

EN TORNO A LA UBICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS

The constitutional place of the right to family life for foreigners

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA
Universidad de Cádiz
juanmanuel.ulla@uca.es

Cómo citar/Citation

López Ulla, J. M. (2024).

En torno a la ubicación constitucional del derecho a la vida familiar de los extranjeros.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 28(1), 15-44.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.28.01>

Resumen

El TC considera que los derechos a la vida familiar y a la reagrupación familiar no están protegidos por el art. 18.1 CE, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, sino por el art. 10.1 CE, que garantiza el libre desarrollo de la personalidad, y por el art. 39.1 y 4, que ordenan la protección social, económica y jurídica de la familia. Esta jurisprudencia no coincide con la del TEDH, ni con la del TJUE, que por vía interpretativa reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la reagrupación familiar junto al derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar» (arts. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH] y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDFUE]). Esta posición divergente, que prescinde del criterio hermenéutico que en materia de derechos ordena el art. 10.2 CE, presenta, no obstante, algunas fracturas que permiten pensar en una posible confluencia futura de esta doctrina.

Palabras clave

Extranjeros; derecho a la vida familiar; derecho a la reagrupación familiar; intimidad familiar; protección social, económica y jurídica de la familia.

Abstract

The Constitutional Court considers that the rights to family life and family reunification are not protected by Art. 18.1 EC, which guarantees the right to personal and family privacy, but by Art. 10.1 EC, which guarantees the free development of the personality, and by Art. 39.1 and 4, which order the social, economic and legal protection of the family. This case law does not coincide with that of the European Court of Human Rights, nor with that of the Court of Justice of the European Union, which recognises the right to personal and family privacy and the right to family reunification in the same article that recognises the right of everyone “to respect for his private and family life” (art. 8.1 of the European Convention on Human Rights [ECHR] and 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union [CFREU]). This divergent position, which disregards the hermeneutic criterion contained in art. 10.2 EC, nevertheless presents some fractures that allow us to think of a possible future confluence of this case law.

Keywords

Foreigners; right to family life; right to family reunification; family privacy; social, economic and legal protection of the family.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA DOCTRINA DEL TEDH. III: FRACTURAS EN LA POSICIÓN DIVERGENTE DEL TC. IV. RECAPITULACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El TC considera que los derechos a la vida familiar y a la reagrupación familiar no están protegidos por el art. 18.1 CE, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, sino por el art. 10.1 CE, que garantiza el libre desarrollo de la personalidad y por el art. 39.1 y 4, que ordena la protección social, económica y jurídica de la familia. Esta doctrina no coincide con la del TEDH, ni con la del TJUE, que por vía interpretativa reconocen el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la reagrupación familiar junto al derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar» (arts. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH] y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDFUE]).

Como es sabido, el art. 10.2 CE ordena que «las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpret[en] de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Por ello, esta jurisprudencia divergente del TC debiera ser corregida. La doctrina del TC a este respecto es muy clara: «La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España»¹; estos «constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce», de suerte que deben ser tomados en consideración «para corroborar el sentido y alcance [de los mismos]»². Al considerar que el derecho a la vida familiar (y, por ende, la reagrupación familiar) no

¹ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2. En el mismo sentido, entre otras, STC 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 4.

² SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b); y la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del TC, FJ 6.

puede ser reconocido en el art. 18.1 CE, el TC está confiriéndoles una naturaleza diferente a la que les concede el TEDH, pues mientras que este los concibe como derechos que forman parte del núcleo central del *status* jurídico del individuo, esto es, en palabras de Pérez Tremps, derechos subjetivos ejercitables frente a la acción de los poderes públicos (2010: 123), el TC, al ubicarlos en el art. 39 CE, no los entiende como derechos con una dimensión subjetiva autónoma, sino como derechos que derivan de un principio rector, el que ordena la protección social, económica y jurídica de la familia.

Esta doctrina presenta, sin embargo, algunas «fracturas» (Cuartero Rubio, 2019: 371) que hacen pensar en la posibilidad de que la interpretación del TC pudiera converger con la del TEDH. Por un lado, un par de votos particulares a sendas sentencias del TC abogaron por el reconocimiento del derecho a la vida familiar en el art. 18.1 CE. Por otro, algunas sentencias del TC ya han ubicado el derecho a la vida familiar en este precepto. Es cierto que, cuando esto último ha sucedido, tal reconocimiento no formó parte de la *ratio decidendi* del fallo, sino que fueron declaraciones a modo de *obiter dictum*, lo que, a nuestro juicio, no resta valor a tal reconocimiento. Y, por último, otro indicio, ya fuera del ejercicio de la función jurisdiccional, es que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) haya reconocido en un mismo precepto (art. 16), y bajo la rúbrica «Derecho a la intimidad familiar», el derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad familiar (párrafo primero) y el derecho a la reagrupación familiar (párrafo segundo). Que además la disposición final cuarta conceda a este artículo naturaleza orgánica nos hace ver que el legislador los reconoce como derechos fundamentales que van de la mano.

A la luz de estas consideraciones, el propósito de este trabajo es, por un lado, confirmar que efectivamente el TEDH y el TJUE confieren a estos derechos una misma naturaleza, concibiéndolos como derechos fundamentales de la persona (Sales i Jardí, 2015: 2), por lo que el TC debiera interpretarlos de la misma manera y no como derechos que derivan de uno de los principios rectores del capítulo III del título I de la CE; y, por otro, advertir estos indicios que acaban de ser referidos, que hacen pensar en una posible corrección de la doctrina divergente del TC.

II. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA DOCTRINA DEL TEDH

La relevancia de la familia en la vida de las personas y como célula fundamental de la sociedad ha sido sobradamente subrayada por el derecho

internacional de los derechos humanos. Entre los textos más relevantes, el art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»³. En términos prácticamente idénticos se expresa el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁴, y de manera similar, el art. 8 del CEDH⁵, los arts. 7 y 33 de la CDFUE⁶, y el art. 15 de la Carta Social Europea (revisada)⁷. No hay duda, pues, de la relevancia que el derecho internacional concede a la protección de la familia (Milios, 2021: 21).

De todos ellos, el único que expresamente se refiere a la reagrupación familiar de los trabajadores extranjeros es la Carta Social Europea, si bien

³ En ambos textos, la redacción de los preceptos citados es exactamente igual. En relación con la necesaria protección de la vida familiar, véase también el art. 12 de esta Declaración Universal de Derechos («Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques») y el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación»).

⁴ Art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1.- Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo [...]».

⁵ Art. 8.1 CEDH: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

⁶ El art. 7 de la CDFUE se expresa exactamente en los mismos términos que el art. 8.1 CEDH, que hemos reproducido en la nota anterior. Por su parte, el art. 33.1 del primero de estos dos textos reza así: «1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social».

⁷ La Carta Social Europea (revisada) fue ratificada el 3 de mayo de 1996 (*Boletín Oficial del Estado*, 139, de 11 de junio de 2021): Parte I, apdo. 16: «La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo». Parte II, art. 16: «Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas».

tanto la versión original, de 18 de octubre de 1961, como la revisada hoy vigente, de 3 de mayo de 1996, no la contemplan como un derecho, sino como una directriz que los Estados partes han de promover «en lo posible»⁸.

La reagrupación familiar tampoco se concibió como un derecho, sino como un tipo de permiso de residencia en el Convenio Europeo Relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977⁹; y lo mismo sucedió en la «Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 (Resolución 45/158)¹⁰. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹¹, es la primera que reconoce la reagrupación familiar como un derecho, aunque circunscribiendo tal facultad a las relaciones paternofiliales con los menores de edad.

También es conveniente recordar que, en el marco de la Unión Europea, antes de que entrara en vigor el Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999), la reagrupación familiar se concebía igualmente como un tipo de permiso de residencia¹². El cambio de enfoque es, por tanto, relativamente reciente. Se gesta en el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia), celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, donde se conviene que «una política de integración más decidida debería encaminarse a [conceder a los nacionales de terceros Estados] derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión», y

⁸ Art. 19.6 de la Carta Social Europea (revisada): las partes contratantes se comprometen «a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado a establecerse dentro del territorio».

⁹ Ratificado por España el 29 de abril de 1980, *Boletín Oficial del Estado*, 145, de 18 de junio de 1983. Véanse en particular sus arts. 9 y 12.

