çelikel y Günseli (öztekin) Gelgel, *Yabancılar hukuku*....., *op.cit.*, pp.58 y ss.

¹¹⁷⁸ Aysel Çelikel y Günseli (öztekin) Gelgel, *Yabancılar hukuku*....., *op.cit.*, pp. 62 a 78.

civiles, penales, comerciales y los procesos judiciales relacionados con bienes inmuebles, son competencia de los tribunales turcos y se aplicará la legislación turca. Dicha ley fue derogada el 22 de mayo de 1982, mediante la ley de Derecho internacional privado y procesal 2675¹¹⁷⁹ (en turco MÖHUK), que de forma más amplia reguló las cuestiones y las normas relativas al Derecho internacional privado y procesal. Esta misma ley (la ley de 2675), también queda derogada mediante la ley de Derecho internacional privado y procesal de 5718¹¹⁸⁰ el 27 de noviembre de 2007. En el preámbulo del proyecto de ley 5718, señalaba la Insuficiencia de la ley 2675 debido a la falta de la regulación de algunas normas relacionadas con los extranjeros de resolver las necesidades y dificultades que presentaban en este momento como fundamentos de la necesidad de la aprobación de la nueva ley. Según el artículo 1 de la ley de Derecho internacional privado y procesal 5718, las relaciones jurídicas privadas que presentan el elemento extranjero, la competencia judicial internacional de los Tribunales turcos y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras están reguladas por esta ley. Según el artículo 2 de dicha ley, el Juez aplicará las normas de conflicto del Derecho turco y el Derecho extranjero según el criterio señalado por estas normas. En caso de que haya conflictos de competencia, según el artículo 3 de la ley de Derecho internacional privado y procesal 5718, se aplicará la norma de la nacionalidad, la residencia habitual o residencia común, y se tendrá en cuenta, la fecha de interposición de la demanda, a no ser que se acuerde otra cosa. El artículo 5 de la ley 5718, indica que, en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte claramente contraria al orden público, en caso que se considere necesario se aplicará la ley turca. Según el artículo 9 de la ley 5718, la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá los derechos y la capacidad de obrar del interesado. En caso de que el interesado por su ley personal correspondiente, jurídicamente carezca de la capacidad de obrar (menor de edad), y sea considerado capacitado por el ordenamiento jurídico del país (Turquía), para realizar los actos jurídicos, dichos actos se consideran validos a todos los efectos legales, excepto las

¹¹⁷⁹ La Ley de Derecho Internacional Privado y Procesal 2675 de 20 de mayo de 1982, (Milletlerarasi Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, kanun numarası: 2675, kabul tarihi: 20/05/1982, yayımlandığı Resmi gazete numarası ve tarihi: 17701, 22/05/1982).

¹¹⁸⁰ La Ley de Derecho internacional privado y procesal de 5718, 27/11/2007, publicado en *BOE* no 26728 de 12/12/2007. En termino original turco: (Milletlerarasi Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718 Kabul Tarihi: 27/11/2007, Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 12/12/2007 Sayı: 26728, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 47).

operaciones relacionado con el derecho de familia, derecho sucesorio y derechos reales sobre bienes inmuebles en otro país. En lo relativo al derecho de familia, la Ley de Derecho internacional privado y procesal 5718, regula los asuntos relacionados con el mismo. Según señala su artículo 13, en relación con la forma de celebración del matrimonio, se aplicara la ley de lugar donde se celebró el matrimonio, asimismo en lo relativo a las disposiciones generales del matrimonio se aplica la ley nacional común de los cónyuges, en caso que los cónyuges sean de nacionalidades diferentes, residencia habitual común, y a falta de los anteriores se aplicara el Derecho turco. El artículo 14 regula el divorcio y las separaciones, aplicándose también el criterio señalado en el artículo 13. El artículo 18 de dicha ley regula la adopción y su artículo 19 la pensión alimenticia.

1. Concepto de extranjero en el Derecho turco

El Instituto de Derecho Internacional, en la reunión de 1892 de Ginebra, define a extranjero como “aquella persona que se encuentra en territorio de un estado y no goza la nacionalidad de dicho estado”. En virtud de este concepto, el extranjero, aparte de los ciudadanos de otro estado, también puedan ser los apátridas y los refugiados¹¹⁸¹.

El concepto de extranjero, según expresa la Ley de Nacionalidad turca 5901 el 29 de mayo de 2009, es aquella persona que carece de vínculo de ciudadanía (nacionalidad) con la República de Turquía (Estado de Turquía)¹¹⁸². El concepto también utilizado en la Ley de Extranjería y protección internacional 6458 de 10.04.2013¹¹⁸³. En consecuencia, desde el punto de vista de Derecho turco, el extranjero es, todo aquel que se encuentra en el territorio de Turquía y carece de nacionalidad turca.

¹¹⁸¹ Aysel Çelikel y Günseli (öztekin) Gelgel, *Yabancılar hukuku*....., *op.cit.*, p.16. (Artículo 1 de las Normas Internacionales Relativas a la Admisión y Expulsión de Extranjeros. Instituto de Derecho Internacional, sección de Ginebra de 9 septiembre 1892)

¹¹⁸² Artículo 3 d) de la Ley de Nacionalidad Turca, No. 5901 de 29/5/2009, *BOE* n° 27256 de 12 junio 2009. (TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU, Kanun No.5901, Kabul Tarihi: 29/5/2009, Resmî Gazete: 12 Haziran 2009 CUMA, Sayı: 27256).

¹¹⁸³ Artículo 3 ü) de la Ley de Extranjería y Protección Internacional 6458 de 10.04.2013, *BOE* n° 28615 de 11/4/2013. (YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU. Kanun Numarası: 6458, kabul Tarihi: 4/4/2013, yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 11/4/2013 Sayı: 28615).

La legislación turca, aceptando el criterio de la ciudadanía (nacionalidad), considera extranjero a aquél que no posee la nacionalidad del estado turco. Por lo tanto, en la legislación turca, el término extranjero se utiliza para definir a los que carecen de nacionalidad turca, a los ciudadanos de otro estado y a los apátridas¹¹⁸⁴. El concepto de extranjero no es un concepto estricto que solo incluye a los ciudadanos de otro estado, sino también incluye extranjeros que puedan tener una o varias nacionalidades, apátridas, refugiados o solicitantes de asilo. Cuando nos referimos a los extranjeros y quienes entran en esta categoría, aparte de los ciudadanos de otro estado, es necesario mencionar a los apátridas, refugiados y solicitantes de asilo, los beneficiarios de la protección internacional, los beneficiarios de protección temporal, las minorías en un país y a los turcos por nacimiento que han renunciado a su nacionalidad turca¹¹⁸⁵ (a este último se denomina como extranjeros privilegiado).

Teniendo en cuenta que para los apátridas, refugiados, asilados y trabajadores migrantes, existen normas específicas aplicables tanto a nivel interno como a nivel internacional. Resulta esencial distinguir entre las diferentes categorías de extranjeros, para entender mejor, cual es el alcance de las disposiciones relativo a cada categoría en la regulación nacional así como la protección que el Derecho internacional y los Tratados de derechos humanos dispensa a cada una de ellos, a la hora de impedir la entrada de los extranjeros mediante aplicación de medidas de expulsión, deportación y extradición del mismo. En principio, los extranjeros que entran en Turquía, se pueden agrupar en cuatro grupos principales, refugiados y asilado, los extranjeros en tránsito, los trabajadores extranjeros ilegales y los extranjeros que carecen de permiso de residencia¹¹⁸⁶.

Ahora bien, hay que señalar que existen diferencias entre la legislación turca y el Derecho internacional, respecto al concepto y alcance de los términos de inmigrante, refugiado y asilado. El artículo 3 del reglamento sobre refugiados¹¹⁸⁷ y migración turco 6169 de 1994, define el concepto de refugiado y asilado, separando el estatuto jurídico de cada uno en relación del origen de su procedencia¹¹⁸⁸. Dicha aproximación, también ha sido

¹¹⁸⁴ Ekşi, Nuray., *yabancılar hukukuna İlişkin temel konular*, Beta, istanbul 2006.

¹¹⁸⁵ Aysel Çelikel y Günseli (öztekin) Gelgel, *Yabancılar hukuku*....., *op.cit.*, PP. 17 a 34.

¹¹⁸⁶ Ekşi, Nuray., *yabancılar hukukuna*....., *op. cit.*, pag1.

¹¹⁸⁷ Reglamento sobre refugiados y migración, No: 14/09/1994, 94/6169. *BOE* No: 30/11/1994 – 22127.

¹¹⁸⁸ Çiçekli, Bülent., *Uluslararası Mülteciler ve Sığınmacılar*, Seçkin, Ankara, 2009, p. 48.

confirmada por la circular nº 57¹¹⁸⁹, en lo relativo a las instrucciones de la aplicación sobre el proceso y procedimiento de la legislación de refugiados y migración de 22 de junio de 2006 de la Dirección General de Seguridad (policía).

Según el artículo 3 del Reglamento 6169 de 1994 (refugiados y migración), el refugiado es aquel que a causa de sucesos que puedan ocurrir en los países europeos¹¹⁹⁰, por motivos de raza, religión, origen nacional, opinión política, pertenencia a un grupo social o temores fundados de ser víctima de persecuciones, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, como consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. Como podemos observar, la disposición al mencionar el término de países europeos, limita el estatuto de refugiado, reconociendo dicho estatuto solo a los extranjeros procedentes de países europeos. En cambio, todo aquel que por motivos de raza, religión, origen nacional, opinión política o pertenencia a un grupo social, temores fundados de ser víctima de persecuciones, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él, procedentes de países no europeos, o mejor dicho, el resto de países del mundo (África, Asia, América), se reconoce como asilado. A estos extranjeros se les permite residir durante un periodo razonable en Turquía, hasta que un tercer país les conceda el estatuto de refugiado. A modo de conclusión, en la legislación turca, quien viene de países europeos y solicita protección internacional, se denomina refugiado y en cambio, a aquel que viene de otras regiones (países no europeos), por los mismos motivos y razones, y solicita protección internacional se le denomina asilado.

¹¹⁸⁹ Circular nº 57 de instrucciones de aplicación sobre el proceso y procedimiento del refugiado de 22/06/2006 de la Dirección General de Seguridad. El circular más amplio y regulador sobre los refugiados y migración en la legislación turca, hasta 2013. www.multeci.org.tr/DosyaIndir.aspx?t=dokuman&Id=38.

¹¹⁹⁰ Hay que señalar que el Reglamento turco sobre refugiados y migración 6169 de 1994, al mencionar el término de los “países europeos” no clarifica a que países europeos se refiere ni tampoco existe alguna lista en la que figuren cuales son estos países, en este caso, del término de “países europeos” se entiende que son los países que integran el continente europeo.

El concepto sostenido por la legislación turca, en lo relativo a la separación de estatuto de los refugiados y los asilados, también podemos observar en la ley de extranjería y protección internacional 6458 de 11 de abril de 2013¹¹⁹¹, donde en su artículo 61 se define el concepto de refugiado con el mismo término que el Reglamento 6169 de 1994. Asimismo en relación al estatuto de asilado, la nueva ley de extranjería y protección internacional 6458, cambia el termino de asilado y en su lugar utiliza el término de “Refugiado condicional”, pero el concepto adoptado en la nueva ley es el mismo utilizado en el Reglamento 6169 de 1994, sin cambio alguno¹¹⁹².

2. Los Derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en el Derecho turco

El título segundo de la Constitución turca de 1982 enumera los derechos y deberes de las personas. Está compuesto por los artículos 17 al 74 que se divide en cuatro secciones. La primera sección contiene los principios generales, la segunda sección los derechos y deberes de las personas, la tercera sección los derechos y deberes sociales y económicos y la cuarta sección los derechos y deberes políticos. El Derecho de extranjería turco, a la hora de determinar los derechos y libertades de los extranjeros, ha utilizado como referencia principios como la igualdad, la reciprocidad, contramedidas, el principio de nación más favorecida, el principio de standard mínimo internacional, así como también el sistema de permiso, que consiste en que, el ejercicio de algunos derechos o libertades por parte de los extranjeros que se encuentran en Turquía esté vinculado al previo permiso de alguna autoridad del país (reunión o manifestación de los extranjeros, regulado en el artículo 3.2 de la Ley de Reuniones y Manifestaciones). El Derecho de extranjería turco restringe y limita algunos derechos, en concreto, los derechos políticos, que restringe y prohíbe ampliamente a los extranjeros y limita el ejercicio de estos derechos solo a los ciudadanos turcos. Los extranjeros no tienen derecho a votar, a ser elegidos, a formar partidos políticos, a ser miembros de un partido político, ni a participar en la defensa del país. Asimismo, los extranjeros no pueden trabajar en las administraciones públicas del estado. Incluso en el sector privado, está prohibida la práctica de algunas profesiones y

¹¹⁹¹ La Ley de Extranjería y Protección Internacional (turca) 6458 de 11 de abril de 2013. *BOE* nº 28615. (6458 Sayılı “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu” 11.04.2013 tarih ve 28615sayılı Resmi Gazete).

¹¹⁹² Véanse los artículos 61 y 62 de la Ley de Extranjería y Protección Internacional 6458 de 2013.

trabajos para extranjeros, por razones de orden y seguridad pública, salud pública o por interés público. La restricción de derechos junto con el sistema de permiso, son ampliamente utilizados en el Derecho de extranjería turco¹¹⁹³.

Otro mecanismo utilizado en el Derecho de extranjería turco es el sistema de cuotas. Consiste en determinar un número o porcentaje de extranjeros, que puedan ejercer de los derechos y libertades de las que gozan los turcos. A modo de ejemplo, el artículo 18 de la ley de incentivo del turismo¹¹⁹⁴, indica que “en las empresas del sector turístico, la cantidad de trabajadores extranjeros no puede exceder el 10% del total de personal, dicho tasa se puede aumentar hasta 20% por el Ministerio correspondiente.

Los sistemas utilizados en la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en el Derecho de extranjería turco, depende del carácter que presentan estos derechos. Se puede observar que a veces se ha utilizados más de un sistema para regular un derecho o libertad específico. Salvo algunas excepciones, la CT de 1982 reconoce a los extranjeros los derechos y libertades fundamentales enumeradas en el título segundo de la Constitución, en plena igualdad con los ciudadanos turcos.

El artículo 16 de la CT de 1982, indica que los derechos y libertades fundamentales reconocidas a los extranjeros podrán ser suspendidos mediante la ley y de conformidad con el Derecho internacional. Esto es, dichas medidas no deben ser contrarias a los principios generales de Derecho, a los tratados internacionales, ni costumbres internacionales.

Los derechos y libertades de los extranjeros en el Derecho turco pueden clasificarse de varias maneras. La tendencia dominante en Turquía es clasificar los derechos y libertades de los extranjeros en función de la cualidad y contenidos que presentan las normas, dentro de una de las tres siguientes categorías: derechos y deberes políticos, derechos fundamentales y libertades públicas y derechos especiales. Este último apartado se refiere a los derechos como herencia, adquisición de bienes inmuebles, etc. El ejercicio de este

¹¹⁹³ Çiçekli, Bülent., *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6 edición, Seçkin Yayınları, Ankara 2016. pp. 43 a 50.

¹¹⁹⁴ La ley Turca de incentivo del turismo 2634 de 12 marzo de 1982. *BOE* 17635 de 16 de marzo de 1982. (TURİZMİ TEŞVİK KANUNU, Kanun Numarası: 2634. Kabul Tarihi: 12/3/1982. R. Gazete:16/3/1982 Sayı : 17635)

tipo de derechos está limitado y se aplica el mecanismo de permiso, limitación y restricción, reciprocidad y contramedidas¹¹⁹⁵.

Otro sistema de estudio de los derechos y libertades de los extranjeros es la clasificación de los derechos según la constitución turca.

Los derechos y deberes políticos regulados en los artículo 66 a 74 de la CT 1982, excepto en algunos casos, prácticamente son derechos que la CT reconoce a los ciudadanos turcos. El artículo 67 de la CT, utilizando específicamente el término de “los ciudadanos”, reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo solo a los ciudadanos turcos. Asimismo el artículo 68, solo prueba que los ciudadanos turcos puedan formar y ser miembros de un partido político. El artículo 70 reconoce a los ciudadanos turcos el derecho de trabajar en los servicios o las administraciones públicas y restringe este derecho a los extranjeros. En cambio el artículo 73 de la CT, señala que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, por lo que incluye a los extranjeros el deber de contribuir. El artículo 74 de la CT, regula el derecho de petición, el derecho de solicitar información y acceso a la información pública y el derecho de acudir al defensor del pueblo que hasta el año 2001, la CT reconocía este derecho solo a los ciudadanos turcos. Mediante la ley 4709 de la reforma constitucional de 3 de octubre de 2001¹¹⁹⁶, se reconoce, asimismo, este derecho a los extranjeros, si existe reciprocidad. Esto es, los extranjeros residentes en Turquía solo podrán ejercer este derecho, si el estado al que pertenecen, reconoce los mismos derechos a los ciudadanos turcos residentes en dicho estado. En el año 2010 con la ley de reforma Constitucional 5982¹¹⁹⁷, se añadió una cláusula adicional, mediante el cual reconoce a los extranjeros el derecho a solicitar información y acceso a la información pública y el derecho de acudir al defensor del pueblo¹¹⁹⁸, eliminando las condiciones de residencia y el principio de reciprocidad, anteriormente exigidas. Aquí conviene recordar que el artículo 4 de la ley de derecho de

¹¹⁹⁵ Las garantías, beneficios y sanciones que el Estado turco otorga a los ciudadanos o personas jurídicas de otro Estado, en virtud de que deber ser retribuidos por la contraparte de la misma forma.

¹¹⁹⁶ Véanse el artículo 26 de la ley No. 4709/ 3.10.2001 de la reforma Constitucional. *BOE turco* 24556 de 17/10/2001.

¹¹⁹⁷ La ley de reforma constitucional turca 5982 de 7 mayo de 2010. (07/05/2011 tarih ve 5982 sayili kanunu 8. Madesiyle getirilen Ek Fikra).

¹¹⁹⁸ Mediante la ley de reforma constitucional 5982 de 7 de mayo de 2010, se crea el órgano del Defensor del Pueblo responder las quejas, reclamaciones y supervisar la actividad de la Administración General del Estado. En este contexto se adapta la ley del Defensor del Pueblo 6328 de 14 de junio de 2012. *BOE turco* 28338 de 29 de junio de 2012.

solicitar información 4982 de 2003¹¹⁹⁹, indica que “los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras (empresas extranjeras), que residen y operan en Turquía, con la condición del principio de reciprocidad, tienen derecho a pedir información, solo en relación a sí mismos o sobre la actividad que realizan en Turquía. Teniendo en cuenta que la reforma constitucional de 5982 de 2011 es posterior a la ley de derecho de solicitar información 4982 de 2003, que en este caso, se debe actualizar dicha norma. Asimismo valorando las reformas constitucionales anteriormente señaladas, podemos observar que en lo relativo al ejercicio del “derecho de petición” por parte de los extranjeros, los criterios de la CT de 1982, siguen siendo, las condiciones de residencia y el principio de reciprocidad.

Los derechos fundamentales y libertades públicas (de la esfera personal) que la CT de 1982 reconoce a los extranjeros en igualdad de condiciones que los ciudadanos nacionales son, entre otros:

El derecho de la vida y la integridad física y moral. El artículo 17 de la CT establece, “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, moral y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. El artículo 19 de la CT regula la libertad y la seguridad de las personas indicando que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad” nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma previstos en la ley. El derecho a la vida privada y la intimidad personal regulado en el artículo 20 de la CT que se establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, señalando que la vida privada y familiar es inviolable”.

El artículo 21 de la CT relativo a la inviolabilidad del domicilio, dice lo siguiente “El domicilio es inviolable y ninguna entrada o registro podrá hacerse en él. Solo en la forma previstos en la ley y por razones de la seguridad nacional, del orden público, salud pública, la prevención de la delincuencia, la protección de la moral pública, siempre con consentimiento del titular o resolución judicial.

¹¹⁹⁹ La Ley de Derecho de Solicitar Información 4982 de 9 de octubre de 2003. *BOE turco* 25269 de 24/10/2003. (Bilgi Edinme Kanunu 4982. RG 24/10/2003, 25269).

El derecho a la libertad de residencia y circulación que recoge el artículo 23 de la CT, donde se establece que “Todos tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”. Por motivos de prevención de la delincuencia, crecimiento urbano ordenado y sostenible, protección de los bienes públicos y el desarrollo económico y social, pueden ser restringidos por la ley. Los turcos tienen derecho de entrar y salir libremente de Turquía en las formas previstas en la ley. Los ciudadanos turcos no pueden ser expulsados del país ni puede impedirse su entrada.

También se reconoce a todos, turcos y extranjeros, el derecho a la tutela judicial efectiva, al Juez ordinario predeterminado por la ley y a la defensa (artículos 36 a 39 de la CT). La libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos (artículo 24 de la CT); el derecho de difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (artículos 25 y 26 de la CT); los derechos de reunión, manifestación y asociación (artículos 33 y 34 de la CT); y el derecho de propiedad (artículo 35 de la CT).

También se reconocen los derechos sociales y económicos regulados en los artículos 41 a 65 de la CT de 1982. La protección de la familia y el derecho de los niños. Según el artículo 41 de la CT, modificado en 2001 (Değişik:3.10.2001-4709/17 md.¹²⁰⁰), la familia es la base fundamental de la sociedad turca basado en la plena igualdad entre los cónyuges. Los poderes públicos aseguran la protección y la prosperidad de la familia, en especial la protección de las madres y los niños, asimismo promoverán las condiciones favorables y tomarán las medidas necesarias para garantizar la enseñanza de la planificación familiar. Asimismo en el año 2010 mediante la ley 5982 (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/4 md.¹²⁰¹), se añadió una cláusula adicional en materia de la protección y el desarrollo adecuado de los niños y su derecho a mantener relación y contacto directo con sus padres, salvo en caso del interés superior del niño. Así también, la CT recoge en su artículo 42 el derecho a la educación y a la formación; el derecho al trabajo en el artículo 49 y el derecho a la Seguridad Social en su artículo 60.

¹²⁰⁰En formato turco (Değişik:3.10.2001-4709/17 md.) se refiere al año (3.10.2001), y también al número y el artículo de la ley (4709/ art. 17), por la que se modificó la Constitución turca.

¹²⁰¹ En formato turco (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/4 md.) se refiere al año y al número de la ley y el artículo de la misma (5982/ art.4), por la que se reformó la constitución turca y se añadió nuevos párrafos o nuevos apartados al artículo de dicha Constitución.

En Derecho turco, las normas sobre los derechos de los extranjeros no están reguladas en un solo texto y existe una serie de normas dispersas que regulan diversos aspectos de la extranjería. Incluso la nueva ley de extranjería y protección internacional (LEPI) 6458 de 2013¹²⁰², que estudiaremos detalladamente más adelante, no regula todos los derechos que los extranjeros poseen en Turquía, incluye y solamente regula la entrada, permanencia o residencia en Turquía, la salida de Turquía y aquellos que solicitan protección internacional. Otros derechos de los extranjeros se regulan en diversas leyes, como, la ley de pasaporte, ley de suelo, ley de inversión directa extranjera, ley de petróleo turco, la ley de nacionalidad turca o la ley de trabajo de los extranjeros¹²⁰³.

3. Expulsión de Turquía

En Derecho turco, la orden de expulsión de extranjero del territorio nacional, se dicta mediante un acto administrativo. Hasta el año 2014, fecha al que entro en vigor la nueva ley de extranjería y protección internacional 6458 (LEPI), la forma y el proceso de la expulsión de los extranjeros estaba regulada en varias leyes, como el nuevo Código Penal turco, la ley de residencia y libre circulación de los extranjeros y la ley de pasaporte¹²⁰⁴. La nueva ley de extranjería (LEPI) de 6458, en los artículos 52 a 60 regula la expulsión de los extranjeros de una forma sistemática y mucho más amplia. Asimismo el Reglamento de la aplicación de la ley de extranjería y la protección internacional de 17 de marzo de 2016¹²⁰⁵, regula la expulsión y el procedimiento a seguir en sus artículos 51 a 64. Según el artículo 52 de la LEPI 6458, los extranjeros pueden ser expulsados por un orden de expulsión a su país de origen, a un país de tránsito o a un tercer país. El artículo 51 del Reglamento de aplicación de la ley de extranjería y la protección internacional, (de aquí adelante RELEPI de 2016), señala que a la hora de determinar el país al que se va

¹²⁰² LEPI (turca) 6458 de 11 de abril de 2013. (YUKK 6458 de 2013).

¹²⁰³ Aysel Çelikel y Günseli (öztekin) Gelgel, *Yabancılar hukuku*....., *op.cit.*, p.59.

¹²⁰⁴ *Véanse* la regulación sobre este materia antes de la LEPI 6458 en SİRMEN, Kazım Sedat., “Deportation under Turkish Law and an Overview of the Judgements rendered by the European Court of Human Rights Regarding Applications Against Turkey Concerning the Deportation Decisions” (Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar) en *Revista Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 3, Yaz 2009, pp. 29 a 45.

¹²⁰⁵ Reglamento de Aplicación de la Ley de Extranjería y Protección Internacional de 17 de marzo de 2016. *BOE turco* 29656. (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, 17 Mart 2016 PERŞEMBE, Resmî Gazete, Sayı: 29656).

efectuar la expulsión de extranjero, se debe valorar la situación del extranjero y los vínculos con el país al que va a ser expulsado y también si el país al que va a ser expulsado el extranjero le acepta o no.

La orden de expulsión podrá ser dictada por la Dirección General de Inmigración o por las Gobernaciones provinciales. No se dicta una orden de expulsión en aquellos casos de que existen serios indicios de que la persona será sometida a la pena de muerte, tortura o a tratos crueles o degradantes en el país al que van a ser expulsados. Asimismo a las mujeres embarazadas, las personas enfermas o las personas de edad avanzada, en la medida en que pueda suponer un riesgo para su salud. A las víctimas de tráfico de personas bajo protección y las víctimas de violencia psicológico, físico o sexual que están en tratamiento y mientras dura dicho tratamiento¹²⁰⁶. La resolución de expulsión y los motivos, deberán ser notificados al interesado, a su representante legal, o a su abogado, con la indicación de los recursos que pueda interponer contra ella, el órgano ante el que debe presentar los recursos y el plazo para presentarlos¹²⁰⁷. El interesado, su representante legal o su abogado, podrán recurrir la orden de expulsión en un plazo de 15 días a partir de la notificación del mismo en los juzgados administrativos, y a continuación informaran este hecho al órgano que dicto el orden de la expulsión. El tribunal, a quien compete resolver el recurso, en 15 días deberá tomar una decisión. Dicha decisión será firme y definitiva, y contra ella no cabe apelación. Sin perjuicio de la aprobación del extranjero, durante el periodo de procedimiento legal o hasta la resolución de correspondiente recurso, se suspenderá la ejecución de la orden de la expulsión del extranjero¹²⁰⁸. Conviene recordar que, antes de la entrada en vigor de la LEPI 6458, la interposición de un recurso contra la orden de expulsión no interrumpía su eficacia¹²⁰⁹. Asimismo, los extranjeros en peligro de la expulsión, también podrán acudir al Tribunal constitucional, y de forma individual al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde también podrán solicitar la medida cautelar de suspensión de la expulsión. En este caso, el Tribunal Constitucional (turco), en

¹²⁰⁶ Artículo 55 de LEPI (turca) 6458. (YUKK 6458 de 2013); Artículo 52.1 de RELEPI de 2016. (UY 2016).

¹²⁰⁷ Artículo 53 de LEPI (turca) 6458. Artículo 54 de RELEPI de 2016.

¹²⁰⁸ Artículo 53.3 de LEPI (turca) 6458.

¹²⁰⁹ Véanse el artículo de KUŞCU, Döndü., *Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları* (The administrative detention of aliens who are decided to be deported under law on aliens and international protection), en *Revista Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DÜHFD)*, Cilt: 22, Sayı: 37, Yıl: 2017, s. 241-284. (núm. 37, 2017, pp. 241 a 284).

virtud del artículo 49.5 y 73 de la ley 6216 de procedimiento y proceso de Tribunal Constitucional, puede decidir y dictar medidas cautelares¹²¹⁰. Asimismo, en caso de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), este Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 39 del Reglamento del Tribunal (TEDH), puede acordar también medidas cautelares¹²¹¹.

El artículo 56 de la LEPI 6458, regula el plazo en el que el extranjero debe salir de Turquía. Según lo establecido en dicho artículo, a los extranjeros objetos de expulsión, siempre con la condición de la notificación del orden de expulsión, se les reconocerá un plazo entre 15 a 30 días para abandonar el país. En todo caso, dicho plazo no puede ser inferior a 15 días desde la notificación del orden de expulsión. Sin embargo, este plazo no se reconoce a aquellos extranjeros en los que existe el riesgo de fugarse o desaparecerse, a los que infringen las normas de entrada y la salida legal del país, los que usan documentos falsos, los que con la documentación falsa intentan obtener el permiso de residencia o los que obtuvieron el permiso de residencia con dicho documentos, y finalmente a los que constituyen una amenaza para el orden público, seguridad o salud pública. Según el artículo 58.2 del RELEPI de 2016, en caso de incumplir dicho plazo sin justificación alguno, se tomarán las medidas de vigilancia a petición de la gobernación. Dicho plazo no se concederá a los extranjeros que puedan fugarse, a los que utilicen documentos falsos, los que traten de obtener o que han sido identificados por haber obtenido un permiso de residencia con documentos fraudulentos, y los que constituyan una amenaza para el orden público, salud o seguridad pública. Los motivos de expulsión de los extranjeros están regulados en el artículo 54 de la LEPI 6458, donde se dice lo siguiente: los motivos

¹²¹⁰ La ley 6216 de creación, procedimiento y proceso del tribunal constitucional turco de 30/3/2011, *BOE turco* 27894 de 3/4/2011.(Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 6216, 30/3/2011. R.Gazete: Tarih: 3/4/2011 Sayı: 27894). En este sentido podemos señalar la Sentencia de Tribunal Constitucional Turco, caso RIDA BOUDRAA de 2013/ 9673, fecha de sentencia 21/1/2015 *BOE* 16/6/2015-29388. Relativo a las medidas cautelares en relación con la expulsión de los extranjeros. (TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ, BİRİNCİ BÖLÜM. KARAR, RIDA BOUDRAA BAŞVURUSU (Başvuru Numarası: 2013/9673), Karar Tarihi: 21/1/2015. R.G. Tarih- Sayı: 16/6/2015-29388). Así como la Sentencia de la Tribunal Constitucional turco, caso R.M 2015/19133. (TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ, İKİNCİ BÖLÜM. R.M. BAŞVURUSU (Başvuru Numarası: 2015/19133) Karar Tarihi: 16/12/2015. www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Uploads/2015-19133.doc.

¹²¹¹ Según establece el artículo 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal puede acordar medidas cautelares. (STEDH, caso Mamatkoulov y Askarov c. Turquía, peticiones 46827/99 y 46951/99, Sentencia de la Gran Sala de 4 febrero de 2005, párr. 125 “la Regla 39 juega “un papel esencial a la hora de evitar situaciones irreversibles que impedirían al Tribunal examinar las solicitudes de manera adecuada y, en su caso, asegurar al solicitante que pueda disfrutar de manera práctica y efectiva de los derechos que garantiza la Convención”).

señalados en el artículo 59 del nuevo código penal turco¹²¹², en lo relativo a valoración de la expulsión de los extranjeros condenados a pena de cárcel por cometer un delito, por dirigir un grupo terrorista, ser miembro o apoyar a un grupo terrorista así como dirigir, ser miembro o apoyar a una organización criminal con ánimo de lucro, por suponer un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública. A quienes se canceló el permiso de residencia y los que trabajan sin tener el permiso del trabajo, entre otros motivos. En caso de la detención de un extranjero por la policía, si se ha dictado contra él una orden de expulsión, se comunicara a las autoridades de la gobernación (gobierno provincial) inmediatamente para tomar las decisiones adecuadas al respeto. En este caso, la gobernación valorara y tomara la decisión de expulsión de dichas personas, en un plazo que no podrá exceder las 48 horas¹²¹³.

La gobernación puede imponer medidas de detención y vigilancia a los extranjeros, sobre quienes ha recaído una orden de expulsión, si existe riesgo de fugarse y desaparecerse, a los que vulneraron las normas de entrada y la salida de Turquía, los que no abandonan Turquía en el plazo límite fijada para ello sin tener justificación alguna, y los que pueden ser una amenaza para el orden público, la seguridad y la salud pública¹²¹⁴.

El plazo máximo de la detención de los extranjeros en los centros de internamiento es de 6 meses. Dicho plazo se puede renovar por otros seis meses, cuando aún no se hayan podido completar los documentos en relación con su expulsión, por motivos como, la falta de colaboración del extranjero o por la entrega de la información equivocada por parte del extranjero¹²¹⁵. La gobernación valorara cada mes de forma sistemática si el extranjero debe seguir en centro de internamiento o no, en caso que no existen razones y la necesidad de que el extranjero siga en el centro, se anula la medida vigilancia y se ordena su salida del centro. A estos extranjeros se les pueden imponer medidas obligatorias administrativas como, residir en una determinada dirección o la obligación de comparecer ante las autoridades en forma y tiempo determinados¹²¹⁶. Las valoraciones o en su caso la renovación de la medida de vigilancia e internamiento, deberá ser notificada al interesado,

¹²¹² Código Penal Turco 5237. (TÜRK CEZA KANUNU 5237 de 26/9/2004 R.Gazete:12/10/2004, sayı: 25611).

¹²¹³ Artículo 57.1 de la LEPI (turca); (YUKK6458).

¹²¹⁴ Artículo 57.2 de la LEPI. Artículo 59 de RELEPI de 2016.

¹²¹⁵ Artículo 57.3 de la LEPI.

¹²¹⁶ Artículo 57.4 de la LEPI. Artículo 61 de RELEPI de 2016

a su representante legal, o a su abogado, con la indicación de los recursos que pueda interponer contra ella y el plazo para presentarlos (art 57.5 de la LEPI 6458). El interesado, su representante legal o su abogado, pueden recurrir dicha orden de detención y la vigilancia (su ingreso en el centro de internamiento), en los juzgados penales. La interposición de recurso no produce ningún efecto sobre la ejecución de la medida de ingreso del extranjero en el centro de internamiento. El juez penal, en un plazo de 5 días tomara la decisión, y dicha decisión será definitiva. Los interesados, pueden recurrir de nuevo ante el juzgado penal, alegando la eliminación de los motivos o el cambio de los mismos, que han dado lugar a tomar la medida de vigilancia e internamiento¹²¹⁷. A aquellas personas que recurran la orden de detención y vigilancia, que no cuentan con medios económicos para afrontar los honorarios de los abogados, en virtud de su petición y de acuerdo con la ley de abogacía 1136 de 19 marzo de 1969, se les facilitará y podrán disponer de un abogado de oficio¹²¹⁸. El artículo 58 de la LEPI 6458, indica que los centros de internamiento de extranjeros, dependen y están dirigidos por el Ministerio del Interior. El Ministerio del Interior en función de su labor sobre los centros de internamiento podrá hacer protocolos con las instituciones y organizaciones públicas, la Media Luna Roja, las asociaciones de interés público con experiencia en el ámbito de migración, para organizar el funcionamiento de dichos centros conjuntamente. El mismo artículo añade que todo lo relativo al establecimiento de los centros de internamiento, la gestión del mismo, la función, transferencia, los procedimientos relativo a la inspección y transporte de los extranjeros con el fin de ser expulsado, se regulará por el reglamento (art.58.3 LEPI 6458).

