

Cita: Vargas Gómez-Urrutia, M. (2020): “Una clasificación de las salvaguardias que a la luz de la jurisprudencia del TEDH preservan la unidad familiar en el derecho a la reagrupación familiar”, en De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción (FJ Matia Portilla / G. López de la Fuente, Dirs.), Tirant lo Blanch, pp. 283-313.

UNA CLASIFICACIÓN DE LAS SALVAGUARDIAS QUE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH PRESERVAN LA UNIDAD FAMILIAR EN EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Por Marina Vargas Gómez-Urrutia^{1*}

Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: PLURALIDAD DE FUENTES Y DE NORMAS. 2.1. Respeto a la vida privada y familiar en el Derecho internacional de los derechos humanos: omisiones y menciones expresas a la reagrupación familiar. 2.2. Fundamentos de la reagrupación familiar en el Derecho convencional europeo. 2.3. Fundamentos de la reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea. 2.4. Incorporación de la protección internacional de la vida en familia y la reagrupación familiar en el Derecho español de extranjería. III. SALVAGUARDIAS DE LA UNIDAD FAMILIAR EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: “UNA” CLASIFICACIÓN. 3.1. Sentencias que concretan cuándo se produce una injerencia injustificada en el derecho al respeto a de la vida familiar. 3.2. Sentencias que toman en consideración la integración en el país de acogida como parte del contenido de la vida familiar. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Resumen.- Las salvaguardias de la unidad familiar en los procesos de reagrupación familiar de extranjeros ha merecido la atención del TEDH desde que en 1985 la sentencia dictada en el asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali ofreciera las primeras pautas de interpretación. La comprensión de esta jurisprudencia resulta relevante en la medida en que ofrece criterios de referencia en el control del respeto a la vida privada y familiar a la luz del artículo 8 del CEDH. Este trabajo ofrece *una clasificación* de esta jurisprudencia atendiendo a la formulación de una hipótesis con dos variables. Así, en el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y en supuestos de reagrupación familiar: (1) cuándo es injustificada una injerencia del Estado de acogida y (2) cuándo es relevante el *factor de integración* de la familia (reagrupada) en ese Estado de acogida.

¹ * Esta contribución se enmarca en el Proyecto de Investigación *ESPAÑA ANTE EUROPA: RETOS NACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS* (REF. DER2016-75993-P). IP: Francisco Javier Matía Portilla.

Palabras clave: Art. 8 CEDH; respeto al derecho a la vida privada y familiar; derecho a la reagrupación familiar; Convenio Europeo de los Derechos Humanos; Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos preguntamos *quién es la familia* que llega a un Estado parte del CEDH o de la Unión Europea en un proceso de reagrupación familiar y *qué derechos* pueden verse afectados por las resoluciones denegatorias de las autorizaciones concernidas (visados de entrada y autorizaciones residencia) y, eventualmente, por las decisiones administrativas o judiciales de expulsión, tendemos a recordar los casos paradigmáticos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Es cierto que, cuantitativamente hablando, el número de asuntos es escaso pues apenas superan la media docena de sentencias. Sin embargo, la importancia de las situaciones familiares comprometidas en la reagrupación familiar y las relevantes reflexiones del Tribunal de Estrasburgo sobre los límites autorizados al respeto al derecho a la vida en familia en casos de inmigración familiar constituyen un excelente banco de pruebas donde contrastar la *configuración jurisprudencial* de este derecho por el TEDH.

En esta contribución ofrecemos *una* sistematización de las salvaguardias de la unidad familiar a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo. Pudiera parecer pretencioso hablar de *sistematización* cuando hemos señalado que los casos del TEDH no son muy numerosos. En defensa de su posibilidad –y acaso también de su utilidad para los prácticos del derecho- apelamos a la clarificación de los *estándares de protección de la familia* que este grupo de sentencias ofrece así como a la misma *noción de familia* que se contempla a los fines de reagrupación. Cuestiones ambas que deberían servir de parámetros interpretativo en la creación de las normas por el legislador europeo e interno y su interpretación por los tribunales concernidos (TJUE y nacionales).

Nuestra propuesta de clasificación toma como parámetro de contraste las sentencias que concretan cuándo se produce una injerencia injustificada en el derecho al respeto a de la vida familiar en supuestos de reagrupación y las sentencias protegen la unidad familiar en la reagrupación tomando en consideración el factor de la integración en el país de acogida. Previamente, se ofrecerá el marco normativo internacional donde situar los estándares básicos de protección².

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: PLURALIDAD DE FUENTES Y DE NORMAS.

² Seguimos nuestro esquema de nuestros trabajos anteriores, en particular, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Reagrupación familiar de los extranjeros en España*, ThomsonAranzadi, 2006, pp. 37 ss y 73 ss; *Id.* De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar”, en *Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Marcial Pons, 2007, pp. 581-599.

Los instrumentos normativos internacionales, convencionales y de la Unión Europea que a la luz de la protección de la “familia” como el elemento natural y fundamental de la sociedad (ex. art. 16.3 DUDH) han reconocido el derecho a respeto a la vida privada y familiar son numerosos y diversos³. Por su origen (fuente de producción normativa) y por su alcance material (régimen de protección) esta normativa resulta muy compleja y de difícil aplicación práctica. En un intento de sistematización proponemos una clasificación de las normas atendiendo al sistema al que pertenecen. Distinguimos cuatro grupos o sistemas en los que el derecho a la reagrupación familiar es reconocido de modo directo o bien como mecanismo para lograr la protección de la vida social y jurídica de la persona y en particular la protección de la familia por parte del Estado de acogida.

2.1 Respeto a la vida privada y familiar en el Derecho internacional de los derechos humanos: omisiones y menciones expresas a la reagrupación familiar.

En el *sistema convencional universal de los derechos humanos*, junto al impulso universalizador de la DUDH, coexiste un conjunto de tratados internacionales de carácter sectorial que han consagrado derechos respecto de personas o grupos concretos de personas. Aunque por definición estas personas están incluidas en los textos internacionales de carácter general y universal, su especial situación de vulnerabilidad en la sociedad hace que precisen de una especial atención. En la *Declaración sobre Progreso y Desarrollo en lo Social, de 11 de diciembre de 1969*⁴, se puso de relieve que la reagrupación familiar forma parte del estatuto jurídico de los trabajadores migratorios y que su tratamiento habría de enmarcarse en las acciones nacionales e internacionales de carácter social, en concreto en la esfera de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y del Consejo de Europa.

El *Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 97, sobre los trabajadores migrantes*⁵ tiene por objeto el reclutamiento, colocación y establecimiento de condiciones de trabajo de los trabajadores emigrantes, tanto los contratados como los no contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebradas bajo control gubernamental. No establece disposición alguna en materia de reagrupación familiar, a diferencia del *Convenio 143 de 24 de junio de 1975, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*⁶, que dispone en su artículo 13.1 que “Todo Miembro podrá adoptar todas las

³ Art. 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁴ Resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969. Texto y comentario en M.A. ANSTEE, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre Progreso Social y Desarrollo. Pasado y futuro”, en *Garantía internacional de los derechos sociales: contribución de las Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 121-166, esp. pp. 129-131.

⁵ BOE núm. 135, de 7 de junio de 1967. Vigencia para España: 21.3.1967.

⁶ España no ha firmado esta Convención.

medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio”.