¹⁰ Esta Convención entró en vigor el 1 de julio de 2003. España no la ha firmado ni ratificado. Véanse en particular los arts. 2, 4, 5, 44.2 y 50.

¹¹ Instrumento de ratificación publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, 313, de 1 de diciembre de 1990.

¹² Entre ellos, la «Resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar», adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 1 de junio de 1993 en Copenhague (Ref. SN 282/1/93 WGI 1497); un par de resoluciones del Consejo, de 1994, sobre limitaciones a la admisión de nacionales de países no comunitarios para realizar una actividad asalariada (la primera, de 20 de junio) o por cuenta propia (la segunda, de 30 noviembre); una «Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos» (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de 16 de diciembre de 1997 [97/C 382/01]).

cristaliza en la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados¹³.

Si la familia es un eje vertebrador de la vida de los seres humanos, la reagrupación familiar se concibe como un derecho que trata de garantizar que así pueda ser, además de resultar un instrumento fundamental para la integración social de esta población, pues, sin sus seres queridos, el residente difícilmente terminará de acomodarse en el Estado de acogida. Así lo reconoce el considerando 4 de la citada Directiva 2003/86/CE: «La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado»¹⁴.

El TEDH y el TJUE se han pronunciado sobre el derecho de los extranjeros a vivir en familia con motivo de demandas en las que se impugnaban órdenes de expulsión o resoluciones desestimatorias de reagrupación familiar. Al resolver las primeras, el TEDH suele recordar que los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras, consideración que denota, a juicio de Desmond, una cierta «deferencia de Estrasburgo hacia la soberanía estatal en el ámbito de la migración» (2018: 261); que el derecho a la vida familiar no es absoluto, sino que puede ser limitado en los supuestos y en la forma que contempla el art. 8.2 CEDH; que, cuando se trata de la expulsión de un extranjero que ha residido legalmente durante toda o la mayor parte de su vida en el país de acogida, hay que ponderar con cuidado los bienes jurídicos en conflicto (el derecho a la vida familiar del afectado, por un lado, y, por otro, los intereses que el Estado pueda aducir al adoptar esa medida); y que en tal valoración resultará determinante que la medida adoptada guarde una relación de proporcionalidad con la finalidad legítima que la justifique.

¹³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 3 de octubre de 2003 (L 251/12).

¹⁴ Si la reagrupación familiar se pretende por un nacional de un Estado miembro de la Unión, la directiva de aplicación es la 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, que expresamente concede a este derecho el carácter de fundamental (*Diario Oficial de la Unión Europea*, de 29 de junio de 2004 [L 229/35]). El considerando 4 del Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, también le concede tal carácter: «La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia» (*Diario Oficial de la Unión Europea*, de 27 de mayo de 2011 [L 141/1]).

En estos casos de expulsión, los elementos que la autoridad gubernativa habría de tomar en consideración antes de adoptar tal decisión serían los siguientes:

La naturaleza y seriedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia de este en el país que busca expulsarlo; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la conducta del demandante desde entonces; la nacionalidad de las diversas personas involucradas; la situación familiar del demandante, como, por ejemplo, el tiempo que ha durado el matrimonio; y otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja; si el cónyuge tuvo conocimiento sobre el delito al momento de establecer la relación familiar; y si existen hijos producto del matrimonio y, de ser el caso, sus edades. Asimismo, el Tribunal también toma en consideración la seriedad de las dificultades que el cónyuge es probable que enfrente en el país de origen, aunque el simple hecho de que una persona tenga que hacer frente a ciertas dificultades por acompañar a su esposo/a no puede excluir *per se* la expulsión¹⁵.

Y, aunque se derive de los elementos que acaban de ser relacionados, no está de más recordar el carácter determinante que, cuando proceda, adquirirá el principio del interés superior del menor en la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto (Matía Portilla, 2020: 233; Pobjoy, 2015; Vilar González, 2022: 38).

Todos estos parámetros de control no garantizan un resultado determinado, sino que habrán de ser calibrados en función de las circunstancias presentes en cada caso. En la relación que ofrecemos a continuación, el TEDH estimó la violación del art. 8.1 CEDH al concluir que la medida implementada (la expulsión) resultaba desproporcionada a la luz del fuerte arraigo personal y familiar del demandante en el Estado de acogida y a la imposibilidad de que la vida familiar pudiera continuar en otro país:

Berrehab c. Países Bajos (1988): las autoridades del Estado demandado denegaron al demandante, divorciado y padre de familia, la prórroga del permiso de residencia. El TEDH considera que tal medida era desproporcionada, pues suponía la ruptura de la unidad familiar existente entre padre e hija. Por ello declara la violación del art. 8.1 CEDH¹⁶.

Moustaquim c. Bélgica (1991): aunque el Estado demandado había cumplido con los requisitos que el art. 8.2 CEDH establece para limitar el

¹⁵ *Boultif c. Suiza*, n.º 54273/00, de 2 de agosto de 2001, parágrafo 48. Estos criterios también se recuerdan en *Amrollahi c. Dinamarca*, n.º 56811/00, sentencia de 11 de julio de 2002, parágrafo 35; *Üner c. Países Bajos*, n.º 46410/99, de 18 de octubre de 2006, parágrafo 57.

¹⁶ *Berrehab c. Países Bajos*, n.º 10730/84, de 21 de junio de 1988.

derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH, la sentencia estima que la medida de expulsión resultaba desproporcionada. Al efecto se valora especialmente que el demandante había vivido en Bélgica durante más de veinte años, donde residían sus padres y sus siete hermanos, con los que nunca había roto la relación¹⁷.

Beldjoudi c. Francia (1992): el TEDH considera que la expulsión del demandante, de nacionalidad argelina, casado en Francia con una nacional de ese Estado, ponía en peligro la unidad familiar y la permanencia del matrimonio. Sus padres eran franceses y residían en este país, donde también había nacido el demandante. El único vínculo que este mantenía con Argelia era la nacionalidad de este país, que había adquirido en 1963, aunque nueve años antes de que se adoptara la orden de expulsión inició las gestiones para recuperar la nacionalidad francesa. Por estas razones, el TEDH concluye que la orden de expulsión era desproporcionada en relación con el objetivo legítimo esgrimido por el Estado demandado, la defensa del orden público y la prevención del delito¹⁸.

Nasri c. Francia (1995) presenta una peculiaridad respecto a los casos anteriores: la discapacidad del demandante, que era sordomudo. Este, de nacionalidad argelina, había sido condenado cinco veces por robo, violencia y violación colectiva. La sentencia declaró que la expulsión era una medida desproporcionada a la luz de los fuertes vínculos familiares que el demandante mantenía en Francia, pues siempre había vivido con sus padres, que desde que llegaron en 1965 nunca habían salido al extranjero, o con una de sus hermanas. Seis de sus nueve hermanos habían adquirido la nacionalidad francesa, no existiendo relación alguna de esta familia con Argelia. Por estas razones y por la importancia del entorno familiar para que el demandante no delinquiera de nuevo, el TEDH dictó una resolución estimatoria¹⁹.

Mehemi c. Francia (1997): el demandante, de nacionalidad argelina, residía en Francia desde hacía más de treinta años, donde había recibido toda su formación, y donde también residían dos hermanos y tres hijos menores de edad, todos franceses. Por ello y porque el TEDH constata que, más allá de la nacionalidad, el demandante no tenía vínculo alguno con Argelia, el TEDH estima que el art. 8.1 CEDH había sido violado al considerar que la orden de expulsión decretada no guardaba una relación de proporcionalidad con los intereses que el Estado demandado había aducido: la defensa del orden y la prevención del delito²⁰.

¹⁷ *Moustaquim c. Bélgica*, n.º 12313/86, sentencia de 18 de febrero de 1991.

¹⁸ *Beldjoudi c. Francia*, n.º 12083/86, sentencia de 26 de marzo de 1992.

¹⁹ *Nasri c. Francia*, n.º 19465/92, sentencia de 13 de julio de 1995.

²⁰ *Mehemi c. Francia*, n.º 25017/94, sentencia de 26 de septiembre de 1997.

Boultif c. Suiza (2001): al demandante, que estaba casado con una suiza, se le deniega la renovación de su permiso de residencia. El TEDH confirma que se cumplen los requisitos que el art. 8.2 CEDH exige para limitar el derecho al respeto de la vida familiar, pero advierte que la medida no es estrictamente necesaria en una sociedad democrática al no guardar una relación de proporcionalidad con el fin que la justificaba, pues entiende que fuera de Suiza la vida familiar se tornaba imposible²¹.