El TEDH en varias sentencias, en relación con la expulsión de los extranjeros de Turquía, ha considerado la vulneración de los artículos 5, 3 y 13 del Convenio¹²¹⁹ (CEDH), asimismo el Tribunal señala que las garantías legales que el Derecho turco ofrece frente a las órdenes de expulsión, no son recursos efectivos¹²²⁰. Antes de la entrada en vigor de la LEPI 6458 en 2014, contra el proceso de la expulsión de los extranjeros de Turquía, no

¹²¹⁷ Artículo 57.6 de la LEPI.

¹²¹⁸ Artículo 57.7 de la LEPI 6458(turca); (YUKK6458).

¹²¹⁹ STEDH, caso Jabari c. Turquía, nº 40035/98 de 11 de julio de 2001.

¹²²⁰ SSTEDH, caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía, nº 30471/08, 22 de septiembre de 2009; caso Z.N.S. c. Turquía, nº 21896/08 de 19 de enero de 2010; Tehrani y otros. C. Turquía. 32940/08, 41626/08, 43616/08 de 13 de abril de 2010; Keshmiri c. Turquía 36370/08 de 13 de abril de 2010, entre otros sentencias en materia de expulsión.

existían recursos administrativos y judiciales adecuados, y los que existían no eran suficientemente efectivos¹²²¹. Antes de la nueva ley de extranjería Turca, las medidas sobre el procedimiento de expulsión hasta efectuar de la misma se regulaba en el artículo 23 de la ley 5683 de 1950 sobre residencia y circulación de los extranjeros en Turquía. Dicho artículo señalaba que “a los extranjeros, quienes sobre ellos pesaba un orden de expulsión y que dicha orden no podría ser ejecutada debido a que el extranjero no disponía de pasaporte o por otros motivos (que no señalaba que motivos son), obligatoriamente debían residir y permanecer en lugares que el Ministerio del Interior les asignaba¹²²². Dicho de otra forma, en virtud de dicho artículo, estos extranjeros, eran retenidos en los centros para refugiados, y las dependencias policiales y gendarmería, donde se les restringía la salida y libre circulación, fuera de estas dependencias, y en casos excepcionales, con un previo permiso podrían salir. Sin embargo, la ley 5683 de 1950, no regulaba cuáles debían ser los motivos para el ingreso del extranjero en dichos centros o dependencias policiales, la forma de la notificación de dicha decisión al interesado, el plazo y la duración de internamiento asimismo como su prorrogación. La ley, tampoco regulaba los recursos contra dicha medida, ni el derecho del interesado a tener abogado o interprete. Debido a tal falta de regulación, la mayoría de los recursos presentados ante los tribunales administrativos, fueron rechazados debido a que los tribunales justificaban, que en el Derecho administrativo no había regulación alguna al respecto. Ahora bien, teniendo en cuenta que dicha medida cautelar del internamiento de extranjeros presentaba el carácter administrativo, los tribunales administrativos debían estimar dichos recursos. Por tanto, en el Derecho interno turco, la interposición de un recurso contra una orden de expulsión ante los tribunales administrativos no interrumpía dicha orden, y tampoco existía un mecanismo eficaz de recursos contra las medidas cautelares de internamiento anteriormente señalados. Situaciones que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos calificó como de falta de claridad y transparencia de las regulaciones¹²²³. Motivos, por los cuales, el Tribunal (TEDH) en varias de sus sentencias concluyó la violación de varios

¹²²¹ SSTEDH caso Jabari contra Turquía, y asimismo, caso Keshmiri contra Turquía. Demanda núm. 22426/2010 de 17 enero 2012 (JUR 2012\14922).

¹²²² Ley de Residencia y Circulación de los Extranjeros en Turquía, nº 5683 de 15 de julio 1950.

¹²²³ STEDH, véanse el apartado 135 del caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía, demanda núm. 30471/2008, sentencia de 22 septiembre 2009. (JUR 2009\397105).

artículos, entre ellos, el artículo 5 del Convenio (CEDH) por parte de Turquía¹²²⁴. Ahora bien, analizando la nueva ley de extranjería Turca (LEPI 6458 de 4 abril de 2013), podemos observar que en la sección 4 de dicha ley, los artículos 52 a 60 regulan todo relacionado con la expulsión de los extranjeros. El artículo 53 de la LEPI 6458 regula la forma de la notificación del orden de expulsión a los extranjeros objeto de expulsión, que en dicha notificación se informa al extranjero el procedimiento de los recursos, el plazo y el órgano correspondiente al que puede interponer su recurso. Durante el plazo fijado para la interposición de los recursos, así como también durante el proceso judicial y la decisión judicial final en relación con la medida de internamiento, el extranjero pendiente de expulsión no será expulsado. El artículo 54 regula quienes serán objeto de expulsión y el artículo 55 regula a los extranjeros, quienes no pueden ser expulsados. El artículo 57 de la LEPI recoge, medidas cautelares del internamiento, los motivos, los plazos, la notificación de la medida tomada al interesado o a su abogado, derecho de asistencia letrada e interposición de recurso ante el tribunal penal. El artículo 58 regula el ingreso de los extranjeros, quienes sobre ellos pesan una orden de expulsión en los centros de internamiento, y el artículo 59 regula, los servicios prestados y las características de dichos centros. Antes de 2014, según el apartado 3 del artículo 53 de la LEOI 6458, la resolución del tribunal en relación con la interposición de los recursos contra la orden de expulsión era firme y contra la misma no cabía recurso ante un tribunal superior. Pero en 2014, mediante la ley 6545, se modificó la ley Penal y varias otras leyes, entre los que también se modificó el Derecho procesal administrativo, dejando vía libre para poder recurrir la resolución dictada por los tribunales correspondientes en relación con recursos interpuestos contra la decisión de la expulsión ante dichos tribunales, mediante el recurso de apelación en virtud del artículo 45¹²²⁵, del nuevo sistema introducido en el

¹²²⁴ SSTEDH, caso Asalya contra Turquía, demanda núm. 43875/2009, sentencia de 15 de abril de 2014; caso Z.N.S. contra Turquía, demanda núm. 21896/08, sentencia de 19 de enero de 2010; caso Dbouba contra Turquía, demanda num.15916/09), sentencia de 13 julio de 2010; caso Ahmadpour contra Turquía, demanda núm. 12717/08, sentencia de 15 Junio de 2010; caso Keshmiri contra Turquía, demanda núm. 22426/10, sentencia de 17 enero de 2012; caso contra Turquía, demanda núm. 46134/08, sentencia de 15 Febrero de 2011.

¹²²⁵ Ley Procesal Administrativa Turca, nº 2577 de 6/1/1982, publicado en “BOE» de Turquía 20/1/1982 num.17580. (İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU. Kanun Numarası: 2577. Kabul Tarihi : 6/1/1982.Yayımlandığı Resmî Gazete: 20/1/1982. Sayı : 17580. Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 21 Sayfa: 147).

procedimiento contencioso administrativo turco¹²²⁶. Sin duda, en el proceso de la preparación de la nueva ley de extranjería Turca (LEPI 6458), varios factores influyeron en dicha preparación, entre los que las sentencias del TEDH, tuvieron una relevancia importante¹²²⁷. Dichas sentencias ayudaron a detectar puntos de vulneración de derechos humanos, tanto en la legislación como la práctica en relación con asilado y refugiados. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el objetivo de las nuevas garantías que ofrece la LEPI 6458 (en vigor desde 28 de marzo de 2014), es conseguir la armonización con la jurisprudencia de TEDH y también impedir las apariciones de nuevas vulneraciones¹²²⁸.

4. Refugiados, asilados y la protección subsidiaria en el Derecho turco

Turquía ratificó en 1951 la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹²²⁹ de 28 de julio de 1951, formulando una reserva y declarando que Turquía entiende y acepta, de las palabras “acontecimientos ocurridos antes del primero de enero de 1951” señalados en el apartado B del artículo primero del convenio, como “acontecimientos ocurridos antes del primero de enero de 1951 en Europa”. Turquía con esta declaración, ha limitado el concepto de refugiado geográficamente. Turquía también firmó el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967 (Nueva York). En dicho protocolo retiró las restricciones geográficas y temporales de la Convención¹²³⁰. Aunque Turquía

¹²²⁶ Véanse el artículo de EKŞİ, Nuray., “sobre la nueva sistema de apelación en el derecho procesal administrativo y su efecto sobre la nueva ley de extranjería Turca (LEPI 6548)”, en *The Journal of Migration Studies*, num 1, enero- junio 2015, pp. 12 a 43. (EKŞİ, Nuray, “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi”. *GÖÇ ARAŞTIRMALARI DERGİSİ* Cilt: 1 • Sayı: 1 • Ocak- Haziran 2015 • ss. 12-43).

¹²²⁷ Véanse EKŞİ, Nuray., “Effects of the Judgments of the ECtHR on the Law on Foreigners and International Protection Concerning the Foreigners Whose Expulsion Process from Turkey Were Initiated as a Result of Rejection of their Asylum Applications”, en la Revista Türkiye Adalet Akademisi Dergisi n° 19 de 2014. www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-19.

¹²²⁸ Çiçekli, Bülent., *Yabancılar ve.....*, *op. cit.*, p.176; Respecto a este tema véanse también EKŞİ, Nuray., “COMPARISON OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S (ILC) 2014 DRAFT ARTICLES ON THE EXPULSION OF ALIENS WITH THE PROVISIONS OF THE LAW ON FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION AND TURKISH TRANSLATION OF THESE ARTICLES”, en la revista *MHB (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni)*, Yıl 33, Sayı 1, 2013. (revista de derecho internacional, año 33, num.1 de 2013). www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb. Asimismo, YILMAZOĞLU, Esat Caner., “Yabancıların Sinirdişi Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi” (Cautionary Judgment of Deportation at Constitutional Court of Turkey) en la *Revista DergiPark*, (dergipark.gov.tr/download/article-file/155580).

¹²²⁹ La Ley de verificación 359, *BOE turco* 108998, 05/09/1961, sobre adhesión de Turquía a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹²³⁰ PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967. Que en el párrafo 2 del artículo 1 dice lo siguiente “A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este

firmó dicho protocolo¹²³¹, aprovechó el artículo 7 del protocolo (relativo a reservas y declaraciones), y declaro que para Turquía las restricciones geográficas siguen siendo válidas y Turquía solo tiene obligación de reconocer el estatuto de refugiado en relación con los acontecimientos que ocurren en Europa.

Prácticamente hasta 1994, el Derecho turco no contaba con un reglamento específico para los refugiados, y las únicas disposiciones legales al respecto eran el convenio de los refugiados de 1951 de Ginebra y su protocolo adicional de 1967. En el año 1994 entra en vigor el Reglamento de refugiados y asilo¹²³², con el objetivo de regular los procedimientos y los procesos relativo al estatuto de los extranjeros que de forma legal o ilegal entran en Turquía en busca de solicitar asilo de forma individual o solicitando permiso para buscar asilo en otro país, o los movimientos de los extranjeros en masa en las fronteras de Turquía para pedir asilo o refugiado de forma colectiva. En el artículo 31 de dicho Reglamento se establece que sus fundamentos jurídicos son el convenio de los refugiados de 1951 y su protocolo adicional de 1967, ambos ratificados por Turquía. Además del Reglamento de 1994, existían circulares e instrucciones que el Ministerio del Interior publicó para aclarar las dudas y resolver los problemas relativo a los refugiados, los cuales no eran suficientes y en muchos casos generaban dudas relativo a su aplicación. Por este motivo en el año 2006, el Ministerio del Interior publicó la instrucción de aplicación nº 57 sobre los refugiados, para poner en un orden sistemático todas las circulares e instrucciones existentes hasta la fecha con la intención de facilitar su aplicación. Finalmente y por primera vez, el derecho de los refugiados y su estatuto jurídico, se regula mediante la ley de extranjería y la protección internacional 6458, la cual, en su capítulo 3, bajo el título de la “protección internacional”, dedica un espacio a los temas de refugiados y la protección internacional.

artículo, el término "refugiado" denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ..." y las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos", que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.

¹²³¹ Adhesión de Turquía al protocolo de 1967 sobre refugiados mediante la Decisión del Consejo de Ministros 6/10266 de 01/07/1968. *BOE turco* 12968, 05/08/1968. (1 Temmuz 1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kararlaştırılmıştır. Resmi Gazete 5 Ağustos 1968 tarih, sayı 12968).

¹²³² Reglamento de refugiado y asilo, Consejo de ministros 14/09/1994- 94/6169. *BOE turco* No: 30/11/1994 – 22127. (İltica sığınma Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi - No: 14/09/1994 - 94/6169. Dayandığı Kanun Tarihi - No: 29/08/1961 – 359. Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi - No: 30/11/1994 – 22127).

El artículo 91 de la LEPI sobre protección temporal indica que, aquellas personas que tuvieron la obligación de salir y abandonar su país y no puedan volver al país que han dejado, entrando de forma masiva en las fronteras de Turquía o cruzando en forma de tránsito, con la intención de buscar protección temporal urgente, se les concederá la protección temporal. En 2014, y en virtud del artículo 91.2 de la LEPI 6458, entra en vigor el Reglamento 6883/2014 sobre la protección temporal¹²³³, donde se regula lo relativo a los extranjeros obligados a abandonar su país, los que no puedan ser devueltos a su país de origen, los que con el fin de encontrar una protección inmediata y temporal se acercan a las fronteras de Turquía, los que cruzan dichas fronteras en tránsito y a los que no se evalúa su petición individual de protección internacional, regulando el procedimiento de adopción de dicho colectivo en Turquía, su permanencia en el país, sus derechos y deberes, la salida de Turquía, las medidas contra los movimientos de refugiados en masa y la cooperación entre las instituciones nacionales e internacionales¹²³⁴competentes en la materia. Los artículos 27 a 32 del reglamento regulan los derechos de asistencia sanitaria, educación y formación, al trabajo, las ayudas sociales, asistencia de intérprete y asuntos relativos a aduanas. Asimismo, todo lo relativo a los permisos de trabajo de los extranjeros a quienes se les reconoce la protección temporal, se regula mediante el Reglamento 2016/8375¹²³⁵ sobre los permisos de trabajo de los extranjeros bajo la protección temporal.

Teniendo en cuenta la postura de Turquía por la restricción geográfica anteriormente señalado (la declaración y reserva de Turquía en el convenio de Refugiados de 1951 y el protocolo de 1967), tanto el Reglamento de refugiados y asilo 6169/1994 como la Circular nº 57/2006 de instrucciones de aplicación sobre el proceso y procedimiento del refugiado y asilo, definen los términos de “asilo” y “refugiado” como dos conceptos diferentes relativo al estatuto jurídico que el Derecho turco reconoce a cada uno.

Como ya he señalado en el apartado anterior, dicho criterio relativo a refugiados y asilados por restricciones geográficas, también ha sido aceptado y repetido en la LEPI 6458. La ley de extranjería 6458/2013 cambia el término de “asilo” con el término de “refugiados

¹²³³ Reglamento 2014/6883 sobre la protección temporal. BOE turco 29153 de 22/10/2014. De acuerdo con el artículo 61 del Reglamento queda derogado el Reglamento de Refugiados y asilo de 6169 de 14/09/1994. (Geçici Koruma Yönetmeliği, Karar Sayısı: 2014/6883. Resmî Gazete, sayı: 29153. 22/10/2014).

¹²³⁴ Artículo 1 del Reglamento 2014/6883 sobre la protección temporal., *op. cit.*

¹²³⁵ Reglamento 2016/8375, permisos de trabajo de los extranjeros bajo la protección temporal. *BOE turco* 29594 de 15/01/2016. (Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik. Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 11/1/2016 No: 2016/8375. R.Gazetenin Tarihi: 15/1/2016 No: 29594).

condicionales”. Según establece la LEPI 6458, el concepto y alcance de la protección internacional de los refugiados se divide en 3 categorías, los refugiados (art. 61 Mülteci), refugiados condicionales (art.62 Şartlı Mülteci) y la protección subsidiaria (art. 63 İkincil Koruma).

El Refugiado (art. 61 Mülteci).

Según señala el artículo 61 de la LEPI 6458, después del proceso de determinación de la condición del extranjero, se les reconoce el estatuto de refugiado a aquellos extranjeros, que de acuerdo con el criterio de Derecho de extranjería turco sobre el estatuto de los refugiados puedan serlo. A modo de recordatorio, como ya he señalado antes, para el Derecho de extranjería turco, el estatuto de refugiado se limita solo a los acontecimientos que puedan ocurrir en los países europeos. Véanse análisis detallado de este tema en el epígrafe sobre “concepto de extranjero en el Derecho turco” de este mismo trabajo¹²³⁶.

Refugiados Condicionales (art.62 Şartlı Mülteci), asilado.

Como se ha señalado antes, la LEPI 6458, usa el término de “refugiado condicional” en lugar de asilo. El artículo 62 de la LEPI establece que después del proceso de determinación de la condición del extranjero, se le reconoce el estatuto de refugiado condicional a aquella persona que “por los acontecimientos que puedan ocurrir fuera de los países europeos por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política, pertenencia a un grupo social o temores fundados de ser víctima de persecuciones, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. A estos extranjeros se les permite residir durante un periodo razonable en Turquía, hasta que un tercer país les concede el estatuto de refugiado. Esto es, el estatuto de refugiado condicional se reconoce a aquellas personas que piden protección por motivo de los acontecimientos que puedan ocurrir en zonas geográficas, fuera de Europa. Para el Derecho de extranjería turco, el

¹²³⁶ Para más información véanse KAHYA NIZAM, Özlem., “The Refugee Appearance of Disadvantageousness in Turkey: Deserted Lives to “The God” without Rights” (Türkiye’de Dezavantajlılığın Mülteci Halleri: Haklardan Uzak “Hakk”a Bırakılmış Yaşamlar), en *Revista Toplum ve Demokrasi*, 11 (24), Temmuz-Aralık, 2017, pp. 185 a 200.

criterio para determinar el estatuto de refugiado o refugiado condicional es la restricción geográfica aplicada por el Derecho turco.

La Protección Subsidiaria (art. 63 İkincil Koruma).

En relación al estatuto de la protección subsidiaria en Derecho extranjero turco, la LEPI establece lo siguiente: aquellas persona que no entren en la categoría de refugiados ni refugiados condicionales, pero que si regresan a su país de origen o país de residencia pueden ser a) condenados a pena de muerte o sufren el riesgo de su ejecución material; b) objeto de tortura y tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; c) que existen amenazas graves contra su vida o la integridad física motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno, y a causa de dichos temores, no pueda o no quiera acogerse a la protección del país de su nacionalidad o de residencia, y después del proceso de determinación de la condición del extranjero, se les concede el derecho a la protección subsidiaria. En virtud del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951, relativo a la prohibición de la devolución de los extranjeros, la LEPI 6458 en los artículos 4 y 55 establece criterios con efecto protector que sirve como garantías para los refugiados, refugiados condicionales o aquellos con derecho a la protección subsidiaria. El artículo 4 de la LEPI 6458 dice lo siguiente: “en virtud de dicha ley nadie será enviado de vuelta en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

Según establece el artículo 55.1 a) de la LEPI 6458, no se dicta orden de expulsión, a los extranjeros, incluso aquellos recogidos en el artículo 54 de la LEPP 6458, que pueden ser objeto de expulsión según los motivos señalados en dicho artículo, “cuando haya razones fundadas, que el país al que extranjero va a ser expulsado, o exista el riesgo de ser sometido a la pena de muerte, tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradante”. Así como algunas disposiciones que impide la expulsión de los extranjeros por motivos humanitarios, tales como, problemas grave de salud, embarazos, víctimas de trata de personas, etc.¹²³⁷.

¹²³⁷ Véanse los apartados 1 b), c), ç), y d) del artículo 55 de la LEPI 6458.

De esta forma, y conforme a la Convención de 1951 y del Derecho internacional consuetudinario, “el principio de no devolución” queda regulado en la nueva ley de extranjería turca¹²³⁸.

5. Emigrantes en el Derecho turco

Todo los asuntos en materia de inmigración e inmigrantes en el Derecho turco, se regula, entre otros y más importantes, en la Ley de Asentamiento 5543 de 19/9/2006¹²³⁹, el Reglamento de aplicación de la Ley de Asentamiento de 2007¹²⁴⁰ y la Ley de Pasaporte. La Ley de Asentamiento 5543(de aquí adelante la L.A. 5543) define al emigrante, como aquellas personas de ascendencia o etnia turca y con vínculos culturales, quienes tienen la intención de asentarse en Turquía, ya sea de forma individual o de forma colectiva¹²⁴¹. Como podemos observar, para el Derecho turco “emigrante”, es un concepto estricto, por lo que su reconocimiento está vinculado a que la persona sea de ascendencia o etnia turca, esté vinculado a la cultura turca y que entra en Turquía con la intención de asentarse y vivir en el país. La ley no reconoce como emigrantes a los extranjeros que no son de ascendencia o etnia turca, o los que no están vinculados a la cultura turca, así como aquellos extranjeros que han sido expulsados de Turquía, aunque sean de ascendencia, etnia o cultura turca y finalmente los que presentan un peligro para la seguridad del país¹²⁴². La L.A. 5543, divide a los emigrantes en 4 categorías, según las características que presenta cada uno de ellos:

Los emigrantes libres o independientes (Serbest Göçmen), son aquellos extranjeros de ascendencia o etnia turca y con vínculos culturales, quienes tienen la intención de asentarse en Turquía, ya sea de forma individual o de forma colectiva, que les permite

¹²³⁸ BAYATA CANYAŞ, Ash., “Questioning the Applicability Conditions of Non-Refoulement Regulated in the Law on Foreigners and International Protection Within the Framework of ECHR Judgments” (“Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”), en *Revista Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, (HFD), 5(1) 2015, 1–90, pp. 73 a 90. www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/C5S1tammetin.pdf.

¹²³⁹ La Ley de Asentamiento turco 5543 de 19 de septiembre de 2006. BOE turco 26301 de 26 de septiembre 2006. (İskân Kanunu, No. 5543-19/9/2006. Resmî Gazete: 26 Eylül 2006 Sali, Sayı: 26301).

¹²⁴⁰ Reglamento de la Aplicación la Ley de Asentamiento, BOE turco 26718 de 2007. (İskân Kanunu Uygulama Yönetmeliği, Resmî Gazete: 2 Aralık 2007 Pazar, Sayı: 26718).

¹²⁴¹ Artículo 3 d) de la Ley de Asentamiento turco 5543.

¹²⁴² Artículo 4 de la Ley de Asentamiento turco.

entrar en Turquía con la condición de asentarse en el país con sus propios medios sin pedir ayuda alguna al Estado turco para su asentamiento¹²⁴³.

Los emigrantes asistidos (İskanlı göçmen), son aquellos extranjeros de ascendencia o etnia turca y con vínculos culturales, que el gobierno, mediante normas específicas y con la intención de asentarles en Turquía les trae de fuera, facilitando terrenos¹²⁴⁴ para su asentamiento.

Los emigrantes individuales (Münferit göçmen), son de ascendencia o etnia turca y con vínculos culturales, quienes con la intención de asentarse en el país, entran en Turquía de forma individual o como una familia¹²⁴⁵.

Y finalmente los emigrantes colectivos (Toplu göçmen), son aquellas personas de ascendencia o etnia turca y con vínculos culturales, que de forma colectiva y mediante un acuerdo entre Turquía y otro país, entran en Turquía con la intención de asentarse en él¹²⁴⁶. El artículo 17 de la L.A., regula a los miembros de la familia emigrante, a quienes están sujetos a dicha ley y como el miembro de la familia del emigrante podrán asentarse en el país. Según el artículo 17 de la L.A. 5543, estas familias son: los cónyuges (marido y esposa), los hijos solteros y sus padres, los hijos casados, los nietos casados y las viudas y viudos sin hijos y los hermanos siendo huérfanos. Los artículos 34 a 37 de LA 5543 regulan las exenciones que se reconoce a dichos colectivos, tales como, quedar exento del servicio militar obligatorio, asimismo quedar exento de las tasas e impuestos aduaneras y fiscales.

III. LA LEY DE EXTRANJERIA Y LA PROTECCION INTERNACIONAL N° 6458 DE 04/04/2013 Y SU REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE 2016

1. Objetivo y alcance de la ley

En cumplimiento de las prioridades y condiciones para la adhesión de Turquía a la Unión Europea, Turquía publicó la aplicación del plan de acción nacional turco sobre el asilo,

¹²⁴³ Artículo 3 e) de la Ley de Asentamiento turco.

¹²⁴⁴ Artículo 3 f) de la Ley de Asentamiento turco.

¹²⁴⁵ Artículo 3 g) de la Ley de Asentamiento turco.

¹²⁴⁶ Artículo 3 ğ) de la Ley de Asentamiento turco.

refugiado y migración de 2004¹²⁴⁷ para la adaptación del acervo de la Unión Europea sobre asilo y migración¹²⁴⁸ en el Derecho turco. Por consiguiente, Turquía elaboró la primera ley de carácter específica para los extranjeros, la Ley de Extranjería y Protección Internacional (LEPI) 6458 de 2013, en la que regula el Derecho de extranjería de una forma sistemática y actualizada en lugar de las diferentes normativas anticuadas existentes hasta la fecha. Dicha ley también regula la situación de los refugiados y asilados que hasta la fecha solo estaban regularizadas mediante las disposiciones administrativas.

El objetivo de la LEPI 6458, es regular todo el procedimiento relativo a la entrada, permanencia y la salida de los extranjeros del país¹²⁴⁹. Así como también regular la protección internacional solicitada por los extranjeros, la protección temporal, la protección de víctimas de la trata de personas, el alcance de las protecciones concedidas y el proceso y el procedimiento de aplicación del mismo. En virtud del artículo 103 de la LEPI 6458 de 2013, en este mismo año, fue creada la Dirección General de Migración¹²⁵⁰ con el fin de elaborar las políticas y estrategias migratorias y llevar a cabo los procesos necesarios para su aplicación, asegurando así, la coordinación entre las instituciones gubernamentales y las organizaciones implicadas en materia de migración. El artículo 121 de la LEPI 6458, establece que los procesos y procedimientos de la aplicación de la ley se determinarán mediante el reglamento correspondiente. Esto dio lugar a la aprobación del reglamento de la aplicación de la LEPI 6458 que entró en vigor en 17 de marzo de 2016. Según se establece en el artículo 1 de la LEPI 6458, el objetivo de dicha ley es regular las normas y procedimientos relativos a la entrada, estancia y salida de los extranjeros de Turquía, regular las normas de protección, el alcance y aplicación del mismo que han de ser concedidas a las personas que la soliciten, la creación de la Dirección General de Migración, así como su desarrollo y regulación del funcionamiento, competencia y responsabilidades del mismo. El artículo 2 de la LEPI 6458 establece el ámbito de aplicación de la ley, donde indica que dicha ley incluye los procesos sobre los asuntos de

¹²⁴⁷ www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf.

¹²⁴⁸ Véanse la Decisión del Consejo 2003/398/CE de 19 de mayo de 2003, relativa a los principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones contenidos en la Asociación para la Adhesión de Turquía, «DOUE», L 145 de 12/06/2003. “Adoptar y cumplir el acervo y las mejores prácticas de la UE sobre migración (admisión, readmisión, expulsión) con objeto de prevenir la inmigración ilegal”.

¹²⁴⁹ Véanse, ERTEN, Rifat., “A general overview of foreigners and international protection act” en *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIX, Y. 2015, Sa. 1. En webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/19_1_1.pdf

¹²⁵⁰ Para más información véanse la página web de la Dirección General de Inmigración en, www.goc.gov.tr

los extranjeros en las fronteras, pasos fronterizos o concesión de la protección internacional a los extranjeros que se encuentran en Turquía y solicitan la protección de forma individual, así como también proporcionar la protección temporal a los extranjeros que tuvieron la obligación de abandonar su país y no pueden volver a él o, a los extranjeros que llegan de forma colectiva. El apartado 2 del artículo 2 de la LEPI 6458 señala que “la aplicación de la presente ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que Turquía es parte”.

2. Entrada y salida de Turquía

El artículo 1 de la ley de pasaporte¹²⁵¹ establece que los ciudadanos turcos y los extranjeros que pretenden entrar o salir del territorio turco deberán hacerlo por los puestos que mediante la aprobación del consejo de ministros y a propuesta del Ministerio del Interior han sido habilitados al efecto. La LEPI 6458 en su artículo 5 establece que, la entrada y salida de Turquía se efectuará por los puestos fronterizos, con el pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin. El artículo 5 del reglamento de la aplicación de la LEPI 6458 de 2013, señala lo mismo, pero añade que el Ministerio del Interior tomara las medidas necesarias contra cualquier obstáculo que impida la aplicación de las disposiciones generales de esta ley a los extranjeros que en las fronteras solicitan la protección internacional. Según el artículo 2 de la ley de pasaporte, los ciudadanos turcos y los extranjeros, a la hora de entrar o salir del país deben presentar su pasaporte o documento en vigor que acredite su identidad a las autoridades policiales que se encuentran en los puestos fronterizos¹²⁵².

A los siguientes extranjeros no se les autoriza la entrada en Turquía: los extranjeros que carecen de pasaporte, documento de viaje en vigor, visado, permiso de residencia, permiso de trabajo, o a los que disponen dichos documentos pero son falsos o que han conseguido de forma ilegal¹²⁵³. Tampoco se autoriza la entrada de los extranjeros que no disponen de un pasaporte o documento sustitutivo en vigor con una validez superior a 60 días a partir

¹²⁵¹ Ley de pasaporte 5682.

¹²⁵² Ley de Pasaporte 5682; También el artículo 6 (control de pasaporte y los documentos) de la LEPI 6458,

¹²⁵³ Artículo 7.1 a) de la LEPI 6458; véanse también el artículo 8 del RELEPI de 2016.

de la expiración del visado, permiso de residencia o los que están exentos de visado¹²⁵⁴. Todo el procedimiento relativo a la denegación de la autorización para entrar en Turquía (marcados en el artículo 7 de la LEPI 6458), se notificara al interesado. La notificación deberá contener la información necesaria, que permita al extranjero poder ejercer su derecho de apelación contra el acto o la decisión tomada, de la forma más eficaz, así como la información sobre derechos y obligaciones que el extranjero tendrá durante el proceso de la apelación del mismo¹²⁵⁵.

Se considerará prohibida la entrada de los extranjeros y se les impedirá el acceso al territorio turco, si previamente han sido expulsados de Turquía¹²⁵⁶. La decisión de prohibición de entrada será adoptada por la dirección general de inmigración o la gobernación. Aquellos extranjeros, a los que se les ha vencido la duración de su visado o la validez de su permiso de residencia. En caso de que dichos extranjeros se presenten voluntariamente ante las autoridades de la gobernación para tramitar su salida de Turquía, antes de ser detectado por las autoridades, la prohibición de entrada en territorio turco será por un plazo máximo de un año¹²⁵⁷, así también como aquellos extranjeros que se encuentran fuera y no han entrado en el país, y se valore que su entrada en Turquía sería perjudicial para el país, por razones de orden público o seguridad y salud pública, se les prohíbe su entrada en Turquía¹²⁵⁸. Como regla general, la prohibición de la entrada en territorio turco para los extranjeros es de 5 años, sin embargo, en caso de que exista una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, la dirección general de migración podrá renovar dicho plazo hasta un máximo de diez años¹²⁵⁹. Asimismo la Dirección General de Inmigración podrá anular la prohibición de entrada, o mantener la validez del mismo, y sin perjuicio de éste, permitir que el extranjero entre en el país durante un tiempo determinado.

¹²⁵⁴ Artículo 7.1 b) de la LEPI 6458.

¹²⁵⁵ Artículo 7.2 de la LEPI 6458.

¹²⁵⁶ Artículo 9.2 de la LEPI 6458.

¹²⁵⁷ Artículo 9.4 de la LEPI 6458.

¹²⁵⁸ Artículo 9.1 de la LEPI 6458.

¹²⁵⁹ Véanse el artículo 9 de la LEPI; Los artículos 7 y 8 del Reglamento de la aplicación de la LEPI 6458 de 17 de marzo de 2016.

Así también, la entrada de algunos extranjeros en Turquía, por razones de orden público o la seguridad pública, está condicionada a la exigencia de previa autorización de la Dirección General de Inmigración para poder entrar en el país¹²⁶⁰.

En relación con la notificación de la prohibición de entrada en Turquía, el artículo 10 de la LEPI 6458, establece lo siguiente: la notificación de la prohibición de entrada a los extranjeros señalados en el párrafo primero del artículo 9 (LEPI), se hará por la autoridad competente en los puestos fronterizos cuando vayan a entrar en Turquía. La notificación de la prohibición de entrada a los extranjeros señalados en el párrafo segundo del artículo 9 se efectuará por las autoridades de la gobernación (gobiernos provinciales). La notificación deberá contener la información necesaria, que permita al extranjero poder ejercer su derecho de apelación contra el acto o la decisión tomada, de forma más eficaz, así como la información sobre derechos y obligaciones que el extranjero tendrá durante el proceso de la apelación.

3. Visados, procedimiento y los órganos competentes

Los extranjeros además de disponer de un pasaporte o documento de viaje en vigor, deberán tener visado correspondiente para poder entrar en Turquía. La LEPI se establece que los extranjeros con intención de permanecer en Turquía por un período de 90 días, deben solicitar el visado alegando motivos, en el consulado de Turquía en su país de origen o en el país donde tiene su residencia legal. La duración de permanencia en Turquía, con visado o los que están exentos de visado no puede exceder una estancia máxima de 90 días dentro de cualquier período de 180 días¹²⁶¹. La valoración de la solicitud de visado estará condicionada a la presentación de los documentos de conformidad con los requisitos del procedimiento para la aplicación de visado. La obtención de visado no confiere un derecho absoluto para entrar en Turquía¹²⁶².

En general los visados serán expedidos en los consulados de Turquía, pero en casos excepcionales, también se concede visado por las autoridades competentes de la

¹²⁶⁰ Artículo 9.7 de la LEPI 6458.

¹²⁶¹ El artículo 11 de la LEPI 6458.

