

REAGRUPACION FAMILIAR PARCIAL

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sentencia No.1485/2012 de fecha 28/02/2012

Nº de Recurso: 6214/2010

A diferencia de algunas legislaciones de otros países europeos, en España no se exige que la reagrupación se extienda simultáneamente a todos los miembros de la familia del reagrupante, pudiéndose efectuar reagrupaciones parciales o sucesivas de los familiares reagrupables, por lo tanto es posible solicitar la reagrupación familiar algunos de los hijos menores del solicitante.

La reagrupación parcial o sucesiva posibilita en el caso de los emigrantes de escasos recursos, el cumplimiento de los requisitos económicos exigidos para la reagrupación familiar, referentes a la exigencia de una vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia.

"PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de Julio de 2010 , por la que se desestima recurso contencioso-administrativo núm. 1676/2009, interpuesto contra tres resoluciones del Consulado General de España en Dakar, de 7 de Octubre de 2009, denegatorias de las solicitudes de visado de residencia para reagrupación familiar interesadas por Narciso , Roque y Jose Luis (hijos del recurrente, nacionalizado español).

La Sentencia desestima el recurso contencioso deducido en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

["] CUARTO.- Los solicitantes son nacidos en 2001, 2005 y 2004, es decir, menores de edad y no se cuestiona por el Consulado la filiación, siéndoles aplicable el R.D. 240/07 de 16 de febrero, pero no el art. 4-2 que se cita porque éste viene referido a la entrada en España de familiares de un comunitario no español que acompañan a este o pretendan reunirse con él en España, y así lo especifica el art. 2 del mismo Real Decreto . Con todo, la Disposición Final Tercera introduce en el régimen general del R.D. 2393/04 una Disposición Adicional Vigésima para familiares no españoles, en este caso descendientes directos (apartado 1 -c) a quienes se entienden los mismos beneficios. En todo caso el preámbulo del R.D. 240/07 se refiere expresamente al inicio del párrafo duodécimo a la REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

QUINTO.- Aquí está el núcleo del debate, en este concepto de "reagrupación" y que es el que maneja el Consulado. En efecto, el citado Real Decreto es una norma reglamentaria para la adaptación a la normativa comunitaria, pero sigue teniendo su sustento en la L.O. 4/00 y lo que hace es introducir mayores facilidades de libre circulación así como elevar de 18 a 21 la edad máxima de los que pretenden ser traídos. Toda la legislación gira en torno a la reunificación de la familia rota por la emigración, y este faro es el que ha de guiar el debate. Llegados a este punto, es obligada la pregunta sobre si hay verdadera reagrupación. Los menores viven en su país con su madre (ha prestado su consentimiento) y otros hermanos arraigados allí todos y se pretende desarraigar para introducirlos en una familia que les es absolutamente extraña, con otra "madre" y con otros "hermanos" y en una casa ocupada hoy por siete personas ya. La demanda nos viene a decir que los hijos son patrimonio del padre quien puede decidir soberanamente sobre ellos, si traerlos, si dejarlos allí, si trae a unos y a otros no... Esto es un verdadero fraude de ley que va contra el concepto mismo de la reagrupación. La L.O. 4/00 (art. 17-1-a) prohíbe la reagrupación de más cónyuges aun cuando la ley nacional permita estas situaciones de poligamia y por eso el aquí recurrente lo que hace es actuar su pretendido derecho patrimonial sobre los hijos y decidir sobre su destino ante lo que la madre biológica no puede sino acceder sumisa, y eso no es reagrupación sino justamente lo contrario, como acertadamente consideramos que ha estimado el Consulado."

SEGUNDO .- La representación procesal del hoy recurrente funda su escrito de interposición del recurso de casación en dos motivos, ambos al amparo del art. 88.1.d) LRJCA :

1º) Por infracción por indebida aplicación del art. 17 de L.O. 4/2000 , en relación con el art. 1.3 de la misma Ley ; así como infracción de los artículos 2 , 3 y 4 del R.D. 240/07 y de la jurisprudencia establecida en la STS de 1 de Junio de 2010 .

Hace una crítica exhaustiva de la sentencia de instancia, argumentando en esencia que la L.O 4/2000 no era aplicable en su caso, dado que se trata de reagrupar a los tres hijos menores de un ciudadano nacionalizado español, siendo aplicable el R.D. 240/07 (citando a estos efectos la Directiva 2004/38/CE, de la que es transposición aquél). Sostiene que, en virtud de lo establecido en los arts. 2.c), 3 y 4.2 del R.D. 240/07 , los tres hijos del recurrente, por el mero hecho de ser hijos de ciudadano español y menores de 21 años, son titulares del derecho a residir en España, siendo preciso para su ejercicio el cumplimiento de la obligación de solicitar un visado, que debe ser expedido por la Administración de manera gratuita y preferente. Alude asimismo a la STS de 1 de Junio de 2010 (RC 114/2007), que declaró nulos el inciso "otro Estado miembro" del art. 2 del R.D 240/07 , así como las Disposiciones Adicionales 19ª y 20ª del R.D. 2393/2004 , introducidas en dicha norma por la D.F. 3ª del R.D. 240/07 , y afirmó que los familiares extracomunitarios de un español han de recibir el mismo trato que los familiares de los ciudadanos de los demás países de la UE, teniendo derecho a instalarse en España con su familia. Así pues, sostiene que la sentencia de instancia vulnera la normativa citada, pues según la misma los tres hijos del recurrente, nacionalizado español, y menores de 21 años tienen derecho a entrar, salir, circular, residir y trabajar en España.