Amrollahi c. Dinamarca (2002): la orden de expulsión trae origen de una pena de tres años de prisión por tráfico de drogas. El condenado tenía esposa y dos hijos, todos daneses. A pesar de los fuertes vínculos que el demandante conservaba con su país de origen, el TEDH reconoce que la vida familiar resultaría imposible fuera de Dinamarca, por lo que concluye que la medida decretada no guardaba proporción con la finalidad que la justificaba, la seguridad pública y la defensa del orden²².

Maslov c. Austria (2008), Gran Sala: la lesión del derecho al respeto a la vida personal y familiar se fundamenta en que la medida adoptada (prohibición de residir en Francia a raíz de una condena penal) no resulta necesaria en una sociedad democrática al juzgarse desproporcionada en relación con el fin legítimo que la justificaba, la defensa del orden y la prevención del delito. Al efecto, el Tribunal toma especialmente en consideración el carácter no violento de los delitos cometidos; que los hechos sucedieron cuando el demandante era menor de edad; el tiempo que este había vivido en Austria; los vínculos familiares y lingüísticos con este país y la inexistencia de relación alguna con el país de origen²³.

Saber y Boughassal c. España (2018) considera que la expulsión de dos marroquíes, residentes de larga duración, que habían sido condenados a penas de prisión de duración superior a un año (art. 57.2 LOEx), vulneraba el art. 8.1 CEDH, dados los vínculos familiares que los demandantes tenían en España. Al efecto se remite a los elementos que la sentencia *Boultif c. Suiza*, antes citada, relaciona a los efectos de valorar el arraigo familiar de los afectados y la proporcionalidad de la medida a dictar en relación con el fin legítimo que la justifique²⁴.

Entre los casos en los que el TEDH desestimó la demanda, considerando que la decisión del Estado quedaba amparada por el art. 8.2 CEDH, donde se

²¹ *Boultif c. Suiza*, n.º 54273/00, sentencia de 2 de agosto de 2001.

²² *Amrollahi c. Dinamarca*, cit.

²³ *Maslov c. Austria*, Gran Sala, n.º 1638/03, de 23 de junio de 2008.

²⁴ *Saber y Boughassal c. España*, n.ºs 76550/13 y 45938/14, de 18 de diciembre de 2018. Véase un comentario sobre esta sentencia en Lozano Cutanda (2020: 155-180).

contempla la posibilidad que el legislador tiene de limitar el derecho a la vida familiar en determinados casos, destacamos los siguientes:

Cruz Varas y otros c. Suecia (1991): declara que no hubo lesión del art. 8.1 CEDH porque «no existía obstáculo alguno que [impidiera a los demandantes] llevar una vida familiar en su país de origen»²⁵.

Boujaïdi c. Francia (1997): aunque el demandante llevaba diecinueve años viviendo en Francia, donde residían sus padres y hermanos, con los que mantenía el contacto, el TEDH considera que la orden de expulsión no lesiona el art. 8.1 CEDH, dada la gravedad de los hechos por los que había sido condenado, la existencia de antecedentes penales y los vínculos familiares que el condenado mantenía con su país de origen, del que tenía la nacionalidad²⁶.

Bouchelkia c. Francia (1997): al igual que en la sentencia anterior, el TEDH considera que, a la vista de los vínculos familiares que el demandante mantenía con su país de origen en el momento en que la orden de expulsión se dictó, como consecuencia de una condena penal, no hubo violación del art. 8.1 CEDH. La particularidad de este caso reside en que, después de que la orden de expulsión se dictara, el demandante tuvo una hija con una francesa, con la que contrajo matrimonio después del nacimiento de aquella. El TEDH resuelve que, como la orden de expulsión fue dictada cuando el demandante estaba soltero y sin hijos, vivía en Francia con su familia originaria, aún conservaba la nacionalidad argelina y mantenía fuertes vínculos con este país en el que vivían unos parientes próximos, la deportación, que efectivamente supuso una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y familiar, no contravenía el CEDH, pues la medida guardaba una adecuada relación de proporcionalidad con la finalidad que la justificaba («la defensa del orden y la prevención del delito»). Que, una vez dictada la orden de expulsión, el demandante hubiera iniciado una nueva vida familiar, no justifica, advierte el TEDH, que *a posteriori* se considere que la orden de expulsión dictada no fuera necesaria en aquel momento²⁷.

En cuanto a las demandas que han denunciado la violación del derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) a raíz de una denegación de un permiso de residencia de reagrupación familiar, el TEDH siempre recuerda que los Estados tienen derecho a controlar la entrada y residencia de los extranjeros en su territorio, puesto que el CEDH no garantiza a los ciudadanos extranjeros

²⁵ *Cruz Varas y otros c. Suecia*, n.º 15576/89, sentencia de 20 de marzo de 1991, párrafos 87-89.

²⁶ *Boujaïdi c. Francia*, n.º 123/1996/742/941, sentencia de 26 de septiembre de 1997.

²⁷ *Bouchelkia c. Francia*, n.º 23078/93, sentencia de 29 de enero de 1997.

el derecho a decidir en qué Estado quieren entrar o residir, pero advirtiendo que la autoridades deben valorar determinadas circunstancias al realizar tal ponderación, entre otras: si el reagrupante disfrutaba o no de un permiso de larga duración (nunca se ha declarado la violación del art. 8.1 CEDH cuando el demandante no cumplía con esta condición); si sus ingresos eran suficientes y permanentes para mantener a los familiares que pretendía reagrupar, más allá de prestaciones sociales o subsidios; los obstáculos que pudieran impedir o dificultar sobremanera la vida familiar fuera del Estado de acogida; los vínculos del demandante con el Estado de acogida; el interés superior del menor, que, cuando este ya se encuentra en el Estado de acogida, no siempre aconseja su retorno al país donde se encuentre su familia (Gutiérrez Nogales, 2016), y, cuando se encuentra fuera, no siempre obliga al Estado parte a conceder el permiso de residencia, sobre todo cuando son fuertes los vínculos del menor en el Estado de origen y/o no hay obstáculos para que los padres puedan continuar allí su vida familiar; factores relacionados con el control de la inmigración (infracciones del derecho de extranjería) o motivos de orden público; si las personas involucradas eran conscientes de que la situación migratoria de una de ellas era tal que la persistencia de la vida familiar dentro del Estado anfitrión resultaría desde el principio precaria; o si la unidad familiar era preexistente a la llegada del reagrupante al Estado de acogida²⁸. Entre las resoluciones más relevantes que ubican el derecho a la reagrupación familiar en el art. 8.1 CEDH, destacan las siguientes:

Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido (1985): las demandantes contrajeron matrimonio en su país de origen una vez ya establecidas en el Reino Unido, donde llegaron solteras. El TEDH resuelve que no se puede entender que el art. 8 imponga a un Estado parte la obligación general de respetar la elección que tomen las parejas casadas sobre el país de su residencia matrimonial²⁹.

Ahmut c. Países Bajos (1996): la decisión de no conceder a un menor de nacionalidad marroquí el permiso de residencia para que pudiera vivir en los Países Bajos junto a su padre, que poseía la doble nacionalidad marroquí y holandesa, no se considera contraria al derecho a la vida familiar. Al efecto, el

²⁸ *Jeunesse c. Países Bajos* (Gran Sala), n.º 12738/10, sentencia de 3 de octubre de 2014, párrafos 107 a 109; *M. A. c. Dinamarca* (Gran Sala), n.º 6697/18, de 9 de julio de 2021, párrafos 134 y 135. Entre otras, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, n.º 50435/99, sentencia de 31 de mayo de 2006, párrafo 39; *Ajayi y otros c. el Reino Unido*, n.º 27663/95, decisión de inadmisibilidad de 22 de junio de 1999; *Solomon c. Países Bajos*, n.º 44328/98, decisión de inadmisibilidad de 5 de septiembre de 2000.

²⁹ *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, sentencia de Pleno, n.º 9214/80, de 28 de mayo de 1985, párrafo 68.