¹²⁶² Artículo 11.3 de la LEPI.

gobernación en los puestos fronterizos¹²⁶³. En caso que un extranjero llegue a un puesto fronterizo sin haber obtenido anteriormente un visado, se les puede emitir un visado siempre y cuando garanticen su salida de Turquía dentro del plazo correspondiente. Dicho visado deberá ser expedido por las autoridades competentes de la provincia a cargo de los puestos fronterizos. A no ser que se indique otro plazo diferente por el consejo de ministros, dicho visado dará el derecho al interesado permanecer por un plazo máximo de 15 días en Turquía. En caso de emitir un visado por razones humanitarias en las fronteras, se puede descartar que el interesado disponga de un seguro médico¹²⁶⁴. Las solicitudes de visados presentadas en los consulados serán concluidas y respondidas a los interesados en un plazo de 90 días. Dicho plazo comienza desde el momento que el interesado completa los documentos requeridos. Las embajadas de Turquía pueden emitir visados a aquellas personas con cargos diplomáticos. Asimismo excepcionalmente y teniendo en cuenta los intereses nacionales, también pueden emitir visados a aquellos extranjeros que pueden ser beneficiosos para interés del país. Dichos visados serán gratuitos e inmediatamente serán notificados por parte de la embajada al Ministerio del Interior y al Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con los procedimientos generales de expedición de visados¹²⁶⁵. El formulario de la solicitud de visa se rellena y completa de forma separada e individual para cada solicitante, y a la hora de presentar dicha solicitud, el extranjero debe entregar los documentos y las informaciones requeridas según el tipo de visado solicitado. En caso de no completar los documentos requeridos en el plazo señalado para ello, no se valora dicha solicitud¹²⁶⁶.

a) Exención de visado

Según el artículo 10 del RELEPI de 2016, a los siguientes extranjeros no se les exige visado a la hora de entrar en Turquía: los extranjeros con un permiso de residencia o de trabajo válido en Turquía; los extranjeros señalados en el artículo 28 de la ley de Nacionalidad turca 5901 de 29/05/2009; los trabajadores oficiales de las embajadas o

¹²⁶³ Artículo 11.4 de la LEPI.

¹²⁶⁴ Artículo 13 (visados en fronteras) de la LEPI. El artículo 15 del RELEPI de 2016, regula ampliamente los visados emitidos en las fronteras turcas.

¹²⁶⁵ Apartado 5 y 6 del artículo 11 la LEPI.

¹²⁶⁶ Artículo 12 (solicitud de visado) del RELEPI de 2016.

consulados, así como sus cónyuges, los hijos a cargos y los familiares; los representantes de las organizaciones internacionales que trabajan en Turquía de acuerdo con los tratados que regulan su estatuto; de acuerdo con el artículo 50 de la LEPI 6458, los extranjeros con el documento de identificación para apátridas; en el marco de la aplicación de régimen de protección internacional, los extranjeros que disponen de un “certificado de registro válido”, “documento de identificación de la solicitud de la protección internacional” o los que disponen de documentación al que acredite su estatuto como tal; de acuerdo con el artículo 91 de la LEPI 6458, los que disponen de un protección temporal¹²⁶⁷. Así como también a los extranjeros, ciudadanos de un país al que están exentos de la obligación de tener visado de acuerdo con los tratados en los que Turquía es parte o por cumplimiento de una decisión del consejo de ministros, a los extranjeros que en virtud del artículo 18 de la ley de Pasaporte 5682 de 15/7/1950, son titulares de un pasaporte especial estampado para los extranjeros concedidos por el Ministerio del Interior en casos necesarios. Dicho pasaporte no confiere al extranjero el derecho de ciudadanía turca. Aquellos extranjeros que en virtud de la Ley de Asentamiento turco 5543¹²⁶⁸ dispongan de la documentación que acredite su estatuto como migrante en Turquía. Así también el artículo 14 del RELEPI 6458 de 2016 establece los casos excepcionales donde los extranjeros quedan exentos de la obligación de tener visado. Según el artículo 14 de RELEPI de 2016, a los extranjeros que son pasajeros de los medios de transporte que debido a condiciones climáticas, los accidentes, los errores y problemas técnicos que puedan ocurrir en dichos medios y los problemas de salud, se ven obligados de usar los puertos aéreos o marítimos del país, se les permite entrar en Turquía por un período de 15 días. En caso de la existencia de enfermos que necesitan intervención médica de urgencia en dicho medios de transportes, solo se permite la entrada del enfermo y su acompañante¹²⁶⁹. También se permite entrar por un tiempo máximo de 72 horas a los extranjeros que llegan a los puertos marítimos como turistas, y se informa a las autoridades competentes y las fuerzas de seguridad para tomar medidas contra posibles problemas, en lo relativo al orden público y la seguridad pública¹²⁷⁰. Turquía también ha firmado acuerdos sobre supresión recíproca del requisito de visado con varios países, donde permite a los ciudadanos del país que forma parte del

¹²⁶⁷ Artículo 10.2 del RELEPI de 2016.

¹²⁶⁸ Ley de Asentamiento (turco) 5543 de 19/9/2006.

¹²⁶⁹ Los apartados 1 y 2 del artículo 14 del RELEPI de 2016.

¹²⁷⁰ El artículo 14.3 RELEPI.

acuerdo con Turquía, permanecer en Turquía por un tiempo determinado máximo de 2 a 3 meses y sin finalidad lucrativa.

b)Tipos de visados

Visado de turismo: Se concede a aquellos extranjeros que quieren viajar a Turquía en calidad de turista, una visita oficial, de negocios, conferencias, seminarios, reuniones, festivales, ferias, exposiciones, eventos deportivos o con la intención de venir a participar en los eventos culturales y artísticos¹²⁷¹.

Visado de tránsito: En cualquier puesto de frontera, se le dará a los extranjeros que quieren atravesar el territorio de Turquía durante un período de tiempo especificado. Dicho plazo y la validez de visado empieza desde la entrada en Turquía¹²⁷².

Visado de tránsito aeroportuario: Los extranjeros que quieren realizar tránsito a través de Turquía, podrán ser obligados a obtener un visado de tránsito aeroportuario. Visados de tránsito aeroportuario son emitidos por los consulados de Turquía y debe ser utilizado en un plazo máximo de seis meses¹²⁷³. Dicho visado se concede solo a los extranjeros que quieren hacer escala en las fronteras aéreas turcas sin entrar en Turquía¹²⁷⁴.

Visado de estudio: Se concede a personas que deseen cursar estudios, actividades de investigación o formación, participación en un programa de intercambio de alumnos o realizar un curso de idioma turco¹²⁷⁵.

Visados de trabajo: Se concede a los extranjeros que no están incluidos en el artículo 55 del reglamento de la aplicación de la ley de permisos de trabajo para los extranjeros¹²⁷⁶, y que vienen a Turquía con intención de trabajar¹²⁷⁷.

¹²⁷¹ Artículo 11.1 a) RELEPI.

¹²⁷² Artículo 11.1 b) RELPI.

¹²⁷³ Artículo 14.1 de la LEPI 6458; Así también el artículo 16 de la RELEPI, que ampliamente regula el visado transito aeroportuario.

¹²⁷⁴ Artículo 11.1 c) RELPI.

¹²⁷⁵ Artículo 11.1 ç) del RELEPI.

¹²⁷⁶ La Ley del Permiso de Trabajo para los Extranjeros 4817 de 27/02/2003. *BOE* turco 25040 de 06/03/2003. Asimismo el Reglamento de la aplicación de la Ley del Permiso de Trabajo para los Extranjeros, *BOE* 25214 de 29/08/2003. (Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun 4817. Kabul Tarihi: 27/2/2003. Yayınlandığı R.Gazete: Tarih: 6/3/2003 Sayı: 25040). Resmi Gazete Tarihi: 29.08.2003 Resmi

Visados de funciones oficiales: Se concede a los extranjeros con cargos diplomáticos o a los que tienen un cargo oficial.

Otros visados: Excepto de los motivos señalados anteriormente (los visados señalados en el artículo 11.1 (a), (b), (c), (ç), (d), (e) del RELEPI de 2016), este tipo de visados se concede a los extranjeros que vienen a Turquía con la intención de participar en una excavación arqueológica, por motivos de investigación, rodaje de películas o documentales, tratamiento médico, acompañante del otra persona, por reagrupación familiar, ayuda humanitaria o como transportista¹²⁷⁸. En los visados debe reflejar la intención del extranjero para viajar a Turquía. En caso de los visados emitidos para los emigrantes por libre (emigrantes que solicitan visado de forma individual e independiente), en virtud del apartado primero del artículo 5¹²⁷⁹ de la ley de asentamiento turco 5543 de 2006, y de acuerdo con las cuestiones y requisitos específicos regulados en dicho artículo, a estos visados se aplicarán los criterios marcados por el Ministerio del Interior y del Ministerio de Asuntos Exteriores¹²⁸⁰.

c) Denegación y cancelación de visado

El artículo 15 de la LEPI 6458 regula los motivos de la denegación de visado. Según establece dicho artículo, se denegará el visado a los extranjeros que no posean un pasaporte o un documento de viaje con una validez de al menos sesenta días más que el período de visa solicitada; a los extranjeros que su entrada en Turquía está prohibida; a los que se consideran como un peligro para el orden público o la seguridad pública; tengan una enfermedad que sea considerada como una amenaza contra la salud pública, según el artículo 17.2 del RELEPI de 2016. Para saber si un enfermedad es considerada como una amenaza publica, se tendrá en cuenta la ley de salud pública (turca) 1593 de 24 de abril de 1930, asimismo el Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la

Gazete Sayısı: 25214; (Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği. Resmi Gazete Tarihi: 29.08.2003 Resmi Gazete Sayısı: 25214)

¹²⁷⁷ Artículo 11.1 d) RELEPI.

¹²⁷⁸ Artículo 11.1 f) RELEPI.

¹²⁷⁹ Visados, que según establece el apartado 1 del artículo 5 de la Ley de Asentamiento (turco) 5543 de 19 de septiembre de 2006.se concede a aquellos extranjeros, quienes están vinculados a la cultura turca o de ascendiente.

¹²⁸⁰ Artículo 11.3 RELEPI.

Salud. En virtud de los acuerdos o tratados en los que Turquía es parte, los extranjeros que sean sospechosos o condenados por un delito o delitos objeto de extradición; quienes carezcan de un seguro médico válido que les cubra durante la duración prevista de la estancia en Turquía; los extranjeros que no pueden justificar razonablemente su propósito de entrada, tránsito o su estancia en Turquía; quienes carezcan de medios económicos o regulares durante la duración de su estancia en Turquía; los extranjeros que en virtud de la ley sobre procedimiento de cobro de deudas públicas 6183 de 21 de julio de 1951, tengan deudas y se niegan a pagar las multas administrativas por las infracciones cometidas o por las deudas o sanciones a las que hayan sido condenados según la ley de Código Penal de Turquía 5237 del 26 de septiembre de 2004. Si la entrada de un extranjero se considera beneficiosa para el país, se puede otorgar un visado y facilitar su entrada con la aprobación del Ministro del Interior, a pesar de que la persona esté incluida en uno de los supuestos de denegación de visado¹²⁸¹.

En caso de que surjan los motivos señalados en la ley, los visados podrán ser anulados por las autoridades competentes que hayan expedido el visado¹²⁸². Según la normativa¹²⁸³, cuando se determina que exista un fraude; cualquier tipo de manipulación o alteración en el visado como borrado, raspadura, etc.; cuando existe una prohibición de entrada en Turquía contra el extranjero que es titular de visado; cuando existan fuertes sospechas de que el extranjero pueda cometer delitos; cuando el pasaporte o documento de viaje carezca de validez o sea falso; que el titular de visado o el extranjero que está exento de visado, que lo utilicen con otro propósito diferente, contrario a lo que se justificó para su obtención; en los casos en que sea evidente que los documentos o las condiciones fundamentales que se exige para la expedición de visados no se encuentran vigentes o carezcan de validez. Asimismo también el visado será cancelado, en caso de que se tome una decisión de expulsión contra el extranjero durante el periodo de validez de su visado¹²⁸⁴. El artículo 17 de la LEPI 6458 indica que, la decisión de denegación o la cancelación del visado deben ser notificadas al solicitante.

¹²⁸¹ Artículo 15.2 de la LEPI 6458.

¹²⁸² Artículo 12.6 del RELEPI 2016.

¹²⁸³ Artículo 16 (motivos de cancelación de visado) de la LEPI.

¹²⁸⁴ Artículo 16.2 de la LEPI 6458.

4. Residencia y estancia en Turquía

Los extranjeros que tengan la intención de permanecer en Turquía por un tiempo superior al de la validez de su visado o el tiempo que se les reconoce para permanecer en el país sin visado, deberán tener o solicitar un permiso de residencia. Los artículos 19 al 49 del capítulo segundo de la LEPI 6458, se ocupan de forma completa de los permisos de residencia y permanencia de los extranjeros en Turquía. Asimismo los artículos 19 al 46 del RELEPI de 2016 regulan los procedimientos y los requisitos exigidos para solicitar y obtener un permiso de residencia. Según el artículo 19 del RELEPI, excepto aquellos extranjeros que están exentos de la obligación de tener el permiso de residencia, los extranjeros que tengan la intención de permanecer en Turquía por un tiempo superior de la validez de su visado o el tiempo que se les reconoce para permanecer en el país sin visado o permanecer más de 90 días, deben solicitar el permiso de residencia¹²⁸⁵. El artículo 20.1 del RELEPI de 2016, regula las condiciones para permanecer en Turquía si se necesita tener un permiso de residencia. Según dicho artículo, los siguientes extranjeros están exentos de la obligación de tener un permiso de residencia: aquellos extranjeros que disponen de un visado o están exentos de visado por un tiempo determinado que no supera los 90 días, los extranjeros con el documento que acredite su estatuto como apátrida, los funcionarios y representantes diplomáticos y consulares, los familiares del personal de las misiones diplomáticas y oficinas consulares cuyo nombre hayan sido notificados al Ministerio de Relaciones Exteriores, así también como los funcionarios y representantes destinados en Organizaciones internacionales con sede en Turquía cuyos estatutos se determinan mediante los acuerdos en los que sea parte Turquía, entre otras excepciones¹²⁸⁶.

La solicitud de permiso de residencia debe ser presentada personalmente por el extranjero, en los consulados de Turquía en el país de nacionalidad o residencia legal del extranjero. En caso de la falta de los documentos o requisitos exigidos para la tramitación del permiso de residencia, se notificará al interesado los documentos que faltan y el trámite de la evaluación de la solicitud se interrumpe hasta la presentación de los documentos requeridos. Las resoluciones sobre las solicitudes de permiso de residencia serán

¹²⁸⁵ Véanse el artículo 19 de la LEPI y el artículo 19 de su Reglamento (RELEPI de 2016).

¹²⁸⁶ Véanse los apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 del RELEPI de 2016.

notificadas a los interesados en un plazo de noventa días¹²⁸⁷. Los permisos de residencia obtenidos por los consulados de Turquía, deben ser utilizados dentro de 6 meses, en caso contrario perderán su validez¹²⁸⁸. Los extranjeros que entran en Turquía con un permiso de residencia y trabajo obtenido en los consulados de Turquía, deberán registrarse en el sistema de registro de direcciones, en un plazo máximo de 20 días hábiles a partir de la fecha de la entrada en el país¹²⁸⁹. La denegación de la solicitud del permiso de residencia y los procedimientos a seguir se notificará al interesado.

La regla general para solicitar el permiso de residencia es a través de los consulados de Turquía en el país de nacionalidad o residencia legal del extranjero, pero existen circunstancias excepcionales por las que el extranjero pueda solicitar dicho permiso en Turquía. El artículo 22 de la LEPI establece que: excepcionalmente se puede solicitar el permiso de residencia ante las autoridades competentes de la gobernación en los siguientes casos:

Por las decisiones o demandas administrativas o judiciales; cuando la salida de extranjero (de Turquía) no sea posible o razonable; en caso de permiso de residencia de larga duración; permiso de residencia de estudiantes; permisos de residencia por motivos humanitarias; permiso de residencia de las víctimas de trata de personas; por el cambio de un permiso de residencia familiar a un permiso de corto duración; por la solicitud de un permiso de residencia para un hijo nacido en Turquía presentado por el padre o madre residente legal en Turquía, entre otros motivos. Todo lo relativo a los procesos de valoración de una solicitud de permiso de residencia presentado en Turquía es competencia de las gobernaciones. Las gobernaciones, a la hora de denegar una solicitud, o rechazar la renovación o cancelación de un permiso de residencia, deben tener en cuenta, factores como los vínculos familiares del extranjero en Turquía, la duración de la residencia, la situación del extranjero en su país de origen y el interés superior del menor¹²⁹⁰. La resolución sobre la denegación de una solicitud, el rechazo a su renovación o la cancelación de un permiso de residencia deberá ser notificada al extranjero, a su representante legal o a su abogado. En dicha notificación se incluirá la información

¹²⁸⁷ Artículo 21 de la LEPI 6458.

¹²⁸⁸ Artículo 19.5 del RELEPI 2016.

¹²⁸⁹ Artículo 26.2 de la LEPI.

¹²⁹⁰ Artículo 25.1 de LEPI.

necesaria para que permita al extranjero poder ejercer su derecho de apelación contra el acto o la decisión tomada, de forma más eficaz, así como la información sobre derechos y obligaciones que el extranjero tendrá durante el proceso de la apelación¹²⁹¹.

5. Tipos del permiso de residencia

El artículo 30 de la LEPI 6458, y el artículo 27 de su reglamento de 2016 regulan los tipos de permiso de residencia. Los extranjeros que tienen intención de residir en Turquía, alegando los motivos correspondientes pueden solicitar uno de los siguientes permisos de residencia:

El permiso de residencia de corta duración puede concederse por los siguientes motivos: por investigaciones científicas; por disponer los bienes inmuebles en Turquía; para establecer un negocio o establecer contactos comerciales; los extranjeros que entran en Turquía para cursar o ampliar sus estudios o actividades similares, en virtud de los acuerdos que Turquía es parte o programas de intercambio de alumnos; permanencia por razones turísticas; por razones de tratamiento médico con la condición de que su enfermedad no presenta un riesgo para la salud pública o participar en cursos de lengua turca, entre otros razones¹²⁹². Los permisos de residencia de corta duración se expedirán, cada vez por un plazo máximo de un año. Los artículos 32 de la LEPI y 28 de su reglamento de 2016 establecen los requisitos exigidos para la obtención del permiso de residencia de corta duración. Entre estos requisitos se encuentra la acreditación de que se dispone de un alojamiento que de acuerdo con las normas, cumple las condiciones y estándares de seguridad y salud, presentar certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades competentes de su país de origen o del país donde tiene su residencia legal.

En caso de no cumplir las condiciones exigidas previstas en el artículo 32 de la LEPI, serán denegadas las solicitudes de permiso de residencia temporal. El permiso de

¹²⁹¹ Artículo 25.2 LEPI.

¹²⁹² Véanse el artículo 31.1 de LEPI y artículo 28 de su Reglamento (RELEPI) de 2016 donde ampliamente regula el permiso de residencia de corto duración.

residencia de corta duración también puede ser cancelado o denegada su renovación por los motivos que establece el artículo 33 de la LEPI¹²⁹³.

El permiso de residencia familiar (permiso de residencia por reagrupación familiar), está regulado en los artículos 34 a 37 de la LEPI y los artículos 30 a 34 del RELEPI de 2016. Lo analizaremos con más detalle en los siguientes apartados.

El permiso de residencia estudiantil, se concede a los extranjeros que tiene intención de cursar los estudios superiores de licenciaturas, masters, doctorado o estudios postgrados en un centro de enseñanza superior en Turquía. Asimismo también a los extranjeros que con el permiso de sus padres, tutor o su representante legal vayan a cursar en los instituciones educativas o centros de estudios primarios o secundarios y sus gastos sean pagados por una persona física o jurídica. El permiso de residencia estudiantil tiene una validez de un año, renovable mientras dura el estudio. En caso de que el estudio cursado dura menos de un año, la validez del permiso de residencia estudiantil no podrá exceder el período del curso realizado. El permiso de residencia estudiantil solo permite al estudiante reagrupar a su cónyuge y a sus hijos y no le otorga derecho alguno, para reagrupar sus padres (madre y padre) u otros miembros de sus familiares¹²⁹⁴.

El permiso de residencia de larga duración se concede a los extranjeros que han permanecido legalmente en Turquía con permiso de residencia durante un periodo ininterrumpido no inferior a 8 años o a los extranjeros que cumplan los criterios fijados por el consejo de políticas de migración y los considera aptos para conceder dicho permiso, la gobernación con la previa aprobación del Ministerio del Interior, les concederá un permiso de residencia permanente. La LEPI, no reconoce este derecho a los extranjeros con protección temporal, a quienes sean titulares de permiso de residencia por razones humanitarias, a los extranjeros con estatuto de protección subsidiaria, a los refugiados o a los refugiados condicionales¹²⁹⁵. Entre los requisitos exigidos, el extranjero debe acreditar que cuenta con los recursos económicos suficientes y regulares para mantenerse a sí mismo y, en su caso, a los miembros de su familia, disponer de un seguro médico válido

¹²⁹³ Véanse también el artículo 29 del RELEPI.

¹²⁹⁴ Véanse los artículos 35 a 39 del RELEPI que regula todo relativo al procedimiento de solicitud, autorización, denegación o renovación del permiso de residencia estudiantil. Así también los artículos 38 a 41 de la LEPI de 6458.

¹²⁹⁵ Artículo 42.2 de la LEPI 6458.

para sí mismo y los miembros de su familia, que no se haya beneficiado de algún tipo de ayuda social del Estado durante los últimos tres años y que no sea un peligro para el orden o la seguridad pública¹²⁹⁶.

El artículo 41 del RELEPI establece los derechos reconocidos a los extranjeros en virtud de un permiso de residencia permanente. Salvo disposiciones de leyes especiales y excepto los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social y con la sujeción a las disposiciones de la legislación relacionada con lo que se refiere al uso de estos derechos, los extranjeros que hayan obtenido un permiso de residencia permanente (de larga duración) gozarán de los mismos derechos reconocidos a los ciudadanos turcos. Los extranjeros con permiso de residencia de larga duración no tendrán derechos de sufragio activo o pasivo, o a trabajar en las administraciones públicas (acceso a la función pública). Aunque la ley señala que los extranjeros con el estatuto de residencia de larga duración gozarán de los mismos derechos reconocidos a los ciudadanos turcos, a continuación se señala que si en las leyes especiales se exige la condición de ser ciudadano turco para ejercer algunos derechos reconocidos a los extranjeros con un permiso de residencia permanente (el artículo 41.1 RELEPI), los extranjeros no podrán exigir el ejercicio de tal derecho¹²⁹⁷.

El Consejo de Ministros tiene la competencia de imponer restricciones a los derechos reconocidos a los extranjeros con permiso de residencia de larga duración, en parte o en su totalidad¹²⁹⁸. El permiso de residencia de larga duración se cancela cuando existen indicios razonables que el extranjero sea una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, así como también a los extranjeros que permanecen fuera de Turquía más de 12 meses seguidos dentro de un periodo de 5 años, salvo que estas estancias (fuera de Turquía) esté justificado por los motivos de salud, estudios o servicio militar obligatorio¹²⁹⁹. En este último caso, el extranjero puede solicitar de nuevo, el permiso de residencia de larga duración. Dicha solicitud, fuera de Turquía se presentara ante las autoridades del consulado de Turquía y dentro del país ante las autoridades de

¹²⁹⁶ Artículo 40 del RELEPI de 2016.

¹²⁹⁷ Artículo 41.2 del RELEPI. En este sentido, hay profesiones y trabajos que el ejercicio solo se reconoce a los ciudadanos tucos. profesiones como médicos, dentistas, odontólogos, farmacéuticos, veterinarios. Así también los señalados en Ley de Cabotaje 815 (815 sayılı Kabotaj Kanunu), la Ley de Aviación civil 2920 (2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu), y la Ley de Aduanas 4458 (4458 sayılı Gümrük Kanunu) entre otros.

¹²⁹⁸ Artículo 41.3 del RELEPI.

¹²⁹⁹ Artículo 41.1 de LEPI 6458.

gobernación de la provincia donde se encuentra el extranjero. Dichas solicitudes serán evaluadas como prioritarias y resueltas en un plazo máximo de un mes. A la hora de la evaluación, las autoridades competentes tendrán en cuenta si el extranjero tiene familiares en Turquía o no, si dispone de inmuebles, asimismo si tiene vínculos sociales, económicos o culturales en Turquía u otras situaciones que las autoridades consideren oportunos¹³⁰⁰.

Los permisos de residencia por razones humanitarias son autorizaciones de residencia temporal con una validez máxima de un año por circunstancias excepcionales concedidas por las gobernaciones y con la previa comprobación del Ministerio Interior. Según señala el artículo 46 de la LEPI, la autorización de residencia por razones humanitarias se concede en los siguientes supuestos: cuando lo aconseje el interés superior del menor en los asuntos que se vea involucrado algún menor de edad; en las situaciones de urgencia; para la protección de los intereses nacionales; por motivos de orden público o seguridad pública o en caso de que existan circunstancias excepcionales¹³⁰¹. Los extranjeros que obtienen un permiso de residencia por razones humanitarias, estarán obligados a registrarse en el sistema de registro de direcciones en un plazo máximo de veinte días hábiles desde la fecha de emisión de la autorización de su residencia¹³⁰². Cuando las circunstancias por lo que se ha concedido la residencia por motivos humanitarias dejen de existir, las gobernaciones con la condición previa de aprobación del Ministerio del Interior, pueden cancelar o denegar la renovación del mismo¹³⁰³.

Y por último los permisos de residencia para las víctimas de la trata de personas, que se concede a los extranjeros, por un tiempo de treinta días, cuando exista una fuerte sospecha de que el extranjero sea o en el futuro va a ser víctima de la trata de personas¹³⁰⁴. El plazo de duración de la residencia permite a la víctima decidir si desea o no cooperar con las autoridades competentes. Por razones de seguridad o la salud de la víctima o situaciones especiales, dicho permiso se podrá conceder por un tiempo máximo de 6 meses,

¹³⁰⁰ Artículo 43 del RELEPI.

¹³⁰¹ Artículo 44 del RELEPI de 2016; artículo 46 de LEPI de 6458.

¹³⁰² Apartado 2 del artículo 46 de la LEPI.

¹³⁰³ Artículo 47 de LEPI.

¹³⁰⁴ El Reglamento de la Lucha Contra Trata de Personas y la Protección de Las Víctimas. Dicho Reglamento regula el objetivo, la protección y permiso de residencia de las víctimas de trata de persona, asimismo la lucha contra trata de personas, medidas de prevención, coordinación y cooperación entre las instituciones y organizaciones gubernamentales y civiles. (İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik. Resmî Gazete Sayı: 29656, PERŞEMBE 17 Mart 2016).

renovando en total por un tiempo que no podrá exceder más de tres años. Los artículos 48 y 49 de la LEPI 6458 y los artículos 45 y 46 del RELEPI de 2016 regulan el procedimiento y las circunstancias, así como la cancelación de dicho permiso.

6. Apátridas

La LEPI turca de 6458, por primera vez regula de forma específica el estatuto de los apátridas en el Derecho turco de extranjería. Los artículos 50 y 51 de la LEPI 6458 y los artículos 47 a 50 del RELEPI de 2016 regulan el estatuto de los apátridas. Según señala el RELEPI, aquellos extranjeros que entran en Turquía siendo apátridas o que mientras permanecen en Turquía pierdan su nacionalidad, deberán presentarse e informar a las autoridades competentes de la gobernación con el fin de determinar su estatuto como apátridas. La solicitud se presentara en persona, y en caso de los menores, la solicitud debe ser presentada por sus padres o su representante legal. A los solicitantes se les concede un tiempo razonable para que aporten los documentos, que servirán para la afirmación de su estatuto como persona apátrida. Las solicitudes de los extranjeros que su estancia y permanencia hayan sido reconocidas en el territorio de otro Estado que le haya documentado como apátrida o con un pasaporte apátrida no serán admitidas. La Dirección General de Inmigración, pidiendo las opiniones de las organizaciones e instituciones pertinentes, en un plazo máximo de 90 días determinará si el extranjero es apátrida o no. La gobernación con la aprobación de la Dirección General de Inmigración, a aquellos extranjeros que hayan sido admitidos como apátridas, les expedirá un documento de identificación de la persona apátrida, que será renovado cada 2 años mientras dura su estatuto como apátrida. Como garantía, la ley señala que no serán expulsadas a menos que constituyan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, tampoco estarán sujetos a la condición de reciprocidad que se aplica a los extranjeros de otros estados. Cumpliendo las condiciones, pueden presentar una solicitud para obtener uno de los permisos de residencia establecidos en la LEPI 6458. En cuanto al procedimiento y su permiso de trabajo, estarán sujetos y se les aplica la Ley del Permiso de Trabajo para los Extranjeros 4817. Y pueden disponer un pasaporte especial para los extranjeros en virtud del artículo 18 de la Ley de pasaporte 5682.

7. Menores no acompañados

La LEPI 6458 define al menor no acompañado como, una persona menor de 18 años que llega al territorio de Turquía sin la compañía de un adulto responsable de él, de forma legal o por costumbre, y siempre que no esté bajo el cuidado efectivo de un adulto responsable de él. Asimismo son menores no acompañados cuando el menor se quede sin compañía después de su llegada al territorio de Turquía¹³⁰⁵. El artículo 66 de la LEPI y el artículo 123 del RELEPI regulan el estatuto y el procedimiento normativo aplicable al menor no acompañado. A estos menores después de haber entrado en Turquía se les aplica la Ley de Protección de menores 5395¹³⁰⁶, y se tendrá en cuenta el interés superior del menor en todo el procedimiento relativo a ellos. El menor inmediatamente quedará bajo la protección del Ministerio de la Familia y Políticas Sociales, donde buscarán un sitio adecuado para él, que puede ser entregado a una familia de acogida, a los posibles familiares del menor o ser ingresado en un centro de acogida. Asimismo en beneficio del menor y en la medida que sea posible, teniendo en cuenta la edad y el nivel de madurez del menor, durante el proceso de acogida, los hermanos se mantienen juntos, mientras que no sea necesaria la separación de los mismos. La entrevista con los menores se hace en un entorno apropiado. En la entrevista pueden estar presentes los psicólogos, los trabajadores sociales, expertos en desarrollo infantil, padres o representante legal del menor. A la hora de tomar la decisión, se tendrá en cuenta todas las peticiones del menor, a los que no ha sido capaz de expresar con claridad durante el proceso o la entrevista. El responsable de la entrevista, en su informe reflejara las opiniones de los expertos que hayan participado en la entrevista. A petición de las autoridades en relación con la determinación de la edad del menor, si el informe emitido por un hospital del estado o conclusión médico-forense, determinan que el menor tiene 18 años o más, se les considera personas adultas y se les aplica el procedimiento de los inmigrantes ilegales.

¹³⁰⁵ Artículo 3. m) de la LEPI 6458.

¹³⁰⁶ La Ley de Protección de Menores 5395 de 3 de julio de 2005, publicado en BOE turco nº 25876 de 15 de julio de 2005. (Çocuk Koruma Kanunu. Kanun Numarası: 5395. Kabul Tarihi: 3/7/2005. Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 15/7/2005 Sayı: 25876).

8. Recursos (Administrativos, Judiciales)

El artículo 80 de la LEPI 6458 establece los recursos administrativos y judiciales, que el extranjero puede interponer contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos. Según establece dicha norma, excepto las decisiones tomadas en virtud del artículo 68 (medidas de vigilancia), el artículo 72 (solicitudes inaceptables), y el artículo 79 (evaluación acelerada), que únicamente se pueden recurrir por la vía del recurso ante los tribunales administrativos (contencioso administrativo), contra otros actos y las decisiones administrativas relacionadas con la solicitud de protección internacional, el interesado, su representante legal o su abogado podrán recurrir ante la comisión de evaluación de la protección internacional en un plazo de 10 días a partir de la notificación del acto administrativo¹³⁰⁷. En este caso, la comisión de evaluación examinará si la resolución dictada por la administración ha sido en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecidas o no. También podrá solicitar información de la Dirección General de Inmigración o el órgano representante, en lo relativo a dicho expediente, así como realizar una entrevista con el interesado o su representante legal¹³⁰⁸. La comisión después de su evaluación, o rechaza el recurso de reposición interpuesto por el solicitante, o puede solicitar que el órgano administrativo revise la decisión tomada (revisión de oficio). La comisión debe tomar su decisión a más tardar en 15 días a partir del momento que recibe la solicitud de apelación, aunque este plazo puede ser extendido por un plazo de máximo de 5 días¹³⁰⁹. La resolución sobre el recurso de reposición, se le notifica al interesado, su representante legal o a su abogado, en la que debe contener el texto íntegro de la resolución, Indicación expresa de si es o no definitiva en vía administrativa, los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos¹³¹⁰.

En lo relativo a los recursos ante los tribunales administrativos (recurso contencioso-administrativo), el RELEPI establece lo siguiente:

Contra las resoluciones relativas a “solicitudes inaceptables” el artículo 72, y “evaluación acelerada” del artículo 79 del RELEPI, el interesado, su representante legal o su abogado

¹³⁰⁷ Véanse el artículo 80.1 a) de la LEPI asimismo también el artículo 99.1 del RELEPI.

¹³⁰⁸ Artículo 100.1 del RELEPI.

¹³⁰⁹ Artículo 100.3 del RELEPI.

¹³¹⁰ Artículo 80.1 b) de la LEPI.

podrán recurrir dicha resolución ante los tribunales administrativos competentes¹³¹¹ en un plazo de 15 días a partir de la fecha de haber recibido la notificación de la resolución. Los tribunales deben pronunciar su decisión sobre el recurso recibido en un plazo de 15 días, y en este sentido la decisión del tribunal será definitiva¹³¹². Excepto las decisiones tomadas por la administración en relación con los dispuestos en los artículos 68, 72 y 79 de la LEPI anteriormente señalado, el plazo para la interposición de recursos contra otros actos y las decisiones administrativas, ante los tribunales administrativos competentes es de 30 días a partir de la fecha de haber recibido la notificación¹³¹³. La interposición de un recurso administrativo (recurso de reposición), no interrumpe el plazo para recurrir ante los tribunales administrativos competentes y no impide que el interesado interponga recursos ante los tribunales administrativos. Sin embargo si la comisión descubre que el interesado al mismo tiempo interpuso un recurso ante los tribunales administrativos, en este caso la comisión interrumpe la evaluación del recurso, interpuesto por el interesado ante la comisión¹³¹⁴. Se le permitirá al interesado permanecer en Turquía hasta la finalización del proceso de los recursos administrativos o judiciales¹³¹⁵.

IV. PERMISO DE RESIDENCIA FAMILIAR (REAGRUPACION FAMILIAR) EN LA LEY DE EXTRANJERIA Y PROTECCION INTERNACIONAL 6458 DE 2013

1. Titulares del derecho de reagrupación familiar

La LEPI 6458 DE 2013 regula conjuntamente, por un lado la reagrupación familiar de los familiares extranjeros de los ciudadanos turcos y por otro la reagrupación de los familiares de los extranjeros legalmente residentes en Turquía. Los artículos 34 a 37 de la LEPI y los artículos 30 a 34 de su Reglamento de desarrollo de 2016, regulan el derecho a la reagrupación familiar bajo título del permiso de residencia familiar. Disposiciones que también incluye a los familiares de los refugiados y los beneficiarios de la protección

¹³¹¹Los Juzgados y Tribunales del orden administrativo y los procedimientos establecido en La ley de procedimiento juridico administrativo 2577 de 6 enero de 1982. Publicado en *BOE* turco 17580 de 20 de enero de 1982. (İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUN 2577. Kabul Tarihi: 6/1/1982. Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 20/1/1982 Sayı: 17580).

¹³¹² Artículo 101.1 del RELEPI.

¹³¹³ Artículo 101.2 del RELEPI.