En el ámbito de Naciones Unidas, ya en 1987 se estableció un texto sobre los *Principios normativos para las políticas y los programas de bienestar social para el desarrollo en un futuro próximo y medidas complementarias de la Consulta interregional sobre políticas y programas de bienestar social para el desarrollo*⁷. En esta Consulta se instaba a los Estados a promover políticas de bienestar social en general y a permitir la reunificación de las familias como una necesidad para su integración en la sociedad de acogida. El fruto más importante fue la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990*⁸. La protección de la unidad familiar en este importante texto solo alcanza a los trabajadores migrantes y a sus familiares (con exclusión de los funcionarios internacionales, los cooperantes internacionales, los inversionistas, los refugiados y apátridas y los estudiantes y las personas que reciban capacitación en otro Estado, términos definidos expresamente). La noción de trabajador migrante o migratorio viene definida en el artículo 2 como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” e incluye de modo expreso a los trabajadores fronterizos, a los de temporada, a los marinos y a los que trabajan en plataformas en el mar, a los itinerantes, a los incluidos en un proyecto, a los que cuentan con un empleo concreto y a los trabajadores por cuenta propia. La definición de familia a los fines de la Convención únicamente incluye al cónyuge del trabajador emigrante, así como a aquellas personas que mantengan con él una relación que, de conformidad con el derecho nacional del Estado de recepción, produzca efectos equivalentes al matrimonio, a los hijos a cargo y a otras personas que las legislaciones de los Estados parte reconozcan como familiares, bien en virtud del derecho de fuente interna bien mediante acuerdos bilaterales o multilaterales (art. 4). En relación a los derechos, la Convención distingue entre derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares con independencia de su situación regular o irregular en el territorio (arts. 8 a 24) y derechos que únicamente se reconocen a los trabajadores migratorios y a sus familiares que estén en situación regular o documentados (arts. 36 a 56). En este último grupo se encuentra la reagrupación familiar (art. 44.2) reconocida como un derecho basado en la protección de la unidad de la familia. Para el aseguramiento de este derecho fundamental es preciso que los Estados tomen medidas que faciliten la reunión de los trabajadores migratorios “con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”.

El segundo texto legal relevante en el ámbito de las Naciones Unidas es la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York*

⁷ Resolución 44/65, de 8 de diciembre de 1989.

⁸ Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. España no ha firmado esta Convención.

el 20 de noviembre de 1989⁹, cuyo Preámbulo establece que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. La Convención limita su ámbito de aplicación personal a todo menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1). Estipula que los Estados velarán para que el niño no esté separado de sus padres (art. 9) y, de conformidad con esta obligación, se establece que incumbe a los Estados Partes atender de manera positiva, humanitaria y expeditiva toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o salir de él a los efectos de la reunión de la familia (art. 10). En todas las decisiones que se refieran al niño, la consideración primordial debe ser el interés superior de éste (art. 3.1). El texto convencional no recoge un derecho de entrada a título de reagrupación familiar ni la autorización de residencia de modo estable del menor en el país donde reside el progenitor o progenitores, aunque sí puede derivarse de su texto el *derecho de visita o de mantener relaciones periódicas con uno o ambos progenitores cuando el niño esté separado de sus padres* (art. 9.3), lo que implicaría la obligación del Estado de otorgar un visado de entrada tanto al menor como a la persona adulta que lo acompañe (art. 10.1).

2.2. Fundamentos de la reagrupación familiar en el sistema convencional europeo

En el *sistema convencional europeo* son tres instrumentos los que se comprometen con el respeto a la vida en familia del trabajador migrante: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos¹⁰ (art. 8), la Carta Social Europea¹¹ (art. 16); y el Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante¹² (art. 12).

Respecto del art. 8 del *Convenio Europeo de los Derechos Humanos* es el precepto cuya interpretación por parte del Tribunal de Estrasburgo en supuestos de reagrupación familiar sirve base para esta contribución. Baste con señalar en este momento que toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante es titular de los derechos y libertades reconocidos en el mismo, aun cuando sean nacionales de Estados no miembros del Consejo de Europa¹³. En este sentido, la negativa del Estado parte del

⁹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Vid., P.-P. MIRALLES SANGRO, “La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño”, *Act. Civ.*, núm. 3, 1991, pp. 525-538.

¹⁰ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹¹ BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

¹² BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983.

¹³ El artículo 14 del Convenio, prohíbe toda discriminación en el goce de los derechos y libertades protegidos por el Convenio basada en el origen nacional, salvo los derechos civiles y políticos vinculados directamente con la nacionalidad. *Vid.*, STEDH Asunto Gaygusuz c. Austria, de 16 septiembre 1996. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado el Convenio como un “instrumento constitucional del orden público europeo”.

Convenio a admitir a un extranjero en su territorio por aplicación de las normas nacionales en materia de inmigración cae en el ámbito del artículo 8 del CEDH¹⁴.

En relación con la *Carta Social Europea*, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961¹⁵, reconoce el derecho de los trabajadores emigrantes nacionales de las Partes Contratantes y sus familias a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra Parte Contratante (art. 19). Los Estados Contratantes quedan obligados a garantizar su ejercicio efectivo y a tal fin se comprometen “a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio” (apartado 6). En estos términos, el compromiso que los Estados adquieren es limitado (“facilitar en lo posible”) y permite un margen amplio de maniobra por razones de orden público y de protección de sus principios socioeconómicos¹⁶.

El *Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante de 24 de noviembre de 1977*¹⁷ cuyo artículo 12 dedica seis incisos a la reagrupación familiar sin que el mismo pueda ser objeto de reservas (art. 36). El citado precepto consagra el derecho de los miembros de la familia del trabajador emigrante a recibir una autorización para reunirse con éste en el territorio del Estado donde esté empleado. Ahora bien, su ámbito de aplicación personal presenta varias limitaciones, acaso la más importante sea la referida a los titulares del derecho, pues únicamente se aplica a trabajadores asalariados residentes en el Estado de acogida que sean nacionales de otro Estado Contratante. En relación con la noción de familia sólo alcanza al cónyuge y a los hijos no casados mientras se les considere como menores por la legislación nacional del Estado de empleo y dependan del “padre” (una interpretación del precepto ha entendido tanto el padre como la madre). En cuanto a las condiciones materiales, los Estados Contratantes pueden supeditar la autorización de residencia familiar a que el trabajador emigrante disponga de una vivienda para su familia considerada como normal para los trabajadores de la región donde esté empleado y acredite recursos estables para subvenir las necesidades de la familia. Pueden someter la autorización a un plazo de espera no superior a 12 meses y, en circunstancias excepcionales, suspender temporalmente la obligación de autorizar la reagrupación familiar en una o varias partes del territorio.

Es preciso destacar, por último, la *Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas a título de reagrupación familiar*, adoptada el 26 de marzo de 2002, que tiene por objeto fijar unos principios comunes en la materia y a tal fin recuerda que los derechos reconocidos a los miembros de la familia constituyen los elementos esenciales que facilitan la integración de los recién llegados en la sociedad de acogida y que la

¹⁴ Entre otras, SSTEDH en los Asuntos: Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 mayo 1995; Gül c. Suiza, de 19 febrero 1996; Ahmut c. Países Bajos, de 28 noviembre 1996; Şen c. Países Bajos de 21 diciembre 2001; y Tuquabo-Tekle c. Países Bajos, de 1 diciembre 2005.

¹⁵ BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

¹⁶ I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “The right to family reunification in the Spanish law system”, *SYLL*, núm. 7, 1999, pp. 1-37.

¹⁷ BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983.

salvaguarda de la unidad familiar es un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

2.3. Fundamentos de la reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea

La *Unión Europea* se ha ocupado en buena medida de la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en dos grandes bloques normativos: las normas relacionadas con la libre circulación de los ciudadanos europeos (Directiva 2004/38/CE, de 29/04/2004¹⁸); y, las normas relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Directiva 2003/86/CE, de 22/09/2003¹⁹). Sin olvidar la solemne proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo artículo 7 reconoce el derecho de toda persona a su vida privada y familiar señalando que sus límites se corresponden con el derecho garantizado por el art. 8 CEDH “con el mismo alcance” que ha dado el Tribunal de Estrasburgo (art. 52.3)²⁰.