En cuanto a las particulares circunstancias del caso, en el que se trata de hijos habidos con su primera esposa que quedará en Gambia, sostiene que las circunstancias sociológicas de otras naciones pueden dar lugar a situaciones alejadas de los usos habituales en nuestro país, pero que ello no priva a los hijos del derecho a residir con su padre, en aplicación de la normativa citada. Niega que se pretenda separar a los hijos de otros hermanos, pues se pretende traer a todos los hijos que tuvo con la primera esposa -como resulta del libro de familia unido al expediente- y niega que se trate de una imposición del padre a esa primera esposa pues consta el consentimiento expresado por ésta, tratándose de una decisión tomada conjuntamente en beneficio de los hijos, negando también que vayan a vivir con una familia extraña, pues van a vivir con su padre y sus hermanos (uno es hijo previo de la actual pareja del recurrente y el otro hijo común de esta actual pareja y el recurrente). Niega que haya fraude de ley, pues se persigue que todos los hijos del recurrente habidos con la primera esposa residan en España con el padre en la creencia de que aquí tendrán mejores expectativas de formación y desarrollo, lo cual es compatible con la normativa aplicable referida por el recurrente. Añade que la sentencia de instancia se basa en prejuicios y no en motivos jurídicos. Invoca asimismo los arts. 14 y 39.2 CE y la interdicción de la arbitrariedad prevista en el art. 9.3 CE .

2º) Por infracción de los arts. 110 y 154 CC y 18 y 39 CE . Entiende que la reagrupación familiar forma parte de los derechos a la vida en familia y a la intimidad familiar y que, por tratarse del ejercicio de derechos constitucionales, cualquier restricción a su ejercicio debe estar expresamente prevista en la ley, debiendo ser su interpretación restrictiva y ajustada a los fines pretendidos, siendo el caso que no existe norma alguna que impida la reagrupación familiar de los tres menores con su padre español por las circunstancias señaladas en la sentencia de instancia.

Transcribe parte de la STS 21 de Mayo de 2001 y STJCE 23 de Febrero de 2010 .

TERCERO.- El primero de los indicados motivos debe ser estimado, y, con él, el recurso.

La normativa aplicable a la reagrupación de los hijos del recurrente está constituida por el citado Real Decreto 240/2007, sobre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares, dada la modificación del artículo 2 resultante de la supresión de los términos «otro Estado miembro» por nuestra Sentencia de 1 de Junio de 2010, dictada en el recurso directo 114/2007 . También mediante esta Sentencia fue anulada la disposición adicional vigésima del Reglamento de la Ley de Extranjería , introducida por aquel Real Decreto y relativa a la reagrupación por ciudadanos españoles. De todos modos, la reagrupación de descendientes de españoles, en lo que ahora nos interesa, resultaba idéntica en ambos textos, pues comprende la de los descendientes directos menores de veintiún años.

Esta normativa debe adicionarse con la contenida 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. Los descendientes directos menores de veintiún años disponen, en el seno de la legislación comunitaria, de la condición de miembros de la familia de un ciudadano de la Unión según definición del artículo 2 de la Directiva, y, por tanto, son beneficiarios de sus disposiciones (artículo 3),

entre las que se encuentra el reconocimiento de los derechos de entrada y residencia en los términos de los artículos 5 y 6.

Pues bien, en lo que respecta al presente caso, se cumplen todas las condiciones legales para permitir la estancia en España de los hijos del recurrente mediante el instituto de la reagrupación familiar. Las objeciones que contiene la Sentencia de instancia, reproduciendo parcialmente las del acto administrativo recurrido, son producto de meras conjeturas y de una interpretación restrictiva del derecho a la reagrupación familiar que esta Sala ha rechazado con anterioridad.

Así, acerca de los efectos que, en orden a la relación familiar, produce la reagrupación de solo algunos de sus miembros, quedando los demás en el país de origen (reagrupación parcial), nos referimos en la Sentencia de 20 de Julio de 2011 (RC 4669/2008). En ella examinamos el concepto jurídico de reagrupación familiar conforme a la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de Septiembre de 2003 y las normas nacionales, todas aplicables a la reagrupación promovida por ciudadanos extranjeros y, por tanto, más limitada a la que es ejercida por nacionales. En dicha Sentencia concluimos que no hay obstáculo para acceder a la reagrupación en supuestos que no implican el traslado a España del entero núcleo familiar de quien la solicita, a lo que añadimos:

Para los descendientes directos menores de edad, que corresponden al nivel de parentesco más inmediatamente ligado a la noción de familia empleada en la Ley 4/2000, no se impone ningún requisito adicional ni respecto de ellos puede exigirse la alegación de otras razones justificativas adicionales. El legislador considera, siguiendo la Directiva antes citada, que en semejantes supuestos la reagrupación familiar de los hijos menores de edad está justificada por sí misma.