¹³¹⁴ Artículo 101.3 del RELEPI

¹³¹⁵ Artículo 80 e) de la LEPI.

subsidiaria entre los beneficiarios de solicitar el permiso de residencia familiar. En lo relativo a los refugiados condicionales (asilados) y los extranjeros con protección temporal, estos quedan excluidos del ámbito de aplicación de dichas normas. De hecho, debido al criterio de Turquía anteriormente señalado, relativo a los refugiados condicionales o mejor dicho asilados, para este colectivo no existe una regulación específica y clara en materia de reagrupación familiar. Aunque el Reglamento de los refugiados y asilo 6169 de 1994¹³¹⁶, regula diferentes temas de los refugiados, pero en dicho reglamento no existe norma alguna sobre reagrupación familiar o sobre la vida familiar del asilado. En relación con los extranjeros beneficiarios de la protección temporal, el Reglamento 6883 de protección temporal de 2014¹³¹⁷, en su artículo 49.1 indica que “los extranjeros incluidos en el ámbito de aplicación de dicho reglamento, podrán solicitar la reagrupación familiar de su cónyuge, los hijos menores de edad o mayores de edad dependientes que se encuentran en otro país. Dicha ley añade que las solicitudes presentadas serán evaluadas por la Dirección General de Migración, y éste en cumplimiento de su labor podrá pedir colaboraciones necesarias de las instituciones y organizaciones públicas, internacionales y civiles interesados en la materia. Aunque el Reglamento 6883 sobre protección temporal reconoce a este colectivo la posibilidad de solicitar la reagrupación familiar, pero no indica cual es el criterio de la Dirección General de Migración para la evaluación de las solicitudes, las posibles condiciones o el plazo al que el interesado debe esperar para reagrupar con su familia¹³¹⁸. A modo de comparación, en relación con los refugiados condicionales (asilado), el Derecho turco no regula la unidad familiar o el derecho a la reagrupación familiar de dicho colectivo de una forma clara, debido a los diferentes conceptos y criterios que este derecho establece para separar los refugiados y refugiados condicionales (los asilados), excluyendo este último de los derechos reconocidos a los refugiados, por su parte el Derecho de extranjería español regula el derecho de reagrupación familiar de los asilados de una forma clara y específica.

¹³¹⁶ Reglamento de refugiados y asilo 6169 de 1994.

¹³¹⁷ El Reglamento de la protección temporal 6883 de 2014, *BOE* turco 29153 de 22 octubre de 2014. (Geçici Koruma Yönetmeliği, Karar Sayısı: 2014/6883, Resmî Gazete Sayı: 29153, 22 Ekim 2014).

¹³¹⁸ El artículo 21 del Reglamento sobre régimen de protección temporal, regula la reagrupación familiar de los beneficiarios de la protección temporal, donde indica que se “concederán los beneficios de la protección temporal a los miembros de su familia” así como el carácter preferente que reciben en caso de los visados, salvoconductos o autorizaciones de entrada. Puntos que no están aclarados en artículo 49 del Reglamento turco de la Protección Temporal 6883. Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Publicado en: «*BOE*» núm. 256, de 25/10/2003. Entrada en vigor: 26/10/2003

Los artículos 39, 40 y 41 de la ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹³¹⁹, regulan la unidad familiar, la extensión familiar y la reagrupación familiar de los asilados en España.

La LEPI 6458 describe al reagrupante (Destekleyici) como un ciudadano turco o extranjero que reside legalmente en Turquía, que asume los gastos y las necesidades de los familiares extranjeros que con el fin de reagrupación familiar entran en Turquía como reagrupados y que son mostrados como personas o razón de apoyo en la solicitud de permiso de residencia familiar que presentan los reagrupados¹³²⁰. Según lo establecido en el artículo 30.1 del RELEPI, las siguientes personas pueden solicitar el permiso de residencia familiar:

a) Los ciudadanos turcos y los ciudadanos turco señalados en el artículo 28 de la ley 5901(ley de la nacionalidad turca)

Los ciudadanos turcos en virtud del artículo 34 de la LEPI son beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar y los miembros extranjeros de su familia, señalados en dicho artículo podrán solicitar el permiso de residencia familiar. Asimismo, en virtud del artículo 28 de la Ley de la Nacionalidad Turca 5901, los ciudadanos turcos que con el previo permiso renunciaron a su nacionalidad, también son beneficiarios del derecho de reagrupación familiar y los miembros extranjeros de su familia, regulados en el artículo 34 de la LEPI, podrán solicitar el permiso de residencia familiar. Según lo establecido en el artículo 42 del reglamento de aplicación de la ley de nacionalidad turca, el ciudadano turco de nacimiento mayor de edad o el emancipado que obtuvieron ciudadanía del otro Estado o que acredite la certeza de que van a obtenerla, siempre con la condición de que no estén en búsqueda y captura por algún delito, por no haber hecho el servicio militar obligatorio, o condenado a pagar multas administrativas, fiscales o penales en Turquía, voluntariamente presentando la solicitud y obteniendo el permiso de las autoridades

¹³¹⁹ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Publicado en: «BOE» núm. 263, de 31/10/2009. Entrada en vigor: 20/11/2009.

¹³²⁰ Artículo 3.1 f) de la LEPI.

competentes del país, podrán renunciar a su nacionalidad turca¹³²¹. El artículo 28 de la ley de nacionalidad turca indica que los ciudadanos turcos de nacimiento que pidiendo permiso, dejaron de ser ciudadano turco, sin perjuicio de lo dispuesto por razones de la seguridad nacional y orden público, el servicio militar obligatorio, derecho de sufragio pasivo y activo y trabajo en las instituciones públicas, los derechos adquiridos en materia de la Seguridad Social, seguirán beneficiándose de los mismos derechos otorgados a los ciudadanos turcos. A dichas personas, los organismos y las instituciones públicas aplicaran las legislaciones pertinentes que se aplican a los ciudadanos turcos, en relación a los asuntos como su residencia en Turquía, su circulación en el país, trabajo, inversión, actividad mercantil, el patrimonio, las transacciones de bienes muebles e inmuebles y asuntos relacionados con ello¹³²². De hecho, como se puede ver, los ciudadanos turcos al renunciar a la ciudadanía turca con la condición de previo aviso, no pierden todos los derechos que disponían como ciudadanos turcos, y como hemos señalado antes, pueden seguir residiendo en Turquía como un ciudadano turco, situación que también les permite ejercer el derecho de reagrupación familiar respecto a sus familiares de origen extranjeros.

b) Extranjeros con permiso de residencia

Los extranjeros con permiso de residencia, son aquellos extranjeros que hayan residido legalmente en Turquía durante un periodo mínimo de un año, titulares de uno de los permisos de residencias regulado en la ley. La LEPI 6458 regula 6 tipos de permisos de residencias: permiso de residencia de corta duración, permiso de residencia familiar, permiso de residencia estudiantil, permiso de residencia de larga duración, permiso de residencia por razones humanitarias y permiso de residencia de víctimas de trata de personas. La ley turca de extranjería, solo exige la previa residencia legal de al menos un año en Turquía y disponer de uno de los permisos de residencias regulados en la ley para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar¹³²³. En este sentido, el Derecho de extranjería español exige al extranjero nacional de un tercer país, además de haber

¹³²¹ Reglamento de aplicación de la Ley de Nacionalidad Turca, (Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Resmi Gazete: 6 Nisan 2010 SALI, Sayı: 27544).

¹³²² Artículo 52.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Nacionalidad Turca 139 de 2010 *BOE* turco 27544 de 11/02/2010. (Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. Bakanlar Kurulu Kararı: 11/2/2010-2010/139 Resmî Gazete: 6.4.2010/ 27544).

¹³²³ El artículo 30.1 c) del RELEPI.

residido legalmente en España durante un año, que disponga de un autorización para residir por al menos otro año, lo que el Derecho de extranjería turco no exige.

La ley también reconoce el derecho de reagrupación familiar a los extranjeros con un documento que legalmente puede ser sustituido como un permiso de residencia¹³²⁴. En este caso el artículo 30 del RELEPI establece que “excepto a los solicitantes de protección internacional, los refugiados condicionales y extranjeros beneficiarios de la protección temporal” los extranjeros con un documentos que la ley considera como permiso de residencia también tienen derecho a solicitar el permiso de residencia familiar. Según el artículo 27.1 de la LEPI, los permisos de trabajo en vigor y el certificado de exención del extranjero de la obligación de tener el permiso de trabajo expedido en virtud del artículo 10 de la Ley del Permisos de Trabajo de Extranjeros 4817¹³²⁵, son considerados legalmente como permiso de residencia, y les permite ejercer su derecho a solicitar el permiso de residencia familiar o bien dicho la reagrupación familiar. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 50.2 de la LEPI, el documento de identidad de apátrida también se considera equivalente al permiso de residencia, lo que también permite a este colectivo ejercer el derecho a la reagrupación familiar.

c) Refugiados y los titulares de la protección subsidiaria

Los refugiados según la interpretación de la ley de extranjería turca, son otros colectivos de extranjeros que tiene el derecho de la reagrupación familiar. Por lo tanto sus familiares señalados en el artículo 34 de la LEPI, podrán solicitar el permiso de residencia familiar. Teniendo en cuenta que para el Derecho de extranjería turca, debido a la restricción geográfica que Turquía aplica en materia de derecho de refugiados, el estatuto de refugiado se limita solo a los acontecimientos que puedan ocurrir en los países europeos. Dicho de otra forma, Turquía no reconoce el estatuto de refugiado a los extranjeros de otros lugares geográficos y solo reconoce dicho estatuto, gráficamente a los extranjeros

¹³²⁴ El artículo 30.1 c) del RELEPI.

¹³²⁵ La Ley del Permisos de Trabajo de Extranjeros 4817 de 2003, *BOE* turco 25040 de 06/03/2003. Artículo 10 “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados bilaterales o multilaterales en los que Turquía es parte, los extranjeros que están exentos de tener permiso de trabajo, a petición de ellos, se les facilita un certificado confirmando su exención de la obligación de tener el permiso de trabajo. (YABANCILARIN ÇALIŞMA İZİNLERİ HAKKINDA KANUN. Kanun Numarası: 4817 Kabul Tarihi: 27/2/2003Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 6/3/2003 Sayı: 25040).

de países europeos¹³²⁶. Según se establece en el artículo 83.1 de la LEPI, a los que se reconoce el estatuto de refugiado, se les expedirá un documento de identidad para refugiados con una validez de 3 años. Dicho documento legalmente se considera como permiso de residencia. Por último, los extranjeros titulares de la protección subsidiaria, que la ley incluye entre los que también son beneficiarios de derecho a la reagrupación familiar. De acuerdo con lo establecido en el artículo 83.2, a los titulares de protección subsidiaria se les expedirá un documento de identidad con una validez de un año, documento que legalmente se considera como permiso de residencia.

2. Familiares reagrupables

El criterio aceptado sobre los familiares reagrupables en el Derecho de extranjería turca es un concepto reducido, de hecho la LEPI solo permite reagrupar a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y sus hijos menores de edad y los adoptivos. Para la LEPI 6458, los miembros reagrupables de familia son, el cónyuge, los hijos menores de edad y los hijos dependientes mayores de edad del solicitante o de los extranjeros con el estatuto de la protección internacional¹³²⁷. En realidad la LEPI 6458 de 2013, no regula a los hijos adoptivos como beneficiarios del derecho de reagrupación familiar¹³²⁸. Donde se regula y añade a los hijos adoptivos como familiares reagrupables, es en el artículo 30.2 b) del reglamento de desarrollo de la LEPI de 2016. De acuerdo con dicho reglamento, los familiares reagrupables son: el cónyuge extranjero, el hijo extranjero del reagrupante o de su cónyuge y los adoptivos, los hijos mayores de edad dependientes del reagrupante o de su cónyuge¹³²⁹. Como podemos ver el legislador usa el término de cónyuge extranjero o los hijos extranjeros, que se refiere a origen del cónyuge o de los hijos como extranjero. Ahora bien, no hay indicación alguna para que aclare el motivo de implantar este término por el legislador, aunque del término “cónyuge extranjero o los hijos extranjeros” se entiende no tener vínculo alguno con un ciudadano turco. La limitación de la reagrupación familiar, solo a los miembros de la familia nuclear del reagrupante, puede causar

¹³²⁶ Véanse el artículo 61 de la LEPI.

¹³²⁷ Artículo 3.1 a) de la LEPI 6458.

¹³²⁸ El artículo 34.1 a), b) y c) de la LEPI solo enumera al cónyuge, a sus hijos menores de edad o de su cónyuge y sus hijos dependientes o de su cónyuge, como familiares reagrupables.

¹³²⁹ Artículo 30.2 a), b) y c) del RELEPI.

dificultades a los extranjeros para mantener la unidad familiar de otros miembros de su familia como los ascendientes o los familiares que están a su cargo. El Derecho de extranjería turco tampoco reconoce el derecho de la reagrupación familiar a los ascendientes ni a las parejas de hecho o las parejas registradas que mantengan una relación de afectividad análoga a la conyugal, tampoco hay regulación alguna en la LEPI de 2013 ni en su reglamento de desarrollo de 2016 sobre situación de los menores de 18 años representados legalmente por el reagrupante. En este sentido, y en comparación con el Derecho de extranjería turco, el Derecho de extranjería español, además de los miembros de la familia nuclear (el cónyuge, sus hijos menores o de su cónyuge, sus hijos mayores de edad dependientes o de su cónyuge) extiende el ejercicio de este derecho y incluye a los ascendientes en primer grado del reagrupante, de su cónyuge o de su pareja, a las parejas de hecho o parejas registradas y sus hijos adoptivos, así como también de forma específica y clara regula el derecho de reagrupación familiar de los menores de 18 años representados legalmente por el reagrupante entre los beneficiarios del reagrupación familiar (art 53 de RE 557/2011).

a) Cónyuge

El cónyuge extranjero que haya cumplido 18 años, siempre que no se encuentre separado, acreditando su convivencia y la intención de seguir conviviendo con el reagrupante. Tanto la LEPI, como su reglamento de desarrollo de 2016¹³³⁰, no reconocen el derecho de reagrupación familiar a los extranjeros con otros tipos de relaciones que no sean las relaciones matrimoniales válidamente celebradas. Los cónyuges extranjeros que contraen matrimonio con los ciudadanos turcos en Turquía, después de registrar su matrimonio en registro civil (Nüfus idaresi) podrán solicitar el permiso de residencia familiar. En caso de que el matrimonio se haya celebrado fuera de Turquía, los cónyuges deberán informar al consulado de Turquía en el país donde se celebró el matrimonio y solicitar el registro matrimonial para poder solicitar el permiso de residencia familiar. En caso de poligamia, la LEPI solo permite reagrupar uno de los cónyuges. La ley establece que “conforme con la legislación del país de origen del reagrupante, si está casado con más de un cónyuge,

¹³³⁰ Artículo 30.2 de RLEPI de 2016

solo uno de ellos podrá solicitar el permiso de residencia familiar y reagrupar con el reagrupante”¹³³¹. En este sentido, la ley no aclara cuál de los cónyuges o en qué condiciones pueden reagruparse con reagrupante, parece que el legislador deja la decisión al reagrupante a elegir cuál de sus cónyuges va a reagrupar con él. En este sentido, el Derecho de extranjería español indica que en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial, pero al contrario que el Derecho de extranjería turco, el Derecho de extranjería español se establece que el extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él, al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. Así como también en situaciones de la disolución por nulidad, que deberán quedar fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso¹³³².

Los cónyuges extranjeros de los ciudadanos turcos, pueden obtener la nacionalidad turca cumpliendo los requisitos establecido en el artículo 16 de la Ley de la Nacionalidad Turca. Según establece dicho artículo, el matrimonio debe estar vigente, con una duración previa mínima de 3 años, existencia de una vida familiar y conyugal en la unidad familiar, no dedicarse a las actividades que son incompatibles con la unidad familiar y matrimonial y que no exista impedimento alguno por razones de seguridad nacional o por el orden público¹³³³.

b) Hijos menores del reagrupante o de su cónyuge

Los hijos menores de 18 años del reagrupante o de su cónyuge podrán solicitar el permiso de residencia familiar. Los hijos menores que se encuentran fuera de Turquía y solicitan el permiso de residencia familiar, en caso de la custodia compartida, deberán presentar la

¹³³¹ Artículo 34.2 de la LEPI.

¹³³² Véanse el artículo 17.1 a) de la LOEX de 4/2000.

¹³³³ Artículo 16 de la Ley de Nacionalidad Turca 5901 de 29 de mayo de 2009.

documentación que acredite la autorización del otro cónyuge. En relación con los hijos nacidos fuera del matrimonio, teniendo en cuenta que el Código civil turco no reconoce otra modalidad que el matrimonio (entre hombre y la mujer) debidamente celebrado, en 1981 con el fin de regular la situación legal de estos menores fruto de una relación de convivencia como matrimonial (matrimonios celebrados ante el Imam de mezquita o algún hombre religioso de confianza sin estar registrado), se aprobó la Ley 2526 de 18 de septiembre de 1981¹³³⁴ sobre la legalización de los hijos nacidos de este tipo de convivencias, mediante la inscripción de tales relaciones como matrimonio. Ahora bien, no hay que confundirse con el hecho de que dicha ley reconozca las parejas de hecho, ni mucho menos. La intención real de esta ley según señala su artículo primero es, legalizar la situación de los hijos nacidos dentro de este tipo de matrimonios rituales, mediante la inscripción de dichas relaciones como matrimonio. La razón de la aprobación de dicha ley se justifica en su artículo 3, donde señala que “desde la entrada en vigor del Código civil turco en 1926 hasta la aprobación de dicha ley en 1981, los matrimonios que no se ha celebrado ante las autoridades competentes y de acuerdo de la ley, se pueden inscribirse como matrimonio y los nacidos de esta relación entraran en el estatuto de los hijos nacido dentro del matrimonio. Ahora bien, para poder registrar dicha relación, la ley exige unas condiciones y procedimientos que se deben cumplir. Según la opinión de Kılıçoğlu, con la aprobación de dicha ley, aparte de la regulación del matrimonio del Código civil turco, se creó una nueva forma de celebración del matrimonio¹³³⁵.

Sin embargo en relación a los hijos nacidos fuera del matrimonio, fruto de una relación entre un extranjero y un ciudadano turco, la ley de la nacionalidad turca¹³³⁶ establece lo siguiente: los hijos nacidos, dentro o fuera de Turquía y dentro de una relación matrimonial de padre y madre turca, son turcos¹³³⁷. En este caso, si el hijo ha nacido fuera del matrimonio, ¿cuál será su estatuto jurídico? El hijo nacido fuera del matrimonio, de

¹³³⁴ Ley 2526 de 18 de septiembre de 1981 sobre registro de los hijos extramatrimoniales. Publicado en BOE turco de 22/9/1981-17466. (Kanun No: 2526, Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerden Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesine ve Bu Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescillerine İlişkin Kanun) Kabul Tarihi: 18/9/1981, Resmi Gazete Tarihi ve Sayısı: 22/9/1981-17466.

¹³³⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet., “la inscripción de la convivencia extramatrimoniales como matrimonio y legalizar la situación de los niños extramatrimoniales desde perspectiva de la ley 2526” (2526 Sayılı Kanuna Göre Fiilî Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesi), en la *Revista Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 38 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1981, pp. 165 a 207 (pág. 168).

¹³³⁶ La Ley de la Nacionalidad Turca 5901.

¹³³⁷ Artículo 7.1 de la LNT 5901.

madre turca y padre extranjero, es turco¹³³⁸. El hijo nacido fuera del matrimonio de un padre turco y madre extranjera, después de realizar el procedimiento de reconocimiento de paternidad, se le concede la nacionalidad turca¹³³⁹. En relación a los hijos adoptivos, como ya antes se ha señalado, la LEPI 6458 no regula, ni tampoco menciona los hijos adoptivos. El RELEPI de 2016 incluye a los hijos adoptivos entre los que pueden solicitar el permiso de residencia familiar, pero no habla del procedimiento por la que se acordó la adopción ni los elementos necesarios que el solicitante debe presentar. Los artículos 305 a 320 de Código Civil¹³⁴⁰ turco regulan el procedimiento y las condiciones de la adopción de los menores. Aunque existe la Directiva de la adopción de menores de 2002¹³⁴¹, donde se regula el procedimiento de la adopción de los menores por parte de los ciudadanos turcos y los extranjeros en Turquía, dicha Directiva no establece normas algunas relativas a las adopciones constituidas en el extranjero. En este caso, a las adopciones constituidas fuera de Turquía se les aplican dos regulaciones diferentes. Teniendo en cuenta que Turquía ratificó el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993¹³⁴², si la adopción se constituyó en uno de los Estados parte en el Convenio, en virtud del artículo 90 de la CT (Constitución Turca) y el apartado 2 del artículo 1 de la ley de Derecho internacional privado turco¹³⁴³, dichas adopciones serán válidas sin ningún otro trámite administrativo o judicial para su reconocimiento. En caso de las adopciones constituidas mediante las resoluciones administrativas o judiciales en los Estados que no son parte del dicho Convenio, su validez dependerá de su reconocimiento conforme al Derecho interno turco. Los artículos 305 a 320 de Código civil turco recogen normas en materia de la adopción. Así también como la Directiva 145 de 2002 de la institución de servicios sociales y protección de menores sobre la adopción de los menores. Los apartados I y II del artículo

¹³³⁸ Artículo 7.2 de la LNT 5901.

¹³³⁹ Artículo 7.3 de la LNT 5901.

¹³⁴⁰ Código Civil Turco 4721 de 2001, *BOE* turco 24607 de 8 de diciembre de 2001. (Türk Medeni Kanunu 4721. Kabul Tarihi: 22/11/2001. R.Gazete Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607).

¹³⁴¹ La Directiva de adopción de 2002 (Evlat Edindirme Yönergesi de 01/08/2002 Ankara, www.ankarasevgievleri-shcek.gov.tr/mevzuat/evlat edinme.doc).

¹³⁴² Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por Turquía el 5 de diciembre 2001 y en vigor desde 2004. (Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'nin onaylanması, Karar Sayısı: 2004/7087).

¹³⁴³ Ley de Derecho Internacional Turco 5718. (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında 5718, kanun kabul tarihi: 27/11/2007, resmi gazete tarihi: 12/12/2007, resmi gazete sayısı: 26728).

30 de la ley turca de Registro Civil¹³⁴⁴ y los artículos 50 a 58 de la ley de Derecho internacional privada turca regulan los procedimientos de reconocimiento de dichas resoluciones. Según establece el apartado 1 del artículo 30 de la ley de Registro civil turca, las adopciones constituidas por las autoridades competentes en el extranjero tendrán validez si cumplen los procesos y las condiciones fundamentales de acuerdo con la legislación turca. Dicha ley no aclara cuáles son dichas condiciones o procesos, tampoco hace referencia a algún Directiva o Reglamentos en materia, que en este caso, sin duda se refiere a los artículos 50 a 58 de la ley de derecho internacional turca. A modo de comparación, al contrario que el Derecho turco, la ley española, recoge esta materia en la Ley 54/2007, sobre la adopción internacional, de forma sistemática y bien clara, donde regula la competencia y la intervención de la administración general del Estado, de las entidades públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero¹³⁴⁵. Así también, mientras el Código civil español, en su apartado 5 del artículo 9 señala que “la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la ley de adopción internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada ley de adopción internacional”.

La ley de extranjería turca establece que, no se puede reagrupar a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admitiera la poligamia, pero reconoce la posibilidad de que a los hijos del reagrupante con otros cónyuges, menores de 18 años o mayores de esta edad que estén a cargo del reagrupante, se les puede conceder el permiso de residencia familiar¹³⁴⁶.

Los niños extranjeros nacidos en Turquía, hasta solicitar el permiso de residencia para ellos, se podrán quedar en Turquía con el certificado de nacimiento, sujeto a permiso válido de residencia de sus padres. El certificado de nacimiento por sí solo no da derecho

¹³⁴⁴ La Ley de Registro Civil turca (Nüfus Hizmetleri Kanunu 5490, kabul tarihi: 25/4/2006, yayımlandığı R.gazete:29/4/2006, sayı: 26153, yayımlandığı düstur: tertip: 5 cilt: 45).

¹³⁴⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Publicado en: «BOE» núm. 312, de 29/12/2007.

¹³⁴⁶ Artículo 30.3 del RELEPI, y el artículo 34.2 de la LEPI.

de entrada o salida de Turquía. Los padres deben solicitar un permiso de residencia dentro de 180 días a partir de nacimiento de estos niños. Dicho permiso de residencia será emitido por la fecha en el que ha nacido el niño. En caso de la salida de Turquía, si el niño no dispone del permiso de residencia, en virtud de lo dispuesto en la Ley de las Tasas deberán pagar una multa. En caso de pagar dicha multa no se les aplica el plazo de la prohibición de entrada en Turquía¹³⁴⁷.

c) Hijos dependientes del reagrupante o de su cónyuge

La ley de extranjería turca señala a los hijos mayores de 18 años dependientes del reagrupante o de su cónyuge como sujetos del derecho a permiso de residencia familiar. La ley de extranjería turca usa el término de “hijos mayores dependientes” sin detallar que tipo de dependencia. Aunque la intención del legislador turco por “hijos dependiente” posiblemente sea de la discapacidad o el estado de salud de los hijos, pero no ha sido expresado claramente en la disposición que regula dicha materia¹³⁴⁸.

El permiso de residencia familiar permite a los hijos, hasta cumplir 18 años y sin necesidad de obtener permiso de residencia estudiantil cursar sus estudios primarios y secundarios. Una vez cumplidos 18 años, si no estén a cargo de cuidado del reagrupante, para poder seguir estudiando, deben obtener el permiso de residencia estudiantil. Los hijos mayores de 18 años a cargo del reagrupante, seguirán con el permiso de residencia familiar y en mismo tiempo se beneficiarán de los derechos que la ley reconoce a los titulares del permiso de residencia estudiantil¹³⁴⁹. A los hijos que aun cumplidos 18 años, sigan a cargo del reagrupante o de su cónyuge, en lo relativo a la obligación de tener un seguro, se les aplica la Ley de Seguridad Social y del Seguro General de Salud 5510 de 2006¹³⁵⁰.

¹³⁴⁷ Artículo 21 apartado 13 del RELEPI.

¹³⁴⁸ Véanse el artículo 34.1 c) de la LEPI y el artículo 30.2 c) de RELEPI, donde textualmente señalan “los hijos mayores dependientes del reagrupante o de su cónyuge”.

¹³⁴⁹ Artículo 30.5 del RELEPI.

¹³⁵⁰ Ley de Seguridad Social y del Seguro General de Salud 5510 de 2006. (Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 5510 Kabul Tarihi: 31/5/2006 .Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 16/6/2006 Sayı: 26200).

La ley establece que los hijos que cumplen 18 años con la condición de haber residido durante un mínimo de 3 años en Turquía con un permiso de residencia familiar, voluntariamente podrán solicitar que dicho permiso se convierte en permiso de residencia de corta duración, y en todo caso, si cumplen las condiciones y los requisitos exigidos podrán solicitar uno de los permisos de residencias regulados en el artículo 30 de la LEPI 6458¹³⁵¹.

3. Condiciones para la obtención del permiso de residencia familiar

Según lo establecido por la LEPI, tanto el reagrupante como los reagrupados deben cumplir unas condiciones para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar y solicitar el permiso de residencia familiar con tal fin.

I. Las condiciones relativas al reagrupante son:

a) Disponer de un permiso de residencia y haber residido al menos un año en Turquía

En relación con el requisito de “disponer de un permiso de residencia”, la LEPI reconoce a los titulares de cualquiera de los tipos del permiso de residencia regulados en la LEPI 6458, el derecho a obtener el permiso de residencia familiar. En este caso, los titulares de un permiso de residencia de corta duración, permiso de residencia de larga duración, permiso de residencia estudiantil, permiso de residencia por motivos humanitarios y el permiso de residencia de víctimas de la trata de personas son beneficiarios del derecho de la reagrupación familiar como reagrupante, situación que permite a los miembros de su familia como reagrupado solicitar el permiso de residencia familiar.

De hecho, salvo a los extranjeros con permiso de residencia que se encuentran en Turquía por razones de investigación científica, los señalados en el artículo 28 de la Ley 5901 de Nacionalidad turca y los extranjeros que están casados con los ciudadanos turcos, la ley exige que el reagrupante haya residido al menos un año con un permiso de residencia en Turquía¹³⁵². Como antes se ha señalado, existen extranjeros que pueden trabajar en

¹³⁵¹ Artículo 30.6 del RELEPI.

¹³⁵² Artículo 35.1 c) de la LEPI.

Turquía sin la necesidad de tener permiso de trabajo en virtud del artículo 10 de la ley reguladora del permiso de trabajo de extranjero. Aunque dicho colectivo no disponga de documento alguno como el permiso de residencia o del trabajo, también son beneficiarios del derecho a solicitar y obtener el permiso de residencia familiar. Teniendo en cuenta esta situación, podemos decir, que realmente lo que exige la LEPI, es que el reagrupante haya residido legalmente en Turquía durante un año y que puede acreditarlo mediante los documentos válidos¹³⁵³.

Conviene señalar que los ciudadanos de la República Turca del Norte de Chipre (RTNC), en virtud del acuerdo firmado entre Turquía y RTNC 4465 en 3 de noviembre de 1999¹³⁵⁴, dejaron de tener un estatus equivalente al de los extranjeros de origen turco, y se les reconocieron los mismos derechos que la ley reconoce a los ciudadanos turcos en materia de residencia, trabajo, derecho a tener propiedades y los inmuebles, derechos económicos y sociales y otros derechos, sujetos a las mismas normas, leyes y resto del ordenamientos jurídicos que los ciudadanos turcos. De hecho, en virtud de dicho acuerdo, los ciudadanos turcochipriotas están exentos de obligación de tener el permiso de residencia. En caso de que solicitan dicho permiso, se les concede un permiso de residencia con una validez de 5 años, sin la necesidad de visado, sin pagar ninguna tasa y sin presentar pasaporte¹³⁵⁵. La República de Chipre es miembro de la UE desde 1 de mayo de 2004. Sin embargo, ni la UE ni la Comunidad internacional, reconocen el gobierno del norte de Chipre, intervenida por Turquía desde 1974, y autoproclamado la República Turca del Norte de Chipre en 1983. La perspectiva de la UE en este sentido es que toda la superficie de la isla de Chipre es territorio de la UE y los turcochipriotas que tengan o puedan optar a tener documentos de viaje de la UE son ciudadanos de la UE, ya que son ciudadanos de un país de la UE (la República de Chipre), incluso aunque vivan en la parte de Chipre que no esté bajo el control gubernamental del sur de la isla, al que la UE reconoce como un estado y miembro de la UE. La legislación de la UE está suspendida en las zonas donde el Gobierno chipriota (Gobierno de la República) no ejerce el control efectivo¹³⁵⁶.

¹³⁵³ Artículo 30.1 ç) de RELEPI.

¹³⁵⁴ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. Kanun No. 4465. Kabul Tarih: 3.11.1999. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4465.html>.

¹³⁵⁵ Çiçekli, Bülent., *Yabancılar ve Mülteci*....., *op. Cit.*, p. 106.

¹³⁵⁶ *Vid*, Chipre y la UE, https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/cyprus_es.

b) Recursos económicos e ingreso mínimo salarial

Otra de las condiciones que la LEPI exige para poder solicitar el permiso de residencia familiar es, que el reagrupante deberá acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para atender las necesidades del familiar reagrupado. Según establece en el artículo 35 la LEPI, el reagrupante debe acreditar que cuenta con un ingreso mensual total no inferior al salario mínimo y en caso de cada miembro de la familia que llegan a Turquía como reagrupados, acreditar una cantidad que representa mensualmente a no menos de un tercio del salario mínimo¹³⁵⁷. El RELEPI, indica que los reagrupantes, respecto al año que solicitan la reagrupación familiar, deben contar con medios económicos equivalentes al salario neto mínimo (Asgari Ücret)¹³⁵⁸ para hacer frente a los gastos mensuales. En la determinación de las fuentes de ingresos no se consideran compromisos de terceros¹³⁵⁹. La LEPI no indica más detalles, al menos que el reagrupante justifique ingresos o que dispone de la cantidad mensual exigida. En este caso el reagrupante mediante cualquier documento válido podrá justificar los medios económicos que la ley exige.

c) Disponer de una vivienda adecuada y un seguro de enfermedad

Disponer de una vivienda adecuada con las condiciones conformes a las normas generales de seguridad e higiene para atender sus necesidades y las de su familia.

A la hora de determinación las condiciones de la vivienda adecuada relativa a las normas generales de la seguridad y salud, se aceptan como válidas las declaraciones e informaciones presentadas por el interesado. En caso de que se considera necesario, las autoridades podrán informarse mediante el sistema de registro de direcciones o presentarse en lugar donde se encuentra la vivienda para inspeccionar si efectivamente cumple las condiciones exigidas o no¹³⁶⁰. La LEPI y su Reglamento de desarrollo, solo indican que el reagrupante disponga de una vivienda adecuada con las condiciones que cumplen las normas generales de seguridad y de higiene, pero no aclara específicamente que

¹³⁵⁷ Artículo 35.1 a) de la LEPI.

¹³⁵⁸ Es la cantidad mínima de dinero que se le paga a un trabajador en Turquía, regulado a través de una ley establecida oficialmente para un período laboral mensual, que los empleadores deben pagar a sus trabajadores por sus labores.

¹³⁵⁹ Artículo 31.1 del RELEPI.

¹³⁶⁰ Artículo 22.7 del RELEPI.

características deben tener las viviendas tanto en materia de seguridad como higiene, ni el criterio a seguir.

Otro de los requisitos, es disponer de un seguro médico (enfermedad) con una entidad aseguradora turca o con una aseguradora extranjera autorizada para operar en Turquía. Los extranjeros que no están bajo la cobertura de la Seguridad Social en Turquía, deben contar con un seguro médico privado que cubra tanto al reagrupante como a todos los miembros de su familia durante el tiempo que se encuentran en Turquía. Las pólizas o contratos de seguros presentados por los interesados, para ser considerados válidos deben contener informaciones relativas al tipo de seguro, nombre, condiciones y otros puntos respecto a cobertura que ofrece al interesado. Los seguros médico privados podrán tener validez de un año con la condición de ser renovados al final del año si el permiso de residencia sigue vigente y los interesados siguen residiendo en Turquía. Los seguros contratados por las aseguradoras privadas extranjeras en Turquía, serán válidos, si dichas aseguradoras están registradas legalmente en Turquía. En caso de los acuerdos bilaterales en materia de Seguridad Social firmados por Turquía, por los que se permite a los ciudadanos del país firmante, beneficiarse de los servicios de salud en Turquía, aportando los documentos que acredita este hecho, no se exigirá al interesado la obligación de tener ningún tipo de seguro médico, ni privado ni público¹³⁶¹. En caso de los extranjeros solicitantes de protección internacional (refugiados, apátridas, protección subsidiaria), que no disponen de un seguro médico ni tampoco capacidad económica para tener un seguro privado, estarán sujetos a la ley general de salud y la Seguridad Social¹³⁶².

d) Antecedentes penales y empadronamiento

Asimismo los reagrupantes también deben presentar un certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades competentes del país de origen o del país en el que hayan residido legalmente. En este caso el Reglamento de desarrollo de la LEPI no establece ninguna regulación al respecto. Pero conforme con el artículo 35 de la LEPI, los reagrupantes deberán aportar el certificado de antecedentes penales, que demuestre que

¹³⁶¹ Apartado 13 del artículo 22 del RELEPI.