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*, reconoce que el ejercicio en condiciones objetivas de libertad y dignidad del derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros debe serle también reconocido a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, e incluye a la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio (Considerando 5). En este sentido, cuando los miembros de la familia no nacionales de un Estado miembro sean titulares de una tarjeta de residencia (expedida por otro Estado miembro), estarán exentos de la obligación de visado de entrada. Ahora bien, el derecho de residencia de estas personas, cuando sea superior a tres meses, no puede ser restringido por los Estados miembros en virtud de requisitos que constituyan un obstáculo desproporcionado al ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de su familia (Considerando 14). Finalmente, por lo que hace a la conservación de la residencia de los miembros de la familia, la Directiva señala las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar su derecho de residencia, a título exclusivamente personal, en casos de fallecimiento del ciudadano de la Unión o de divorcio o anulación del

¹⁸ 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. DOUE L 158, de 30 de abril de 2004.

¹⁹ Sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003. Vid mi reciente trabajo sobre el establecimiento de restricciones a la reagrupación familiar en esta Directiva vía la limitación del concepto de familia y los requisitos de admisión, en: M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10 (2), 2018, pp. 732-751.

²⁰ DOUE C 83/389, de 30 de marzo de 2010. Las Explicaciones que acompañan a la Carta afirman que los límites permitidos al derecho de la vida privada y familiar, según el artículo 8.2 del CEDH, son de aplicación al derecho reconocido en el artículo 7 de la Carta. Dichas Explicaciones hacen hincapié en que el mencionado derecho es considerado como un derecho fundamental clásico del Derecho internacional, que garantiza la protección de la persona contra injerencias de las autoridades públicas en la esfera privada. Estas injerencias son toleradas únicamente en la medida en que estén previstas por la ley y sean necesarias para el mantenimiento del orden público.

matrimonio o de una unión de hecho registrada. Todo ello para respetar la vida familiar y la dignidad humana (Considerando 15).

La *Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar* recuerda, con el fin de garantizar la protección de la familia, que esta norma respeta de los derechos fundamentales mencionando el artículo 8 del CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Su objetivo es establecer para los Estados miembros las condiciones en que debe ejercerse en derecho a la reagrupación familiar “del que disponen los nacionales de terceros países”. Por consiguiente, la Directiva no discute la existencia de este derecho sino que lo presupone y establece el modo en que los Estados miembros han de reconocerlo y regularlo, sin vulnerar el derecho a la vida en familia (art. 8 CEDH). No es ocioso señalar que en los trabajos preparatorios fue tenazmente discutido el objetivo mismo de la Directiva. Si regular el derecho a la reagrupación o regular las condiciones para la reagrupación familiar no fue cuestión pacífica. Primó la segunda perspectiva. Bien es cierto que el reenfoque del objeto (establecimiento de condiciones en las cuales se ejerce el derecho) no deja lugar a dudas de que estamos ante un auténtico derecho subjetivo cuyos titulares son los nacionales de terceros países “residentes legales” en los Estados miembros de la Unión Europea (con las salvedades de Reino Unido, Dinamarca e Irlanda). De la Directiva interesa destacar en este momento que la obligación precisa para los Estados miembros de autorizar la entrada y residencia, a efectos de reagrupación familiar, de determinados miembros de la familia (art. 4) fue confirmada en Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-540/03 (Cdo. 60). Desde esta perspectiva, es preciso concluir que la diferencia más relevante entre la jurisprudencia del TEDH y la del TJUE es la discrecionalidad a favor de las autoridades nacionales. Mientras que la interpretación del TJUE en casos en que se cuestione la contrariedad de una normativa nacional sobre reagrupación no pondrá en cuestión la existencia de un verdadero derecho subjetivo a entrar en el territorio y obtener un permiso de residencia una vez se acredite el cumplimiento de las condiciones exigidas (las enunciadas en la Directiva y su transposición a los ordenamientos nacionales), la interpretación del TEDH se inspira en la “discrecionalidad” de los Estados miembros y el margen de apreciación amplio de que disponen para la valoración del respeto a la vida familiar en supuestos de reagrupación.

2.4. Incorporación de la protección internacional de la vida en familia en la reagrupación familiar en el Derecho español de extranjería.

En el nivel interno español, la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) ha establecido el derecho a la reagrupación familiar en el Capítulo II del Título I sobre los “Derechos y libertades de los extranjeros”. Señalando, bajo la rúbrica “Derecho a la intimidad familiar” que “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” (art. 16.1)²¹. Es decir,

²¹ En España, el régimen jurídico de la reagrupación familiar de los extranjeros nacionales de terceros países se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y

bajo la misma rúbrica, une (en su párrafo primero) vida en familia e intimidad familiar a la que tienen derecho los extranjeros residentes en la forma prevista en la Ley y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados suscritos por España y separa (en el segundo párrafo) el derecho a la reagrupación familiar, cuyo régimen jurídico es precisamente el que desarrolla en el resto del Capítulo II (arts. 16.3, 17, 18 y 19)²².

La sistemática del precepto dio lugar en sus inicios a una discusión acerca de su correcto encaje constitucional. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía entendiendo desde tiempo atrás que las decisiones denegatorias del visado por reagrupación familiar no quedaban cubiertas por el artículo 18.1 CE. Entendía, pues, que estas situaciones no afectan a la intimidad familiar. Ahora bien, por otro lado, dada la rúbrica del precepto, *¿se podría caracterizar el derecho a reagrupar como un derecho de residencia de carácter fundamental emanado directamente del derecho (fundamental) a la intimidad familiar?*²³

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha dejado claro que hay que distinguir entre la vida en familia y la intimidad familiar. Para esta distinción se basa en las diferencias respecto al bien jurídico protegido. Y así, la intimidad familiar únicamente protege el poder del individuo de resguardar un ámbito de privacidad, reservado para sí y su familia, inmune frente a la publicidad no querida²⁴. En consecuencia, la STC 186/2013, de 4 de noviembre, sostiene que la expulsión no supone una injerencia o intromisión en la

libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y en los artículos 52 a 61 del 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 (RLOEx). Además, han de tomarse en consideración las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración en relación. En particular, la relativa a la reagrupación familiar de menores e incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal (DGI/SGRJ/01/2008); la que aclara la situación del acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles o residentes extranjeros basado en el documento denominado “kafala” (DGI/SGRJ/06/2007); la que indica la acreditación de la disposición de vivienda adecuada en los procedimientos administrativos de reagrupación familiar (DGI/SGRJ/04/2011); la relativa a la constancia del informe gubernativo previo en los expedientes de autorización de residencia y en particular el del art. 53.1.i). RLOEx (DGI/SGRJ/09/2008); la relativa a la aportación de documentos extranjeros en los procedimientos en materia de extranjería (DGI/SGRJ/06/2008).

²² Vid., A.P. ABARCA JUNCO/M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II- Reagrupación Familiar (Artículos 16 a 19)”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería* (C. Esplugues Mota, Dir), Tirant lo Blanc, 2006, pp. 417-522.

²³ Recordemos que la Constitución española de 1978 establece el marco de configuración legal y los parámetros hermenéuticos de la reglamentación relativa a los derechos de que gozan los extranjeros en nuestro país. El artículo 13.1 CE 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”. Por su parte, el artículo 10.2 CE fija el parámetro interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución, al señalar que “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”.

²⁴ Tesis defendida por P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 16-27. STC 236/2007, de 7 de noviembre. En el mismo sentido, la previa STS de 24 abril 1999 (Recurso de Casación núm. 8047/1994).

intimidad familiar (artículo 18.1 CE), sino en los principios constitucionales de protección de la familia (artículo 39.1 CE) y del niño (artículo 39.4 CE). Esto conlleva un claro límite a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional revise a través del recurso de amparo las resoluciones de los tribunales ordinarios²⁵.