TEDH toma en consideración que el menor siempre había vivido en Marruecos, primero con su madre y luego con su abuela; que tenía verdaderos vínculos con el entorno lingüístico y cultural de su país, donde además seguía teniendo familia; que la residencia separada de padre e hijo fue fruto de la decisión deliberada de este, que optó por establecerse en los Países Bajos; y que el demandante había mantenido su nacionalidad original marroquí, por lo que no existía ningún obstáculo para que pudiera continuar allí su vida familiar³⁰.

Joseph William Kwakye-Nit y Akua Dufie c. Países Bajos (2000): los demandantes, que habían adquirido la nacionalidad holandesa renunciando a la suya original, trataban de traer a sus tres hijos, que se encontraban en Ghana. Dos de ellos ya eran mayores de edad y, en relación con estos, el TEDH recuerda que las relaciones entre adultos no gozan de la protección del art. 8 CEDH a menos que se demuestre la existencia de elementos adicionales de dependencia, distintos de los lazos afectivos normales, circunstancia que no se advierte en este caso, pues desde que nacieron estos habían vivido en su país de origen, y, por otro lado, no se acredita que fueran económicamente dependientes de sus padres. En cuanto al hijo menor, el TEDH constata que, después de la partida de sus padres, fue cuidado por la hermana de su madre y también por el padre de un amigo, por lo que había vivido toda su vida en Ghana, donde tenía fuertes vínculos lingüísticos y culturales. Por último, el TEDH entiende que nada impedía que los demandantes pudieran continuar su vida familiar en Ghana, recordando al efecto que el art. 8 CEDH no obliga a los Estados partes a aceptar la decisión de los demandantes sobre el lugar más adecuado donde disfrutar de la vida familiar. Por todo ello, la demanda se inadmite por manifiesta falta de fundamento (art. 35.3 del CEDH)³¹.

Gül c. Suiza (1996) fue un caso algo distinto, porque el demandante se encontraba en el Estado demandado porque se le había concedido protección internacional. Al solicitar la reagrupación de su hijo, su petición fue rechazada con el argumento de que no contaba con un permiso de establecimiento, sino con una simple autorización para domiciliarse en el país por razones humanitarias, que podía ser revocada, además de que, según la legislación suiza, tal autorización no permitía el derecho a la reunificación familiar. Por

³⁰ *Ahmut c. Países Bajos*, n.º 21702/93, sentencia de 28 de noviembre de 1996, parágrafo 70. La sentencia se adoptó por cinco votos contra cuatro.

³¹ *Joseph William Kwakye-Nit y Akua Dufie c. Países Bajos*, n.º 31519/96, resolución de inadmisibilidad de 7 de noviembre de 2000. Esta sentencia se apoya en la doctrina sentada en *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, cit., y en *Ahmut c. Países Bajos*, cit.

estas razones y porque se considera que la vida familiar podía continuar en el país de origen, donde vivía su hijo, se desestima la demanda³².

Şen c. Países Bajos (2001): el primer demandante reside en los Países Bajos desde los doce años. En 1982 contrajo matrimonio en Turquía, donde su esposa (segunda demandante) continuó residiendo y donde nació, en 1983, su primera hija (tercera demandante). En 1986 la esposa consigue reagruparse con su esposo, confiando a su hermana el cuidado de su hija, que queda en Turquía. En 1990 nace en Holanda el segundo de los hijos. En 1992, el primer demandante solicita la reagrupación de la tercera demandante, pero la autoridad competente entiende que no se cumplen las condiciones de admisión legalmente establecidas. Concretamente, la decisión se justifica con el argumento de que, tras la partida de su madre, la niña había pasado a formar parte de la unidad familiar de su tía; de que los padres no habían contribuido en ningún momento al sustento de su hija, ni económicamente ni de ninguna otra forma; y que tampoco habían solicitado subsidios familiares para ella. El TEDH constata que los padres tomaron la decisión, deliberada, de dejar a la niña en Turquía; que la hija había vivido toda su vida con su tía, por lo que tenía fuertes vínculos familiares y culturales con ese país, donde también residían su abuelo y sus primos. Pero, a diferencia del caso *Abmut*, el TEDH reconoce que existían obstáculos significativos para que la vida familiar continuara en Turquía: no es solo que los padres residieran legalmente en Países Bajos, sino que sus otros dos hijos habían nacido en este país, donde estaban plenamente integrados. Es cierto, advierte el TEDH, que si la hija había quedado en Turquía fue porque los padres así lo decidieron en su momento, pero también lo es que aquella decisión, tomada en la infancia más temprana de la hija, no puede ser considerada una cuestión decisiva o definitiva en este caso. Si lo fuera, la única solución posible sería que toda la familia se desplazara a Turquía, lo que, dadas las circunstancias, al TEDH le parece inviable. Por esta razón, la sentencia concluye que el rechazo de la solicitud no guardaba una relación de proporcionalidad entre los intereses del Estado (el control de la inmigración) y el sacrificio que tal medida comportaba para los demandantes³³.

Jeunesse c. Países Bajos (2014)³⁴: el TEDH declara que la resolución que había rechazado la solicitud del permiso de residencia por falta de visado había lesionado el derecho de la demandante a la vida familiar. En este caso, la sentencia estimó la demanda tomando en consideración los fuertes vínculos

³² *Gül c. Suiza*, n.º 23218/94, de 19 de febrero de 1996, parágrafo 43.

³³ *Şen c. Países Bajos*, n.º 31465/96, de 21 de diciembre de 2001, párrafos 39 a 41.

³⁴ *Jeunesse c. Países Bajos*, cit.

familiares, sociales y culturales de la demandante en los Países Bajos. Particularmente, que ella, su marido y sus tres hijos habían vivido allí juntos durante los últimos dieciséis años; que residían en el mismo domicilio desde 1999; que todos los hijos habían nacido en este país; que tanto estos como su marido tenían nacionalidad holandesa; que la demandante también había ostentando esa nacionalidad hasta que la perdió, no por voluntad propia, sino en virtud de un acuerdo que se adoptó con motivo de la independencia de Surinam; y que las autoridades competentes toleraron durante años tal situación, pues siempre estuvieron al tanto de su paradero. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el TEDH duda de que las consideraciones generales relacionadas con la política inmigratoria puedan prevalecer sobre los intereses familiares en juego, por lo que concluye estimando la lesión del derecho a la vida familiar.

M. A. c. Dinamarca (2021): el TEDH estima que la no autorización del demandante para entrar y residir en Dinamarca, donde vivía su esposa, violó el derecho a la protección de la vida familiar que garantiza el art. 8.1 CEDH. La sentencia no innova o ilustra con casos nuevos, pero hemos querido destacarla por ser una de las más recientes y porque resume, con múltiples citas, la jurisprudencia del TEDH en relación con este derecho³⁵.

Por lo que al TJUE se refiere, ya hemos adelantado que su jurisprudencia sobre el contenido y alcance del derecho al respeto de la vida privada y familiar, que el art. 7 de la CDFUE expresamente reconoce a «toda persona», sigue sin fisuras la doctrina del TEDH. Entre las sentencias que por vía interpretativa han ubicado en este precepto el derecho a la intimidad personal y familiar, subrayando la función instrumental que el derecho a la reagrupación familiar tiene para que estos derechos puedan desplegar sus efectos, recordamos las siguientes³⁶:

En la sentencia dictada el 18 de mayo de 1989 en el asunto C-249/86, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Federal de Alemania*, el TJUE reconoce que

del conjunto de las disposiciones del Reglamento n.º 1612/68 resulta que, con el fin de facilitar la circulación de los miembros de la familia de los trabajadores, el Consejo tuvo en cuenta, por una parte, la importancia que reviste para el trabajador, desde el punto de vista humano, la reagrupación en torno suyo de su familia

³⁵ *M. A. c. Dinamarca*, cit. En el mismo sentido, *B. F. y otros c. Suiza*, n.º 13258/18 y otras tres, sentencia de 4 de julio de 2023, que declara la violación del art. 8 por denegación de la reunificación familiar en tres de las cuatro demandas que resuelve esta sentencia (n.ºs 15500/18, 57303/18 y 13258/18).

