

Sr. D.
MANUEL LANCHA MUÑOZ
ANDALUCIA ACOGE
C/ CABEZA DEL REY DON PEDRO Nº 9
41004 SEVILLA

EL DEFENSOR DEL PUEBLO
REGISTRO

SALIDA
09/09/2013 - 13099465

Estimado Sr.:

Se ha recibido su escrito que ha sido incorporado al expediente con el número arriba indicado, al cual debe hacer referencia.

En el mismo solicita copia de la **Recomendación** que con fecha 26 de julio de 2013, se formuló a la Secretaría General de Inmigración y Emigración y que, a continuación, se transcribe:



“Tras la publicación en BOE el pasado 10 de julio de 2012 de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, han tenido entrada en esta Institución varias quejas en relación con la acreditación y valoración de medios suficientes necesarios para que los cónyuges extranjeros de ciudadanos españoles puedan acceder a la residencia superior a tres meses en nuestro territorio.

La Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, desarrolla el régimen jurídico aplicable al artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, y a este respecto establece los requisitos para ejercer el derecho de residencia superior a tres meses y la documentación necesaria tanto para la inscripción en el Registro Central de Extranjeros como para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Entre dicha documentación se señala la acreditación de “Disposición de recursos suficientes, para sí y para los miembros de su familia, para no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su periodo de residencia” (artículo 3 2.c. 2ª de la Orden PRE/1490/2012). Y en el artículo 4 titulado “Aplicación del derecho de residencia superior a tres meses a los miembros de la familia” se establece que la mencionada Orden se aplicará igualmente a los miembros de la familia, recogidos en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza, que se **reúnan o acompañen** a un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En sentido similar, la Disposición final quinta del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, titulada *Modificación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo* establece que: "Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si, apartado b), "dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España". Y en el apartado d) del mismo artículo, contenido en la Disposición final quinta, señala que por miembro de familia se entiende **aquel que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea** o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él y cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del mismo artículo.

En las quejas recibidas se ha apreciado que la valoración de suficiencia de medios se ha venido realizando en los casos de cónyuges extracomunitarios de ciudadanos españoles, con vínculo matrimonial inscrito en el Registro Civil español, que se encuentran en España sin haber ejercido el derecho a la libre circulación en el territorio de la Unión, y que han solicitado la expedición de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. Es decir, el ciudadano español no ha traspasado las fronteras de España, por lo que está sometido al derecho interno del Estado.

A juicio de esta Institución no es de aplicación el régimen jurídico previsto en la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, y en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, a los cónyuges extracomunitarios de ciudadanos españoles, en atención a lo establecido en las siguientes consideraciones:

PRIMERA: No aplicación del artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, a los cónyuges extracomunitarios de nacionales españoles residentes en España.

La Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, justifica su contenido en la necesidad de incluir en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, la totalidad de las exigencias derivadas del artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en consecuencia, la Orden incorpora el contenido de la Directiva 2004/38/CE, así como su ámbito subjetivo. En su literalidad, la Orden mencionada indica que la misma "se aplicará a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 1 de junio de 2010, por lo que el término familiar de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea incluye a los familiares de un ciudadano español **que se reúnan o acompañen al mismo**". En este sentido el artículo 3 relativo a los beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE establece que "1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia". Con respecto a los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea, la STS de 1 de junio de 2010 indica expresamente que "*la circulación y residencia libre en el territorio de los Estados miembros, delimitando un espacio sin fronteras, para que se pueda ejercer con libertad y*

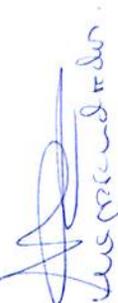
 registro@defensordelpueblo.es

dignidad, precisa que tal estatus se reconozca también a los miembros de su familia, que obviamente no sean nacionales de ningún Estado de la Unión, es decir, que sean ciudadanos de un tercer Estado no comunitario. Siendo, por tanto, cualitativamente distinto dicho estatus que la relación que media entre el Estado español y sus nacionales". Asimismo la misma sentencia señala que "el objeto de la Directiva no es regular las relaciones entre un Estado y sus nacionales, sino los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el espacio común y no en su país de origen. Y, de otro, se exige la necesidad de movimiento o desplazamiento, que comporta la libre circulación, para su inclusión, como beneficiario, en el ámbito de aplicación de la Directiva. Se precisa, por tanto, que se hayan ejercitado los derechos de libre circulación y residencia para que a los miembros de su familia, que no son europeos o comunitarios, les sea de aplicación el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero".