Examinar el derecho a la vida familiar de los extranjeros, configurado en la Ley de extranjería, y los interrogantes de su fundamento constitucional va mucho más allá del objeto de este trabajo. Baste con insistir en que “una hermenéutica que otorgue relevancia constitucional a los valores inherentes a la reagrupación familiar, en concreto a la exigencia del extranjero de ver favorecida la integración de la célula familiar en el país elegido como lugar de residencia es, a nuestro juicio, la óptica que mejor aúna el respeto al principio constitucional de protección de la familia extranjera del extranjero que reside en España y su vida familiar” (art. 39.1 CE)²⁶.

Conviene, sin embargo, recordar la función que el artículo 39 CE cumple en nuestro sistema constitucional. El TC ha reiterado que el sentido de esta norma constitucional “está ligado a imperativos derivados del carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho (arts. 1.1 y 9.1 CE) y a la atención a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”. Por ello, el TC afirma que “en una sociedad plural como la nuestra, no sea posible interpretar en términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo precepto”²⁷.

Desde esta óptica, la protección de la familia a que se refiere el artículo 39.1 CE permitiría la invocación, por parte de los órganos judiciales, de la valoración de las circunstancias que rodean la reagrupación familiar de los extranjeros asentados en nuestro territorio y de los valores familiares que los poderes públicos están obligados a proteger; valores que han recibido explícita concreción constitucional y gozan de la primacía que corresponde a la Constitución. Una interpretación del derecho a reagrupar de los

²⁵ Como expresa I. GARCÍA VITORIA, “la Sentencia tiene un voto particular, que formulan los Magistrados doña Adela Asúa Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré, en el que se defiende la conexión en la interpretación de los artículos 18 y 39 de la Constitución, como una forma de adecuar la garantía constitucional al contenido mínimo que protege el Convenio Europeo. Se alude a la condena a la Sentencia del Tribunal Europeo en el caso K.A.B. contra España, de 10 de abril de 2012. La identificación entre vida familiar e intimidad familiar se mantiene también en la STSJ Madrid núm. 25/2013 de 11 de enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), donde se afirma que “debe tenerse en cuenta que el derecho a la protección de la vida familiar goza de protección constitucional, (ex artículo 18.1 de la Norma Fundamental)”. Cfr. I. GARCÍA VITORIA, “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho sHumanos en la expulsión de inmigrantes”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Núm. 20, 2015 (nota 56). Vid., mis consideraciones sobre esta caracterización en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, op. cit., pp. 109 ss.

²⁶ A.P. ABARCA JUNCO/M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “CAPÍTULO II- REAGRUPACIÓN FAMILIAR (Artículos 16 a 19)”, op.cit.

²⁷ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros...*, op. cit., p. 110. Opinión que toma asiento en los trabajos del profesor I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005.

extranjeros que considere de forma más dinámica la protección constitucional de la vida en familia—sin forzar el contenido constitucional del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE— no puede pasar por alto la transformación de la realidad española que ha convertido a nuestro país en un Estado receptor de inmigración. En efecto, la interpretación de la Constitución se desenvuelve en el tiempo al calor de los nuevos problemas que deben ser resueltos mediante las normas constitucionales y atendiendo a las nuevas realidades sociales que le corresponde ordenar. Una hermenéutica acorde con los valores debería permitir la ponderación de esta nueva realidad social y la vinculación de los extranjeros efectivamente asentados en el territorio nacional, como materia constitucional. De acuerdo con este planteamiento, una adecuación entre el derecho subjetivo del extranjero a reagrupar a su familia y el interés del Estado en aplicar su política de control de la inmigración debería atribuir relevancia constitucional a los vínculos concretos que puedan tener los extranjeros con la comunidad de acogida. La residencia efectiva del extranjero hace que estos vínculos se fortalezcan y, por lo tanto, merezcan una creciente protección constitucional²⁸.

En este sentido, aunque la reagrupación familiar se vincule a la protección de la vida familiar encomendada a los poderes públicos por el artículo 39.1 CE, éstos deberían tomar en cuenta, como materia con relevancia constitucional, las exigencias que se derivan de la vinculación de los extranjeros efectivamente asentados en el territorio nacional y ponderar la prioridad de ver favorecida su integración en el país de acogida como valores ínsitos en el carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho.

III. SALVAGUARDIAS DE LA UNIDAD FAMILIAR EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: UNA CLASIFICACIÓN

Con carácter general, el TEDH rechaza expresamente deducir del artículo 8 del CEDH una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado. Considera el Tribunal que la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar, como a la inmigración, y que el alcance de la obligación de un Estado de permitir la entrada de familiares del extranjero establecido en su territorio depende de las circunstancias particulares de los afectados y del interés general. El Tribunal ha establecido que conforme a las normas del Derecho internacional, y sin perjuicio de las obligaciones que se deriven de los convenios internacionales, los Estados tienen el derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio y, al hacerlo, disponen de una amplia facultad discrecional²⁹, como ya había indicado la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos³⁰.

²⁸ *Idem*, pp. 11 ss.

²⁹ C. URBANO DE SOUSA, “Le regroupement familial au regard des standards internationaux”, en *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam* (Julien-Laferrière, F., Labaye, H. y Edström, Ö., dirs.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 127-140.

³⁰ Petición núm. 33639/96, caso Cheema c. Francia, que dio lugar a la Resolución del Consejo de Ministros (Res. 32) de 14 febrero 2000, basada en el Rapport emitido por la Comisión DH de 21 marzo 1999. En

En relación con la naturaleza de la obligación de respeto de la vida familiar, la doctrina ha afirmado que los derechos protegidos por el artículo 8 CEDH pertenecen al grupo de los *qualified rights* (limitados o restringidos) que recogen una libertad específica cuyo ámbito puede ser limitado por un número de causas, taxativamente enumeradas en el párrafo 2 del correspondiente artículo; categoría considerada como un *tertium genus* entre los llamados *absolute rights* (inderogables en toda circunstancia) y los *minimum rights* (de estándar mínimo). Ahora bien, las reservas o limitaciones susceptibles de aplicarse deben estar previstas por la ley, han de ser justificadas por uno de los fines expresamente reconocidos en el Convenio y exigen la prueba de su necesidad en una sociedad democrática. En cualquier caso, toda restricción ha de ser conforme con la cláusula de no discriminación y responder a un fin social imperioso, debiendo existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido³¹.

En este sentido, la jurisprudencia de Estrasburgo ha erigido el derecho al respeto a la vida privada y familiar en uno de los bienes jurídicos a ponderar en el momento de adoptar una decisión de expulsión o deportación de extranjeros y/o de rechazo a su admisión en el territorio. La cuestión o problema delicado que se plantea consiste en saber el alcance de las restricciones a la libertad de acción de los Estados; a tal fin el Tribunal suele recordar, como en la STEDH de 11 de junio de 2000, caso Jabari c. Turquía, que “los Estados contratantes tienen el derecho, como cuestión muy arraigada en el Derecho Internacional y sujeta al cumplimiento de sus obligaciones convencionales, incluido el Convenio, de controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros”³².

En su proceder, el Tribunal, cuando se enfrenta a los casos en los que se alega violación del derecho al respeto de la vida familiar, constata si de las circunstancias presentes en el supuesto puede determinarse la existencia de una vida privada y familiar en el sentido del artículo 8.1 del CEDH. Es decir, resolver la aplicabilidad del artículo 8 a los hechos del caso. Una vez realizada esta labor, procede a examinar el cumplimiento de dicho artículo, es decir, si se ha producido una falta de respeto (art. 8.1) o una injerencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes (art. 8.2).

3.1. Sentencias que concretan cuándo se produce una injerencia injustificada en el derecho al respeto a de la vida familiar.