³⁶ Entre los estudios más recientes sobre de la doctrina del TJUE en la materia: Matía Portilla (2018: 55-69) y Ortiz Vidal (2021: 339-361).

y, por otra parte, la importancia que reviste, desde cualquier punto de vista, la integración del trabajador y de su familia en el Estado miembro de acogida, sin que exista diferencia en el trato en relación con los nacionales³⁷.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2002, en el asunto C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, se dicta con motivo de la expulsión decretada contra la esposa filipina de un ciudadano británico. En ella, el TJUE recuerda «que el legislador comunitario ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas en el Tratado» (parágrafo 38)³⁸; constata que «la separación de los esposos Carpenter [...] causaría un daño a su vida familiar y, por tanto, a las condiciones de ejercicio de una libertad fundamental por parte del Sr. Carpenter», pues el derecho a la libre prestación de servicios no podría «producir un efecto pleno si los obstáculos que se ponen, en su país de origen, a la entrada y residencia de su cónyuge impiden al Sr. Carpenter su ejercicio» (parágrafo 39). Por ello, citando como argumento de apoyo la sentencia del TEDH en el caso *Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001, a la que antes nos hemos referido, concluye declarando que «la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituye una injerencia en el ejercicio del Sr. Carpenter de su derecho al respeto de su vida familiar» (parágrafo 41)³⁹.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2003, asunto C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich* subraya que «aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el

³⁷ Apdo. 11, ECLI:EU:C:1989:204.

³⁸ Esta necesidad de proteger la vida familiar también se recuerda en la Sentencia de 25 de julio de 2002, dictada en el asunto C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Etat belge*, apdo. 53, ECLI:EU:C:2002:461. En el mismo sentido, entre otras, asunto C-60/00, Sentencia de 11 de julio de 2002, cit., apdo. 41; asunto C-413/99, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R c. Secretary of State for the Home Department*, apdo. 72, ECLI:EU:C:2002:493; asunto C-109/01, Sentencia de 23 de septiembre de 2003, cit., apdo. 58; asunto C-503/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Gran Sala), apdo. 47, ECLI:EU:C:2006:74; asunto C-540/03, Sentencia de 27 de junio de 2006, Gran Sala, cit., apdo. 52.

³⁹ ECLI:EU:C:2002:434. Exactamente en los mismos términos se expresa la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2002, asunto C-109/01 (*Akrich*), apdo. 58 (ECLI:EU:C:2003:491).

territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio»⁴⁰ (parágrafo 59). Concretamente, el Tribunal señala que, si bien un Estado miembro no tiene por qué acceder a la solicitud de residencia de un extranjero que no cumple las condiciones para entrar y residir en ese país, si se trata de un familiar —en este caso se trataba del cónyuge, nacional de un tercer Estado, que solicitaba entrar y residir en el Estado miembro del que era nacional su esposa—, las autoridades competentes, al apreciar esa solicitud, «deben tener en cuenta [...] el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio» (parágrafo 61).

Por último, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 27 de junio de 2006, dictada en el asunto C-540/03, *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, recuerda, con carácter preliminar, «que el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH forma parte de los derechos fundamentales que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, están protegidos en el ordenamiento jurídico comunitario»; que «este derecho a vivir con sus parientes próximos implica obligaciones de los Estados miembros, que pueden ser negativas, por ejemplo cuando se les obliga a no expulsar a una persona, o positivas, cuando se les obliga a autorizar a una persona a entrar y residir en su territorio» (apdo. 52)⁴¹; que, aunque el CEDH no reconoce que los extranjeros tengan derecho a entrar o residir en un país determinado, «excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio» (parágrafo 53); por lo que hay que «establecer un justo equilibrio entre los intereses en liza del individuo y de la sociedad en su conjunto» (parágrafo 54).

III. FRACTURAS EN LA POSICIÓN DIVERGENTE DEL TC

El TEDH ha ubicado, por vía interpretativa, el derecho a la reagrupación familiar y el derecho a la intimidad personal y familiar en el art. 8.1 CEDH, donde se reconoce el derecho al respeto de la vida personal y familiar. El TC, por su parte, entiende que los derechos a la vida familiar y a la reagrupación familiar no pueden quedar residenciados en el art. 18.1 CE. Aquellos, advierte

⁴⁰ Sentencia cit., apdo. 59.

⁴¹ ECLI:EU:C:2006:429.

el Alto Tribunal, no forman «parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE» (STC 236/2007, FJ 11), sino que derivan del respeto a la dignidad de la persona, que el art. 10.1 CE erige como pilar de nuestro sistema político, y de la protección social, económica y jurídica de la familia, que el art. 39.1 CE ordena como principio rector de la política social y económica (STC 140/2009, FJ 9). No hay coincidencia, pues, en el enfoque. Mientras que para el TEDH son derechos fundamentales de la persona, para el TC no tienen esta naturaleza⁴².

Esta doctrina, que a nuestro juicio prescinde del criterio hermenéutico que en materia de derechos ordena el art. 10.2 CE, presenta algunas fracturas que permiten pensar en la posibilidad de una futura convergencia con la jurisprudencia del TEDH, esto es, en un posible reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar como manifestación directa del derecho a la vida familiar y a la intimidad familiar (Lapiedra Alcamí, 2023: 117). Los indicios que en ese sentido se advierten son, por un lado, un par de votos particulares a sendas sentencias del TC que apuntan en el sentido que acabamos de indicar y, por otro, seis sentencias donde el TC explícitamente ha reconocido el

⁴² STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto [se refiere al art. 8.1 CEDH] un “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, parágrafo 52) [...] Sin embargo, nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE». En el mismo sentido, las SSTC 66/2022, FJ 4 A c); 151/2021, FJ 3 A); 186/2013, FJ 6; 42/2020, FJ 4 B). Por esta misma razón de que el derecho a la vida familiar no encuentra su ubicación en el art. 18.1 CE, la STC 155/2019, FJ 10, advierte que «la invocación del art. 8 CEDH no se corresponde con un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional de los previstos en la sección primera, capítulo II, título I de la Constitución, lo que no excluye la protección, dentro de nuestro ordenamiento constitucional, de ese espacio vital al que también se refiere el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 6)». Al respecto, también, el ATC 40/2017, FJ 3 a). La STC 106/2022, FJ 2 D) deja constancia de una serie de sentencias del TEDH donde se establece que «para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar» (SSTEDH *Buscemi c. Italia*, de 16 de septiembre de 1999, parágrafo 53; *Saleck Bardi c. España*, de 24 de mayo de 2011, parágrafo 50; y *R. M. S. c. España*, de 18 de junio de 2013, parágrafo 68).

derecho a la vida familiar en el art. 18.1 CE, aunque no en la *ratio decidendi* sino a modo *obiter dictum*.

Antes de comentar estos indicios, permítasenos advertir lo que, a nuestro juicio, es una inexactitud en el argumentario de la STC 236/2007. En esta resolución se sostiene que el TEDH no había reconocido «explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8 CEDH», y que no lo había hecho porque este derecho «solo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico»⁴³. Esta motivación no es difícil de rebatir.

Por un lado, cuando la STC 236/2007 se dicta, el TEDH ya había reconocido el derecho a la reagrupación familiar en el art. 8.1 CEDH (*Şen c. Países Bajos*, 2001), concediendo a este precepto un alcance que sus resoluciones posteriores han confirmado, como hemos comprobado en nuestro epígrafe anterior. Por otro, los derechos fundamentales no son eficaces en cualquier caso. El ejercicio de algunos pudiera estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. El que ahora nos ocupa pertenece a esta categoría.

Hemos de admitir que, en relación con la ubicación constitucional del derecho a la reagrupación familiar, hemos rectificado la posición que defendimos en un trabajo publicado en 2011, en el que, alineándonos con el Alto Tribunal, sostuvimos que se trataba de «un derecho que deriva[ba] de la obligación que los poderes públicos tienen de asegurar la protección económica, social y jurídica de la familia» (2011: 449 y 479). Persuadidos probablemente por la doctrina del TEDH, consolidada durante estos años posteriores, hoy pensamos que, si no hay opción de vida familiar, difícilmente el derecho a la intimidad podrá alcanzar esa doble dimensión que el art. 18.1 CE le reconoce, lo que no significa que comprendamos ambos derechos en el mismo grupo, pues mientras que el primero es un derecho en el que no caben distinciones de ningún tipo entre nacionales y extranjeros (STC 107/1984, FJ 3), el segundo es un derecho de configuración legal (STC 236/2007, FJ 4).