¹³⁶² Artículo 107.1 del RELEPI.

durante los últimos 5 años anteriores a la fecha de presentar la solicitud de reagrupación familiar, no habían sido condenados por algunos de los delitos contra la familia¹³⁶³. Los reagrupantes también deben estar registrados en el sistema de registro de direcciones (donde se registra la dirección de lugar de su residencia, algo como empadronamiento). En virtud del artículo 8 de la ley de asistencia a la población de 5490¹³⁶⁴, los datos y las direcciones de los extranjeros con un permiso de residencia de duración mínimo de 90 días, serán registrados por la Dirección General de Migración en el registro de datos de los extranjeros. En virtud del artículo 11 del Reglamento de registro de datos de los extranjeros residentes en Turquía 11057 de 2006¹³⁶⁵, el registro debe contener, el número de los documentos de identidad de los miembros de la familia, género, nombre, apellido, nombre y apellidos del padre y madre, origen, si están vivos o no, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, y la dirección de residencia del interesado. Asimismo en su artículo 22 establece que, el extranjero debe informar y registrar la dirección de vivienda donde reside, asimismo cualquier cambio al respecto, en un plazo de 20 días hábiles en el registro de datos de extranjeros.

El RELEPI establece que el extranjero debe aportar información completa de su dirección en Turquía. En cualquier caso si es necesario, las autoridades podrán solicitar informaciones o documentos adicionales para completar el registro¹³⁶⁶. A los refugiados y los titulares de protección subsidiaria que se encuentran en Turquía, no se les exigen los requisitos anteriormente señalados (los requisitos exigidos en el apartado 1 del artículo 35 de la LEPI).

II. Las condiciones relativas al familiar a reagrupar:

Los familiares extranjeros del reagrupante que con la intención de reagrupar solicitan el permiso de residencia familiar deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Acreditar, mediante los documentos válidos los vínculos familiares que constituye con el reagrupante en calidad del cónyuge o los hijos de este. En el caso de los cónyuges,

¹³⁶³ Artículo 35.1 c) de la LEPI.

¹³⁶⁴ Nüfus Hizmetleri Kanunu 5490. Kabul Tarihi: 25/4/2006. Y. R.Gazete: Tarih: 29/4/2006 Sayı: 26153.

¹³⁶⁵ Reglamento Sobre Registro de los Datos de la Población Extranjero en Turquía 11057 de 2006. (Türkiyede Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik. Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 27/9/2006 No:2006/11057. Dayandığı Kanunun Tarihi: 25/4/2006 No: 5490. Yayımlandığı R.Gazetenin Tarihi: 20/10/2006 No: 26325).

¹³⁶⁶ Artículo 22.8 del RELEPI.

deberán acreditar haber cumplido 18 años y aportar un documento oficial que acredita su matrimonio con el reagrupante. La ley no exige ningún período previo de convivencia matrimonial. Asimismo el matrimonio contraído no debe ser un matrimonio de conveniencia para conseguir el permiso de residencia. En caso de los hijos, cualquier documento oficial o partida de nacimiento que acredite el vínculo familiar con el reagrupante es válido¹³⁶⁷.

b) Acreditar su intención de convivir con el reagrupante en Turquía y no estar en ninguna de las situaciones marcados en el artículo 7 de la LEPI (las personas que su entrada en Turquía está prohibida o se prohíbe). Disponer de un pasaporte o documento de viaje valido de al menos 60 días antes de su vencimiento. No tener prohibida su entrada en Turquía, y que ésta no suponga un peligro para el orden público o la seguridad pública del país, y no tener una enfermedad que se pueda considerar como una amenaza para la salud pública¹³⁶⁸.

4. El procedimiento de la solicitud del permiso de residencia familiar

La solicitud del permiso de residencia debe ser presentada por los miembros de la familia del reagrupante personalmente o mediante sus representantes legales, en el consulado de Turquía en el país de origen o el país en que legalmente reside el solicitante. Como podemos observar, la LEPI exige que sea el reagrupado quien debe solicitar el permiso de residencia familiar. Por la regla general, las solicitudes de permiso de residencias deben ser presentadas en el consulado de Turquía en el país de origen o residencia legal del extranjero, pero como se ha señalado anteriormente, la ley regula circunstancias especiales en que dicha solicitud puede ser presentada en Turquía ante las autoridades de la gobernación¹³⁶⁹. Desde el momento que el reagrupado presenta su solicitud del permiso de residencia familiar junto con los documentos requeridos (los documentos relativos al familiar a reagrupar) en el consulado de Turquía, simultáneamente el reagrupante debe

¹³⁶⁷ Artículo 35.3 de la LEPI.

¹³⁶⁸ Véanse el artículo 7.1 a) y B) y el artículo 15.1 de la LEPI.

¹³⁶⁹ Véanse artículo 22 de la LEPI.

entregar los documentos e informaciones que acrediten el cumplimiento de todos los requisitos exigidos (requisitos relativo al reagrupante art 35.1 de LEPI), a las autoridades de la gobernación del lugar de su residencia en Turquía. El procedimiento de evaluación del permiso de residencia familiar empieza conjuntamente desde el momento de la entrega de dichos documentos por parte del reagrupante a la gobernación¹³⁷⁰. En el caso de que faltara o haga falta algún documento o información a la hora de la presentación de la solicitud del permiso de residencia familiar, se informara al interesado y se le concede un plazo de 30 días para que el interesado presente los papeles requeridos, en caso de no presentar se archivara dicha solicitud. Durante el procedimiento de evaluación de la solicitud del permiso, se podrá realizar una entrevista con el interesado. El consulado transmitirá la solicitud del permiso de residencia junto con su opinión y valoración al respecto, a la Dirección General de Migración en Turquía. Las solicitudes se resolverán en un plazo máximo de 90 días, desde el momento de la entrega de los papeles requeridos, y en todo caso, la Dirección General emitirá su decisión respecto a su aprobación o denegación de las solicitudes del permiso de residencia a los consulados¹³⁷¹.

Según lo establecido en el apartado 18 del artículo 22 del RELEPI, las autoridades competentes a la hora de la cancelación, no renovación o la denegación de una solicitud del permiso de residencia familiar presentadas en Turquía, tendrán en cuenta el vínculo familiar de los extranjeros en Turquía, duración de su residencia en Turquía, situación en su país de origen, y el interés superior del menor. El permiso de residencia familiar tendrá una duración máxima de 2 años, sin embargo, la duración de dicho permiso se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante, y en ningún caso será superior a la duración del permiso de residencia del reagrupante.

5. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales

En caso de divorcio de un extranjero casado con un ciudadano turco, con la condición de haber residido en Turquía durante 3 años con un permiso de residencia familiar, se le concede un permiso de residencia de corta duración, y en caso de que cumpla los

¹³⁷⁰ Artículo 32 del RELEPI.

¹³⁷¹ Artículo 21.4 de la LEPI.

requisitos exigidos para otro tipo de residencia, tendrá derecho a solicitar el permiso de residencia correspondiente¹³⁷². Parece que la ley al mencionar “el cónyuge casado con un ciudadano turco” reconoce este derecho solo a los cónyuges que han estado casados con los ciudadanos turcos, y cuando ambos cónyuges son extranjeros no se les aplica la condición de residencia durante 3 años en Turquía con un permiso de residencia familiar para poder obtener una residencia de corta duración. Aunque los integrantes de este colectivo podrán solicitar el permiso correspondiente, si reúnen los requisitos exigidos para otro tipo de residencia.

En caso de que el cónyuge extranjero fuera víctima de violencia de género, acreditando haber sido víctima mediante una orden judicial dictada a su favor, no se le exigirá la condición de 3 años de residencia y se les concede un permiso de residencia de corta duración¹³⁷³. En este caso, el legislador señala que no se “exigirá la condición de 3 años de residencia”, que crea una confusión respecto a la aplicación de dicha norma a los cónyuges víctimas de violencia de género. Teniendo en cuenta la regulación respecto a los “cónyuges separados de los ciudadanos turcos” y “la condición de 3 años de residencia” para ellos anteriormente señalado, parece que el legislador en el apartado 8 del artículo 30 del RELEPI, al señalar que “no se exige la condición de 3 años de residencia” para las víctimas de violencia de género, solo se refiere a los cónyuges casados con los ciudadanos turcos, y en caso que ambos cónyuges sean extranjeros, sí que exige dicha condición.

En caso del fallecimiento del reagrupante, los familiares reagrupados continuarán disfrutando del permiso de residencia familiar hasta su vencimiento. También se les puede conceder un permiso de residencia de corta duración sin exigir la condición de haber residido 3 años en Turquía. Con el vencimiento del dicho permiso, y en caso que el interesado (el extranjero) solicite permiso de residencia, dicha solicitud será evaluado de acuerdo con las normas generales sobre los permisos de residencia¹³⁷⁴.

¹³⁷² Artículo 30.7 del RELEPI.

¹³⁷³ Artículo 30.8 del RELEPI.

¹³⁷⁴ Artículo 30.9 del RELEPI.

6. Matrimonios de conveniencia con el fin de obtener permiso de residencia familiar

El artículo 37 de la LEPI regula los matrimonios fraudulentos, donde se establece que antes de la aprobación o la renovación de un permiso de residencia familiar, en caso de que existiera una duda razonable, las autoridades competentes de la gobernación investigaran si el matrimonio se había celebrado en fraude de ley o no. Si con la investigación se determina y se llega a la conclusión de que existe un matrimonio de conveniencia, se denegara la solicitud del permiso de residencia familiar, se rechaza la renovación del mismo, y en caso de los permisos concedidos, serán cancelados¹³⁷⁵. A criterio del RELEPI, cuando existe uno o varios de los siguientes indicios, se considera como dudas y sospechas razonables para creer que existe un matrimonio de conveniencia y debe ser investigado¹³⁷⁶:

- cuando los cónyuges no conviven en la misma vivienda o haya denuncias o informaciones donde no existe una unidad familiar.
- la falta de un lenguaje común entre los cónyuges.
- cuando no existe una diferencia de edad razonable entre los cónyuges.
- incumplimiento de la obligación de tener visado o permiso de residencia.
- declaración y confesión de los cónyuges.
- que haya indicios razonables que uno de los cónyuges, de forma ilegítima consigue los medios de vida o que haya trabajado sin tener permiso de trabajo.
- finalmente la falta de equilibrio entre el estilo de vida y el ingreso de la familia.

Para determinar si el matrimonio es un matrimonio de conveniencia con el fin de conseguir el permiso de residencia familiar o no, se crea una comisión de investigación con los representantes de la Dirección General de Inmigración, la dirección provincial de las políticas sociales, la dirección provincial de nacionalidad y de población, y la jefatura de policía provincial. Se exige que al menos uno de los representantes de la comisión sea mujer, asimismo la comisión también podrá pedir la colaboración y participación de los

¹³⁷⁵ Artículo 37.1 de LEPI.

¹³⁷⁶ Artículo 34.1 del RELEPI.

representantes de otras instituciones¹³⁷⁷. Las gobernaciones pueden investigar incluso después de conceder el permiso de residencia familiar si sospechan que el matrimonio se celebró en fraude de la ley. En caso de que se determine que el matrimonio se había celebrado en fraude de ley, se informara a las fuerzas policiales correspondientes. En el transcurso de la investigación, las autoridades deben evitar el comportamiento perturbador y degradante hacia las personas que están siendo investigadas, tomar medidas necesarias para respetar la intimidad personal y familiar de los investigados y respetar la inviolabilidad del domicilio de los mismos. Se entrevista a los cónyuges por separado y también en conjunto, y los cónyuges están obligados a colaborar. Las autoridades deben determinar si los cónyuges comparten las responsabilidades. Se pedirán informaciones a los vecinos cercanos, a las personas del barrio de su residencia y los miembros de la familia. Se pedirá información de las unidades locales (policía, ayuntamiento, etc.), dichas unidades deberán colaborar y facilitar los documentos inmediatamente. Durante la investigación se podrá pedir la colaboración de los sociólogos, trabajadores sociales, psicólogos u otros profesionales expertos en tema. También se puede pedir la colaboración de las fuerzas de seguridad, asimismo la comisión de investigación debe prestar atención a otras posibles cuestiones, determinados por el Ministerio del Interior¹³⁷⁸.

Conviene señalar que el artículo 156 de Código civil turco establece que, incluso en caso de la nulidad absoluta de un matrimonio, hasta que no haya una resolución judicial que declare la nulidad del matrimonio, seguirá produciendo sus efectos jurídicos y legales¹³⁷⁹. Las alegaciones aportadas por parte de la administración de que un matrimonio, es un matrimonio de conveniencia, o declarar la falta de la existencia de unidad familiar, la falta de convivencia matrimonial o declarar que el propósito del matrimonio es conseguir la residencia familiar, para rechazar la renovación de un permiso de residencia familiar no son justificables¹³⁸⁰. El Tribunal Supremo Administrativo de Turquía (Tribunal superior de justicia contencioso administrativo), en relación con el matrimonio de un extranjero con un ciudadano turco sostiene:

¹³⁷⁷ Artículo 34.3 del RELEPI.

¹³⁷⁸ Artículo 34.2 del RELEPI.

¹³⁷⁹ Artículo 156 de Código Civil Turco 4721 de 2001

¹³⁸⁰ Sentencia de Tribunal Supremo Administrativo de Turquía 2008/745. (Daniştay 10 Dairesi 18/02/2008, E.2005/5676, K. 2008/745). Çiçekli, Bülent, *op. Cit.*, p. 101.

“la nulidad de un matrimonio es la decisión exclusiva y competencia de los tribunales de justicia, y la decisiones administrativas tomadas en virtud de las evaluaciones de las administraciones en esta materia (Formalite evlilik) no presenta fundamentos legales. Por lo tanto, la protección de la unidad familiar que fue establecido por el reclamante es una obligación constitucional (art 41 de la CT). La decisión de la cancelación del permiso de residencia familiar del interesado sin alegar motivos que pueden impedir su residencia en Turquía no es conforme a la legalidad¹³⁸¹.

7. Denegación o cancelación del permiso de residencia familiar

El artículo 36 de la LEPI y el artículo 33 del RELEPI, enumeran los motivos de la denegación o la cancelación de los permisos de residencia familiar. Según lo establecido en dichos artículos, en caso de que se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias, se deniega la solicitud del permiso de residencia familiar, se cancela los permisos concedidos y se niega la prórroga de dicho permiso:

- Cuando el reagrupante o su familiar reagrupado no cumplen los requisitos exigidos en los apartados 1 y 3 del artículos 35 de la LEPI, o la desaparición de los condiciones que dio lugar a obtener el permiso de residencia.
- Después de que desaparecen las condiciones por lo que tuvo el permiso de residencia familiar, no se les concede el permiso de residencia de corta duración.
- Que contra el interesado haya una orden de expulsión válida o que haya un orden por el que prohíba su entrada en Turquía.
- Usar el permiso de residencia familiar para otro propósito.
- Salvo motivos como servicios públicos obligatorios como servicio militar obligatorio, tareas, estudios o motivo de salud, en el último año, en total haya estado fuera de Turquía más de 180 días.

¹³⁸¹ Sentencia de Tribunal Supremo Administrativo turco (T.C. Danıştay 10 Daire, Esas No: 2012/3318. Karar No:2015/4603(idariyargi.org/.../5625e140-de83-4409-b821-85ccc16f49d4.pdf); Para más información véanse Nuray Ekşi y Bülent Çiçekli, *las Sentencias de sala 10 de Tribunal Supremo Administrativo sobre extranjeros y refugiados*, primera edición, Beta, junio de 2012.pp.74 a 79 (Nuray Ekşi, Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları*. Beta Basım Yayın. Haziran 2012 / 1. Baskı, ss74-79).

- Que el matrimonio se haya celebrado con el propósito de conseguir el permiso de residencia familiar.

8. Recursos

El apartado 2 del artículo 33 del RELEPI establece que, en el caso de la denegación de una solicitud del permiso de residencia, así como cuando se cancele el mismo o se deniegue su renovación, debe ser notificado al interesado, su representante legal o su abogado. El artículo 80 de la LEPI dedica a regular los recursos, el procedimiento y los plazos que los interesados deben seguir a la hora de recurrir las decisiones y resoluciones tomadas por las administraciones. El RELEPI de 2016, en sus artículos 99 a 101 del capítulo 5 de su título 3 se regula los procedimientos y los recursos administrativos y judiciales.

a) Recursos administrativos

Salvo los actos que las administraciones dictan en relación a las medidas de vigilancia, solicitudes inaceptables y evaluación acelerada que directamente debe ser recurrida ante los tribunales administrativos, el resto de los actos administrativos en materia de la protección internacional se puede recurrir en vía administrativa en un plazo de 10 días desde la notificación de los actos a los interesados. El recurso administrativo, junto con las documentaciones e informaciones, se presenta ante la jefatura provincial de la migración, que este a su vez envía a la Comisión evaluadora de la protección internacional¹³⁸². La comisión después de la evaluación, podrá rechazar el recurso o pedir al órgano administrativo que dictó el acto, tanto la revisión de fondo como también la del procedimiento seguido¹³⁸³. La comisión debe dictar su decisión en un plazo máximo de 15 días desde el momento que recibe el recurso, que podrá ser extendido otros 5 días en caso

¹³⁸² El capítulo 3 del título 5 del RELEPI, artículo 146 a 150, regulan la fundación, los miembros de la comisión, el procedimiento de trabajo de la comisión y la naturaleza de la decisión de la comisión.

¹³⁸³ Artículo 100.2 del RELEPI.

que sea necesario. En cualquier caso la decisión de la comisión será notificada al interesado o su representante legal¹³⁸⁴.

b) Recursos judiciales (tribunales administrativos)

La ley de procedimiento jurídico administrativo 2577¹³⁸⁵ (Ley de Régimen Jurídico del Sector Público), regula el procedimiento, plazos y la competencia de los tribunales administrativos. El interesado después de haber recibido la notificación de la decisión de la comisión relativa a su recurso, en un plazo de 30 días podrá interponer recursos ante los tribunales administrativos competentes. El RELEPI señala que, la interposición de recursos por la vía administrativo no afecta ni impide que el interesado recurra contra los actos dictados por la administración, directamente ante los tribunales administrativos desde el primer momento, sin acudir a la vía administrativa¹³⁸⁶. Si la comisión de evaluación detecta que el interesado al mismo tiempo ha recurrido el acto por la vía judicial detendrá la evaluación del recurso¹³⁸⁷. A la persona interesado se le permite permanecer en el país hasta el resultado final del procedimiento de recursos administrativo así como también hasta el resultado final del procedimiento de recursos judiciales¹³⁸⁸.

¹³⁸⁴ Artículo 100.4 del RELEPI.

¹³⁸⁵ La ley de procedimiento jurídico administrativo 2577 de 6 enero de 1982. Publicado en BOE turco 17580 de 20 de enero de 1982. (İdari Yargılama Usulü Kanunu 2577, kabul tarihi: 6/1/1982, yayımlandığı Resmî Gazete: 20/1/1982, sayı: 17580, yayımlandığı Düstur: tertip: 5 cilt: 21 sayfa: 147).

¹³⁸⁶ Artículo 101.3 del RELEPI.

¹³⁸⁷ Artículo 101 del RELEPI.

¹³⁸⁸ Artículo 80 e) de la LEPI.

CAPITULO V

UNA COMPARACION SISTEMATICA DE DIFERENCIAS CONSIDERABLES ENTRE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL Y TURCA. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. UN ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EVOLUCIÓN Y CONTENIDO GENERAL DE LA LEY DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL Y TURCA

Antes de la aprobación de la LEPI 6458 y su entrada en vigor en 2013, el Derecho turco no contaba con una ley de carácter general y específico en materia de extranjería, de hecho todo lo relativo a los derechos y deberes de los extranjeros y las regularizaciones en materia de extranjería se regían por diversas leyes como la ley de pasaporte 5682 de 15 de julio de 1950, la ley de residencia y circulación de los extranjeros en Turquía 5683, la ley de trabajo de los extranjeros 4817 de 2003, así también como diferentes Reglamentos, Circulares y Directivas que en muchas ocasiones generaban dudas a la hora de la aplicación de los mismos en materia de extranjería. Por lo tanto, hasta la entrada en vigor de la nueva ley de extranjería, las leyes y regulaciones dispersas existentes no estaban actualizadas y en muchos aspectos eran insuficientes a la hora de aplicar o resolver problemas relacionados con los extranjeros. La nueva LEPI 6458, presenta un carácter general que en su conjunto, regula la protección temporal de los extranjeros y reorganiza por completo, las condiciones y requisitos sobre la entrada, salida, estancia y la residencia de los extranjeros en Turquía. Asimismo, en virtud del artículo 103 de la nueva ley de extranjería (LEPI), en 2013 se creó la Dirección General de Inmigración dependiendo del Ministerio del Interior, con el fin de poner en práctica las políticas y estrategias en materia de la migración, garantizar la coordinación entre las instituciones y organizaciones relacionadas con la inmigración, la aplicación de las normas y el procedimientos marcados por la ley en relación con la entrada, estancia, salida y la expulsión de los extranjeros de Turquía, así como la protección internacional, temporal y la protección de las víctimas de la trata de personas. Aunque la nueva LEPI 6458, como la primera ley de extranjería, regulan de forma sistemática el ordenamiento jurídico de extranjería turco, presentan

deficiencias que analizaremos a continuación, comparando las con el Derecho de extranjería española.

La transición democrática en España, el dinamismo de la economía española y su entrada en la entonces Comunidad Europea, han sido factores importantes para la llegada de los inmigrantes a España que hizo necesaria la aprobación de una ley en materia de extranjería que regulase la situación y definiese los derechos y deberes de los inmigrantes, la L.O. 7/1985¹³⁸⁹. En primer lugar, la ley de extranjería española que está en vigor en la actualidad es resultado de múltiples reformas y modificaciones de la primera ley de extranjería aprobada en 1985. Mientras en 1981 el porcentaje de los extranjeros en España solo presentaba 0,52% de población total, esta cifra en 2011 llegó a su máximo de 12,2% y finalmente debido a diferentes factores como la crisis económica vividas en los últimos años, que obligó a la salida de algunos extranjeros de España y a la nacionalización de otros, a fecha 1 de enero de 2016 los extranjeros representaban el 10% de la población total en España¹³⁹⁰. Debido a las circunstancias y a las necesidades de cada periodo, durante las últimas tres décadas por el creciente fenómeno de la inmigración en España, y la necesidad de actualizar y adaptar la ley de extranjería por este mismo motivo, así como por la obligación de incorporar las normas aprobadas en la Unión Europea, en materia de inmigración, a nuestro ordenamiento jurídico, se han sucedido las reformas de la ley de extranjería española que finalmente nos llevaron a la actual ley de extranjería.

En relación a Turquía y su Derecho de extranjería, conviene señalar que tradicionalmente Turquía al igual que España, ha sido un país de emigrantes¹³⁹¹, pero por su ubicación geográfica, desde 1982 hasta la actualidad, ha sido un país de paso para millones de personas que debido al conflicto armado entre Irán e Irak en los años 1980-1988, la intervención soviética en Afganistán entre 1978-1991, posteriormente la intervención de los EEUU en Irak en 2003 y la guerra de Siria desde 2011, abandonaron sus países de origen con el fin de entrar en Europa o ir a los países como Estados Unidos, Canadá o

¹³⁸⁹ La primer Ley de Extranjería española, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Publicado en: «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985.

¹³⁹⁰ www.ine.es/prensa/padron_prensa.htm. Datos provisionales a 01/01/ 2016 de los extranjeros en España.

¹³⁹¹ Turquía sigue siendo un país de emigrantes. Actualmente viven más cerca de 8,5 millones de turcos fuera del país. Casi la mitad de esta cantidad viven en países europeos, encabezado por Alemania y Holanda y Austria, y el resto en diferentes países del mundo encabezado por Australia. www.mfa.gov.tr › [Dış Politika](#) › [Temel Dış Politika Konuları](#)

Australia de forma legal o ilegal, aunque la segunda opción era el objetivo principal de la mayoría, dado que era muy difícil conseguir de forma legal entrar en Europa o a dichos países. Situación que obligaba a muchos extranjeros permanecer en Turquía de forma ilegal.

En los años 80 y 90, un gran número de los extranjeros también acudieron a Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Turquía, para ser enviados a Canadá o Australia entre otros países, aunque solo una parte ha conseguido desplazarse, entre los que la mayoría eran familias con hijos. Por otro lado, muchos extranjeros no conseguían sus objetivos y finalmente estaban obligados a quedarse en Turquía, unos de forma ilegal y otros saliendo de Turquía y volviendo a entrar de nuevo, beneficiándose del periodo de 90 días de estancia para poder estar en Turquía de forma legal¹³⁹². Esta situación para algunos duró años, aunque oficialmente no hay datos al respecto. Según los datos oficiales de los últimos años publicado por la Dirección General de Inmigración (fundada en 2013), en 2010 el número de los permisos de residencia concedidos a los extranjeros en Turquía era de 182.310, cifra que en 2011 aumento hasta 234.268, asimismo 321.548 en el año 2012; 313.692 en 2013; 379.804 en 2014 y 422.895 permisos de residencias en 2015. Según los datos, en 2015 el número de los extranjeros ilegales en Turquía era de 146.485 encabezados por los sirios, afganos y los iraquíes¹³⁹³. Debe señalarse que según amnistía internacional, hay 2,7 millones de refugiados sirios en Turquía¹³⁹⁴. Ahora bien con todo lo anteriormente indicado, la legislación turca hasta 2014, año en que entró en vigor la nueva ley de extranjería, no contaba con una ley que regulase el derecho de asilo, salvo un reglamento sencillo en materia de asilo, y como acabo de decir, tampoco una ley de extranjería de carácter general y ordenada. Al contrario que Turquía, España en 1985 con la aprobación de la primera ley de extranjería dio el primer paso para crear una legislación ordenada sobre extranjería, una ley que posteriormente con las reformas y el proceso de armonización en materia de extranjería como resultado de la implementación del acervo de la Unión Europea ha ido avanzando hasta la actual ley de extranjería que está en vigor. Turquía dio este paso en 2013 con la

¹³⁹² Ciudadanos de países que estaban exentos de tener la obligación de visado para entrar en Turquía por un periodo de 3 meses, como Iran.

¹³⁹³ Informe de la inmigración en Turquía de 2015 publicado por www.goc.gov.tr (2015 TÜRKİYE GÖÇ RAPORU, KÜTÜPHANE Yıllık Göç Raporları, ss.44-45 y 64-65).

¹³⁹⁴ <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/02/syrias-refugee-crisis-in-numbers>.

aprobación de la LEPI de 6458. Podemos señalar que uno de los motivos principales de la aprobación de la nueva ley de extranjería turca es el proceso de armonización de las disposiciones nacionales en materia de extranjería y la política de inmigración y los refugiados con el acervo de la Unión Europea, de acuerdo con las condiciones de la asociación para la adhesión de Turquía a la Unión Europea¹³⁹⁵. Turquía en 2001 firmó el documento del proceso de adhesión a la Unión Europea¹³⁹⁶, y con el objetivo del cumplimiento de las condiciones exigidas por los acuerdos de asociación, presentó un Programa Nacional¹³⁹⁷ con el fin de la adopción del acervo de la UE. Dicho programa tendría que lograr las prioridades y los objetivos intermedios establecidos en la asociación para la adhesión de Turquía, entre los que se incluía la reforma de los asuntos en materia de la justicia y asuntos de interior (asuntos relativos a refugiados, y extranjería).

Antes de entrar en un análisis comparativo sobre el derecho de la reagrupación familiar entre las legislaciones de ambos países (Turquía y España), analizamos de forma general la estructura, el contenido y las diferencias de la nueva ley de extranjería turca con la ley de extranjería española.

Como antes he señalado, la LEPI 6458 no regula todos los temas jurídicos de los extranjeros, y en general solo regula asuntos relativos a la entrada, salida y residencia de

¹³⁹⁵ Véanse condiciones a medio plazo (el tema de justicia y asuntos interiores) de la DECISIÓN DEL CONSEJO de 19 de mayo de 2003 relativa a los principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones contenidos en la Asociación para la Adhesión de Turquía (2003/398/CE). Publicado en «DOCE» L 145/40 de 12.6.2003; En esta línea también el capítulo 24 (justicia, libertad y seguridad) de Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO relativa a los principios, prioridades y condiciones contemplados en la Asociación para la Adhesión con Turquía y por la que se deroga la Decisión 2006/35/CE, Bruselas, 6.11.2007. COM (2007) 661 final.

¹³⁹⁶ Turquía en 1959 solicitó su ingreso en la CE. El 12 de septiembre de 1963, Turquía firmó un acuerdo con la Comunidad Económica Europea (64/732/CEE), sobre relaciones comerciales entre las partes, para garantizar el desarrollo acelerado de la economía de Turquía y la elevación de nivel de empleo y las condiciones de vida del pueblo turco. Con el golpe de Estados en 1980, por entonces general Kenan Evren, la Comunidad Europea congeló las relaciones con Turquía. En 1983, con la llegada del partido de Madre Patria (ANA VATAN PARTISI) encabezado por Turgut Özal a poder como primer ministro, las relaciones con la Comunidad Europea entró en una fase nueva, en 17 abril de 1987 Turquía oficialmente solicitó la adhesión plena a la Comunidad Europea. Finalmente, la primera fase de la integración de Turquía en la Comunidad Europea empieza con la formalización de la Unión Aduanera entre la CE y Turquía que entró en vigor el 1 de enero de 1996. Desde entonces hasta 2003 el proceso de adhesión de Turquía a la CE mostró una aceleración y ha ido avanzando hasta que los Países de la CE, el 17 de diciembre de 2004, fijaron la fecha de 3 de octubre de 2005 para comenzar las negociaciones de adhesión de Turquía. Aunque no fijaron cuando pueda durar el proceso de negociación, en 2006 José Manuel Barroso, en aquel entonces Presidente de la Comisión Europea, dijo que el proceso de la adhesión continuará hasta por lo menos 2021 años.

¹³⁹⁷ Programa Nacional de 2003 para la adopción del acervo de la UE. (2003 Yılı Ulusal Program Dökümanları 23 Haziran 2003 tarih ve 2003/5930 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı. MEVZUAT- Temel Belgeler- Ulusal Programlar- 2003 Yılı Ulusal Programı (24- Adalet ve İçişleri). www.goc.gov.tr.

los extranjeros en Turquía (título 2) y asimismo en su título 3, los asuntos relativos a la protección internacional de los extranjeros. Por ejemplo los temas relacionados con las formas, condiciones y permiso de trabajo, están regulados mediante la ley de permiso de trabajo para extranjeros 4817 el 27 de febrero 2003¹³⁹⁸.

La LEPI 6458 dispone de 5 títulos, de los cuales, el título primero se dedica en regular el objetivo, alcance, definición y la prohibición de devolución de los extranjeros. En el título 2 incluye las disposiciones comunes, las normas y el procedimiento sobre la entrada y salida, la estancia, reconocimiento del estatuó de apátrida, las garantías y los derechos del mismo y las normas relativas a las expulsiones de extranjeros de Turquía. En el título 3 recoge a todo en lo relativo a protección internacional y protección temporal, los derechos y deberes del mismo. El título 4 se recoge las disposiciones de carácter común, aplicables tanto a los extranjeros como en los procedimientos de la protección internacional. Y finalmente el título 5 que regula todo relativo a la creación, competencia y funciones de la Dirección General de la Inmigración.

En comparación con la ley de extranjería español, existen diferencias importantes que podemos enumerar en los siguientes puntos:

En primer lugar, la LOEX 4/2000 en su título preliminar establece claramente los principios que todas las administraciones públicas deben respetar a la hora del ejercicio de sus competencias en relación a la planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración (art 2 bis). Asimismo la regularización en materia de la integración de los inmigrantes (art 2 ter), estableciendo que los poderes públicos deberán promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española. Allí se señala que “especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres. Asimismo añade que los poderes públicos desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas

¹³⁹⁸ Ley de permiso de trabajo para extranjeros 4817 de 2003 (Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, kanun numarası: 4817, kabul tarihi: 27/2/2003, yayımlandığı R.gazete: 6/3/2003, sayı: 25040, yayımlandığı düstur: tertip: 5 cilt: 42).

oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración”¹³⁹⁹. Mientras la LOEX 4/2000 regula ampliamente y de una forma bastante clara las líneas de la política inmigratoria y la integración de los inmigrantes, la LEPI turca 6458 solo se ocupa de esta cuestión en su artículo 96 del título 4, tratando el tema de la integración de los extranjeros de una forma general, apuntando que la dirección general de inmigración podrá planificar las actividades de la integración dentro de límites de las posibilidades económicas y financieras del país.

Aunque en dicho artículo establece que la dirección general con la colaboración de las instituciones y organizaciones públicas así como las organizaciones no gubernamentales, organizará el incremento de los cursos de acción formativas sobre como beneficiarse de los bienes y servicios públicos y privados, el acceso a la educación y actividades económicas, sociales y culturales y los servicios primarios de atención sanitaria, no indica claramente, si existe o no, la garantía de la escolarización en la edad obligatoria¹⁴⁰⁰, ni tampoco de la igualdad entre hombres y mujeres, así también como el acceso de los extranjeros a las actividades económicas. En este caso, mientras que los refugiados y los titulares de la protección subsidiaria, desde que se les reconoce dicho estatuto, pueden trabajar en sectores permitidos por la ley sin solicitar el permiso de trabajo, los extranjeros en régimen general, los refugiados condicionales y los de protección temporal, tienen la obligación de solicitar el permiso de trabajo cumpliendo los requisitos exigidos por la ley de permiso de trabajo para los extranjeros. La ley de permiso de trabajo para los extranjeros establece que a los cónyuges o a los hijos dependientes del reagrupante, se les puede conceder un permiso de trabajo temporal con la condición de haber residido legalmente y de forma ininterrumpida durante 5 años junto con el reagrupante en

¹³⁹⁹ párrafo 2 del apartado 2 del artículo 2 ter de LOEX 4/2000

¹⁴⁰⁰ Mientras el artículo 9 de la LOEX 4/2000 regula ampliamente el derecho de los extranjeros a la educación, estableciendo que “Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria”, el Derecho de extranjería turca no establece norma alguna en materia. Aunque la Constitución Turca reconoce el derecho de la educación a todas personas, la ley nacional de educación en su artículo 4 reconoce este derecho para todos, en su artículo 22.II indica el deber y la obligación para los menores turcos a una enseñanza obligatoria, sin mencionar o exigir dicho obligación para los menores extranjeros. dicho de otra forma a los extranjeros no se les exige la escolarización en la edad obligatoria. La Ley Nacional de Educación turca 1739 de 14/06/1973. (MİLLİ EĞİTİMTE MEL KANUNU 1739. Kabul Tarihi: 14/6/1973. R.Gazete: 24/6/1973. Sayı: 14574).

Turquía¹⁴⁰¹. El acceso al mercado de trabajo es uno de los factores importantes de la integración del extranjero en la sociedad receptora. Ahora bien, exigiendo condiciones tales como el plazo exigido por la ley de permiso de trabajo de los extranjeros 4817, o condicionar a que el extranjero se realice otra tramitación diferente para conseguir el permiso de trabajo, causan dificultades y obstaculizan el acceso al mercado de trabajo y finalmente también la integración del extranjero en la sociedad turca. Por otra parte aunque la LEPI 6458, en los artículos 103 a 105 regula la materia de la política inmigratoria, no incluye cuáles han de ser los principios que debe regir la administración a la hora de planificación, regulación y desarrollo de la política inmigratoria.