De los casos planteados hasta la fecha por demandantes extranjeros, pueden extraerse dos requisitos que, según la jurisprudencia de Estrasburgo, son necesarios para afirmar que estamos ante una vida familiar susceptible de la protección del artículo 8 CEDH: en

este asunto, el requirente, nacional marroquí y casado con una nacional hindú, había solicitado la reagrupación familiar de su esposa que le fue denegada por no cumplir los requisitos que, a la sazón, imponía la legislación francesa (acreditación de medios económicos y vivienda adecuada). La Comisión entendió que se había violado el artículo 8 del Convenio, tras reparar en el rigor con que las autoridades administrativas francesas habían valorado los requisitos legales de carácter material para denegar la reagrupación.

³¹ H. LAMBERT, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 8 (révisé), Strasbourg, 2001.

³² M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros...*, op. cit., p. 81.

primer lugar, la vida familiar ha de ser lo suficientemente próxima, es decir “real y efectiva”; y, en segundo lugar, debe tratarse de una familia “preexistente” a la medida estatal causante de la posible injerencia en el derecho objeto del litigio³³.

Respecto del carácter real de la vida familiar, cuestión esencialmente de hecho, se ha planteado el problema de la veracidad de los vínculos familiares y el Tribunal no ha dudado en inadmitir la demanda cuando el establecimiento de tales vínculos se hubiere realizado de modo fraudulento (STEDH de 28 noviembre 1996, caso Nsona c. Países Bajos). También ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos³⁴ se plantearon casos en los que existían dudas sobre la autenticidad del vínculo familiar alegado para la entrada en el territorio. Para dicha Comisión, la verificación de la autenticidad de estas relaciones era compatible con el respeto de la vida familiar³⁵.

En cuanto al test de la efectividad, el Tribunal ha señalado que no basta con la existencia del vínculo familiar sino que éste debe ser el “fundamento de una efectiva vida familiar, correspondiendo al demandante su prueba” (STEDH de 18 febrero 1991, caso Moustaquim c. Bélgica). La aplicación de este test se encuentra en tempranas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos³⁶ que fijó como criterios principales la cohabitación y la dependencia económica. En consecuencia, la prueba de una reciente cohabitación y de la dependencia (económica) servía de base a la Comisión para fundamentar una efectiva vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH³⁷.

Pero, además de los vínculos jurídicos de parentesco, la vida en familia también alcanza a los vínculos afectivos y sociales; dimensión de la vida familiar que ha sido analizada a la luz de la vida privada³⁸. El Tribunal ha considerado que la vida privada

³³ *Idem*, pp. 39 ss.

³⁴ Antes de la entrada en vigor del Protocolo de Enmienda núm. 11, la Comisión Europea de Derechos Humanos podía conocer de demandas de un Estado parte contra otro o de demandas deducidas por particulares. En el primer caso su competencia era obligatoria; y, en el segundo, facultativa u opcional. La Comisión decidía acerca de la admisibilidad de las demandas, establecía los hechos, contribuía a un posible acuerdo amistoso y, en su caso, emitía una opinión acerca de si hubo o no violación del Convenio; opinión que remitía al Comité de Ministros. Sobre la evolución del mecanismo de protección jurisdiccional y el nuevo mecanismo y sus problemas, *vid.* J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid., pp. 39-87.

³⁵ Decisión sobre admisibilidad núm. 8378/78, caso Kamal c. Reino Unido, de 13 diciembre 1979, (*Decisions and Reports* vol. 20, 1980, p. 168).

³⁶ Por ejemplo, en la Decisión núm. 2992/66, caso Alam, Khan y Singh c. Reino Unido, de 15 julio 1967 (*Anuario* núm. 10, p. 483), se consideró que el vínculo entre un padre viudo y su hijo mayor de edad no era constitutivo de vida familiar al haber estado ambos separados durante un largo periodo de tiempo; aproximación consolidada posteriormente respecto de una hija adulta y sus padres al tener en cuenta que la demandante estaba casada, trabajaba y vivía con su marido y sus hijos y no dependía económicamente de sus padres ni éstos de ella (caso Familia Fadele).

³⁷ I. ARRIAGA IRABURU, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003, p. 86 y la jurisprudencia ahí citada.

³⁸ M. LEZERTÚA, “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar* (López Ortega,

engloba el derecho del individuo a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes en el lugar donde reside, tanto en el ámbito profesional como en el comercial, de tal suerte que estos elementos han de ser tomados en consideración como integrantes de la noción vida en familia (STEDH de 7 agosto 1996, caso C. c. Bélgica).

La preexistencia de una vida familiar, en casos en que se discutía la expulsión de extranjeros, ha sido objeto de análisis en numerosas sentencias del TEDH. A partir de la STEDH de 21 de junio de 1988, caso Berrehab c. Países Bajos, el Tribunal ha ido elaborando una línea jurisprudencial en la que ha analizado, por ejemplo, el momento en que ha de tomarse en cuenta la existencia de la vida familiar, entendiendo que basta con que la vida en familia exista con anterioridad a la adopción de la medida (de expulsión) por parte del Estado para que se produzca la injerencia, aunque en el momento en que se lleve a cabo la medida concreta tal vida familiar no exista de facto, pues la evolución posterior de la vida familiar no debe ser tenida en cuenta a estos efectos (STEDH de 22 enero 1997, caso Bouchelkia c. Francia³⁹).

Este criterio ha sido matizado respecto de expulsiones de inmigrantes de segunda generación y en atención a las circunstancias del caso. Por ejemplo, en la STEDH de 24 de abril de 1996, caso Boughanemi c. Francia, se había iniciado una relación familiar de pareja con una nacional francesa, posterior a la orden de expulsión, reconociéndose a un hijo fruto de dicha relación. El Tribunal afirmó que “las circunstancias excepcionales que deben darse para romper el vínculo entre un padre y su hijo menor de edad no se daban en el caso en cuestión, por lo que dicho vínculo era constitutivo de vida familiar entre ellos”. Criterio que también se ha seguido en la STEDH de 19 de febrero de 1998, caso Dalia c. Francia en el cual, el nacimiento del hijo de la demandante se había producido después de la medida de prohibición de entrada y antes de su ejecución; situación que no impidió al Tribunal establecer la existencia de una vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio.

En relación con la familia, no existe un concepto convencionalmente establecido. Con carácter general, el Tribunal mantiene una noción amplia de vida familiar como se pone de manifiesto en la aproximación al concepto que realizó en la STEDH de 13 de junio de 1979, caso MARCKX c. Bélgica⁴⁰. Sin embargo, las condiciones requeridas en supuestos

J.J., Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 49-98, esp. pp. 68-70.

³⁹ En esta sentencia el Tribunal señaló que era en la fecha de adopción de la orden de expulsión donde debía situarse para examinar la cuestión de saber si el demandante tenía una vida familiar y consideró que, al haber fundado su propia familia con posterioridad a la medida de expulsión, dichos vínculos no habrían de tomarse en cuenta. Lo que parece ser un esfuerzo consciente del Tribunal para evitar la creación de una vida familiar posterior a la orden de expulsión, que impida su ejecución. Sin embargo, sí tuvo en cuenta los vínculos que el demandado mantenía con su familia de origen, todos ellos residentes en Francia. En el mismo sentido, las SSTEDH de 21 octubre 1997, caso Boujlifa c. Francia; y de 30 noviembre 1999, caso Bahgüli c. Francia; y, más recientemente, las SSTEDH en el Asunto Radovanovic c. Austria, de 22 abril 2004 y en el Asunto Sezen c. Países Bajos de 31 enero 2006.