Es interesante también recordar que, cuando la STC 236/2007 negó que el derecho a la reagrupación familiar pudiera quedar residenciado en el art. 18.1 CE, no aclaró cuál sería su ubicación entonces. A diferencia de la Abogacía del Estado, que sí se posicionó al respecto defendiendo que este derecho derivaba del principio rector consagrado en el art. 39.1 CE, el Alto

⁴³ STC 236/2007, cit., FJ 11. El TC cita en este sentido las siguientes sentencias del TEDH: *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, cit.; *Ahmut c. Países Bajos*, cit.; y *Boultif c. Suiza*, cit. Véase también el caso *Şen c. Países Bajos*, cit. La STC 186/2013, FJ 6, también recuerda esta jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Tribunal expresamente advirtió que, como el recurrente tan solo había planteado la posible inconstitucionalidad de la remisión reglamentaria prevista en el art. 16 LOEx, una vez resuelta esta cuestión no tenía que pronunciarse sobre ninguna otra⁴⁴.

Este asunto sí se abordó, como ya hemos adelantado, en la STC 140/2009, de 15 de junio, que resuelve un recurso de amparo contra una sentencia que había desestimado en apelación una orden de expulsión. El TC ubicó el derecho a la vida familiar en sede del art. 39 CE, derivándolo de la obligación que tienen los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (párrafo primero) y de la infancia (párrafo cuarto), recordando que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión cuando la ejecución de esta medida no resulta proporcional al fin legítimo perseguido con la misma (la garantía del orden público), «vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (FJ 9).

La STC 60/2010, de 7 de octubre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.2 LOEx (expulsión del territorio), confirma esta doctrina, pero ubicando el derecho a la vida familiar no solo en el art. 39 CE, sino también en el art. 10.1 CE, que consagra el libre desarrollo de la personalidad como «principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no [una] relación afectiva o de convivencia»⁴⁵. Concretamente, esta resolución advierte que el no reconocimiento constitucional del «derecho

⁴⁴ El recurrente había impugnado la remisión reglamentaria del art. 16.3 LOEx, que a su juicio violaba la reserva de ley orgánica que ordena el art. 81.1 CE. El TC, al entender que los derechos a la vida familiar y a la reagrupación familiar no tienen su sede en el art. 18.1 CE, resuelve que tal reserva no les afectaba, pero no declara la inconstitucionalidad de la disposición final cuarta, que sí confiere tal carácter al precepto, aduciendo que tal cuestión no había sido planteada: «Sin embargo, esta es una cuestión sobre la que no es preciso que nos pronunciemos, pues a los efectos de nuestra fundamentación lo decisivo es que los “derechos fundamentales y libertades públicas” cuyo desarrollo exige ser regulado mediante Ley Orgánica, de acuerdo con el art. 81.1 CE, son exclusivamente los comprendidos en la sección primera, capítulo segundo, título I de la Constitución (arts. 15 a 29: SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2; 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2)» (STC 236/2007, FJ 11; en el mismo sentido, ATC 40/2017, FJ 3).

⁴⁵ STC 60/2010, FJ 8 b). El ATC 40/2017, FJ 3 b), recuerda esta sentencia.

a la vida familiar» en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH (STC 236/2007 [FJ 11]) no significa que «el espacio vital protegido por ese “derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la CDFUE [...] [y en particular], la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional»⁴⁶.

La STC 186/2013 también se pronunció en este sentido con motivo de un recurso de amparo que trae origen de una orden de expulsión contra una ciudadana argentina, madre de una niña española fruto de una relación con un ciudadano español. La demanda invoca la lesión de los derechos a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y el derecho de los españoles a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE). Por lo que al primero de estos preceptos se refiere —el que ahora nos interesa—, la demandante alega que, dado que el padre cumplía pena de prisión, si la orden de expulsión se ejecutaba, la niña tendría que viajar con la madre a Argentina, con lo que se estaría privando «a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho a relacionarse entre sí, impidiendo el derecho de disfrutar de la intimidad familiar del art. 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (antecedente 3.º). El TC resolvió la demanda recordando que la ubicación constitucional de este derecho

se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad⁴⁷.

Esta STC 186/2013 vino acompañada de un voto particular que formulan los magistrados Adela Asúa Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré, quienes consideran que la expulsión se había decretado sin tomar en consideración las consecuencias que dicha medida tendría sobre el derecho a la convivencia familiar de la menor, en particular la violación del derecho a

⁴⁶ El último párrafo del FJ 8 c) de la STC 60/2010 advierte que la pena de alejamiento que impide al penado mantener o reiniciar una relación afectiva, familiar o de convivencia afecta al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero «no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE)».

⁴⁷ La STC 185/2013 se apoya en las SSTC 236/2007 y 60/2010, *cits.* En el mismo sentido, la STC 131/2016, FJ 6; y el ATC 40/2017, FJ 3 c).

la vida familiar, «noción que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute de padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52)»⁴⁸. Los firmantes de este voto lamentan que la STC 236/2007 no ubicara este derecho en el art. 18.1 CE, haciendo notar que este tribunal reconoce en el mismo precepto (art. 8.1 CEDH) el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a intimidad personal y familiar. A la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, subrayan, «no es posible seguir manteniendo ese camino divergente al que sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, sino que es preciso incorporarla en el derecho interno»⁴⁹; y advierten que negar la relación directa entre vida familiar e intimidad familiar supone rebajar el «contenido garantizado por las normas del CEDH, según la interpretación que de las mismas realiza el TEDH, y por la CDFUE»⁵⁰.

La STC 186/2013 fue recurrida ante el TEDH (*GVA c. España*), resolviéndose este procedimiento mediante un acuerdo amistoso donde el Estado español admite que efectivamente la orden de expulsión había vulnerado el derecho a la vida familiar «tal y como se reconoce en el artículo 8 del CEDH, al no haber tenido en cuenta al dictar la resolución sancionadora las circunstancias personales concurrentes que afectan a la relación familiar de la hija de la demandante, menor de edad de nacionalidad española»⁵¹. Recordemos que, en su recurso de amparo, la demandante había invocado la lesión del art. 18.1 CE, pretensión que el TC desestimó aduciendo que tal derecho no se derivaba de ese precepto sino de los arts. 10.1 y 39.1 CE, que no son protegibles en amparo. De esta manera, al aquietarse, el Estado español acepta que el no

⁴⁸ Apdo. 6 del voto particular.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Es en el apdo. 6 del voto particular donde los magistrados critican la posición divergente de la mayoría del TC sobre la ubicación del derecho a la vida familiar en la Constitución española.

⁵¹ *GVA c. España*, n.º 35765-2014, decisión del TEDH de 17 de marzo de 2015. El Gobierno español reconoció que su decisión había lesionado los derechos que resultaban de los arts. 8 y 13 CEDH, comprometiéndose a «dejar sin efecto el acuerdo jurídico administrativo por el que se decretó la sanción de expulsión del territorio nacional de la demandante» y «a que en el futuro la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se realizará puesta en relación con los criterios que recoge el artículo 57.5 b) de la misma Ley Orgánica, de conformidad al artículo 8 del Convenio y se tutelará de manera efectiva por la jurisdicción ordinaria, por haberlo así ordenado el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en el recurso de amparo recaído en este asunto».

reconocimiento del derecho a la vida familiar en el art. 18.1 resulta contrario al CEDH.

Este reconocimiento no ha influido, sin embargo, en la doctrina del TC. El ATC 40/2017, de 28 de febrero, que inadmite un recurso de amparo por «la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados», sigue recordando que

la doctrina constitucional no ha admitido que el deslinde del ámbito material de protección del derecho constitucional a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE deba verificarse mediante la mimética recepción del contenido del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE no son coextensos (FJ 3).

Por tanto, esta resolución, como las sentencias anteriores, sigue manteniendo que estos derechos han de ser reconocidos en el marco de los arts. 10.1 y 39.1 y 4 CE⁵².