Por tanto, a la vista de los textos normativos mencionados, los cónyuges de un ciudadano español, que no hayan ejercido la libre circulación en el espacio comunitario y no cuenten con la ciudadanía europea, gozan de un régimen de derechos diferente al estatuto comunitario que la Directiva 2004/38/CE proyecta y cada Estado concreta en su propio ordenamiento jurídico. Es decir, el ciudadano español no ha traspasado las fronteras de España, por lo que está sometido al derecho interno del Estado (STJCE de 28 de enero de 1992, SSTJCE de 21 de septiembre de 1999 -Asunto C-378/97, y de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos García Abelló c. Estado Belga, STJCE de 27 de octubre de 1982 -asuntos C-35 y 36/82; STJUE de 5 de junio de 1997 -Asuntos C-64 y 65/96). Desde la perspectiva comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de la Sala Tercera, de 5 de mayo de 2011, destacó que *"la residencia de una persona que se encuentra en el Estado miembro de su nacionalidad no puede someterse a condiciones, la Directiva 2004/38, relativa a las condiciones de ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no puede estar destinada a aplicarse a un ciudadano de la Unión que disfruta de un derecho de residencia incondicionado por el hecho de que se encuentra en el Estado miembro de su nacionalidad"* (par. 34) y *"(...) habida cuenta de que el ciudadano de la Unión interesado nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación y siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee, ese ciudadano no está incluido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, por lo que ésta no le es aplicable* (par. 39). En consecuencia, el derecho de la Unión Europea distingue el tratamiento jurídico que recibe los ciudadanos de la Unión que han ejercitado los derechos de libre circulación y residencia, así como los de la familia no comunitaria que los acompañan, de aquel tratamiento otorgado a los ciudadanos comunitarios que no han ejercitado los indicados derechos, como los cónyuges de ciudadanos españoles del presente caso.

En este sentido, en las conclusiones del Asunto C-466/00 Arben Kaba contra Secretary of State for the Home Department, presentadas por el Abogado General Sr. Antonio La Pergola, el 30 de septiembre de 1999, se indica que *"no parece posible afirmar aún que los derechos de residencia "comunitarios" de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro diferente de su Estado de origen sean ya análogos a los reconocidos por los Estados miembros a sus propios nacionales o, en el presente caso, por el Reino Unido a las personas "establecidas" en su territorio nacional"*. Y la Sentencia del Tribunal de Justicia del Asunto Arben Kaba, de 6 de marzo de 2003 señala:



“Una normativa de un Estado miembro que exige a los cónyuges de trabajadores migrantes nacionales de los demás Estados miembros, para poder solicitar una autorización de residencia por tiempo indefinido en el referido Estado y obtener que se examine dicha solicitud, que hayan residido durante cuatro años en el territorio de dicho Estado miembro, mientras que impone una obligación de residencia de tan sólo doce meses a los cónyuges de personas establecidas en el citado territorio (...) no constituye una discriminación contraria al artículo 7, apartado 2, del Reglamento n° 1612/68 (...) Puesto que el derecho de residencia de estas dos categorías de personas no es totalmente comparable, lo mismo cabe afirmar de la situación de sus cónyuges, en particular respecto a la cuestión de cuál es la duración del periodo de residencia necesario para que pueda concedérseles un derecho de residencia por tiempo indefinido en el territorio del Estado miembro controvertido (par. 3)”.

Se concluye, pues, que cada Estado puede fijar condiciones para acceder a la residencia a los cónyuges extracomunitarios de sus propios nacionales diferentes de los requisitos derivados de la normativa comunitaria para los cónyuges de ciudadanos comunitarios que han ejercido las libertades comunitarias. Para ello conviene tener en cuenta que la jurisprudencia del TJCE ha declarado no contrarias al Derecho comunitario las diferencias de trato que afectan a situaciones puramente internas (entre otras sentencias del TJCE de 3 de enero de 1986 Asunto C-298/84, 5 de junio de 1997 y Asunto C-64/96, de 4 de junio de 2009). Es decir, está justificado que un Estado miembro tenga en cuenta la diferencia objetiva que existe entre sus propios nacionales y los de los demás Estados miembros, a lo hora de fijar condiciones menos restrictivas para la concesión de una autorización de residencia (cuestión prejudicial ante el TJCE, de 11 de abril de 2000, caso Arben Kaba).