⁴⁰ La vida familiar de los padres con sus hijos no depende de la existencia de matrimonio ni deja de existir en caso de divorcio. *Mutatis mutandi* las SS. de 26 mayo 1994, caso Keegan c. Irlanda; de 28 octubre

de admisión (incluida la reagrupación familiar) y de expulsión de extranjeros hacen que la noción “familia” adquiera perfiles propios en las medidas que los Estados parte adopten en el ámbito de la inmigración⁴¹. Este criterio ha sido matizado respecto de expulsiones de inmigrantes de segunda generación y en atención a las circunstancias del caso. Por ejemplo, en la STEDH de 24 de abril de 1996, caso Boughanemi c. Francia, se había iniciado una relación familiar de pareja con una nacional francesa, posterior a la orden de expulsión, reconociéndose a un hijo fruto de dicha relación. El Tribunal afirmó que “las circunstancias excepcionales que deben darse para romper el vínculo entre un padre y su hijo menor de edad no se daban en el caso en cuestión, por lo que dicho vínculo era constitutivo de vida familiar entre ellos”. Criterio que también se ha seguido en la STEDH de 19 de febrero de 1998, caso Dalia c. Francia en el cual, el nacimiento del hijo de la demandante se había producido después de la medida de prohibición de entrada y antes de su ejecución; situación que no impidió al Tribunal establecer la existencia de una vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio.

3.2. Sentencias que toman en consideración la integración en el país de acogida como parte del contenido de la vida familiar.

La reagrupación familiar ha sido resuelta por el TEDH en varios asuntos paradigmáticos cuyas directrices han sido ampliamente comentadas por la doctrina⁴². El caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido (STEDH de 28 mayo 1985) es considerado el *leading case* para el análisis de una pretensión de reagrupación familiar con fundamento en el artículo 8 del CEDH. Su tratamiento por parte del Tribunal se hizo en el marco de la política de inmigración del Reino Unido.

Las demandantes pretendían que se declarase que las normas de control de la inmigración en el Reino Unido, no permitiendo la entrada y permanencia de sus respectivas parejas⁴³

1998, caso Söderbaäck c. Suecia; y de 13 julio 2000, caso Elsholz c. Alemania. Incluso, no depende del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, de 31 enero 2006. Un resumen sobre el concepto de vida privada y familiar y reagrupación familiar en la jurisprudencia del TEDH y el TJUE puede verse en *Manual Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, p. 140.

⁴¹ I. ARRIAGA IRABURU, *El derecho a la vida familiar...*, *op cit.*, esp. pp. 83 ss; y S. SAROLEA, “De Luxembourg à Strasbourg: quelle famille pour l'étranger?”, *RDE*, núm. 125, 2003, Spécial: “Le regroupement familial. A la croisée des droits belge et européen. Hommage à Mylène Nys”, pp. 547-558, esp. pp. 550-556.

⁴² Un análisis de la jurisprudencia del TEDH en supuestos que involucran la ruptura familiar, bien por expulsión, bien por reunificación familiar la realiza V. GUIRAUDON, en “European Courts and Foreigners’ Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion”, *IMR*, vol. 34, 2000 (4), pp. 1088-1125. Y mi trabajo ya citado, M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros...*, *op. cit.*, pp. 42-ss.

⁴³ En el caso de los Balkandali, se trataba de una pareja que había tenido vida en común previa y de cuya relación había nacido un hijo; en el caso de los Cabales, casados, se discutía la validez del matrimonio contraído en Filipinas como circunstancia para denegar la entrada; y, finalmente, los Abdulaziz ya estaban casados y habían hecho vida en común durante algún tiempo en el Reino Unido, previo al vencimiento del permiso de residencia (como estudiante) del marido y consiguiente denegación de autorización para continuar en el Reino Unido.

para llevar a cabo la vida en familia con quienes eran residentes legales en dicho territorio, eran contrarias al derecho al respeto de la vida en familia. En opinión del gobierno británico, ni el artículo 8 ni ningún otro artículo del Convenio eran aplicables al control de la inmigración.

El Tribunal asentó que “la extensión de la obligación para un Estado de admitir en su territorio a los familiares de los inmigrantes depende de la situación de los particulares y del interés general”. Para el Tribunal, “la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo”.

Esta doctrina ha sido seguida en las Sentencias de 19 de febrero de 1996, caso Gül c. Suiza⁴⁴ y de 28 de noviembre de 1996, caso Ahmut c. Francia⁴⁵, que introducen un elemento adicional objeto de justificación, pues la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio, ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo “siempre que no existan obstáculos que impidan a las partes llevar una vida familiar en su propio país”.

El caso Gül planteaba el problema del rechazo a la admisión de un niño de siete años que por razones diversas había permanecido en Turquía cuando su padre y, posteriormente, su madre, emigraron a Suiza. El Tribunal destacó dos hechos como relevantes: primero, que la causa de la separación de la familia había sido provocada por el Sr. Gül cuando abandonó en 1983 su país de origen y se trasladó a Suiza dejando a su familia en Turquía; y, segundo, que no existían obstáculos para la reanudación de la vida familiar en Turquía, posibilidad tanto más real cuanto que Ersin (el hijo) siempre había vivido y crecido en el ambiente cultural y lingüístico de su país⁴⁶.

El caso Ahmut planteaba el mismo problema, aunque desde una nueva perspectiva pues los padres de la menor, marroquí de nueve años de edad, de cuya reagrupación se trataba, residentes en los Países Bajos, habían adquirido la nacionalidad holandesa. El Tribunal enfocó la cuestión como un problema relativo a la ejecución por parte del Estado de una obligación positiva y estimó que no había existido violación del artículo 8 CEDH pues la hija mantenía vínculos sólidos con su país de origen y la separación era el resultado de una decisión voluntaria del padre al establecerse en los Países Bajos⁴⁷.

⁴⁴ Apartado 38.

⁴⁵ Apartados 63 y 67.

⁴⁶ Mientras que la Sentencia Abdulaziz fue unánime, la Sentencia Gül se dictó con siete votos a favor y dos en contra. El Voto del juez Sr. Martens (con adhesión del juez Sr. Russo) oponía que: “...dans le contexte de la question de la réunification d'une famille, l'Etat d'établissement doit respecter le choix des immigrants qui ont réussi à y obtenir un statut permanent et doit, par conséquent, accepter des membres de leur famille que les intéressés avaient laissés derrière eux pour venir s'établir dans cet Etat”.

⁴⁷ La sentencia Gül se dictó con cinco votos a favor y cuatro en contra: por una parte, el Voto del juez Sr. Martens (con adhesión del juez Sr. Lohmus) y, por otra parte, los dos Votos de los jueces Sr. Valticos y Sr. Morenilla. El primero de los Votos el juez Martens afirmaba que: “[j]’infère] de l’arrêt Abdulaziz,

Ambas sentencias asentaron la doctrina según la cual: los Estados parte tienen la posibilidad de negar la admisión de los miembros de la familia “si se presume razonablemente que el extranjero puede volver a su país de origen”; es decir, cuando nada se oponga a que todos los miembros de la familia puedan vivir o continuar la vida en su país de origen. En este sentido, una decisión nacional que rechace la admisión de un miembro de la familia de un extranjero solicitada a título de reagrupación familiar no vulnera el artículo 8 CEDH, “en la medida en que la vida familiar sea razonablemente posible en el país de origen”.

En nuestra opinión el criterio merece un juicio crítico. Por una parte, de la doctrina “Gül-Ahmut” parece desprenderse que la noción *vida familiar* en materia de reagrupación familiar -en el sentido del artículo 8 del Convenio- requiere un elemento intencional. Esto implicaría que, si el extranjero opta por dejar a la familia en el país de origen se presume que no existe voluntad de mantener una vida familiar⁴⁸. Por otra parte, en el control de la justificación de la medida adoptada, juegan con mayor intensidad los vínculos con el lugar de origen que la solidez de la integración del extranjero reagrupante en el país de su residencia, dejando un amplio margen de maniobra a las autoridades estatales para decidir “con qué amplitud puede desarrollarse la vida familiar en el país de origen”.