Este ATC 40/2017 vino acompañado de un voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos al que se adhieren la magistrada doña Adela Asúa Batarrita y el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré⁵³, donde se defiende la tesis de que es en el art. 18.1 CE donde debe ser reconocido el derecho al disfrute de la mutua compañía entre personas con vínculos familiares⁵⁴. Además de subrayar que no hacerlo contraviene el criterio hermenéutico que el art. 10.2 CE impone, advierten que «la renuencia de la jurisprudencia constitucional a reconocer como contenido del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE la convivencia y contacto entre los miembros de una familia debe ser reconsiderada, ya que (i) carece de un sustento argumental sólido; y (ii) ha derivado en algunas paradojas axiológicas sobre su contenido esencial»⁵⁵. Justifican su posición de la siguiente manera:

En primer lugar, recuerdan que en el asunto *GVA c. España*, al que antes nos hemos referido⁵⁶, el Gobierno español se comprometió a no decretar la medida de expulsión que contempla el art. 57.2 de la LOEx sin tomar en consideración el derecho de los extranjeros a vivir en familia, reconocido en el

⁵² En este sentido también se ha pronunciado la STC 66/2022, de 2 de junio, FJ 4 A) c).

⁵³ Los dos últimos fueron los firmantes del voto particular que acompañó a la STC 186/2013.

⁵⁴ Apdo. 6 del voto particular a la STC 186/2013.

⁵⁵ Punto primero del voto particular.

⁵⁶ Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2015, cit.

art. 8 CEDH. Es cierto que de tal declaración no se deriva un reconocimiento de este derecho en sede del art. 18.1 CE, pero indirectamente entendemos que sí, pues, al quietarse, el Estado español admitió que el no reconocimiento del derecho a la vida familiar en el art. 18.1 CE había lesionado el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH. De ello se colige, señalan los magistrados disidentes, que el TC debiera reconsiderar su doctrina a este respecto, pues lo contrario «acredita una autarquía jurisprudencial de este Tribunal muy alejada de la necesidad del tan proclamado [...] diálogo entre Tribunales»⁵⁷.

A mayor abundamiento, en el apdo. 3 de este voto particular, los magistrados advierten que esta jurisprudencia que no reconoce el derecho a la vida familiar en el ámbito del art. 18.1 CE no solo ha «establecido una enorme brecha con el ámbito de protección dispensado a la vida e intimidad familiar por los instrumentos regionales de derechos humanos y los órganos jurisdiccionales que deben interpretarlos», sino que «lo más preocupante es que la jurisprudencia constitucional está derivando en situaciones axiológicamente paradójicas en cuanto al reconocimiento del contenido del derecho fundamental a la vida familiar del art. 18.1 CE». Justifican esta consideración con un par de sentencias de las que, a nuestro juicio, no se deriva la contradicción que los firmantes denuncian.

La primera es la STC 11/2016, de 1 de febrero, que declara que hubo violación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la demandante (art. 18.1 CE) cuando, tras un aborto, las autoridades no atendieron su solicitud de recuperar los restos humanos de su hijo para incinerarlo. A juicio de los magistrados que firman el voto particular que acompaña al ATC 40/2017, esta declaración no se ajusta a la doctrina que el TC mantiene sobre la no ubicación del derecho a la vida familiar en el art. 18.1 CE: «No puede evitarse un atisbo de crueldad [...] cuando se advierte que la opinión mayoritaria en la que se sustenta el Auto reconoce que este Tribunal ha consagrado como un derecho fundamental que los padres puedan tener junto a sí a sus hijos muertos pero se niega a posibilitar el reconocimiento como derecho fundamental a permanecer juntos cuando están vivos». A nuestro juicio, sin embargo, la recurrente no reclamaba el derecho a disfrutar de la compañía de su hijo, sino la posibilidad de despedirlo en una ceremonia íntima, por lo que en este caso no se trataba de proteger el bien jurídico que garantiza el derecho a la vida familiar, sino del derecho a la intimidad, que tiene un contenido diferente.

La segunda es la STC 201/1997, de 25 de noviembre, que tiene su origen en una resolución administrativa de la autoridad penitenciaria prohibiendo a

⁵⁷ Apdo. 2 del voto particular al ATC 40/2017.

un recluso que pudiera comunicarse telefónicamente con sus familiares en su propio idioma (euskera). A juicio de los magistrados disidentes, resulta difícil comprender que en este caso el TC estimara el amparo por violación del derecho a la intimidad familiar y que, sin embargo, considere «manifiestamente inexistente [la] lesión de este derecho cuando se trata de controlar decisiones que afectan a la posibilidad misma de que se mantenga una comunicación personal entre esas mismas personas que mantienen vínculos familiares»⁵⁸. Por la misma razón anterior, a nuestro juicio, el bien jurídico en conflicto tampoco era en este caso la vida familiar, sino el derecho a la intimidad familiar, por lo que no apreciamos la paradoja axiológica que los firmantes reprochan.

Además de estos dos votos particulares, algunas sentencias del TC han reconocido, a modo de *obiter dictum*, que las decisiones que impedían la convivencia en España de un extranjero con su familia lesionaban el art. 18.1 CE, lo que ciertamente no se compadece bien con las declaraciones del TC que acabamos de repasar en las que se niega esta sede. Veamos cuáles han sido estos casos:

La STC 176/2008, de 22 de diciembre, resuelve un recurso de amparo contra una sentencia que desestima en apelación un recurso en un procedimiento de modificación de medidas matrimoniales. Al referirse al art. 8 CEDH, el TC señala que este precepto «reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado entre nosotros por el art. 18.1 CE)» (FJ 7). Es explícito, por tanto, el reconocimiento del derecho en este artículo.

Exactamente igual sucede en la STC 51/2011, de 14 de abril, que se expresa en los mismos términos al resolver un recurso de amparo de una profesora de religión católica que había sido despedida por contraer matrimonio civil con un divorciado. Su FJ 4 se refiere al «derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 CEDH (que se corresponde con el derecho a la intimidad personal y familiar proclamado por el art. 18.1 CE)».

La STC 46/2014, de 7 de abril, estima un recurso de amparo contra resoluciones judiciales que habían desestimado una solicitud de renovación de permiso de residencia y trabajo. El recurrente entiende que estas habían lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

incurriendo en incongruencia omisiva (art. 24.1 CE), además de causarle indefensión (art. 24.2 CE), al no tener en cuenta las alegaciones de la demanda acerca de las circunstancias personales y de arraigo, y en particular el hecho de que el recurrente tiene dos hijos menores, uno de ellos de nacionalidad española,

⁵⁸ Apdo. 3 del voto particular al ATC 40/2017.

que depende económicamente de él, lo que guardaría conexión con los derechos contenidos en los arts. 18 y 39 CE, en relación con el art. 10.2 CE, así como con los derechos de ciudadanía del menor (arts. 19 CE y 20 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) (FJ 1).

El TC concede la razón al recurrente, reconociendo que las circunstancias familiares alegadas debieron haber sido ponderadas por la Administración y por los órganos judiciales en vía de recurso, pues estaba «en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño» (FJ 6). De esta manera, el TC conecta el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la intimidad familiar en sede del art. 18.1 CE, concluyendo que

procede, por tanto, otorgar el amparo solicitado, puesto que las resoluciones judiciales han vulnerado el art. 24.1 CE, al no ponderar las circunstancias personales puestas de manifiesto en la tramitación del expediente, cuando estaban en juego, además del art. 24 CE, el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño (FJ 7).

La STC 11/2016, a la que antes nos hemos referido, resuelve un recurso de amparo contra los autos que denegaron la licencia de incineración de los restos resultantes del aborto padecido por la actora, sosteniendo que dicha decisión había vulnerado los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE). El último párrafo del FJ 4 termina de la siguiente manera: «Cabe, pues, concluir que las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE) [...]». Luego de nuevo el TC ubica este derecho en este precepto.

La STC 201/2016, de 28 de noviembre, resuelve un recurso de amparo de manera similar a la STC 46/2014. El demandante denuncia que «las resoluciones administrativas y judiciales [habían] vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada» por no haber ponderado debidamente sus circunstancias, concretamente, por lo que ahora nos afecta, su arraigo personal y familiar al ordenar su expulsión. A mayor abundamiento, «también estima el recurrente en amparo que se ha vulnerado su derecho a una “vida digna” y a su integridad (art. 15 CE), así como su derecho a la intimidad familiar del artículo 18 CE, en relación con el art. 39 CE, al no haberse valorado su situación de especial vulnerabilidad y su

arraigo familiar en España» (FJ 1). El TC confirma que efectivamente hubo lesión del art. 24.1 CE porque las sentencias recurridas no habían ponderado correctamente las circunstancias personales y familiares del recurrente. Y, por lo que ahora concretamente nos interesa, el TC advierte que «[a]l estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014, FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE)», es preciso en todo caso «ponderar las circunstancias de cada supuesto» y «tener en cuenta la gravedad de los hechos» (STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 7 y 131/2016, de 18 de junio, FJ 6). Luego, aún de esta manera incidental, el TC vuelve a residenciar el derecho a la vida familiar en el art. 18.1 CE.