En consecuencia es conforme al derecho de la Unión Europea establecer una diferencia de trato en el régimen jurídico aplicable a los cónyuges extracomunitarios de ciudadanos españoles, que no han ejercido sus libertades comunitarias, de aquel aplicable a aquellos que han ejercido sus libertades comunitarias y cuyo régimen jurídico viene derivado de la transposición de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, en la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, y en la Disposición final quinta del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

En todo caso el cónyuge de un ciudadano español podría invocar no sólo el derecho interno sino también el derecho comunitario, en todo lo referente al “derecho al respeto a la vida privada y familiar” recogido en artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2 No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”) puesto que las restricciones introducidas en la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, condiciona el ejercicio



de una libertad fundamental, la del derecho a la vida en familia, del ciudadano español en cuanto los obstáculos que se le imponen a su cónyuge extracomunitario para acceder a la residencia.

SEGUNDO: El derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica

Es preciso determinar si es constitucionalmente admisible y justificado la diferencia de trato jurídico que reciben los cónyuges extracomunitarios de ciudadanos españoles, cuyo matrimonio está inscrito en el Registro Civil español a todos los efectos registrales y jurídicos oportunos, con respecto al tratamiento jurídico que disfrutaban los cónyuges de ciudadanos españoles, con independencia de su nacionalidad, una vez que el matrimonio ha accedido, igualmente, al Registro Civil español.



El artículo 32.1 CE, que se contiene en la Sección segunda (De los derechos y deberes de los ciudadanos) del capítulo segundo (Derechos y libertades) del título I de la Constitución (De los derechos y deberes fundamentales), reconoce el derecho del hombre y de la mujer a “contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, estableciendo en el apartado segundo del mismo artículo 32, que será el legislador a través de la ley quien regule “las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Nuestra jurisprudencia ha interpretado el artículo 32 CE en el sentido de otorgarle un doble contenido, de modo que el matrimonio, en la Constitución española, es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional. Por tanto, el matrimonio se configura, tal y como aparece en el fundamento jurídico 3 de la SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, como una “institución garantizada por la Constitución” y, a su vez, “contraer matrimonio” es un derecho constitucional tal y como se desprende de su ubicación en la norma fundamental, correspondiendo el desarrollo de su régimen jurídico, por mandato constitucional de artículo 32.2 CE, a una ley que debe respetar su contenido esencial. Este contenido esencial ha sido sintetizado por el Tribunal Constitucional, en la SSTC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, fundamento jurídico 9, de la siguiente manera: *“la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador”*.

Esto quiere decir que, de la dicción literal del artículo 32.1 CE se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica en el seno de la institución jurídica del matrimonio, “regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE)” (SSTC 159/1989, de 6 de octubre, FJ 5; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 5; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). Esta igualdad ante la ley no sólo se predica de los cónyuges en el acceso al matrimonio, y en el seno de la institución matrimonial, sino que la igualdad debe necesariamente alcanzar también a los efectos civiles de cualquier matrimonio civil que haya accedido a la inscripción en el Registro Civil español. La jurisprudencia constitucional ha precisado que el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el artículo 45 Código Civil, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5; 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4; 51/2011, de 14 de abril, FJ 9), y que el vínculo matrimonial “genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de

derechos y deberes” (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3). Estos derechos y deberes deben ser iguales, en contenido y resultado, para todos los cónyuges cuyo matrimonio esté inscrito en el Registro Civil.

De todo lo anterior cabe inferir que condicionar la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de la Unión del cónyuge extracomunitario de un ciudadano español a la disponibilidad de medios económicos, y a la acreditación de un seguro de enfermedad que cubra sus riesgos en España, es condicionar el derecho y el deber de disfrutar de un proyecto de vida común a la situación económica del ciudadano español. El derecho a una comunidad de vida común deriva del contenido mínimo del artículo 32 CE. En palabras del TC: *“Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”* (SSTC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, fundamento jurídico 9). Y, por lo que se refiere a los deberes, los artículos 68 al 70 del Código civil establecen que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente” (art. 67CC) y “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal” (art. 70 CC), ambos deberes devienen de imposible cumplimiento si la residencia legal del cónyuge extracomunitario del ciudadano español se hace depender de criterios económicos.