En segundo lugar, otra diferencia importante es la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en la LOEX 4/2000. El título 1 de la ley de extranjería española regula específicamente los derechos reconocidos a los extranjeros, señalando que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los tratados internacionales, en la mencionada ley (LOEX4/2000) y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce dicha ley en condiciones de igualdad con los españoles.¹⁴⁰² En relación a las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros, la LOEX establece que serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas¹⁴⁰³. En este sentido la LEPI 6458, no dispone de ningún capítulo o disposición que regule o indica los derechos de los extranjeros de forma tan detallada como la ley de extranjería español. Tampoco menciona cual debe ser el criterio de la interpretación de los derechos fundamentales de los extranjeros, salvo el artículo 16 de la

¹⁴⁰¹ Véanse último párrafo del artículo 5 de la Ley del Permiso de Trabajo para los Extranjeros 4817 de 27/2/2003.(YABANCILARIN ÇALIŞMA İZİNLERİ HAKKINDA KANUN 4817, 27/2/2003).

¹⁴⁰² Véanse el apartado 1 del artículo 3 de la LOEX 4/2000. Mientras la LOEX en su artículo 6 del capítulo primero del título 1 se reconoce el derecho de Participación Pública a los extranjeros residentes en España que podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales. El Derecho de extranjería turca, no reconoce tal derecho a los extranjeros, incluso ni a los turcos que con previo permiso renuncian a su nacionalidad. (véanse el apartado 2 del artículo 28 de la ley de nacionalidad turco 5901 de 29/5/2009).

¹⁴⁰³ Véanse el apartado 2 del artículo 3 de la LOEX 4/2000

Constitución Turca de 1982, que establece que los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros pueden ser restringidos o limitados mediante la ley y de conformidad con el Derecho internacional. De hecho, al contrario que la ley de extranjería Turca, cuando observamos el contenido del capítulo 1 del título 1 de la LOEX 4/2000 vemos como el legislador indica el criterio de la interpretación de las normas y claramente regula los derechos que la ley reconoce a los extranjeros.

Respecto a las garantías jurídicas, la ley de extranjería 4/2000, en el capítulo III de su título I regula dicha materia. El artículo 20 de la LOEX establece que “en los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos”, asimismo también en los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades afectadas en los términos previstos por la ley¹⁴⁰⁴. Situación que genera transparencia y ayuda al extranjero en dicho procedimiento. La ley de extranjería turca 6458 regula esta materia en su artículo 80 bajo el título de los recursos administrativos y judiciales, donde establece que solo el interesado y su representante legal están legitimados para intervenir e interponer los recursos. De hecho no existe ninguna otra disposición que regule o permite que las organizaciones para la defensa de los extranjeros puedan intervenir como interesadas en los procedimientos administrativos o judiciales.

El capítulo IV del título I de la LOEX 4/2000 regula las medidas antidiscriminatorias. En su artículo 23.1 se establece que “representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”. Así también el apartado 2 de dicho artículo enumera los actos que según la ley constituyen discriminación y en el artículo 24 indica que la tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. La ley de extranjería 4/2000 establece las medidas antidiscriminatorias como garantías a los extranjeros para el ejercicio de sus derechos, sin que arbitrariamente mediante cualquier acto discriminatorio

¹⁴⁰⁴ Apartado 3 y 4 del artículo 20 de la LOEX 4/2000.

prohibido por la ley, puedan ser limitados por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público. En este sentido cuando observamos el contenido de la ley de extranjería turca, salvo el artículo 80 que regula los recursos administrativo y judicial, no es posible encontrar regulación alguna al respecto como garantía a los extranjeros contra actos discriminatorios, aún más en todo el texto de la ley no encontramos términos como “la igualdad”, “no discriminación”, “la igualdad entre hombres y mujeres”.

Otra diferencia considerable entre la ley de extranjería española y la ley de extranjería turca es en relación con la protección internacional sobre el régimen jurídico de los refugiados, asilados, la protección subsidiaria y la protección temporal. En la legislación de extranjería española el derecho de asilo y la protección subsidiaria no está incluido en la LOEX 4/2000, sino que se regula mediante su propia ley, la ley de 12/2009, de 30 de octubre, que ampliamente regula el derecho de los asilados y de la protección subsidiaria en España. En su título III, dedica a regular el mantenimiento de la unidad familiar, la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria y la reagrupación familiar de las personas beneficiarias de la protección internacional¹⁴⁰⁵. Asimismo, en relación a la protección temporal que se regula mediante el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, donde también en su artículo 21 regula la reagrupación familiar de los titulares de dicha protección¹⁴⁰⁶. Al contrario que el Derecho extranjería español, la ley de extranjería turca 6458, en los artículos 61 a 95 de su título III incluye la regulación de la protección internacional de los refugiados, refugiados condicionales (asilados), la protección subsidiaria y la protección temporal.

Como anteriormente se he señalado, los refugiados y los titulares de la protección subsidiaria, en lo que se refiere a la reagrupación de los miembros de sus familias, están sujetos a las condiciones y requisitos que la ley exige a todos los extranjeros a la hora de solicitar el permiso de residencia familiar. La LEPI 6458, no reconoce la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria, más allá de los miembros de la familia nuclear, es decir al cónyuge y a los hijos menores de edad o hijos dependientes. En

¹⁴⁰⁵ Véanse los artículos 39 a 41 del título III de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Publicado en *BOE* núm. 263 de 31 de Octubre de 2009.

¹⁴⁰⁶ Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Publicado en: «*BOE*» núm. 256 de 25/10/2003.

este materia, la ley de asilo española, claramente en su artículo 39 se establece la garantía del mantenimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria y su artículo 40 que regula la extensión familiar de dicho colectivo, incluyendo otros miembros de familia como beneficiarios del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por extensión familiar, o en su artículo 40 sobre reagrupación familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria, donde señala que dicho colectivo podrá optar por reagrupar a los miembros de su familia, aun cuando ya se encontrasen en España, sin solicitar la extensión del estatuto de que disfruten, que en este supuesto, que se desarrollará reglamentariamente, no se exigirá a los refugiados o beneficiarios de la protección subsidiaria, ni tampoco a los beneficiarios de la reagrupación familiar, los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería e inmigración¹⁴⁰⁷. Por su parte y al contrario de que la ley de asilo español, la ley de extranjería turca no regula nada semejante. De hecho, en relación a la protección temporal y en virtud del artículo 91.2 de la LEPI 6458, se aprobó el Reglamento de desarrollo 2014/6883 del régimen jurídico de la protección temporal, que en su artículo 49 establece que los titulares de la protección temporal podrán solicitar la reagrupación familiar de su cónyuge, sus hijos menores y dependientes, que en este caso, dicha petición será evaluada por la Dirección General de Inmigración. Como podemos observar, dicho reglamento no garantiza la reagrupación familiar de dicho colectivo, y de forma muy reducida y sin indicar más detalles regula esta materia¹⁴⁰⁸.

La LOEX 4/2000 regula de forma conjunta el permiso de residencia y el permiso de trabajo. El capítulo III del título II de la LOEX 4/2000 establece los tipos de las autorizaciones de residencia y trabajo para la realización de las actividades lucrativas. Por su parte, la ley de extranjería turca solo concede el permiso de residencia y para obtener el permiso de trabajo, los extranjeros tendrán que realizar otros trámites administrativos para

¹⁴⁰⁷ Véanse el título III del capítulo VI de la ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Publicado en «BOE» núm. 263, de 31/10/2009.

¹⁴⁰⁸ A diferencia del Reglamento de la protección temporal turco 2014/6883, que condiciona la reagrupación familiar de los beneficiarios de la protección temporal solo a los miembros de familia nuclear y la evaluación de la petición del solicitante para reagrupar a su familia, que da a entender que el resultado de dicha evaluación puede ser positivo o negativo, el artículo 21 del Reglamento español (Real Decreto 1325/2003), sobre régimen de protección temporal, regula la reagrupación familiar de los beneficiarios de la protección temporal donde en su apartado primero establece lo siguiente: “Se concederán los beneficios de la protección temporal, previa solicitud del beneficiario de ésta en España tramitada por la Oficina de Asilo y Refugio, a los miembros de su familia, siempre que ésta estuviese ya constituida en el país de origen y que, debido a las circunstancias que dieron lugar a la declaración de la protección temporal, se hayan separado”.

solicitar dicho permiso, que en este caso estarán sujetos a la ley de autorización del permiso de trabajo para los extranjeros¹⁴⁰⁹. Asimismo la ley prohíbe a los extranjeros trabajar en los sectores que enumeran en diferentes leyes reguladores de los sectores del trabajo¹⁴¹⁰. Turquía en 2003 y en virtud de armonización de la legislación nacional con el acervo de la UE deroga la ley 2007 de 11 de junio de 1932, donde prohibía a los extranjeros, trabajar en diversos sectores que estaban reservados a los ciudadanos turcos¹⁴¹¹. Esta ley prácticamente impedía a los extranjeros, la posibilidad de trabajar en Turquía.

En relación al derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros, la LOEX 4/2000 en su artículo 5 establece que los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el título II de esta ley (LOEX 4/2000), tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de investigado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme. Y a continuación señala que, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución, y, excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurren en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la ley.

En la ley de extranjería turca (LEPI 6458) no encontramos ninguna disposición que regule esta materia, aunque en virtud de otras normativas legales en ciertas áreas¹⁴¹², existen limitaciones y restricciones que prohíbe al extranjero circular o residir libremente en

¹⁴⁰⁹ Ley turca de autorización de permiso de trabajo para los extranjeros 4817 de 27/2/2003.

¹⁴¹⁰ Véanse la lista de los sectores de trabajos prohibidos a los extranjeros en Turquía. www.calismaizni.gov.tr/yabancilar/yabancilara-yasak-meslekler.

¹⁴¹¹ La ley de profesiones y servicios reservados a los ciudadanos turcos 2007 de fecha 11.06.1932 que estaba en vigor hasta 2003. Dicha ley prohibía casi todos los trabajos a los extranjeros sectores de los de servicios, profesiones incluso los trabajos que no necesita experiencia ni formación. (Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun. Kanun Numarası: 2007. Kabul Tarihi: 11/6/1932. Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 16/6/1932 Sayı: 2126).

¹⁴¹² La ley de zonas de seguridad y Militare Prohibida 2565 de 18/12/1981. (Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu 2565 Kabul Tarihi: 18/12/1981, Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 22/12/1981 Sayı: 17552); Así también la Ley Rural 442 de 18/3/1924. (KÖY KANUNU 442, Kabul Tarihi: 18/3/1924 Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 7/4/1924 Sayı: 68).

distintas zonas del país. La ley Rural prohíbe que los extranjeros residan en los pueblos y zonas rurales del país, e indica que conceder la autorización de residencia en estas zonas a los extranjeros es competencia del ministerio del interior¹⁴¹³. Asimismo, según la ley de zonas de seguridad y militar, excepto los funcionarios y los ciudadanos turcos con un permiso concedido por las autoridades militares, los extranjeros no pueden entrar, circular ni residir en las zonas militares o de seguridad con categoría de primer grado¹⁴¹⁴. Conceder la autorización a residir temporalmente, entrar o circular en estas zonas es competencia del Estado Mayor de la Defensa¹⁴¹⁵.

Los extranjeros no podrán entrar en las zonas militares o de seguridad con categoría de segundo grado, cercanas a las zonas militares, las zonas de seguridad u otras zonas en que podrá ser necesaria y útil para la defensa del país¹⁴¹⁶. Los extranjeros tanto las personas físicas como las jurídicas, no podrán entrar, circular, residir, trabajar, alquilar o comprar inmuebles en dichas zonas. La ley también indica que los extranjeros que carezcan del permiso correspondiente, ni siquiera pueden entrar temporalmente en estas zonas¹⁴¹⁷. Asimismo en virtud del artículo 71 de la ley de extranjería turca 6458, la administración puede exigir a los que solicitan o son titulares de la protección internacional, residir en una zona específica, en los centros de los refugiados o en una región señalado por las autoridades. Teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente, al contrario que el Derecho de extranjería española, que regula el derecho de la libertad de circulación y residencia de los extranjeros y los motivo de la limitación del mismo en las circunstancias claramente indicados, la ley de extranjería turca no recoge este materia en su regulación, aunque en normativas legales dispersas (antes señaladas), limita la circulación y residencia a los extranjeros en el país.

¹⁴¹³ Artículo 88 de la Ley Rural 442 de 18/3/1924.

¹⁴¹⁴ Artículo 7.1 b) de la ley de zonas de seguridad y Militare Prohibida 2565 de 18/12/1981.

¹⁴¹⁵ Artículo 7.1 c) de la ley de zonas de seguridad y Militare Prohibida 2565.

¹⁴¹⁶ ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema., "THE ASSESSMENT OF THE RESIDENCE OF FOREIGNERS IN TURKEY AND LONG-TERM RESIDENCE PERMIT ACCORDING TO THE LAW ON FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION" (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler), en *Revista Ankara Barosu Dergisi* 2016/2, pp. 48 a 50.

¹⁴¹⁷ Artículo 9 a), b), c), de la ley de zonas de seguridad y Militare Prohibida 2565.

II. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN AMBAS LEGISLACIONES (ESPAÑOLA-TURCA)

En relación a la reagrupación familiar de los extranjeros, a continuación analizaremos detalladamente los puntos esenciales de la regulación de dicha materia en el Derecho de extranjería español y turco.

La ley de extranjería 4/2000 dedica exclusivamente el capítulo II de su título I a regular ampliamente la reagrupación familiar de los extranjeros. La ley de extranjería turca (LEPI 6458), regula esta materia como permiso de residencia familiar y entre los tipos del permiso de residencias.

En esta línea, la LOEX 4/2000 en su artículo 16.1 señala que los extranjeros residentes legalmente en España tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, reconociéndoles el derecho a reagrupación familiar con el fin de poder reagrupar con ellos a los familiares reagrupables señalados en su artículo 17 de dicha ley. En cambio, la LEPI turca 6458, no dispone de ninguna disposición que regule esta materia como derecho y directamente entra en señalar quienes pueden estar en categoría de reagrupante y quienes en la categoría como familiares reagrupables.

En primer lugar, al contrario que el Derecho de extranjería español que establece, que es el reagrupante quien debe presentar la solicitud de una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, la LEPI turca exige esta obligación a los familiares del reagrupante, es decir, son los miembros de la familia del reagrupante que van a ser reagrupados, quienes deben presentar la solicitud del permiso de residencia familiar en los consulados de Turquía en sus países de origen o en los países donde residen legalmente. Aunque hay excepciones a esta norma, de lo que he señalado en apartados anteriores.

La LOEX 4/2000 reconoce este derecho, además de al cónyuge y a los hijos menores y a los dependientes a cargo del reagrupante o de su cónyuge y a los hijo adoptivos, también a los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, a los representados legalmente por el reagrupante y a las parejas de hecho. En esta línea la ley de extranjería turca reconoce este derecho solo a los miembros de familia nuclear, es decir, al cónyuge, los hijos menores de 18 años y los dependientes del reagrupante o de su cónyuge. Aunque la LEPI de 2013 no

incluye a los hijos adoptivos en su regulación, el reglamento de desarrollo de la LEPI de 2016 regula e incluye a los hijos adoptivos dentro de familias reagrupados. Asimismo la ley de extranjería turca en su regulación respecto a los cónyuges, no establece la posibilidad de que las parejas de hecho puedan ser reagrupadas y al señalar a los conyugues, se refiere solamente a las relaciones matrimoniales legalmente constituidas. En caso de la poligamia, mientras la LEPI 6458 se establece que si la ley del país del reagrupante permite tener más de un esposa, el reagrupante solo podrá reagrupar a uno de ellas, sin indicar más detalles sobre el procedimiento de lo mismo, la ley de extranjería española (4/2000 LOEX), establece que el extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia.

La ley de extranjería turca tampoco regula la situación de los representados legalmente por el reagrupante. En este sentido, mientras que la ley de extranjería turca limita bastante la posibilidad de mantener la unidad familiar del reagrupante, con la restricción de beneficiarios de este derecho solo a los miembros de familiar nuclear, el Derecho de extranjería español extiende este derecho a otros miembros de la familia del reagrupante, no solo a los extranjeros residentes legalmente en España mediante la ley 4/2000, sino también de una forma claramente regulado, a los refugiados, titulares de la protección subsidiaria y los titulares de la protección temporal mediante sus respectivas leyes y reglamentos, garantizando la unidad familiar del extranjero¹⁴¹⁸.

La LOEX 4/2000 también regula la reagrupación familiar por residentes reagrupados, estableciendo que los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la autorización del reagrupante, y acrediten reunir los requisitos

¹⁴¹⁸ Artículo 21 del Real Decreto 1325/2003 protección temporal; Título III sobre la unidad familiar de las personas beneficiarios de protección internacional, de la Ley 12/2009 de asilo y protección subsidiaria.

previstos en la LOEX 4/2000, y también en relación a los ascendientes, estableciendo que podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica, aunque excepcionalmente, sin tener la residencia de larga duración podrán reagrupar a los hijos menores que tengan a su cargo, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud ¹⁴¹⁹. La ley de extranjería turca no regula la reagrupación familiar por residentes reagrupados, en esta situación, si el extranjero reagrupado consigue obtener otro tipo de residencia y cumplir los requisitos exigidos, sus familiares reagrupables según la ley turca, podrán solicitar el permiso de residencia familiar. La LEPI 6458, no se reconoce a los ascendientes del reagrupante o de su conyugue como familiares reagrupables.

La LOEX 4/2000 regula los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales, donde familiares reagrupados del reagrupante tiene más facilidades para obtener una autorización de residencia y trabajo independiente en comparación con lo regulado en la ley de extranjería turca¹⁴²⁰.

La LOEX establece que la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. La ley de extranjería turca no reconoce este derecho, además los familiares del reagrupante para poder trabajar deben solicitar el permiso del trabajo acreditando que hayan residido junto con el reagrupante legalmente durante 5 años y de forma continuada¹⁴²¹, aunque hay excepciones a esta norma¹⁴²². Según la ley turca de permiso de trabajo para los extranjeros, trabajar por cuenta propio está condicionado a que el extranjero haya residido legalmente y de forma continuada durante un tiempo mínimo de 5 años en Turquía¹⁴²³. Aunque hay excepciones al respecto que se regulan en el artículo 8 de ley turca de permiso de trabajo para los extranjeros, como, el cónyuge casado con un ciudadano turco o los ciudadanos de un

¹⁴¹⁹ Véanse el artículo 17.2 de la LOEX 4/2000 y el artículo 60 del RELOEX 557/2011.

¹⁴²⁰ Véanse los apartados 5,6 y 7 del artículo 34 de la LEPI 6458.

¹⁴²¹ Artículo 5 de la Ley de permiso de Trabajo para los Extranjeros 4817 de 27/2/2003.

¹⁴²² Artículo 8 e) de la Ley 4817 de 27/2/2003. Que indica que los ciudadanos europeos y familiares no comunitarios de ellos (cónyuge y los hijos) se les puede conceder el permiso de trabajo sin cumplir el tiempo estipulado regulado en dicha ley.

¹⁴²³ Artículo 7 de la Ley 4817 de 27/2/2003.

estado miembro de la UE, su cónyuge y sus hijos, independientemente de la nacionalidad que poseen.

En caso de separación o divorcio, la LOEX 4/2000, regula que el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados conservarán el permiso de la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición¹⁴²⁴. Asimismo también establece que el cónyuge o pareja del reagrupado podrá obtener una autorización de residencia y trabajo independiente, si acredita la convivencia en España con el cónyuge o pareja del reagrupante durante al menos dos años¹⁴²⁵. Respecto a la legislación de extranjería turca, la ley establece que el cónyuge que esté casado con un ciudadano turco y haya residido durante al menos tres años con un permiso de residencia familiar, se le concede un permiso de residencia de corta duración. Respecto a los supuestos en que los dos cónyuges son de origen extranjero no hay regulación alguna, y no indica cuál será la situación de estos extranjeros en caso de divorcio. Respecto a las víctimas de violencia de género, la ley turca de extranjería indica que, en caso de que el cónyuge extranjero sea víctima de violencia de género, no se exige la condición del plazo antes señalado¹⁴²⁶. Asimismo también el reglamento de desarrollo de la LEPI de 2016 establece que no se exige el plazo de 3 años de residencia al “cónyuge extranjero” víctima de violencia de género¹⁴²⁷, situación que genera la duda respecto a los cónyuges ambos de origen extranjero. En este caso, la LEPI 6458, al mencionar el plazo de 3 años (lo que señala en lo relativo a la separación del cónyuge de un ciudadano turco), en caso de las víctimas de violencia de género, no indica claramente si se refiere solamente al cónyuge extranjero casado con el ciudadano turco o si se trata de una condición aplicable de carácter general para todos los conyugues, víctimas de violencia de género (casados con un ciudadano turcos o matrimonios ambos de origen extranjeros).

En caso de los hijos reagrupados, la LOEX 4/2000 establece que podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad con la condición de disponer de medios económicos suficientes para cubrir sus propias

¹⁴²⁴ Apartado 3 del artículo 16 de la LOEX 4/2000.

¹⁴²⁵ Apartado 2 a) del artículo 59 del RELOEX 557/2011.

¹⁴²⁶ Apartado 6 del artículo 34 de la LEPI 6458.

¹⁴²⁷ Apartado 8 del artículo 30 del RELEPI de 2016.

necesidades¹⁴²⁸. Respecto a menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal, estos podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y acrediten que disponen de medios económicos suficientes o contar con uno o varios contratos de trabajo, de duración mínima de un año, de los que se derive una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional mensual o bien cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y hayan residido legalmente en España durante cinco años¹⁴²⁹. La LEPI establece que los hijos que cumplen 18 años, con la condición de haber residido durante tres años en Turquía con un permiso de residencia familiar, podrán solicitar el cambio de su permiso de residencia familiar a un permiso de residencia de corta duración, o en su caso, si cumplen las condiciones exigidas para uno de los permisos de residencia regulado en la ley, podrán solicitar dicho permiso¹⁴³⁰. Recordamos que según el Derecho de extranjería español, la autorización de residencia por reagrupación familiar del hijo en edad laboral, habilita para trabajar por cuenta ajena o propia en cualquier parte del territorio nacional en cualquier ocupación y sector de actividad sin necesidad de ningún trámite administrativo, mientras el Derecho de extranjería turco no reconoce esta posibilidad. De hecho los hijos que alcancen la mayoría de edad, para poder trabajar deben realizar otros tramites administrativo al respecto.

Realmente, aunque la nueva ley de extranjería turca (LEPI 6458 de 2013), la primera ley de extranjería con pretensión de generalidad, recoge y regula, por una parte la protección internacional de los extranjeros y por otra parte, el régimen jurídico de los extranjeros que hasta la fecha eran regulados de manera bastante dispersa en disposiciones de distinto rango y anticuadas, no regula todos los asuntos en materia de extranjería. Por tanto siguen existiendo aspectos en relación con los extranjeros que se regulan en diferentes disposiciones, como la ley del permiso de trabajo de los extranjeros o la prohibición de residir o circular en las zonas anteriormente señaladas, que se regulan en otras leyes y disposiciones¹⁴³¹.

¹⁴²⁸ Apartado 3 del artículo 19 de la LOEX 4/2000.

¹⁴²⁹ Apartado 4 del artículo 59 del RELOEX 557/2011.

¹⁴³⁰ Apartado 5 del artículo 34 de la LEPI y apartado 6 del artículo 30 del RELEPI de 2016.

¹⁴³¹ Artículo 35 de la ley de tierra, limitaciones y condiciones aplicables a los extranjeros a la hora de comprar tierras en Turquía. (TAPU KANUNU, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22/12/1934, Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 29/12/1934 Sayı: 2892. Madde 35 (Yeniden Düzenleme: 29/12/2005-5444/1 md.; Değişik: 3/5/2012-6302/1 md.).

Del contenido de la nueva ley de extranjería turca (LEPI 6458 de 2013), podemos observar que la nueva ley acoge unos estándares mínimos, tanto en relación al régimen jurídico general de los extranjeros y los derechos reconocidos a ellos, como a la regulación de la protección internacional.

Uno de los motivos de la regulación y la aprobación de la nueva ley de extranjería turca ha sido el inicio de la asociación para la adhesión de Turquía a la Unión Europea que se aprobó en marzo de 2001¹⁴³². Posteriormente en virtud de la Decisión del Consejo, de 19 de mayo de 2003, se han definido para Turquía una serie de reformas a medio plazo, donde se exigía a Turquía que en virtud del cumplimiento de las condiciones de la asociación para la adhesión, adopte y cumple el acervo comunitario y las mejores prácticas de la UE sobre migración (admisión, readmisión, expulsión) a fin de prevenir la inmigración ilegal, iniciar la adaptación al acervo en materia de asilo, en concreto suprimiendo la reserva geográfica al Convenio de Ginebra de 1951, fortalecer el sistema de tramitación y resolución de las solicitudes de asilo y desarrollar instalaciones de alojamiento y medidas de apoyo social para los solicitantes de asilo y los refugiados¹⁴³³. Observando el título III de la LEPI 6458, donde se regula la protección internacional, vemos que Turquía no suprimió su reserva geográfica al convenio de Ginebra de 1951, y su criterio sigue siendo lo mismo desde 1961, por lo que solo reconoce y concede el estatuto de refugiado a los extranjeros que solicitan dicha protección, llegando a Turquía desde los países europeos. Así mismo la nueva ley, en lugar del término “asilados”, usa el término de los refugiados condicionales a los extranjeros que llegan desde otros lugares que no sean los países europeos, condición que según la ley no se les reconoce ni concede el estatuto de refugiados.

Como se ha señalado anteriormente, en los ejemplos indicados en los apartados anteriores, el Derecho de extranjería española regula sistemáticamente los derechos reconocidos a los extranjeros, señalando claramente que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce dicha ley (4/2000) en condiciones de igualdad con los españoles; los criterios de

¹⁴³² REGLAMENTO (CE) No 390/2001 DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2001 relativo a la asistencia en favor de Turquía en el marco de una estrategia de preadhesión, y en particular del establecimiento de una asociación para la adhesión.

¹⁴³³ 2003/398/CE, «DOCE», L145/40 de 12.6.2003. DECISIÓN DEL CONSEJO de 19 de mayo de 2003 relativa a los principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones contenidos en la Asociación para la Adhesión de Turquía.

la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros; asimismo como la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración; las medidas antidiscriminatorias y otras cuestiones en relación con el Derecho de extranjería . La regulación específica y clara de la reagrupación familiar en el Derecho extranjería española permite proteger la unidad familiar y la integración de los extranjeros de países extracomunitarios que residen legalmente en España.

En comparación con la LOEX 4/2000, la ley de extranjería turca limita esta posibilidad, permitiendo solo reagrupar al cónyuge y los hijos de estos. Uno de los factores claves para la integración de los extranjeros es acceder al mercado de trabajo. Mientras la autorización de residencia por reagrupación familiar regulado en la LOEX 4/2000 permite el acceso al mercado de trabajo a los familiares reagrupados sin la necesidad de realizar otros trámites administrativos, el permiso de residencia familiar regulada en la ley de extranjería turca, solo permite a los reagrupados residir legalmente en Turquía. Los reagrupados, para poder acceder al mercado de trabajo deberán solicitar un permiso de trabajo aparte, cumpliendo las condiciones exigidas en la ley de permiso de trabajo para los extranjeros, que a su vez son bastante limitativas. Por ejemplo cuando la LOEX establece que tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles, la ley extranjería turca exige la condición de residencia temporal durante ocho años en Turquía y de forma continuada, situación que tampoco da al extranjero el derecho a trabajar en Turquía, y para poder trabajar debe solicitar el permiso de trabajo correspondiente. Los extranjeros con permiso de residencia de larga duración podrán solicitar el permiso de trabajo permanente. Según lo regulado en la ley del permiso de trabajo para los extranjeros, solicitar y cumplimiento de los requisitos no proporciona derechos absolutos para obtener tal permiso.

La LOEX 4/2000, reconoce el derecho de residencia permanente a los apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España¹⁴³⁴, mientras que la ley de extranjería turca no reconoce este derecho a los extranjeros titulares de un permiso de

¹⁴³⁴ Véanse el apartado 3 del artículo 148 del capítulo 1 del título VI del RELOEX 557/2011.

residencia por motivos humanitarias, a los titulares de estatuto de refugiados condicionales (asilados), a los refugiados y a los extranjeros titulares de la protección subsidiaria¹⁴³⁵.

La LOEX 4/2000, en virtud del principio del interés superior del menor, garantiza y exige la obligación del extranjero a escolarizar a los niños que se encuentra en la edad de escolarización obligatoria. En la legislación extranjera turca, los asuntos relativos a la escolarización de los menores extranjeros, se llevaran a cabo de acuerdo con la Ley Nacional de Educación¹⁴³⁶. Aunque la citada ley, reconoce el derecho de la educación obligatoria a todo los niños/as, no exige la obligación de escolarización para los menores extranjeros. Dicho de otra forma, no pone obligación alguna ni de forma activa ni pasiva a los extranjeros, la escolarización de los hijos/as menores en la edad de escolarización obligatoria. El reglamento de la LEPI de 2016 establece que los extranjeros para poder beneficiarse de los servicios de la educación en las escuelas primarias y secundarias en Turquía deberán aportar documentos que acredite su estatuto como solicitante o titulares de la protección internacional¹⁴³⁷. En relación a los menores no acompañados, la ley deja este tema a cargo las autoridades competentes del Ministerio de Educación, quienes deben tomar las medidas sobre la enseñanza y la educación de estos menores¹⁴³⁸.

Teniendo en cuenta todos los puntos señalados anteriormente, sin duda la nueva ley de extranjería turca ha dado un aspecto más ordenado y actualizada a la legislación de extranjería turca en lugar de las dispersas disposiciones legales en materia de extranjería. En virtud del programa nacional aprobada en 2003 para la adopción del acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y protección internacional, Turquía inicio un proceso para elaborar una ley de extranjería, que al mismo tiempo que incluye los criterios del gobierno turco, cumple los criterios y las condiciones exigidas en la asociación para la adhesión de Turquía. Finalmente se aprobó la LEPI 6458 de 2013 que regula el procedimiento y las medidas en materia de la protección internacional de acuerdo con las exigencias del acervo europeo, que hasta entonces estaban regulados en disposiciones administrativas. Así también regula las garantías para la prohibición de devolución de los extranjeros, garantías jurídicas, y la creación de los Centros de Internamiento de

¹⁴³⁵ Artículo 42.2 de la LEPI 6458 turca.

¹⁴³⁶ Artículo 105.2 del RELEPI 2016.

¹⁴³⁷ Artículo 105.1 del RELEPI.

¹⁴³⁸ Artículo 59 d) de la LEPI.

Extranjeros. Una de las novedades de esta ley es la creación de una organización con personalidad civil “la Dirección General de Inmigración”, que en virtud del artículo 103 de la LEPI, asumió la competencia de todos los asuntos en materia de extranjería, que hasta entonces se llevaban a cabo por la Dirección General de la Policía. Ahora bien aparte de otros asuntos cuestionables regulados en la nueva ley de extranjería turca (los que hemos analizado anteriormente), las restricciones relativas al número de los familiares, dificulta bastante por no decir que imposibilita, el mantenimiento de la unidad familiar y la integración del extranjero en la sociedad receptora (en este caso Turquía).

CONCLUSIONES

El derecho a la reagrupación familiar o bien dicho el derecho a la vida en familia, se reconoce a los inmigrantes en virtud del derecho a su vida privada e intimidad familiar, pudiendo reagrupar consigo a determinados miembros de su familia en el país donde el reagrupante reside legalmente, con el fin de mantener la unidad familiar. El derecho al respeto a la vida privada se encuentra recogido en el marco jurídico internacional, mediante los instrumentos tales como el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH), el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), o, el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), entre otros. Así también como en el marco jurídico de la UE, que mediante el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece el respeto de la vida privada y familiar indicando que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”, o el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar, señalando que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Desde hace décadas la reagrupación familiar es uno de los orígenes del aumento de los flujos migratorio en los países europeos. La reagrupación familiar es un factor clave de la integración de los nacionales de terceros países que residen en los países de la UE. En este sentido, la Unión Europea en virtud del desarrollo de su política migratoria, y en especial sobre las medidas de integración, aprobó normas comunes que regulan las condiciones para ejercer el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países.

Con el Tratado de Ámsterdam, por primera vez la Unión Europea se centró en el problema migratorio existente. Dicho tratado, concedió a la Unión Europea la competencia en materia migratoria, estableciendo un espacio de "libertad, seguridad y justicia". A tal fin se instauraron medidas respecto a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. (Capítulo II “políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración” del título V bajo título de “espacio de libertad, seguridad y justicia” del TFUE). Por este motivo, el Consejo Europeo en la sesión especial en Tampere, de

1999, en cumplimiento de los objetivos establecidos en el Tratado de Ámsterdam relativo a un espacio de libertad, seguridad y justicia, señaló entre otros elementos el trato justo para los nacionales de terceros países y así como el establecimiento de una política común de inmigración y asilo basada en valores fundamentales de la Unión Europea al respeto a la dignidad humana, la libertad y los derechos humanos. Los principales instrumentos jurídicos del Derecho derivado de la Unión Europea en materia sobre el derecho a la reagrupación familiar, se aprobaron con el fin de armonizar los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembro de la UE. En esta materia se aprobaron dos regímenes distintos, dependiendo de que el reagrupante sea un ciudadano de la Unión Europea o nacional de un tercer país. En la práctica, se prevén dos procedimientos distintos que regulan la reagrupación familiar en uno y en otro caso que son las Directivas 2004/38/CE y 2003/86/CE.

La Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar de los ciudadanos de terceros países residentes legalmente en el territorio de los países de la Unión Europea, marca las pausas que los Estado miembros deben a seguir para regular el derecho a la reagrupación familiar del nacional de terceros países, que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea. Que en la opinión de muchas, se trata de un “derecho mínimo a la reagrupación familiar”. Su carácter mínimo, por una parte se debe a que el texto final de la Directiva que fue aprobada en 2003, quedó lejos, en comparación con la propuesta inicial y siempre en perjuicio tanto del reagrupante como del reagrupado, y por otro, a que en muchos de las disposiciones de la versión final de la Directiva, se deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de fijar las condiciones para el ejercicio del derecho en cuestión (reagrupación familiar). Ahora bien, junto con este margen de discrecionalidad reconocido a los Estados Miembros, también existen algunas disposiciones obligatorias. En esta línea, la Directiva impone a los Estados miembros el deber de autorizar la entrada y residencia de los miembros de la familia nuclear, que son el cónyuge y los hijos menores de edad del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional. La directiva como un clausula opcional, deja a decisión libre de los estados miembros a decidir incluir o no, a la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, como familiares reagrupables beneficiarios del derecho a reagrupación

familiar. De hecho, teniendo en cuenta que la UE no cuenta con un fundamento jurídico para definir “familia”, y los diferentes tipos de estructuras familiares que existen hoy en día, la Unión, aparte de “familia” basada en matrimonio, reconoce otros tipos de vida familiar, debido al principio de no discriminación recogido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

En relación con los ciudadanos de la UE y su derecho a reagrupación familiar, estamos ante el régimen europeo de reagrupación familiar recogido en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004. La citada Directiva fija un régimen mucho más favorable a favor de los ciudadanos europeos a la hora de ejercer el derecho a reagrupación familiar, a comparación con la Directiva, que en misma materia se aplica a los ciudadanos de un tercer Estado.