Además, el criterio se compadece mal con el principio establecido frente a los supuestos de expulsión de inmigrantes de segunda generación (la injerencia es injustificada si la expulsión implica la imposibilidad de la vida en familia⁴⁹). Es cierto que en el test de proporcionalidad, el Tribunal estimó prioritario el interés del Estado en controlar la entrada de extranjeros frente al interés del particular (evidenciado por los vínculos reales con el país de residencia); lo que puede llevar a considerar que el bienestar

Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni [...] que lorsque la question du regroupement familial se pose dans une affaire d'immigrants qui, déjà dotés d'une famille, l'auraient laissée derrière eux, l'Etat d'établissement est en principe tenu de respecter le choix des immigrants qui ont obtenu sur son sol un statut permanent et, partant, d'admettre, en règle générale, les membres de leur famille que pareils immigrants ont laissés derrière eux. Il peut éventuellement y avoir des exceptions à cette règle mais, d'après moi, lorsque se trouve en jeu la réunion avec les enfants en bas âge de l'immigrant, il est très malaisé d'accepter que la règle ne soit pas suivie”.

⁴⁸ V. LEGRAND y P. TAVERNIER, Nota a la sentencia CEDH.- 19 février 1996. Gül c/ Suisse, *JDI*, Année 124, 1997 (1), pp. 200-203; y M. HOTTLIER y M. MOCK, “Le tribunal fédéral suisse et la ‘discrimination à rebours’ en matière de regroupement familial”, *RTDH*, Année 14, 2003 (56), pp. 1275-1304.

⁴⁹ El inconveniente derivado del análisis casuístico del Tribunal puede salvarse si se siguiera la alternativa sugerida en el Voto elaborado por el juez Sr. Martens en el caso Boughanemi: primero, aceptar que la expulsión de un *extranjero integrado* constituye como *regla general* una vulneración al derecho al respecto a su vida privada; y, segundo, esta regla puede excepcionalmente justificarse si el extranjero ha sido condenado por delitos muy graves (p. ej., crímenes contra el Estado, actividades terroristas políticas o religiosas, o el hecho de ocupar un “puesto” importante en una organización de tráfico de drogas). En este mismo sentido se pronunciaron los votos de los jueces Sr. Palm (en *Bouchelkia*), Sr. Baka y Sr. Van Dijk (en *Boujlifa*), Sr. Costa y Sr. Tulken (en *Baghli*) y Sr. Wildhaber (en *Nasri*).

económico, como integrante de la política de inmigración de los Estados miembros, justifique medidas más restrictivas en materia de reagrupación familiar⁵⁰.

Cinco años más tarde, con ocasión de una demanda contra Holanda por violación del artículo 8 del CEDH, el Tribunal volvió a examinar un supuesto de reagrupación familiar en relación con la legislación holandesa de extranjería (STEDH de 21 diciembre 2001, Asunto Şen c. Países Bajos⁵¹). Al igual que en los dos casos anteriores, los demandantes alegaban que la denegación de un permiso de entrada y residencia para una hija menor de edad (y residente en Turquía) suponía una injerencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar en los términos del artículo 8.2 CEDH.

En esta ocasión, el Tribunal llevó a cabo el contraste de los intereses desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado valorando la reagrupación familiar como una “exigencia consustancial al ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida en familia”. En la Sentencia “Şen” el Tribunal no plantea por separado el problema de la justificación (de la injerencia) y considera que la ponderación ha de realizarse al mismo tiempo, pues el respeto a la vida en familia forma parte del derecho a la reagrupación familiar⁵². En este asunto, los vínculos de la familia Şen con el país de residencia (criterio de integración) fueron decisivos en el examen de las circunstancias individuales: los años de residencia legal, los sucesivos permisos de trabajo del reagrupante, el nacimiento de dos hijas más y su escolarización en Holanda y, en fin, la ausencia de vínculos estrechos con Turquía, excepción hecha de la nacionalidad.

La Sentencia Şen insiste en el interés superior de los hijos como un criterio relevante para fundamentar el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida⁵³. El Tribunal entendió que la reagrupación (de la hija) “no sólo era el medio más adecuado para desarrollar la vida de toda la familia sino que constituía una exigencia necesaria de la integración de la menor en la célula familiar de sus padres y hermanas” (obligación positiva)⁵⁴; criterio que, en materia de reagrupación familiar, se vincula a la prioritaria exigencia del particular de ver favorecida la integración de toda la familia en la célula

⁵⁰ Por ejemplo, la legislación holandesa expresamente recogió esta posibilidad en su Circular sobre los extranjeros de 1994 (*Vreemdelingencirculaire*) cuya aplicación dio lugar al asunto Şen.

⁵¹ Nota de J. BENZIMRA-HAZAN, Nota a la sentencia CEDH.- 21 décembre 2001.- Sen c. Pays-Bas, *JDI*, Année 129, 2002 (1), pp. 316-318.

⁵² Véase, sin embargo, el voto particular del juez Sr. Martens, en la sentencia Gül (apartados 6 ss.), que, aunque no pone en entredicho la calificación de derecho positivo, lleva a cabo un examen clásico de los motivos de justificación. Véanse asimismo los votos particulares afirmativos de los jueces Sr. Thór, Sr. Vilhjálmsson y Sr. Bernhardt en la sentencia Abdulaziz, que basan su criterio en la existencia de una justificación con arreglo al artículo 8, apartado 2 del CEDH.

⁵³ Tendencia que también puede encontrarse en la decisión *Winata* del Comité de Derechos Humanos. *Id.*, Comunicación n.º. 930/2000 (Australia), de 16 de agosto de 2001, CCPR/C/72/D/930/2000. (Jurisprudencia).

⁵⁴ Doctrina seguida en dos Sentencias muy recientes, ambas de 31 enero 2006, Asuntos Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos y Sezen c. Países Bajos, en el análisis de la expulsión del territorio de un miembro de la familia.

existente en el país de acogida, sin importar que en el país de origen el miembro no reagrupado mantenga vínculos de relación con otros parientes.

El 1º de diciembre de 2005 ha sido dictada la última sentencia (a la fecha de cierre de esta tesis) en que el TEDH vuelve a ocuparse de la violación del artículo 8 CEDH en relación con la no autorización de entrada de una menor en un procedimiento de reagrupación familiar, tramitado ante las autoridades holandesas. El asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos planteaba un caso más difícil que el precedente Şen dadas las peculiares circunstancias de la requirente, Sra. Goi Tuquabo-Tekle, y de su hija Mehret.

Tras su detención por las autoridades de Etiopía a causa de las actividades políticas de su marido, perteneciente al Frente Popular de Liberación de Eritrea y fallecido en 1989, la Sra. Tuquabo-Tekle consiguió huir a Noruega donde pidió asilo político. Denegada la solicitud, obtuvo un permiso de residencia por razones humanitarias (1990). Con la ayuda del ACNUR, la requirente consiguió traer al mayor de sus hijos que había dejado en Addis Abeba a cargo de unos amigos (1991). Los otros dos hijos menores quedaron al cuidado de la abuela materna y de un tío en un territorio que, tras la declaración y creación del nuevo Estado de Eritrea (1993), pasó a formar parte de dicho Estado.

En 1992 la Sra. Tuquabo-Tekle contrajo matrimonio con el Sr. Tuquabo, un refugiado residente en Holanda. Tras obtener el permiso de residencia por parte de las autoridades holandesas, se trasladó a Holanda con su hijo mayor. Del nuevo matrimonio nacieron dos hijos que obtuvieron la nacionalidad holandesa. En 1997, el matrimonio Tuquabo inició los trámites para la obtención de un visado para Mehret, hija de la requirente. Las autoridades administrativas y judiciales holandesas denegaron sistemáticamente el visado por considerar, básicamente, que los vínculos familiares de dicha menor con la nueva familia eran inexistentes, que ésta había crecido en Eritrea con la abuela y un tío materno, que no se había demostrado el envío de cantidades periódicas para el sostenimiento de la otra familia y, en fin, que de las circunstancias del caso se desprendía que la cesación de la vida familiar de la Sra. Tuquabo-Tekle y sus dos hijos menores (dejados en Eritrea) era de carácter definitivo y no temporal.