Asimismo este tipo de restricción o limitación al ejercicio del contenido esencial del derecho fundamental al matrimonio significaría la quiebra del principio de igualdad, consagrado constitucionalmente, puesto que dejaría en peor derecho a aquellos ciudadanos españoles con matrimonio inscrito en el Registro Civil que han contraído con ciudadanos extracomunitarios con respecto de aquellos ciudadanos españoles que han celebrado matrimonio con ciudadanos españoles o de la Unión Europea. En consecuencia, el derecho a residir no puede considerarse como un derecho condicionado o dependiente de la situación económica del ciudadano español, puesto que sería un trato limitado y más restrictivo que el que disfruta el cónyuge de cualquier ciudadano español con independencia de su nacionalidad. Como señala la reciente sentencia de 28 de junio de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de San Sebastian Nº 191/2013, fundamento Cuarto: “(...) de suerte que se crearía una categoría de españoles ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus esposos/esposas no puedan residir legalmente en el Reino de España, mediante la introducción de restricciones como la que nos ocupa, de orden económicos (ingresos y seguro de enfermedad), sin perjuicio del sarcasmo que ofrece la realidad social de la crisis financiera y económica que asola el Reino de España”.

TERCERO: Diferencia de trato no justificada

De las quejas recibidas en el Defensor del Pueblo, se desprende que se está produciendo *de facto* una diferencia de trato entre los cónyuges extracomunitarios de ciudadanos españoles y cónyuges españoles de ciudadanos



Muestrando deberes

españoles en la aplicación de la ley, por ello, es necesario analizar si dicha diferencia puede estar justificada y amparada por la ley.

El Tribunal Constitucional ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, ha afirmado el carácter vinculante de este principio, tanto para el legislador (igualdad en la ley) como para los órganos aplicadores del Derecho (igualdad en la aplicación de la ley), y ha declarado la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados que se funden de manera exclusiva o determinante en los concretos motivos o razones de discriminación citadas por el artículo 14 (SSTC 200/2001, de 4 de octubre de 2001 fundamento jurídico 4).

El artículo 14 CE no establece una tipificación cerrada de las posibles causas de discriminación, por ello, cierra su enumeración con la referencia genérica a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Para determinar si un concreto criterio de diferenciación debe entenderse incluido en esta cláusula genérica, resulta necesario, a juicio del TC, analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado.



En el presente caso se ha establecido una diferencia de trato motivada por la circunstancia personal del origen extranjero extracomunitario del cónyuge de ciudadano español, el cual ve limitado su derecho a residir en nuestro territorio, en cuanto lo hace depender de criterios económicos, obstaculizando de este modo al ciudadano español el ejercicio del derecho de formar proyecto matrimonial de vida común, e imposibilitándole cumplir con los deberes de los artículos 68 al 70 del Código civil mencionados anteriormente. El Tribunal Constitucional ha señalado que *"el juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma"* (SSTC 200/2001, de 4 de octubre de 2001 fundamento jurídico 4).

Puesto que se ha introducido una diferencia de trato en categorías de personas, (cónyuges de ciudadanos españoles) en situaciones subjetivas equiparables (matrimonio civil inscrito en el Registro Civil), la distinción normativa relativa a la exigencia de medios económicos y acreditación de seguro médico a fin de disfrutar del derecho de residencia en nuestro territorio resulta una distinción infundada y discriminatoria, puesto que dicha diferencia de trato no ha sido objeto de una justificación objetiva y razonable, ni persigue una finalidad constitucionalmente legítima, ni es proporcional atendiendo a la debida ponderación de los bienes, derechos y valores en juego.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a la Secretaría General de Inmigración y Emigración la siguiente:

RECOMENDACIÓN

“Impartir las instrucciones oportunas a fin de eliminar de los requisitos para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad a los cónyuges de ciudadanos españoles, residentes en España, cuyo matrimonio civil se encuentre inscrito en el Registro Civil español”.”

Tan pronto se reciba la preceptiva respuesta de dicho organismo a tal resolución se le dará traslado de la misma.

Le saluda muy atentamente,



Francisco Fernández Marugán
Adjunto Primero del Defensor del Pueblo

El presente documento es una copia fiel de un documento sellado electrónicamente mediante un certificado emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para actuaciones administrativas automatizadas.



Alejandro J. S.