

¿EXCESO REGLAMENTARIO EN LA EXIGENCIA DEL ART. 53.b.2º SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO NO REGISTRADA CON CARÁCTER PREVIO AL INICIO DE LA RESIDENCIA DEL REAGRUPANTE EN ESPAÑA?

Hipólito-Vte. Granero Sánchez

Una de las novedades de la reforma operada en la LOEX por la L.O. 2/009 es la incorporación en el art. 17 entre los familiares que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a “la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España”, remitiendo el desarrollo reglamentario “las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar la relación de afectividad análoga a la conyugal”.

Aunque entre las Directivas que la L.O. 2/009 dice incorporar a la normativa interna española no aparece citada la 2003/86/CE del Consejo, de 22.09.2003, no puede dejar de citarse en la materia de la reagrupación familiar de las parejas de hecho que es el art. 4.3 de esta norma de la Unión Europea la que faculta a “los Estados miembros ... por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia, de conformidad con la presente 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 ...”.

Dado el carácter facultativo para los Estados miembros que se desprende de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, ninguna obligación imponía al legislador español sobre el reconocimiento a las parejas de hecho, registradas o no, del extranjero nacional de un tercer Estado residente en España del derecho a la reagrupación familiar; sin embargo, si, como se ha hecho en el art. 17.4 LOEX resultante de la L.O. 2/009, se decide el reconocimiento, éste no debe establecer requisitos distintos a los previstos para los cónyuges.

Ni en la L.O. 2/009 ni en la Directiva 2003/86/CE del Consejo aparece exigencia alguna a que, en los supuestos de uniones de hecho no registradas (que el legislador español pudo no haber incorporado entre quiénes tiene derecho a reagrupar y ser reagrupados), las mismas debieran estar constituidas “con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España” -apdo. 2º de la letra b) del art. 53 del R.D. 557/2011-.

Tal vez esta exigencia de constitución previa de la unión de hecho no registrada con anterioridad a que el reagrupante inicie su residencia en España tenga el mismo destino que el requisito de no estar separado legalmente para ser de aplicación el régimen de familiar de ciudadano de Estado miembro de la Unión Europea: su declaración de nulidad, tal y como respecto del requisito de “que no haya recaído ... separación legal” que contenía el art. 2.a) del R.D. 240/07 se pronuncia la Sentencia de

01.06.2010, de la Secc. 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

A la misma conclusión se llega desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, en particular de la Sentencia de 13.02.1983, entre DIATTA c/ LAND BERLIN, en la que, referida a una situación de matrimonio cuyos miembros no convivían, concluye que “no es necesario que los miembros de la familia de un trabajador migrante, a los efectos del artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68, vivan con él permanentemente para que puedan ser titulares de un derecho de residencia con arreglo a dicha disposición ...”.

La deriva del legislador español en Derecho de Extranjería aparece una vez más en la regulación de la reagrupación familiar, aunque en el tema de las parejas de hecho reconoce más derechos al extranjero residente que al ciudadano comunitario - contrariamente a lo que sucede con los hijos, respecto de los que se fijan distintas edades para poder ser reagrupados en función de que a sus progenitores les sea de aplicación el régimen de la LOEX (art. 17.c, que establece que la edad máxima de los hijos capaces para que puedan ser reagrupados es la de 18 años) o el de familiar de ciudadano de la Unión del R.D. 240/07 (art. 2.c, 21 años)-: al extranjero residente le es permitido, sobre el papel, reagrupar a la pareja de hecho esté o no inscrita (apdos. 1º y 2º del apdo. b del art. 53 del R.D. 557/2011), sin que sea necesario que en el caso de las uniones registradas deba estarlo en un registro del Estado de la Unión Europea en el que se hará valer la unión registrada, mientras que al ciudadano comunitario sólo se le permite la aplicación del régimen de familiar de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea “a 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”.

Puerto de Sagunto, 27 de mayo de 2011.

Hipólito-Vte. Granero Sánchez

Legislación citada:

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.

http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/RD_240_2007

Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Directiva_2003_86

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

http://www.migrarconderechos.es/noticias/Version_consolidada_de_la_Ley_Organica_4_2000

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

http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/RD_557_2011