A diferencia de algunas legislaciones de otros países europeos, no exige la nuestra que la reagrupación se extienda al conjunto de los miembros de la familia ni tal requisito puede inferirse de los preceptos legales y reglamentarios, sino más bien al contrario: a tenor del artículo 42 del Reglamento de la Ley 4/2000 el extranjero que desee ejercer este derecho debe solicitar una autorización de residencia temporal "a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar"

Y es que, en efecto, nada obsta en principio ni a la reagrupación parcial ni a la reagrupación sucesiva de los familiares reagrupables, a medida que las condiciones de estancia del residente en el país de acogida vayan siendo más favorables, también desde el punto de vista económico. No cabe olvidar que a tenor de la propia Ley 4/2000 (artículo 18) el reagrupante debe acreditar que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, requisitos que no siempre serán fácilmente alcanzables en relación con todos los miembros de aquélla, de modo especial si es numerosa como en este caso ocurría, para emigrantes de escasos recursos.

Es cierto, como afirman la oficina consular y la Sala de instancia, que situaciones como la de autos pueden abocar a una fragmentación, más o menos provisional, de la familia que permanece en Marruecos pero también lo es que la fragmentación se había operado ya desde el momento en que uno de sus miembros (el padre en este caso) emigró y reside legalmente en España, siendo razonable -y acogible en Derecho- su pretensión de disfrutar de la vida familiar al menos con alguno de sus hijos menores de dieciocho años.

En consecuencia, debe rechazarse el criterio de la Sentencia recurrida que, acudiendo al sentido que a la reagrupación otorga la Ley Orgánica 4/2000, la considera inexistente en este caso por permanecer la madre de los menores en el país de origen.

Las demás circunstancias en que la Sala de instancia funda la denegación del derecho a la reagrupación obedecen a conjeturas o sospechas que no pueden corroborarse en casación. La Sentencia recurrida manifiesta que los menores reagrupables están arraigados en su país de origen y se pretende desarraigados para introducirlos en una familia extraña (la formada por su padre con otra persona y los hijos de ambos) mediante el ejercicio por el padre de un derecho patrimonial sobre ellos ante la sumisión de la madre.

Estas suposiciones sobre la situación de los menores en su país o la motivación de la madre para prestar su consentimiento para la venida de aquellos a España se hallan desasistidas de cualquier indicio probatorio. No ha sido objeto de controversia en el proceso la existencia de consentimiento materno, plasmado en tres documentos ratificados por la madre de los menores, por lo que su planteamiento supondría un exceso sobre los límites de este

recurso de casación con la consiguiente merma del derecho de defensa del recurrente. Además, la Sala no puede presumir que tal consentimiento no existe o está viciado solo con fundamento en opiniones acerca del estatus familiar que, en este caso, ostentan los progenitores o los móviles que les animan. En cualquier caso, la concesión del visado por reagrupación familiar no priva a la madre del ejercicio de los derechos sobre los hijos en su país de origen, donde podrá hacerlos valer si no estima adecuado su traslado a España.

El derecho subjetivo reconocido a los familiares extracomunitarios tanto en la Directiva como en el Real Decreto antes citados tienen por finalidad el ejercicio en condiciones objetivas de libertad y dignidad de los derechos de libre circulación y residencia, como destaca el considerando 5 de la Directiva, así como proteger los derechos de los familiares reagrupables, conforme al preámbulo del Real Decreto, y, en definitiva, «facilitar la vida familiar, en sintonía con las declaraciones de derechos refrendadas por pactos internacionales» (Sentencia de 20 de Julio de 2011 , ya mencionada). Este derecho no puede estar sometido a limitaciones o interpretaciones restrictivas sobre la base de simples sospechas de su finalidad fraudulenta, ni tampoco sobre opiniones acerca de los efectos que puede ocasionar a los familiares no reagrupados, sobre los cuales nadie puede tener mejor conocimiento de causa que los propios interesados.

En definitiva, la sentencia impugnada ha infringido los artículos 2.c), 3 y 4 del Real Decreto 240/07, de 16 de Febrero , y procede por ello revocarla y, estimando el recurso contencioso administrativo, anular los actos administrativos impugnados y declarar el derecho del recurrente y de sus hijos Narciso , Roque y Jose Luis a la obtención de los visados solicitados”.

Acceda a la sentencia completa a través del siguiente link:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6315069&statsQueryId=104564821&calledfrom=searchresults&links=%226214%2F2010%22&optimize=20120323&publicinterface=true>