El Tribunal estudió el problema en el ámbito del artículo 8 del CEDH haciendo notar que en ningún momento las partes habían discutido la inclusión de la vida en familia enjuiciada en dicho precepto. La controversia, sin embargo, discurría acerca de si el citado artículo imponía al Estado holandés la obligación positiva de permitir la residencia en Holanda de la menor.

La Corte, tras examinar la doctrina precedente (casos Ahmut y Gül), tomó en consideración como elementos relevantes para el juicio de ponderación, la edad de la menor, su situación en el país de origen (según la costumbre local, al cumplir los 15 años las niñas cesan en sus estudios y se concierta su matrimonio) y la dependencia respecto de sus padres. El Tribunal destacó que, en estas circunstancias, se planteaba no sólo un problema de política migratoria sino el derecho a la vida familiar de extranjeros que, habiendo creado una nueva familia en país de acogida y dejado otros hijos (anteriores,

comunes o no) en otro país, pretendían reagruparlos pasados varios años (supuesto que presentaba ciertas similitudes con el asunto Şen, en el cual se apreció la violación del artículo 8 CEDH).

El Tribunal comparó ambos casos para comprobar si las circunstancias eran similares y así avalar la misma decisión. En primer lugar consideró, al igual que lo hizo en Şen, la vida en familia en el nuevo país, la ausencia de vínculos que los nuevos hijos tenían con el país de origen y su integración lingüística, escolar y social en Holanda y constató que, a diferencia de Şen, en el caso Tuquabo el tiempo transcurrido desde la llegada a Holanda (1993) y la solicitud de reagrupación (1997) se debió a la imposibilidad de cumplir en menor tiempo los requisitos materiales establecidos por la legislación holandesa para obtener el correspondiente visado, por lo que no cabía reproche alguno a la demandante. También recordó el Tribunal cómo en otras circunstancias (expulsión) se había analizado el supuesto a la luz de los vínculos que la persona concernida, la requirente en este caso, tenía con su país de origen y las expectativas reales de poder volver (con su nueva familia) a dicho país⁵⁵.

Por último, el Tribunal consideró la incidencia de la edad de la menor en el siguiente sentido:

In the present case the Court notes that the applicants have not alleged that Mehret, who undoubtedly has strong cultural and linguistic links with Eritrea, could no longer be looked after by the relatives who have been doing so ever since her mother left. They have, nevertheless, argued that Mehret's age –rather than making her less dependent on her mother– made it even more pertinent for her to be allowed to join her family in the Netherlands. This was because, in accordance with Eritrean custom, Mehret's grandmother had taken her out of school, and Mehret had also reached an age where she could be married off. Although Mrs. Tuquabo-Tekle disagreed with the choices made for Mehret, she was unable to do anything about them as long as her daughter was living in Eritrea (§50).

Para el Tribunal, el Estado holandés, al rechazar la reagrupación de la menor, llevó a cabo un débil test de proporcionalidad entre los intereses de los requirentes y el interés del Estado de controlar la inmigración, acordando en consecuencia la violación del artículo 8 del Convenio. En el 2014 se plantean varios casos ante el Tribunal cuyo objeto

⁵⁵ Este criterio ha sido utilizado, *mutatis mutandi*, en el asunto Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos un caso de expulsión. Se planteaba la expulsión de una nacional brasileña residente irregular en Holanda que había tenido una hija con un nacional holandés. La custodia de la menor se otorgó al padre. Posteriormente, se acordó la custodia a favor de los abuelos paternos, pudiendo tener la madre a la menor (de 3 años) cuatro días de la semana, lo que siempre cumplió. La violación del derecho a la vida en familia se suscitó en el momento en que las autoridades holandesas rechazaron la solicitud de residencia de la madre y ordenaron su expulsión del país. El TEDH declaró la violación del artículo 8 CEDH declarando que las autoridades holandesas habían aplicado con excesivo formalismo la legislación de extranjería que amparaba la expulsión por residencia irregular, sin ponderar el derecho a la vida en familia que garantiza el Convenio.

era el contraste a la luz del derecho al respeto a la vida en familia y a la reagrupación familiar tratándose de extranjeros que ya residían en el territorio y se les denegaba un permiso de residencia por reagrupación familiar. En el caso *Mugenzi v. Francia y Tanda-Muzinga vs. Francia*, ambos de 10 de julio de 2014, se trataba de familias de refugiados. El Tribunal examina el derecho a la vida privado según los mismos parámetros ya indicados. Y decreta que el Estado la obligación positiva del estado incluye el establecimiento de medidas que tomen en cuenta los antecedentes del familiar (refugiado) con los solicitantes (Mugenzi, §52 y Tanda-Muzinga §75)⁵⁶.

De igual modo, en el asunto *Biao v. Dinamarca* de 25 de marzo 2014, el TEDH examina a la luz de las sentencias precedentes (en particular, *Abdulaziz...*) si la normativa danesa era contraria al artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio. En la especie, la normativa danesa establecía una regla especial para la reagrupación familiar de los ciudadanos daneses que no lo sean por nacimiento. La conocida *regla de los 28 años* significaba una diferencia de trato entre los daneses por nacimiento y los “nuevos” daneses (es decir, los extranjeros que adquieren la nacionalidad danesa posteriormente). Ciertamente es que la materia respecto de la cual se analiza la posible discriminación es la nacionalidad que cae, como es sabido, en un ámbito reservado a la soberanía estatal. El Tribunal entiende que la norma danesa es una norma neutra y no aprecia que exista una discriminación por razón de origen o étnico. La sentencia ha merecido severas críticas; en particular porque “rehúye” un examen en abstracto de la normativa de extranjería y simplifica al máximo el examen de proporcionalidad y razonabilidad⁵⁷.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. Según la jurisprudencia de Estrasburgo para afirmar que estamos ante una vida familiar susceptible de la protección del artículo 8 CEDH es necesario contrastar, en primer lugar, que la vida familiar sea lo suficientemente próxima, es decir “real y efectiva” y, en segundo lugar, que se trate de una familia “preexistente” a la medida estatal causante de la posible injerencia en el derecho objeto del litigio.

2. Aunque en el CEDH no existe un concepto de familia convencionalmente establecido, el TEDH mantiene, como regla general, una noción amplia de *vida familiar* que matiza, sin embargo, cuando controla las condiciones de admisión por razón de reagrupación familiar de acuerdo con la normativa interna de los Estados parte. Asimismo, en supuestos de expulsión de extranjeros asentados en esos mismos Estados

⁵⁶ Y. KTISTAKIS, *Protecting Migrants under European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe, 2nd ed., 2016, p. 79. Sobre estos asuntos véase el comentario de A. MARTÍN VILLEGAS, citando a E. LA SPINA, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar”, *Revista Aequalitas*, núm. 38, 2016, pp. 20-28, esp. p. 22.

⁵⁷ E. LA SPINA, “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Núm. 14/2014 (2ª Época), p. 21. Versión electrónica: rej.ujaen.es.

la noción “familia” adquiere perfiles propios al quedar “contextualizados” en el ámbito de las medidas relativas a la inmigración que los Estados pueden adoptar.

3. En este sentido, “la extensión de la obligación para un Estado de admitir en su territorio a los familiares de los inmigrantes depende de la situación de los particulares y del interés general”. De donde, “la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo”. Sin embargo, es una obligación positiva del Estado valorar en los expedientes de admisión la reagrupación familiar como una “*exigencia consustancial al ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida en familia*”.

4. Finalmente, a la luz de las consideraciones de los asuntos examinados cabe extraer tres cánones de interpretación en los supuestos de reagrupación familiar de extranjeros a la luz del artículo 8 del Convenio. En primer lugar, aun cuando del artículo 8 CEDH no se derive directamente un derecho a la reagrupación familiar, estos supuestos no constituyen un problema exclusivo de política migratoria. 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 y habrá de ser ponderada por las autoridades nacionales en caso de rechazo de las solicitudes de reagrupación familiar.