La evolución de la ley de extranjería en España, especialmente de lo que nos interesa en relación con el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en nuestro país, empieza desde los años 80. Es necesario señalar como el punto de partida, la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que es la primera ley de extranjería general que reguló la situación de extranjería que hasta entonces venía regulada en las disposiciones de distinto rango sobre dicha materia. La ley que fue aprobada meses antes de la incorporación de España a la Unión Europea con la finalidad, por un lado, de adecuar la normativa sobre extranjería al contexto comunitario, y por otro, impedir de convertirse a nuestro país en un país de paso hacia otros países europeos para los inmigrantes.

Sin embargo, en la Ley Orgánica 7/1985, no se preveía la reagrupación familiar y solo estableció normas en relación con la entrada, salida, los permisos de trabajo y residencia de los extranjeros en España. La única referencia que hacía era la residencia de los menores de dieciocho años y los incapacitados que dependieran del titular residente legal en España. Aunque con el Reglamento (RD 155/1996) de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, también se incluyó en el ámbito de aplicación, al cónyuge y a los ascendientes dependientes.

Ante el aumento del número de inmigrantes en España y los problemas en relación con diferentes temas derivado de la falta de regulación o ineficacia de algunas normas de la

Ley Orgánica 7/1985, así como la falta de ajuste de los criterios establecidos en el marco comunitario, surgió la Ley Orgánica 4/2000. La importancia de la LO 4/2000, en relación con este tema de investigación, es que incluyó y reguló por primera vez y de forma específica (en el capítulo II del título I de la citada ley), el derecho a reagrupación familiar de los extranjeros que residen legalmente en España. La LO 4/2000 reconoció y garantizó este derecho en un marco jurídico, que a partir de entonces, ha sido objeto de modificaciones mediante la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre y la Ley Orgánica de 2/2009 de 11 de diciembre, la cual se transpuso el contenido de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados al ordenamiento jurídico español. Dichas reformas introdujeron ciertos cambios importantes al derecho de reagrupación familiar especialmente en relación con los familiares reagrupables, así como también nuevos requisitos y condiciones que el extranjero residente legal en España deberá cumplir para poder solicitar la autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros del familiar que desee reagrupar.

Observando la evolución del derecho de reagrupación familiar de los extranjeros en el régimen general de extranjería español, desde su comienzo en el año 2000 (LO 4/2000) y hasta la actualidad, después de la adopción de las Directivas europeas, en especial la Directiva 2003/86/CE relativo al derecho de reagrupación familiar de los nacionales de terceros países y las reformas posteriores que al mismo tiempo introdujeron limitaciones, también otorgaron otros derechos como el acceso de los cónyuges y los hijos (cuando alcanzan la edad laboral) al mercado laboral sin necesidad de realizar ningún otro trámite administrativo, o incluir a las parejas de hecho como familiar reagrupable, entre otros, hace de ella, una de las normativas aplicables de carácter generosa, flexible y permisiva respecto a las normativas aplicables en la misma materia que en otros países europeos, aunque en algunos aspectos de nuestra regulación, existan dificultades y restricciones al ejercicio de este derecho por parte de algunos interesados.

El Derecho de extranjería español, cuenta con dos regímenes diferentes sobre el derecho de reagrupación familiar. En caso de que el reagrupante sea ciudadano de un tercer Estado, se le aplica el régimen general de extranjería. Al contrario si se trata de un ciudadano de la Unión, entrara en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de

16 de febrero, al que incorporó el contenido de la Directiva 2004/38/CE al ordenamiento jurídico español, sobre el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, así como los trámites administrativos que deben realizar ante las autoridades de los Estados miembros.

Aunque ni el artículo 8 del CEDH, ni el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, mencionen claramente el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, en sus reiteradas sentencias, reconoce que el derecho a reagrupación familiar forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar, protegida en la Carta de los derechos fundamentales de la UE y en el CEDH.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado que, la autorización de reagrupación familiar es la regla general, las facultades previstas en la Directiva debe interpretarse de manera estricta, y no puede aplicarse de forma que se vulneren los derechos fundamentales establecidos, en particular, en el artículo 7 de la Carta. El margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse, por tanto, de modo que menoscabe el objetivo de la Directiva, ni su efecto útil, que tiene por general, facilitar la integración de los nacionales de terceros países en los Estados miembros, permitiéndoles llevar una vida familiar gracias a la reagrupación familiar. En esta misma línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala que el objetivo del artículo 8 del CEDH es proteger la vida familiar de las persona y sostiene que las cláusulas de restricción al ejercicio de un derecho han de ser interpretadas de manera estricta. Los Estados deben efectuar un balance, por un lado, entre la vida privada y familiar del extranjero y por otro, los intereses del Estado y de la Comunidad.

Al contrario que la interpretación del TEDH que reconoce el derecho de la agrupación familiar, como un derecho fundamental y parte del derecho de la vida privada y familiar protegido en el artículo 8 del CEDH, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no reconoce este derecho de reagrupación familiar como un derecho fundamental, rechazando conexión alguna con el derecho de la intimidad familiar recogido en el artículo 18 de CE. El Tribunal Constitucional establece la conexión entre el derecho de reagrupación familiar y la protección social y jurídica de la familia que recoge el artículo 39 de la CE.

El Derecho Turco, tampoco contaba con una normativa específica que con carácter general regulase la situación de los extranjeros en Turquía. De forma parcial, existían una serie de disposiciones dispersas y de distinto rango que regulaban algunos aspectos de extranjería. Dichas disposiciones e instrumentos sobre esta materia eran anticuadas e insuficientes, y no respondían a resolver los problemas o las situaciones actuales de los extranjeros.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el motivo más importante para la elaboración de la nueva ley extranjería turca, ha sido el cumplimiento de las prioridades y condiciones que la Unión exige para la adhesión de Turquía a la Unión Europea, y por lo que Turquía en 2004 publicó la aplicación del plan de acción nacional turco sobre el asilo, refugiado y migración, para ir adaptando su legislación interna al acervo de la Unión Europea en dicha materia. Resultado de este plan, después de casi 10 años de trabajo intenso, (la fecha inicial de la preparativos de la ley, según algunos documentos es 2009) ha sido la aprobación de la primera ley extranjería turca, de carácter general y específica, la Ley Extranjería y Protección Internacional (LEPI) 6458 de 2013, en la que regula en parte, el Derecho de extranjería de una forma sistemática y actualizada. Dicha ley también regula la situación de los refugiados y asilados que hasta la fecha su situación estaba regularizada mediante las disposiciones administrativas. Tres años más tarde, en 17 de marzo de 2016 se aprobó el Reglamento de la aplicación de la citada ley. En general se puede reagrupar el contenido de la nueva ley de extranjería turca en tres partes bien diferenciados. La primera parte regula las condiciones de entrada, salida, residencia, apátridas y la expulsión de Turquía. La segunda parte regula la situación de refugiados y asilados y por último, la tercera que recoge las disposiciones en relación con la creación de la Dirección General de migración, así como su funcionamiento y su competencia. La LEPI 6458 recoge el derecho a reagrupación familiar bajo el título de residencia familiar y dentro de variedad de los permisos de residencia. La ley de extranjería turca, limita el derecho a residencia familiar exclusivamente a la familia nuclear del reagrupante, sin regulación alguno en relación con otros miembros de familia del reagrupante. A los familiares reagrupados no se les reconoce el derecho a trabajar automáticamente con la obtención del permiso de residencia familiar, y para poder trabajar deberán solicitar y realizar otro procedimiento administrativa correspondiente. Aunque la ley de extranjería turca sobre la regulación del “permiso de residencia familiar” tuvo en cuenta algunas de las disposiciones marcadas en

la Directiva europea sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros países, transpuso literalmente las cláusulas en relación con la familia nuclear y algunas cláusulas sobre las condiciones para poder solicitar dicho permiso. Dejando al margen todas las cláusulas optativas de la Directiva en materia, especialmente de familia reagrupables. Comparando la nueva ley de extranjería turca con nuestra primera ley de extranjería, en algunos aspectos, presenta la misma carácter que la Ley Orgánica de extranjería 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Finalmente debe recordar, que en cuanto al régimen Comunitario, (respecto a la entrada, libre circulación y residencia en los Estados miembros de la UE), Turquía al no pertenecer a la UE, no entra en el ámbito de aplicación de dicho régimen.

En definitiva, la reagrupación familiar es un derecho universal reconocido al extranjero a vivir en familia. Un derecho fundamental que pertenece al individuo como tal, independientemente de su nacionalidad. Derecho que permite al extranjero tener una mayor estabilidad social, emocional e incluso económica, que también le facilita el proceso de su integración en la sociedad receptor. De hecho, es lógico que los Estados miembros en virtud de preservar su soberanía nacional se establezcan límites y condiciones con el fin de controlar la entrada de los inmigrantes en el país, pero siempre respetando los contenidos mínimos europeos y preservando los derechos humanos fundamentales establecidos en los convenios y textos internacionales y europeos.

BIBLIOGRAFÍA

-ABARCA JUNCO, A.P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Capítulo II. Reagrupación familiar”, en ESPLUGUES MOTA, C., coord., *Comentarios a la Ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 455.

-ABARCA JUNCO, Ana Paloma y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina., “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario” (STJUE caso Ruiz Zambrano), en *la Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º. 23, 2012.

-AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y GRIEDER MACHADO, Hilda., “La reagrupación familia de los extranjeros en España” en RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César (coordinadores), *El nuevo Derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp.117 a 120.

-ALBALADEJO GARCIA, Manuel., *Curso de derecho civil IV. Derecho de Familia*, duodécima edición, editorial Edisofer, S.L., Madrid 2013.

-ALBERDI, Inés, *La Nueva Familia Española*, editorial Taurus, Madrid, 1999.

-ALBERDI, Inés, *Las familias monoparentales: Seminario hispano francés*, celebrado en Madrid, diciembre de 1987 /coord., por Julio Iglesias de Ussel, 1988.

-ALCALDE CAMPOS, Rosalina “las Reagrupaciones Familiares y sus efectos en el Bienestar de los Menores Migrantes. Manifestaciones y Detección en el Ámbito Escolar”. Migraciones, en *Revista del Instituto Universitario de Estudios Sobre Migración*. En: revistas.upcomillas.es/index.php/revistamigraciones/article/view/1260.

-ALMEIDA, Susana., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia” en *el curso de Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia, promovido por la Red Europea de Formación Judicial*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2010, p.5.

-ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*, Madrid, editorial Centros de Estudios Constitucionales (CEC), 1984.

-ALTÜG, Yilmaz. *Devletler Hususi Hukuku*, facultelar matbaasi, Estambul 1973.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia., *La transposición de directivas UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, CIDOB, Barcelona, 2006, pp. 53-55.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia., “Artículo 27. Expedición del visado” en dirección y coordinación: MORENO PÉREZ, José Luis., FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y TRIGUERO MARTÍNEZ. Luis Ángel., “*Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*”. Editorial Comares, 2ª edición Granada 2012. pp. 437 a 450.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”. León, 5 de octubre de 2003, pp. 1 a 5.

-ALZAGA VILLAAMIL Oscar; *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 2a edición, Madrid, 1998.

-APARICIO CHOFRÉ, Lucía., “Novedades en la reagrupación de los progenitores extranjeros por parte de un menor comunitario”, en *la Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Nº. 1, 2011, pp. 112-120.

-ARANA GARCÍA, Estanislao., “Artículo 20. Derecho a la tutela judicial efectiva”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 315.336.

-ARCE JIMÉNEZ, Elena., “La kafala marroquí y la legislación de extranjería” en *la Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 13, 2006, pp. 265-278.

-ARENAS GARCÍA, Rafael, “Extranjería (I): principios generales, fuentes de regulación y libre circulación de personas”, publicado en *volumen II del libro colectivo de Tratado de derecho de la persona física*. Autores: M^a del Carmen Gete-Alonso Calera (dir.), Judith Solé Resina (coord.). Civitas 2013, págs. 393 a 466.

-ARENAS GARCÍA, Rafael., “Problemas derivados de la reagrupación familiar”, en *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. V (2005), p. 271.

-ARENAS GARCÍA, Rafael., “Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)”, en <https://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf>.

-ARENAS GARCÍA, Rafael., “El sistema Español de extranjería y su fiscalización por el TJCE”, en J.J. Forner Delaygua (coord.), *Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: Relaciones internacionales y Derecho*, número 33 de los Cuadernos de la Escuela Diplomática, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 117-144.

-ARRESE IRIONDO, M^a Nieves. *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2011, pp. 68- 69.

-ARRESE IRIONDO, M^a Nieves., “El derecho de reagrupación familiar tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009”, en *la Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, N^o 87-88, 2010 (Ejemplar dedicado a: Javier Berriatua in memoriam), pp. 85-87.

-BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús., “Comentarios al nuevo reglamento de extranjería: el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril” en *la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N^o. 27, 2011.

-BAYATA CANYAŞ, Asli., “Questioning the Applicability Conditions of Non-Refoulement Regulated in the Law on Foreigners and International Protection Within the Framework of ECHR Judgments” (“Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AIHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”), en *Revista Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, (HFD)*, 5(1) 2015, 1–90, pp. 73 a 90. www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/C5S1tammetin.pdf.

-BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia, traducción castellana Pedro Madrigal, 1^a ed. 1^a impre.* Paidós Ibéricos, Barcelona, 2003, pp.131 a 133.

-BENLLOCH SANZ, Pablo., “Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados” en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino., *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 683-695.

-BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene., “La reagrupación familiar: Complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, en *Revista Portularia, (Revista de Trabajo Social)*, Vol. 3, 2003 pp. 268-269.

-BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores., *La Ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del TCE)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 141.

-BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores., “Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 2, Nº 3, 1998, pp. 261-280.

-BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores “El derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril” en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 233, 2004, pp. 18-32.

-BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores., “La transposición en derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el real decreto 240/2007 de 16 de febrero”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, Madrid, mayo/agosto (2007), pp.601-602.

-CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz., “La política legislativa de la UE en DIPr. de familia. Una valoración de conjunto” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 237 a 244.

- CANEDO ARRILLAGA, María Pilar., “Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros estados en la Unión Europea”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., *El derecho de familia ante el siglo XXI : aspectos internacionales*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2004, pág.207.

-CANO BUES, Juan., “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva Constitucional” en *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003, pág. 19.

-CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., “Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI” en *Anales de derecho*, Nº 21, 2003, págs. 109-143 (pág. 112).

-CARRILLO SALCEDO J.A, *Curso de Derecho Internacional Público, introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Tecnos, 2ª reimpresión, 1994.

-CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editores. Tecnos, Madrid, 2003.

-CEINOS SUÁREZ, Ángeles., “Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar” en Dirección y coordinación: José Luis MORENO PÉREZ, José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS Y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*. Editorial Comares, 2ª Edición Granada 2012.

-CONDE PUMPIDO. C y otros, *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, Bosch, Barcelona, 2002.

-CONDE ANTEQUERA, Jesús., “Artículo 21. Derecho al recurso contra los actos administrativos”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 337- 351.

-CORTÉS MARTÍN, José Manuel., “TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales”, en *la Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 26 (2007).

-CORTÉS MARTÍN, José Manuel., “Inmigración y derecho de reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?”, en *Anuario de Derecho Europeo*, Nº. 4, 2004, pp. 29-32.

-ÇELIKEL Aysel y GÜNSELI (öztekin), Gelgel, *Yabancılar hukuku*, edición 22, inkılap Kitabevi, Istanbul, 2016.

-ÇIÇEKLI, Bülent., *Uluslararası Mülteciler ve Sığınmacılar*, Seçkin, Ankara, 2009.

-ÇIÇEKLI, Bülent., *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6 edición, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

-ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema., “THE ASSESSMENT OF THE RESIDENCE OF FOREIGNERS IN TURKEY AND LONG-TERM RESIDENCE PERMIT ACCORDING TO THE LAW ON FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION” (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler), en *Revista Ankara Barosu Dergisi* 2016/2, pp. 48 a 50.

-DIAGO DIAGO, María. Pilar., “La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la "pareja de hecho" en la enésima modificación de la Ley 4/2000”, en *la Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 26, 2011, pp. 19-21.

- DIAGO DIAGO, María. Pilar., “La kafala islámica en España” , en COMBALÍA SOLÍS, Zoila (coord.), DIAGO DIAGO, M.P (coord.), GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (coord.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 111- 161.
- DIAGO DIAGO, María del Pilar., “Matrimonios por conveniencia”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 1996, pp. 329-347.
- DÍEZ PICAZO Luis María, “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Indret, la Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2 de 2007.
- DIEZ PICAZO, Luis María; GULLÓN BALLESTEROS, Alberto, *Sistema de Derecho civil, Vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª Edición, Tecnos, Madrid 2006, p. 32.
- DIRK J. Van de Kaa, *The Idea of a Second Demographic Transition in Industrialized Countries*. Paper presented at the Sixth Welfare Policy Seminar of the National Institute of Population and Social Security, Tokyo, Japan, 29 January 2002.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón., “La kafala ni es adopción, ni puede llegar a serlo ” en *la Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 4, 2016, pp. 241-249.
- EKŞİ, Nuray., “Effects of the Judgments of the ECtHR on the Law on Foreigners and International Protection Concerning the Foreigners Whose Expulsion Process from Turkey Were Initiated as a Result of Rejection of their Asylum Applications”, en *la Revista Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* nº 19 de 2014. www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-19.
- EKŞİ, Nuray., “sobre la nueva sistema de apelación en el Derecho procesal administrativo y su efecto sobre la nueva ley de extranjería Turca (LEPI 6548)”, *The Journal of Migration Studies*, num. 1, enero- junio 2015, pp. 12 a 43. (EKŞİ, Nuray, “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi”. *GÖÇ ARAŞTIRMALARI DERGİSİ* Cilt: 1 • Sayı: 1 • Ocak- Haziran 2015 • ss. 12-43).
- EKŞİ, Nuray., *yabancılar hukukuna ilişkin temel konular*, Beta, istanbul z2006.
- EKŞİ, Nuray y ÇİÇEKLI, Bülent., *las Sentencias de sala 10 de Tribunal Supremo Administrativo sobre extranjeros y refugiados*, primera edición, Beta, junio de 2012.
- ERTEN, Rifat., “A general overview of foreigners and international protection act” en *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIX, Y. 2015, Sa. 1.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La reciente evolución de la problemática del asilo y la inmigración en la Unión Europea: algunas notas sobre la Cumbre de Tampere”, en *la Revista Tiempo de Paz*, 1999, núm. 55.

-ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL., JIMÉNEZ BLANCO, PILAR., RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.

- ESPINO GARCÍA, Soraya., “Respuestas a las cuestiones planteadas por el libro verde sobre el derecho a la reagrupación familiar: revisión de la Directiva 2003/86/ce del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de nacionales de terceros países residentes en la unión europea” en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Núm. 26, 2013, pág. 18.

-ESPLUGUES MOTA, Carlos y otros, *Derecho Internacional Privado*, 8ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 82 y 83.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado” en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 550 a 569 (567 y 568).

-EUROPEAN MIGRATION NETWORK: Misuse of the Right to Family Reunification: Marriages of convenience and false declaration of parenthood, European Commission, Spain, May 2012.

-FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos., y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, primera edición, 1999, pág. 215.

-FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto., *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

-FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio., “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, N° 1, 2001, pág. 375.

-FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dignidad de la persona humana en el ordenamiento constitucional español”, en *Revista Vasca De Administración Pública (RVAP)*, nº 43, 1995.

-FLORES RODRÍGUEZ, Jesús., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11”, en *la Diario La Ley (Derecho de familia)*, N° 8363, Sección Tribuna, 28 de Julio de 2014.

- FONSECA MORILLO, F. J., “Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”. Publicado en *la Revista CIDOB, Afers Internacionals*, núm. 53. 2001.
- FREIRE CORREIA DE GUSMAO, Ana Carina., “El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario”, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N° 23, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*. Séptima edición. Madrid: Civitas Ediciones S.L. 1997.
- GARCÍA GARNICA, María Carmen, *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, Thomson Reuters / M^a del Carmen Gete-Alonso y Galera (Directora) Judith Solé Resina (Coordinadora). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia., “El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar: La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *el Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 19, 2015, págs. 275-279.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel., *Matrimonio e inmigración, el control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Colex, Madrid, 2008.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa., “El abuso del derecho a la libre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en forma de matrimonio de conveniencia”, en *la Revista Unión Europea Aranzadi*, N° 5, 2016, pp. 69-84.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia., “Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 7, 2003, pág.447.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio., “El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional” en *la Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 13, 2005, pp. 133-164.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “Tribunal Constitucional y Derechos de los extranjeros: comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería”, en *Revista de Teoría y realidad constitucional*, N° 22, 2008.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España. Comentario a la STS de 20 de marzo de 2003”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003, pp. 632-634.

- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, *en la Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, pp. 273-274.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel., “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, *en la Revista Teoría y realidad constitucional*, Nº 14, 2004, pp. 267- 269.
- GOIZUETA VÉRTIZ, Juana., “El Real Decreto 240/2007: en particular, el elemento de la transnacionalidad y los nacionales de terceros Estados asimilados”, *en Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto (2012), págs. 171-201.
- GOLOMBOK, S.; TASKER, F. y MURRAY, C, “Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and the socioemotional development of children of lesbian and single heterosexual mothers”, *for Journal of Child Psychology and Psychiatry*, Volume 38, Issue 7, 1997.
- GÓMEZ CAMPELO, E., “El derecho a la reagrupación familiar según la Directiva 2003/86/CE”, *en Actualidad Administrativa*, nº 13, 2003, pp. 1551-1560.
- GÓMEZ CAMPELO, Ester., “La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/ CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *en Revista española del Tercer sector*, nº 12, 2009, pp. 78-79.
- GOODE. William Josiah, *World Revolution and Family Patterns. Published: [New York] Free Press of Glencoe 1963. Capitulo II. Family changes in the West.*
- GRIEDER MACHADO, Hilda y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano., “El matrimonio de conveniencia”, *en Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Nº 1879, 2000, pp. 3213-3234.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio., La configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros., *en Miguel Ángel García Herrera (coord.), Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003) Vol. 1, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2005, pp. 329-334.*
- GÜLNİHAL BOZKURT., *Azınlık İmtiyazları – Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş. www.atam.gov.tr/.../azinlik-imtiyazlari-kapitulasyonlardan-tek-hu.*
- HACIA UN CONCEPTO COMÚN (IDEOLÓGICO) DE FAMILIA *en Europa*<https://bruselense.wordpress.com/.../hacia-un-concepto-comun-ideologico-de-familia>.
- HESSE, Konrad: *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.

- HERVÍAS PAREJO, Vanesa., “Políticas migratorias y dificultades de género en los reagrupamientos familiares”, en *la Revista de Investigaciones feministas: papeles de estudios de mujeres, feministas y de género*, N°. 5, 2014 (Ejemplar dedicado a: monográfico: Políticas públicas en tiempos de crisis. Un análisis desde la perspectiva de género), pp. 402-405 y 409- 413.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara., “El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la Ciudadanía de la Unión”, en *la Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pág. 20.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara., “El valor de la directiva 86/2003 sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, en *la Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 11, N° 26, 2007, pp. 129-132.
- INFANTE DOMÍNGUEZ, Mercedes., PEÑA PÉREZ, Alejandro., “Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: incumplimiento de España al restringir el derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE”, *publicado en la Revista de Derecho migratorio y extranjería*. Núm. 15 de 2007.
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZEN, Diego., “Derecho a la tutela judicial efectiva” en SANTOLAYA MACHETTI, P., (coord.) *Comentarios a la nueva ley de extranjería. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pp.137 a 142.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, Antonio., *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*, Cáritas Española, Madrid, 2009, pp. 131 y ss.
- JOHNSON, S., & O’CONNOR, E. (2002). *The gay baby boom: The psychology of gay parenthood*. New York: New York University Press.
- JUÁREZ PÉREZ, Pilar., “Jurisdicción española y poligamia islámica.: ¿Un matrimonio forzoso?” en *la Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N°. 23, 2012.
- KAHYA NIZAM, Özlem., “The Refugee Appearance of Disadvantageousness in Turkey: Deserted Lives to “The God” without Rights” (Türkiye’de Dezavantajlılığın Mülteci Halleri: Haklardan Uzak “Hakk”a Bırakılmış Yaşamlar), en *Revista Toplum ve Demokrasi*, 11 (24), Temmuz-Aralık, 2017, pp. 185-200.
- KARAMAN, H. *Mukayeseli İslam Hkuku*, tomo III, editorial iz, Estambul 2001.
- KARL VON SAVIGNY, Friedrich., *Metodología Jurídica*, Editores Depalma, Buenos Aires, traducción de J.J. Santa-Pinter, Argentina 1994.

-KILIÇOĞLU, Ahmet., “la inscripción de la convivencia extramatrimoniales como matrimonio y legalizar la situación de los niños extramatrimoniales desde perspectiva de la ley 2526” (2526 Sayılı Kanuna Göre Fiilî Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesi), en *la Revista Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 38 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1981, pp. 165 a 207 (pág. 168).

-KIRKPATRICK DE LA VEGA, Álvaro y JUAQUIN GONZÁLEZ GARCÍA, Gil Los Visados en el Derecho Español y Comunitario, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, 1ª edición, Madrid 2011, pag.15.

-KUŞCU, Döndü., Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları (The administrative detention of aliens who are decided to be deported under law on aliens and international protection), en *Revista Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DÜHFD)*, Cilt: 22, Sayı: 37, Yıl: 2017, s. 241-284. (núm. 37, 2017, pp. 241 a 284).

-LABACA ZABALA, Mª Lourdes., “El Matrimonio Polígamo Islámico y su Repercusión en el Derecho Español”, publicado en *la Revista Jurídica de Castilla Y León*. Nº 18. mayo 2009.

-LA SPINA, Encarnación., “La protección de la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas” en *la Revista de cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 14, 2006 (Ejemplar dedicado a: Textos de las Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006), PP. 5 y 6.

-LA SPINA Encarnación., “Diferentes Pautas Interpretativas Para La Admisión De Familiares Extranjeros En La Jurisdicción Regional Europea” *publicado en Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14/2014 (Segunda Época) ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España). Versión electrónica: rej.ujaen.es.

-LA SPINA, Encarnación., “Aspectos de la armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares nacionales de terceros estados en la Unión Europea” en *Cuadernos europeos de Deusto*, Nº 53, 2015 (Ejemplar dedicado a: The European Union's Policy for Human Rights and Democracy support: a critical assessment), pp. 169 a 172.

-LA SPINA, Encarnación., “DNA Testing for Family Reunification in Europe: An Exceptional Resource?”, en *la Revista Migraciones Internacionales*, Vol. 6, Nº. 3, 2012, pp. 42-62.

-LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa., “La familia en la Unión Europea: el derecho a la reunificación familiar”, en *la Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 20, 2015, págs. 218-222.

-LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel Eugenia., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, en *la Revista Migraciones, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid*, N° 12, 2002, pp. 43-79.

-LLODRÀ GRIMALT, Francisca., La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales? En *Jornades de Dret Català a Tossa, Ponències a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa*, primera ponencia L' "Europeïtzació" del Dret de Família, 23 i 24 de setembre de 2004, civil.udg.edu/tossa/2004/index.htm.

-LÓPEZ BARBA, Elena., "Extranjería. Reagrupación familiar", en Cristina Sánchez-Rodas Navarro (coord.), *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Ediciones Laborum, Murcia, 2001, pp. 155-187.

-LÓPEZ BARBA, Elena y GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio., “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, en *Revista del poder judicial*, N° 64, 2001, pp. 43-82(pág. 50).

-LÓPEZ ULLA, Juan Manuel., “El derecho de los extranjeros a reunir a la familia” en *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, núm. 20, 2002, pp. 236 a 238.

-MARÍN CONSARNAU, Diana., “La autorización de residencia por motivos familiares: la residencia temporal por reagrupación familiar y la residencia del hijo del residente”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009* / coord. por Diego Boza Martínez, Francisco Javier Donaire Villa, David Moya Malapeira, 1ª edición, Tirant Lo Blanch, Madrid 2010, pp.262-286.

-MARÍN CONSARNAU, Diana., “Las “uniones registradas” en España como beneficiarias del derecho de la UE a propósito de la directiva 2004/38/CE y del reglamento (UE) 2016/1104, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, N° 2, editada por el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Pag.5 <http://www.uc3m.es/cdt>.

-MARIN CONSARNAU, DIANA., *La Reagrupacion Familiar en el Regimen comunitario (problemas de discriminación inversa)*, prólogo Ramón Viñas i Farré., Bosch editor 2010 Barcelona.

-MARCHAL ESCALONA, Nuria., “La kafala islámica: problemática y efectos”, en DURÁN RUIZ, F. Javier (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Comares, Granada, 2013, pp.237-270.

- MARTÍN VILLEGAS, Araceli., “La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de reagrupación familiar”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 38, 2015, pág. 21.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José., “Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos en Francia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto, 2011, págs. 11-40.
- MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Yolanda., Capítulo II, reagrupación familiar, (el artículo 16. Derecho a la intimidad familiar y el artículo 17. Familiares reagrupables), en SANTOLAYA MACHETTI, P (coord.), *Comentarios a la nueva ley de extranjería. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 113 a 124.
- MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER., “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, en *Revista del Diario La Ley*, Nº 7423, 2010.
- MOLINER NAVARRO, R. M., “El concepto de “familia nuclear” en la Directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar”, *Revista Aequalitas., Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres* nº 15 (2004).
- MOLINER NAVARRO, R.M., “El concepto de "familia nuclear" en la Directiva Europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar” en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 15, 2004, pp. 9-11.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes., "Derecho a la reagrupación familiar", en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería 4/2000 y 8/2000*, Comares, Granada, 2001, pág. 694.
- MURDOCK George Peter, *capítulo primero de, Social Structure*. New York: The MacMillan Company. 1949.
- NURAY EKŞİ, BÜLENT ÇİÇEKLI, *Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları*. Beta Basım Yayın. Haziran 2012 / 1. Baskı.
- ORTEGA GIMÉNEZ., Alfonso “El fenómeno de la inmigración y el problema de los denominados “matrimonios de conveniencia” en España” en *Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2017)*, Vol. 9, Nº 2, pp. 465-481.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso., “El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y "asimilados", en *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, Nº. 13, 2012, pág.105.
- ÖZEL, A., *Islam Hukukunda Ülke Kavramı: Daruİslam-Darulharp*, editorial iklim, Estambul 1988.

-PALOMO HERRERO, M. ^a Yolanda, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental” en JIMENO BULNES, Mar (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, editorial Bosch, Barcelona, 2007, pp. 153 a 166 (p. 155).

-PASCUAL AGUELO NAVARRO, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social* (LO 4/2000 y RD 557/2011). Dirección y coordinación: JOSÉ LUIS MORENO PÉREZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS y LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ. Editorial Comares, 2^a edición Granada 2012.

-PASTOR RIDRUEJO, José Antonio., *La Reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos.*, cursos de Derecho internacional vitoria/ponencias.

-PÉREZ SERRANO Nicolás: *Tratado de Derecho Político*, 2.a ed., Civitas, Madrid, 1984.

-PÉREZ NIEVAS MONTIEL, Santiago y DANIELA VINTILA, Cristina., “La reagrupación familiar en España y en Europa”, en la *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián), pp. 150-153.

-PRESNO LINERA, Miguel Ángel., El Derecho Europeo de Familia, en *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 22 (Estudios), Aranzadi, SA, Pamplona. 2008. P. 11.

-QUIRÓS FONTS, Antonio., “Derecho comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español” en *Revista de Anales de derecho (Universidad de Murcia)*, N.º 21, 2003, pp. 398- 404.

-RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel., “Parejas de hecho del mismo sexo y derecho a la reagrupación familiar (Comentario a la Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2016, asunto "Pajic contra Croacia", demanda núm. 68453/2013)”, en la *Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, N.º. 399, 2016, pp. 188-194.

-RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac., El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 CE), en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N.º. 5, 2015 (Ejemplar dedicado a: Autonomía de la voluntad y Derecho de familia), pp. 3-13.

-REMOTTI CARBONELL, J. Carlos y FREIXES SANJUÁN, Teresa., “Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en la *Revista de derecho político*, N.º 44, 1998, pág. 113.

- REQUENA y DIEZ DE REVENGA Miguel y SÁNCHEZ-DOMÍNGUEZ, María “Las Familias Inmigrantes en España” *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, Vol. 69, Núm. Extra 1 (2011), <http://dx.doi.org/10.3989/ris.2011.iM1.387>.
- RIPOLL CARULLA, S, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho Español*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007.
- RODRIGO LOPEZ, María José y PALACIOS, Jesús, “La familia como contexto de desarrollo humano” en RODRIGO LOPEZ, M. J y PALACIOS, J (coords.), *Familia y Desarrollo Humano*, editorial Alianza Madrid 1998, pp. 25 a 44 (pág.33).
- RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis., y BOZA MARTÍNEZ, Diego., “Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010”, en *la Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 26, 2011, pp. 189-203.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel., “Legislación de extranjería y política de inmigración” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2000, pp. 69-82.
- RODRÍGUEZ SUMAZA, M y LUENGO RODRÍGUEZ, T., “Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales”, en *Revista de sociología Papers*, nº. 69, 2003.
- RUBIO VELASCO, M^a Fuencisla., La mujer inmigrante irregular víctima de violencia de género, en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, Isabel (coord.), *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género"*: Sevilla, 21 y 22 de junio de 2012, pp.1820-1826.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., Artículo 10. Derechos Fundamentales de la persona, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid 1997.
- SALES I JARDÍ, Mercè., “La protección de la vida familiar de los inmigrantes en el ordenamiento comunitario: el derecho a la reagrupación familiar”, en *la Revista universitaria europea (RUE)*, Nº. 7, 2007, pp. 87- 93.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo., “Artículo 3. Igualdad con los españoles e interpretación de las Normas” en SANTOLAYA MACHETTI, P., (coord.) *Comentarios a la nueva ley de extranjería. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 51 a 57.

- SANZ CABALLERO, Susana., “Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (ed. lit.), *La ley valenciana de uniones de hecho: Estudios*, Revista general de derecho, Valencia, 2003, p.37.
- SARRIÓN ESTEVE, Joaquín., “La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea”, en *la revista Panorama Social*, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), número 17, Primer semestre 2013, pp.33 a 41.
- SİRMEN, Kazım Sedat., “Deportation under Turkish Law and an Overview of the Judgements rendered by the European Court of Human Rights Regarding Applications Against Turkey Concerning the Deportation Decisions” (Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar) en *Revista Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 3, Yaz 2009, pp. 29 a 45.
- SHORT, Elizabeth y otros., *Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families. A Literature Review prepared for The Australian Psychological Society*" Agosto 2007.
- SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 18 bis. Procedimiento para la reagrupación familiar en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino., (Dir.), *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 307-314.
- SOTO MOYA, Mercedes., “Artículo 18. Requisitos para la reagrupación familiar” en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino., *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2011, pp.299 a 305.
- SOUSA Nasim, *Capitulatory Regime of Turkey*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1933.
- TANER, Tahir. *kapitülasyonlar Nasıl ilga Edildi?* Muammer Raşet Seviğe Armağan, istanbul, 1956.
- THOMPSON NORMAN, L.; MCCANDLESS BOYD R.; STRICKLAND BONNIE, R., “Personal adjustment of male and female homosexuals and heterosexuals”. In *Journal of Abnormal Psychology*, Vol 78(2), Oct 1971, 237-240. <http://dx.doi.org/10.1037/h0031990>.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel., Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita, en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012, pp. 352- 358.

-VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina., La Dimensión Familiar de la Inmigración y el derecho a la Reagrupación Familiar”. Publicado en *anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*. Nº 1. 2006. ISSN 1886-6328. UNED.

-VARGAS GÓMEZ-URRUTIA M., "La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho Comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho Comunitario", en CALVO CARAVACA A. L., y CASTELLANOS RUIZ E. (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Editorial Colex, Madrid, 2004.

-VAZQUE VEGA, Pablo., Reagrupamiento familiar de los inmigrantes: efectos sobre la afiliación e incidencia en los gastos de protección social, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129736.pdf.

-VELA DÍAZ, Raquel., Los nuevos derechos socio laborales y su perspectiva de género derivados de la autorización de residencia por reagrupación familiar a la luz de la última reforma de la legislación de extranjería: la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en GARCÍA CASTAÑO, F. J (coord.), NINA KRESSOVA (coord.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, Universidad de Granada, Instituto de Migraciones*, Granada, 2011, pp. 321-322.

-VELASCO RETAMOSA, José Manuel., “Libre circulación de personas en la unión europea: los nacionales de terceros estados como beneficiarios de esta libertad”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 22, enero-junio, 2013, pág. 59.

FUENTES COMPLEMENTARIOS

I. LEGISLACIONES

1. ESPAÑOLA

Código Civil de Cataluña, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en «DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010, entrada en vigor: 01/01/2011.

Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en «BOE» núm. 206, de 25/07/1889, Y entrada en vigor 16/08/1889.

Constitución Española de 1978.

El Decreto 1870/ 1968, de 27 de julio, por el que se regulaba el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España. Publicado en «BOE» núm. 195, de 14 de agosto, 12026.

El Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España. Publicado en: «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 1974.

El Decreto 35/2005, de 15 de febrero, por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho en Andalucía. Publicado en *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* «BOJA» número 38 de 23 de febrero de 2005.

El Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Asturias. Publicado en *Boletín Oficial del Principado de Asturias* «BOPA» núm. 9074 de 28 de octubre de 1994.

El Decreto 155/2017, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Publicado en *Boletín Oficial del País Vasco* «BOPV» núm. 100, lunes 29 de mayo de 2017.

Instrucción SGIE 3/2013 por la que se derogan las instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al RD 240/2007 de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el EEE.

Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al RD 240/2007 de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el EEE.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en: «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, publicado en «BOCM» de 3 de enero de 2002.

Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina empleados en el territorio nacional. Publicado en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1969.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Publicado en: «BOE» núm. 263, de 31/10/2009. Entrada en vigor: 20/11/2009.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Publicado en: «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Publicado en: «BOE» núm. 233, de 28/09/2013, entrada en vigor: 29/09/2013.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Publicado en: «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 2015.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, publicado en «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en: «BOE» núm. 285, de 27/11/1992.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Publicado en: «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Entrada en vigor: 02/10/2016.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Publicado en: «BOE» núm. 312, de 29/12/2007.

Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía. Publicado en *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* «BOJA» núm. 153 de 28 de Diciembre de 2002 y BOE núm. 11 de 13 de Enero de 2003.

Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables. Publicado en *Boletín Oficial del Principado de Asturias «BOPA»* núm. 125, de 31 de mayo de 2002 y en «*BOE*» núm. 157, de 2 de julio de 2002.

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Publicado en *Boletín Oficial del País Vasco «BOPV»* núm. 100, de 23 de mayo de 2003 y en «*BOE*» núm. 284, de 25 de noviembre de 2011.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA).

Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (LPJDF).

Ley 58/1980, de 15 de noviembre, sobre Régimen Laboral y de la Seguridad Social de los trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España. Publicado en: «*BOE*» núm. 281, de 22 de noviembre de 1980.

Ley Catalana de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998, sustituida por el Libro II del Código de Derecho Civil de Cataluña aprobada en 2010.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, publicado en «*BOE*» núm. 313, de 29/12/2004.

Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «*BOE*» núm. 180, de 28 de julio de 2011.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Publicado en: «*BOE*» núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en: «*BOE*» núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicado en: «*BOE*» núm. 239, de 05/10/1979. Entrada en vigor: 25/10/1979.

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «*BOE*» núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 10, de 12/01/2000. Entrada en vigor: 01/02/2000.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Publicado en: «BOE» núm. 172, de 20/07/2006.

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Publicado en: «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985.

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 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. Publicado en: «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2012.

Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, Publicado en «BOE» núm. 177, de 23 de julio de 2009, (Referencia: BOE-A-2009-12207).

Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Publicado en: «BOE» núm. 186, de 04/08/2012. Entrada en vigor: 05/08/2012

Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre, por el que se determinan los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o Apostilla prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961. Publicado en: «BOE» núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, se procede a la modificación del Real Decreto 240/2007, publicado en «BOE» núm. 285, de 26 de noviembre de 2011, (Ref. BOE-A-2011-18598).

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, Publicado en: «BOE» núm. 6, de 07/01/2005 (Referencia, BOE-A-2005-323).

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. Publicado en: «BOE» núm. 51, de 28/02/2007. Entrada en vigor: 28/03/2007.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30/04/2011. Entrada en vigor: 30/06/2011

Real Decreto 987/2015, La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada y se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero.

Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Publicado en: «BOE» núm. 98, de 24 de abril de 2012, (Referencia: BOE-A-2012-5403).

Reglamento 134/2002, de 18 de julio del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, publicado en BOCM 26 de julio de 2002, corrección de errores BOCM 26 de septiembre de 2002.

2. LEGISLACION TURCA

Ley 6216 de fundación, procedimiento y proceso del tribunal constitucional turco de 30/3/2011, «BOE» turco 27894 de 3/4/2011.(Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargilama Usulleri Hakkında Kanun 6216, 30/3/2011. *R.Gazete*: Tarih: 3/4/2011 Sayı: 27894).

Los Juzgados y Tribunales del orden administrativo y los procedimientos establecido en La ley de procedimiento juridico administrativo 2577 de 6 enero de 1982. Publicado en «BOE» turco 17580 de 20 de enero de 1982. (İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUN 2577. Kabul Tarihi: 6/1/1982. Yayımlandığı *R. Gazete*: Tarih: 20/1/1982 Sayı: 17580

Ley de Asentamiento turco 5543 de 19 de septiembre de 2006. «BOE» turco 26301 de 26 de septiembre 2006. (İskân Kanunu, No. 5543-19/9/2006. *Resmî Gazete*: 26 Eylül 2006 Sali, Sayı: 26301).

Ley de Derecho de Solicitar Información 4982 de 9 de octubre de 2003. «BOE» turco 25269 de 24/10/2003. (Bilgi Edinme Kanunu 4982. *RG* 24/10/2003, 25269).

Ley de Derecho internacional privado y Derecho procesal internacional de 5718, 27/11/2007, publicado en «BOE» no 26728 de 12/12/2007., en termino original turco:

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN,
Kanun Numarası: 5718 Kabul Tarihi: 27/11/2007, Yayınlandığı R.Gazete: Tarih:
12/12/2007 Sayı: 26728, Yayınlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 47.

Ley de extranjería y la protección internacional (turca) 6458 de 11 de abril de 2013.
«BOE» nº 28615. (6458 Sayılı “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu” 11.04.2013
tarih ve 28615sayılı Resmi Gazete).

Ley de Nacionalidad otomana 1869 (Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi).

Ley de Nacionalidad Turca, No. 5901 de 29/5/2009, «BOE» nº 27256 de 12 junio 2009.
(TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU, Kanun No.5901, Kabul Tarihi: 29/5/2009, *Resmî
Gazete*: 12 Haziran 2009 CUMA, Sayı: 27256).

Ley de Permiso de Trabajo para los Extranjeros 4817 de 27/02/2003. «BOE» turco 25040
de 06/03/2003. Asimismo el Reglamento de la aplicación de la Ley de permiso de trabajo
para los extranjeros, «BOE» 25214 de 29/08/2003.(Yabancıların Çalışma İzinleri
Hakkında Kanun 4817. Kabul Tarihi: 27/2/2003.Yayınlandığı *R.Gazete*: Tarih: 6/3/2003
Sayı: 25040). Resmi Gazete Tarihi: 29.08.2003 *Resmî Gazete* Sayısı: 25214.

Ley de procedimiento jurídico administrativo 2577 de 6 enero de 1982. Publicado en
«BOE» turco 17580 de 20 de enero de 1982.

Ley de profesiones y servicios reservados a los ciudadanos turcos 2007 de fecha
11.06.1932, en vigor hasta 2003. (Türkiye`deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat
ve Hizmetler Hakkında Kanun. Kanun Numarası: 2007. Kabul Tarihi: 11/6/1932.
Yayınlandığı *R.Gazete*: Tarih: 16/6/1932 Sayı: 2126).

Ley Procesal Administrativa Turca, nº 2577 de 6/1/1982, publicado en «BOE» 20/1/1982
num.17580. (İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU. Kanun Numarası: 2577. Kabul
Tarihi: 6/1/1982.Yayınlandığı *Resmî Gazete*: 20/1/1982. Sayı: 17580. Yayınlandığı
Düstur: Tertip: 5 Cilt: 21 Sayfa: 147).

Ley de Protección de Menores 5395 de 3 de julio de 2005, publicado en «BOE» turco nº
25876 de 15 de julio de 2005. (Çocuk Koruma Kanunu. Kanun Numarası: 5395. Kabul
Tarihi: 3/7/2005. Yayınlandığı *R.Gazete*: Tarih: 15/7/2005 Sayı: 25876).

Ley de reforma constitucional turca 5982 de 7 mayo de 2010. (07/05/2011 tarih ve 5982
sayılı kanunu 8. Madesiyle getirilen Ek Fıkra).

Ley de Seguridad Social y del Seguro General de Salud 5510 de 2006. (Sosyal Sigortalar
ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 5510 Kabul Tarihi: 31/5/2006 .Yayınlandığı *R.Gazete*:
Tarih: 16/6/2006 Sayı: 26200).

Ley de tierra, limitaciones y condiciones aplicables a los extranjeros a la hora de comprar
tierras en Turquía. (TAPU KANUNU, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22/12/1934,

Yayımlandığı *R. Gazete*: Tarih: 29/12/1934 Sayı: 2892. Madde 35 (Yeniden Düzenleme: 29/12/2005-5444/1 md.; Değişik: 3/5/2012-6302/1 md.).

Ley de verificación 359, «BOE» turco 108998, 05/09/1961, sobre adhesión de Turquía a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Ley de zonas prohibidas de seguridad y Militar 2565 de 18/12/1981. (Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu 2565 Kabul Tarihi: 18/12/1981, Yayımlandığı *R. Gazete*: Tarih: 22/12/1981 Sayı: 17552)

La Ley Rural 442 de 18/3/1924. (KÖY KANUNU 442, Kabul Tarihi: 18/3/1924 Yayımlandığı *R. Gazete*: Tarih: 7/4/1924 Sayı: 68).

Ley Nacional de Educación turca 1739 de 14/06/197. (MILLI EĞİTİM TEMEL KANUNU 1739. Kabul Tarihi: 14/6/1973. *R. Gazete*: 24/6/1973. Sayı: 14574).

Ley No. 4709/ 3.10.2001 de la reforma Constitucional. «BOE» turco 24556 de 17/10/2001.

Ley Turca de incentivo del turismo 2634 de 12 marzo de 1982. «BOE» 17635 de 16 de marzo de 1982. (TURIZMI TEŞVİK KANUNU, Kanun Numarası: 2634. Kabul Tarihi: 12/3/1982. *R. Gazete*: 16/3/1982 Sayı: 17635)

Circular nº 57 de instrucciones de aplicación sobre el proceso y procedimiento del refugiado de 22/06/2006 de la Dirección General de Seguridad. El circular más amplio y regulador sobre los refugiados y migración en la legislación turca, hasta 2013. www.multeci.org.tr/DosyaIndir.aspx?t=dokuman&Id=38.

Código Civil Turco 4721 de 2001, «BOE» turco 24607 de 8 de diciembre de 2001. (Türk Medeni Kanunu 4721. Kabul Tarihi: 22/11/2001. *R. Gazete* Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607).

Código Penal Turco 5237. (TÜRK CEZA KANUNU 5237 de 26/9/2004 *R. Gazete*:12/10/2004, sayı: 25611).

Constitución turca de 1961

Constitución turca de 1982. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>.

Directiva de hijos en adopción de 2002 (Evlat Edindirme Yönergesi de 01/08/2002 Ankara, www.ankarasevgievleri-shcek.gov.tr/mevzuat/evlatedinme.doc).

Nüfus Hizmetleri Kanunu 5490. Kabul Tarihi: 25/4/2006. Y. *R. Gazete*: Tarih: 29/4/2006 Sayı: 26153.

Reglamento de la Lucha Contra Trata de Personas y la Protección de Las Víctimas. (İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik. *Resmî Gazete* Sayı: 29656, PERŞEMBE 17 Mart 2016).

Reglamento de ejecución de la ley de permiso de trabajo para los extranjeros. (Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği. Resmi Gazete Tarihi: 29.08.2003 Resmi Gazete Sayısı: 25214).

Reglamento de la protección temporal 6883 de 2014, «BOE» turco 29153 de 22 octubre de 2014. (Geçici Koruma Yönetmeliği, Karar Sayısı: 2014/6883, *Resmî Gazete* Sayı: 29153, 22 Ekim 2014).

Reglamento 2014/6883 sobre la protección temporal. «BOE» turco 29153 de 22/10/2014. De acuerdo con el artículo 61 del reglamento queda derogado el reglamento de Refugiados y asilo de 6169 de 14/09/1994. (Geçici Koruma Yönetmeliği, Karar Sayısı: 2014/6883. *Resmî Gazete*, sayı: 29153. 22/10/2014).

Reglamento 2016/8375, permisos de trabajo de los extranjeros bajo la protección temporal. «BOE» turco 29594 de 15/01/2016. (Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik. Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 11/1/2016 No: 2016/8375. *R.Gazetenin* Tarihi: 15/1/2016 No: 29594).

Reglamento Sobre Registro de los Datos de la Población Extranjero en Turquía 11057 de 2006.(Türkiyede Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik. Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 27/9/2006 No: 2006/11057. Dayandığı Kanunun Tarihi: 25/4/2006 No: 5490. Yayımlandığı *R.Gazetenin* Tarihi: 20/10/2006 No: 26325).

Reglamento de refugiado y asilo, consejo de ministros 14/09/1994- 94/6169. «BOE» turco No: 30/11/1994 – 22127. (İltica sığınma Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi - No: 14/09/1994 - 94/6169. Dayandığı Kanun Tarihi - No: 29/08/1961 – 359. Yayımlandığı *Resmi Gazete* Tarihi - No: 30/11/1994 – 22127).

Reglamento de Aplicación de la Ley de extranjería y la protección internacional de 17 de marzo de 2016. «BOE» turco 29656. (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, 17 Mart 2016 PERŞEMBE, *Resmî Gazete*, Sayı: 29656).

Reglamento de aplicación de la Ley de Nacionalidad Turca 139 de 2010 «BOE» turco 27544 de 11/02/2010. (Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik Bakanlar Kurulu Kararı: 11/2/2010-2010/139 *Resmî Gazete*: 6.4.2010/ 27544).

Reglamento de aplicación de la Ley de Nacionalidad Turca, (Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, *Resmi Gazete*: 6 Nisan 2010 SALI, Sayı: 27544).

3. DERECHO COMUNITARIO

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Publicado en: «*DOUE*» núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Publicado en «*BOE*» Núm. 219, Jueves 10 de septiembre de 2009.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 3 de septiembre 1953.

Comunicación del consejo, COM (2010) 573 final, de 19.10.2010 sobre “Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COM(2016) 411 final, Bruselas, 30.6.2016 (2016/0190 (CNS), Propuesta de Reglamento del Consejo en lo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición).

Decisión del Consejo 2003/398/CE de 19 de mayo de 2003, relativa a los principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones contenidos en la Asociación para la Adhesión de Turquía «*DOUE*» L 145 de 12/06/2003.

Decisión del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte. Publicado en «*DOCE*» núm. 1, de 3 de enero de 1994.

Decisión del Comité Mixto del EEE no 158/2007 de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifican el anexo V (Libre circulación de trabajadores) y el anexo VIII (Derecho de establecimiento) del Acuerdo EEE. Publicado en «*DOCE*» núm. L 124/20 del 8 de mayo de 2008.

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. Publicado en *DOUE*, L 132/21 de 21.5.2016.

Directiva 2001/55/ce del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Publicado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 212/12 de 7.8.2001.

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, publicado en *DOUE* L251, 3.10.2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países.

Directiva 2003/9/ce del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

Directiva 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L 375/12 de 23.12.2004.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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.

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida o la Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo.

Directiva 2005/71/CE del Consejo de 12 de octubre de 2005 relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. Publicado en *DOUE*, serie L 289/15 de 3.11.2005.

Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 326/13 de 13.12.2005.

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Publicado en: «*DOUE*» núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios.

Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Publicado en *DOUE*, serie L 155/17 de 18.6.2009

Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional.

Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

El sumario de las respuestas a las preguntas de Libro Verde sobre el derecho de reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en http://ec.europa.eu/home-affairs/news/consulting_public/consulting_0023_en.htm.

Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. Publicado en: «*BOE*» núm. 81, de 5 de abril de 1994.

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), Bruselas, 15.11.2011 COM (2011) 735 final.

Plan de acción sobre los menores no acompañados, Comisión Europea (2010 - 2014), SEC (2010)534. Bruselas, 6.5.2010 COM (2010)213 final.

Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Reglamento (CE) No 539/2001 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de

visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Reglamento (CE) no 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

Resolución de 26 de enero de 2012, del acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y el Ministerio del Interior sobre encomienda de gestión para la expedición de visados en fronteras y la prórroga de visados en España. Publicado en «BOE», núm. 29, viernes 3 de febrero de 2012.

Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, 97/C 221/03, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° C 221/23.

Reglamento (CE) no 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

Reglamento (CE) no 390/2001 DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2001 relativo a la asistencia en favor de Turquía en el marco de una estrategia de preadhesión, y en particular del establecimiento de una asociación para la adhesión.

Reglamento (CE) no 539/2001 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Publicado en «DOCE», (DO L 81 de 21.3.2001, p. 1).

Reglamento 810/2009/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13/julio/2009 del Código comunitario sobre visados. (Código de visados). Publicado en «DOCE», L 243, 15/10/2009.

Reglamento (CE) no 1030/2002 DEL CONSEJO de 13 de junio de 2002 por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. Publicado en «DOCE» serie L 157/1, 15.6.2002.

Reglamento CE 810/2009 del Código de Visados.

Reglamento (UE) n.º 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, publicado en «DOUE», L 343 de 29 de diciembre de 2010.

Reglamento (UE) 2016/1103 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 regímenes económicos matrimoniales, publicado en «DOUE», L 183/1 de 8 de julio de 2016.

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, (Publicado en «DOCE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, Referencia: DOUE-L-2003-82188) relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, publicado en «DOCE», L 7 de 10 de enero de 2009.

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, publicado en «DOUE», L 183/30 de 8 de julio de 2016.

Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997, «DOCE» C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997; “ «BOE» » núm. 109, de 7 de mayo de 1999

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30.3.2010, C 83/49.

Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 publicado en «DOCE» de 30.3.2010, C 83/13.

Tratado de Lisboa, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, enterada en vigor el 1 de diciembre de 2009, Publicado en el «DOCE», 17 de diciembre de 2007 /C 306/01.

Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (TUE), Firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1993.

Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003, publicado en el «DOCE», el 10 de marzo de 2001, C 80/1.

4. CONVENIOS INTERNACIONALE

Carta africana Sobre Los Derechos Humanos Y De Los Pueblos (CARTA DE BANJUL), aprobada el 27 de julio de 1981 en Nairobi, Kenia, entrada en vigor el 21 de octubre 1986.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) del 22 de noviembre de 1969, entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, modificado por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Publicado en: «BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Publicado en: «BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer, aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981. Publicado en: «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor 2 de septiembre de 1990. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Publicado en «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979. www.un.org/es/documents/udhr/.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 entrada en vigor 3 de enero de 1976. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

Treaty of Peace with Turkey Signed at Lausanne, July 24, 1923. (The Treaties of Peace 1919-1923, Vol. II (New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1924.)

II. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Sentencia de Tribunal constitucional de España (STC) 115/1987, de 7 de julio publicado en «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 1987.

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ) Nº 830/2006, Sala de lo Contencioso, Sección Novena, 18 de Mayo de 2006. Número de Recurso: 356/2005.

STS, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 63/2003 de 30 enero. JUR 2003\169489. Recurso contencioso-administrativo núm. 654/2001.

STC 94/1993 publicado en «BOE» núm. 100, de 27 de abril 1993.

STC 116/2006, de 24 de abril, Publicado en «BOE» núm. 125 Suplemento, viernes 26 de mayo de 2006.

STC 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, Publicado en: «BOE» núm. 290, de 4 de diciembre de 2013.

STC 231/1988, de 2 de diciembre; STC 197/1991, de 17 de octubre.

STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, publicado en «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

STC 260/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1644-2001. Interpuesto por el Parlamento Vasco respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 2008.

STC 78/1996, de 20 de mayo, publicado en «BOE» núm. 150, de 21 de junio de 1996.

STC 9/2008, de 21 de enero de 2008 publicado en «BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 2008.

STC 95/2000, de 10 de abril de 2000, publicado en «BOE» núm. 119 de 18 mayo 2000.

STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003. Recurso de inconstitucionalidad 1555/96. Publicado en: «BOE» núm. 138, de 10 de junio de 2003.

STC, 132/1997 de 15 de julio, publicado en «BOE» núm. 187, de 06 de agosto de 1997.

STC, 154/2006, de 22 de mayo de 2006. Recurso de amparo 5399-2002, Publicado en «BOE» nº. 148, de 22 de junio de 2006.

STC, 184/1990 de 15 de noviembre, Publicado en: «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 1990.

STC, 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, Publicado en: «BOE» núm. 290, de 4 de diciembre de 2013.

STC, 200/2001 de 4 de octubre de 2001, publicado en «BOE» nº 266, 6 noviembre 2001.

STC, 22/1994, de 27 de enero, publicado en «BOE» núm. 52, de 02 de marzo de 1994.

STC, 84/1998 de 20 de abril. Publicado en «BOE» nº 120, 20 de mayo 1998.

STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984 publicado en «BOE» núm. 305, de 21 de diciembre de 1984.

STS 651/2016 (Sala de lo contencioso. Sección 3ª), de 23 de febrero de 2016, Nº de Recurso: 2422/2015.

STS (Sala 3ª. Sección 3ª) 4311/2015, de 19 de octubre de 2015. Denegación de visado reagrupación. Descendiente mayor de 21 años "a cargo" de un español. (Recurso 1373/2015).

STS (Sala 3ª. Sección 3ª) 7339/2011. Denegación de visado de reagrupación a hijo ciudadano español, recurso de casación nº 1470/2009.

STS 3233/2014(Sala de lo contencioso. Sección 3ª), de 24 de julio de 2014, Nº de Recurso: 62/2014.

STS 4259/2010 de uno de Junio de 2010. Sala de lo Contencioso, sección 5 (Nº de Recurso: 114/2007). Recurso Contencioso-administrativo contra el Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero.

STS 8752/2012 Sala de lo Contencioso Sede, Sección 3, Madrid, Nº de Recurso: 3287/2012.

STS 335/2015 de 2 de febrero, Madrid, núm. de recurso 245/2012; y STS 247/2014, Madrid, núm. de recurso 245/2012.

STS 885/2011 de 28/03/2012 Sala de lo Contencioso, Sección 6, Madrid. Solicitud de suspensión cautelar.

STS, publicado en «BOE» núm. 266, de 3 de noviembre de 2010 (Ref. BOE-A-2010-16822).

Sentencia de Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 9 de Sevilla, Sentencia 317/2017, 21 diciembre de 2017. Recurso 176/2017 (LA LEY 187160/2017).

STSJ 1324/2012, de 06 de julio de 2012 de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Recurso de Apelación núm. 320/2012).

STSJ CL 4663/2013 de 14 de mayo de 2013, Sala de lo Contencioso, sección 3 de Valladolid. (Nº de Resolución: 1807/2013), (Nº de Recurso: 454/2013).

STSJ, 729/2012, Nº de Recurso: 1505/2009, Sala de lo Contencioso, Sección: 5, Barcelona.

STSJ, sala de lo Contencioso Administrativo de las Islas Canarias, de Santa Cruz de Tenerife de 11 de febrero de 2016. Nº de Recurso: 181/2015., Nº de Resolución: 73/2016. Nº Roj: STSJ ICAN 67/2016.

STSJ de Cataluña, Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Tarragona de 07 de julio de 2015., Nº de Recurso: 213/2014. Nº de Resolución: 185/2015. Roj: SJCA 672/2015.

STSJ, sala de lo Contencioso de Palma de Mallorca de 30 de junio 2017., Nº de Recurso: 79/2017., Nº de Resolución: 311/2017. Roj: STSJ BAL 509/2017.

STSJ de Cataluña, Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Tarragona de 07 de julio de 2015., Nº de Recurso: 213/2014. Nº de Resolución: 185/2015. Roj: SJCA 672/2015.

STSJ, sala de lo Contencioso de Palma de Mallorca de 30 de junio 2017., Nº de Recurso: 79/2017., Nº de Resolución: 311/2017. Roj: STSJ BAL 509/2017.

STSJ, sala de lo Contencioso de Palma de Mallorca de 09 de septiembre de 2015., Nº de Recurso: 30/2015., Nº de Resolución: 509/2015., Roj: STSJ BAL 732/2015.

STSJ, sala de lo Contencioso de Madrid de 18 de julio de 2017., Nº de Recurso: 298/2016., Nº de Resolución: 1295/2017. Roj: STS 2966/2017.

STJS, sala de lo Contencioso, Madrid 20 de julio de 2016., Nº de Recurso: 3839/2015., Nº de Resolución: 1893/2016., Roj: STS 3735/2016.

JURISPRUDENCIA TURCA

Sentencia de Tribunal Constitucional Turca, *Resmi Gazete* tarih/sayı: 11.5.1963/11400. Esas No: 1962/232. Karar No: 1963/9 y *Resmi Gazete* Tarih-Sayısı: 16.01.2008, 26758. Esas Sayısı: 2006/35. Karar Sayısı: 2007/48.

Sentencia de Tribunal Constitucional Turco, caso RIDA BOUDRAA de 2013/ 9673, fecha de sentencia 21/1/2015 «BOE» 16/6/2015-29388. Relativo a las medidas cautelares en relación con la expulsión de los extranjeros. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm. Karar, Rida Boudraa Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/9673), Karar Tarihi: 21/1/2015. R.G. Tarih- Sayı: 16/6/2015-29388).

Sentencia de la Tribunal Constitucional turco, caso R.M 2015/19133. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm. R.M. Başvurusu (Başvuru Numarası: 2015/19133) Karar Tarihi: 16/12/2015. www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Uploads/2015-19133.doc.

Sentencia de Tribunal Supremo Administrativo de Turquía 2008/745. (Danıştay 10 Dairesi 18/02/2008, E.2005/5676, K. 2008/745).

Sentencia de Tribunal Supremo Administrativo turco (T.C. Danıştay 10 Daire, Esas No: 2012/3318. Karar No: 2015/4603. (idariyargi.org/.../5625e140-de83-4409-b821-85ccc16f49d4.pdf).

JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SSTEDH, caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía, nº 30471/08, 22 de septiembre de 2009; caso Z.N.S. c. Turquía, nº 21896/08 de 19 de enero de 2010.

SSTEDH, caso Tehrani y otros. c. Turquía. 32940/08, 41626/08, 43616/08 de 13 de abril de 2010; Keshmiri c. Turquía 36370/08 de 13 de abril de 2010.

SSTEDH, caso Paula y Alexandra Marekx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31; Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112; Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C; McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, A 307-B. publicados en dirección electrónica oficial de TEDH, <http://www.echr.coe.int/>.

STEDH, asunto Abdulaziz. Cabales y Balkandali c. Reino Unido de Gran Bretaña (15/1983/71/107-109). 25 de mayo 1985. Publicaciones de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos Serie A. n.94.

STEDH, asunto Berrehab c. Holanda, 3/1987/126/177; 10730/84, de 28 Mayo 1988.

STEDH, caso Ártico contra Italia. (Demanda núm. 6694/1947) de 13 de mayo de 1980.

STEDH, caso Nuñez contra Noruega, Demando N° 55597/09 de 28 June 201.

STEDH, caso Marckx c. Bélgica, 6833/74 de 13 de junio de 1979.

STEDH, asunto (K.A.B C. España, petición nº 59819/08, Fecha: 10/04/2012). (Znamenskaya c. Rusia, nº 77785/01, de junio de 2005). (Anayo c. Alemania, nº 20578/07, de diciembre 2010).

STEDH, caso Hadri-Vionnet contra Suiza (demanda núm. 55525/00), de 14 de febrero de 2008.

STEDH, caso Kroon y otros contra Holanda, Demando nº 18535/91 de 27 de octubre de 1994.

STEDH, caso Zmarlak contra Polonia (demanda núm. 37522/02), de 15 de enero de 2008.

STEDH, caso Agraw contra Suiza, Demanda nº 24404/05 de 29 de julio de 2010.

STEDH, caso de Esholz contra Alemania, Demanda nº 25735/94 de 13 de julio de 2000.

STEDH, caso Johnston contra Irlanda, de 18 de diciembre de 1986. § 53, Serie A nº 112.

STEDH, caso Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994.

STEDH, caso Mennesson c/ Francia Demanda nº65192/11 y Labassee c/Francia Demanda nº 65941/11, fecha 26 de junio de 2014.

STEDH, caso Şen contra los Países Bajos (Holanda), Demanda nº 31465/96 de 21 de diciembre de 2001.

STEDH, caso SS Merger y Cros c. Francia, demanda nº 68864/01 de 22 de diciembre de 2004. Y Mazurek c. Francia, Demanda nº 34406/97 de 1 de febrero de 2000.

STJCE de 11 de julio de 2002, C-60/00, Carpenter, Rec I- 6979, en: www.europa.eu.int EUR-LEX.

SSTJUE caso J.N C-601/15 PPU de 15 de febrero de 2016; El caso Z h. y O., C-554/13 de 11 de junio de 2015.

SSTJUE caso P. Tsakouridis C-145/09 de 23 de noviembre de 2010, el caso Sirdar C-273/97 de 26 de octubre de 1999, el caso Dory C-186/01 de 11 de marzo de 2003.

STJUE, asunto C- 140/12, Brey, 19 de septiembre de 2013 y Asunto C-578/08, Chakroun, 2010.

STJUE, asunto Mimoun Khachab C-558/14 de 21 de abril de 2016.

SSTJUE, asuntos C-63/99 Gloszczuk y asunto C-285/95 Kol.

SSTJUE, asuntos C-356/11 y C-357/11, O. & S., 6 de diciembre de 2012.

STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-153/14.

STJUE (Sala Cuarta) asunto C-423/12, caso Reyes contra Migrationsverket de 16 de enero de 2014.

STJUE (Sala Segunda) asunto C-338/13 de 17 de julio de 2014

STJUE asunto C-540/03, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión.

STJUE asunto K y A C-153/14, de 9 de julio de 2015.

STJUE de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83, Aussatou Diatta c. Land.

STJUE de 16 de enero de 2014 en el asunto c-423/12, Reyes.

SSTEDH caso Jabari contra Turquía. Demanda núm. 40035/98 de 11 Julio de 2000 (TEDH 2000\151); asimismo, caso Keshmiri contra Turquía. Demanda núm. 22426/2010 de 17 enero 2012 (JUR 2012\14922

STEDH, véanse el apartado 135 del caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía, demanda núm. 30471/2008, sentencia de 22 septiembre 2009. (JUR 2009\397105).

SSTEDH, caso Asalya contra Turquía, demanda núm. 43875/2009, sentencia de 15 de abril de 2014; caso Z.N.S. contra Turquía, demanda núm. 21896/08, sentencia de 19 de enero de 2010; caso Dbouba contra Turquía, demanda num.15916/09), sentencia de 13 julio de 2010; caso Ahmadpour contra Turquía, demanda núm. 12717/08, sentencia de 15 Junio de 2010.

STEDH caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer contra Países Bajos de 31 de enero 2006. Demanda núm. 50435/1999. (JUR 2006\47418).

STJUE de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09. Artículo 15 del RD 240/2007, Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

STJUE de 22 de mayo de 2012, En el asunto C-348/09. Libre circulación de personas.

STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09 Tsakouridis (Rec. p. I-11979).

STJUE de 5 de septiembre de 2012, dictada en el asunto c-83/11 caso Rahman.

STJUE de 8 de noviembre de 2012 en el asunto c-40/11 caso Lida.

STJUE, asunto C-200/02, Zhu y Chen, 9 de octubre de 2004.apartado 43. C-316/85, Lebon, 18 de junio de 1987.

STJUE, asunto 222/84, Johnston de 15 de mayo de 1986; STJUE, asunto C-97/91, Borelli de 3 de diciembre de 1992.

STJUE, asunto C-333/13, de 11 de noviembre de 2014, EU: C: 2014:2358.

STJUE, asunto Mimoun Khachab C-558/14 de 21 de abril de 2016.

STJUE, asuntos C-402/05 P y C-415/05 P, Kadi y Al Barakaat, de 3 de septiembre de

STJUE, caso Brey, C-140/12, EU: C: 2013:565.

STJUE, comunicado de prensa nº 141/11 Luxemburgo, 21 de diciembre de 2011. caso C-424/10 Tomasz Ziolkowski y C-425/10 Barbara Szeja y otros / Land Berlin.

SSTJUE, asuntos C-165/14; C-304/14; C-561/14; C-359/13; C-233/14, curia.europa.eu/juris/recherche.jsf.

STJUE asunto C-256/11, de 15 de noviembre de 2011.

STJUE asunto C-434/09 de 5 de mayo de 2011, Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department.

STJCE, asunto C-127/08, Blaise Baheten Metock y Otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform de 25 julio de 2008. TJCE 2008\210. Apartados 56 y 62.

STJCE de 25 de julio de 2002 [TJCE 2002, 233], asunto C-459/99, Movimiento contra el racismo, el antisemitismo y la xenofobia ASBL (MRAX) contra el Estado Belga, Rec. pg. I-6591, apartado 53.

STJCE de 14 de abril de 2005 [JUR 2005, 90], Comisión de las Comunidades Europeas contra España, C-157/03, Rec. pg. I-2911, apartado 26.

STJCE de 31 de enero de 2006 [TJCE 2006, 29], Comisión de las Comunidades Europeas contra España, C-503/03, Rec. pg. I-1097, apartado 41.

STJCE de 27 de abril de 2006 [TJCE 2006, 123], Comisión de las Comunidades Europeas contra Alemania, C-441/02, Rec. pg. I-3449, apartado 109.

STJCE de 11 de diciembre de 2007 [TJCE 2007, 356], Eind, C-291/05, Rec. pág. I-10719, apartado 44.