En el mismo sentido se pronuncia la STC 29/2017, de 27 de febrero, que resuelve un recurso de amparo que tiene su origen en la orden de expulsión dictada contra la demandante, a pesar de que esta había alegado que tenía hijos nacidos en España y un marido con permiso de residencia de larga duración. Al igual que la STC 201/2016, el TC estima la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) fundamentándola en que «al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño» (FJ 3), tales circunstancias habrían debido ser valoradas. El FJ 5 sigue insistiendo en esta idea de que el órgano judicial habría de haber ponderado las consecuencias de la orden de expulsión en relación con el arraigo familiar del condenado, dado que dicha «decisión judicial concernía a una institución en la que [...] está en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño».

Las sentencias que acaban de ser referidas residencian claramente el derecho a la vida familiar en el art. 18.1 CE, lo que no casa con la posición que mantuvo el TC en la STC 236/2007 y que ha mantenido en resoluciones posteriores, entre otras, en el ATC 40/2017, que concretamente sostiene que el derecho a la vida familiar y el derecho a la intimidad familiar «no son coextensos». Estas otras resoluciones alumbran, empero, una posible convergencia futura con la doctrina del TEDH.

Por último, también consideramos que el art. 16 LOEx apunta en este sentido, pues bajo la rúbrica «Derecho a la intimidad familiar» reconoce, en su párrafo primero, el «derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar» y, en el párrafo segundo, el derecho a la reagrupación familiar. Si el legislador

considerara que estos derechos no derivan del art. 18.1 CE, el epígrafe del precepto no tendría ningún sentido. Y tampoco su disposición final cuarta, que le concede carácter orgánico.

Al hilo de estas consideraciones, también quisiéramos advertir que no se entiende bien que el art. 16.1 LOEx diga que solo «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». Como es bien sabido y antes hemos recordado, la Constitución reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar a todas las personas, con independencia de su nacionalidad o situación administrativa en España (entre otras, SSTC 107/1984; 99/1985, FJ 2, FJ 3; 95/2000, FJ 3), por lo que tal reserva a los residentes contraviene con claridad la Constitución y el CEDH. Distinto es el derecho a la vida familiar, que pertenece al grupo de derechos fundamentales que pueden ser limitados si por tratado o por ley así se decide, siempre que se observen los requisitos a propósito (interés legítimo, proporcionalidad de la medida y respeto al contenido esencial del derecho). Aun cuando el reagrupante tenga la condición de «residente legal», el Estado no tiene la obligación de acatar, en cualquier caso, la decisión que este pueda adoptar en relación con el lugar donde disfrutar de su derecho a vivir en familia⁵⁹.

IV. RECAPITULACIÓN

El TC reconoce el derecho a la reagrupación familiar en los arts. 10.1 y 39.1 y 4 de la Constitución. Esta doctrina se aparta de la jurisprudencia del TEDH, que ubica este derecho en el art. 8.1 CEDH, donde se garantiza el respeto a la vida privada y familiar, y donde este tribunal también ha reconocido el derecho a la intimidad personal y familiar. Como es sabido, la Constitución española reconoce este último en el art. 18.1. Las razones por las que, a nuestro juicio, aquellos dos también debieran ser reconocidos en este precepto son las siguientes:

Al ubicarlos en los arts. 39.1 y 4, esto es, en el capítulo III del título I, el TC está confiriendo a estos derechos una naturaleza diferente a la que se predicaría de ellos si fueran reconocidos en el art. 18.1 CE, pues mientras que en la sección I del capítulo II del título I la Constitución comprende los

⁵⁹ Entre otras, SSTEDH, *Gül c. Suiza*, cit. parágrafo 38; *Ahmut c. Países Bajos*, cit., parágrafo 67; *Şen c. Países Bajos*, cit., parágrafo 67; y STJUE de 27 de junio de 2008, asunto C-540/03, cit., apdo. 55.

derechos que forman parte del núcleo central del *status* jurídico del individuo, el capítulo III no reconoce propiamente derechos subjetivos, esto es, normas que otorguen por sí solas facultades ejercitables al individuo, sino principios rectores que deben guiar la actuación de los poderes públicos. Esta concepción del derecho a la vida familiar y a la reagrupación familiar no coincide con la doctrina del TEDH, que los reconoce como derechos subjetivos ejercitables frente a la acción de los poderes públicos, esto es, como derechos fundamentales en sentido estricto. Por esta razón sostenemos que, al residenciar estos derechos en el art. 39 en conexión con el art. 10.1 CE, el TC no se ajusta al criterio hermenéutico que el art. 10.2 ordena en materia de derechos. En el art. 18.1 CE tendrían la condición de derecho fundamental, en el 39 CE se conciben como una modalidad de protección de la familia.

Dicho esto, algunos indicios podrían alumbrar una posible convergencia con la doctrina del TEDH: además de un par de votos particulares, que defienden la ubicación del derecho a la vida familiar y a la reagrupación familiar en el art. 18.1 CE, algunas sentencias del TC ya han reconocido el derecho a la vida familiar en esta sede. Es cierto que tales declaraciones se hicieron a modo de *obiter dictum*, esto es, al hilo de consideraciones que no fueron determinantes para el fallo (*ratio decidendi*), pero esto, a nuestro juicio, no resta valor a tal reconocimiento. Si en estas sentencias el TC ya ha reconocido este derecho en el art. 18.1 CE, es difícil comprender que otras sostengan un lugar diferente.

También hemos considerado relevante a estos efectos que, bajo la rúbrica «Derecho a la intimidad familiar», la LOEx reconozca en el art. 16 el «derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar» (párrafo primero) y el derecho de los extranjeros residentes en España a «reagrupar con ellos a sus familiares» (párrafo segundo). No estarían los tres garantizados en un mismo precepto, así rotulado, si para el legislador tuvieran una naturaleza diferente. Que la disposición final cuarta de la LOEx conceda carácter orgánico a este precepto, confiriéndole así las máximas garantías normativas y jurisdiccionales, confirma que el legislador los comprende en el art. 18.1 CE.

Bibliografía

- Cuartero Rubio, M. V. (2019). El derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH): una aproximación iusprivatista desde el recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 363-389.
- Desmond, A. (2018). The private life of family matters: Curtailing human rights protection for migrants under article 8 of the ECHR? *The European Journal of International Law*, 29, 1, 261-279. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ejil/chy008>.

- Gutiérrez Nogales, S. D. (2016). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 26, 9.
- Lapiedra Alcamí, R. (2023). Familia y derecho de extranjería. El derecho a la reagrupación familiar. En E. Fernández Masiá (dir.). *Nacionalidad y extranjería* (pp. 117-146). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lozano Cutanda, B. (2020). La sentencia del TEDH *Saber y Boughassal* y el deber de ponderar las circunstancias del extranjero antes de decretar su expulsión. En M. Elósegui, I. Árbol, C. Morte, A. M. Mengual y G. Cano (coords). *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo* (pp. 155-180). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Matía Portilla, F. J. (2018). El Tribunal de Justicia ofrece una matizada protección al derecho a la reagrupación familiar. En A. Carmona Contreras (dir.). *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales: un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Matía Portilla, F. J. (2020). ¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida. En F. J. Matía y G. López (coords.). *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción* (pp. 231-281). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Milios, G. (2021). *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Granada. Comares.
- Ortiz Vidal, M. D. (2021). Criterios decisivos para asegurar la reagrupación familiar en la Unión Europea. Nacionalidad, movilidad e integración. En M. Moya Escudero (dir.). *Movilidad internacional de personas y nacionalidad* (pp. 339-361). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Tremps, P. (2010). Los derechos fundamentales. *Derecho Constitucional*, 129-135.
- Pobjoy, J. (2015). The best interest of the child principle as an independent source of international protection. *International & Comparative Law Quarterly*, 64, 327-363. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000044>.
- Sales i Jardí, M. (2015). *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*. Barcelona: Bosh Editor.
- Vilar González, S. (2022). La noción «vida familiar» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En J. Carrascosa González (coord.). *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.