

La reestructuración ideal de las familias migrantes en la ley de extranjería

The ideal restructuring of migrant families in the immigration law

Encarnación La Spina¹

Universitat de València. Institut Universitari de Drets Humans, encarnacion.laspina@uv.es

Historia editorial

Recibido: 18/07/2012
Primera revisión: 16/04/2013
Aceptado: 21/06/2013

Palabras clave

Familias migrantes
Normativa de extranjería
Ideal
Relaciones familiares

Resumen

La articulación legal de los vínculos de parentesco en extranjería se rige por una lógica restrictiva que combina una composición nuclear y dependiente con desajustes en la forma concreta de gestionar las distancias, las dinámicas y los tiempos en origen y destino. El modelo de familia en las leyes de extranjería tiene un enfoque ideal y dominante abiertamente excluyente de otras realidades familiares existentes en el tejido social. El Derecho en una tendencia inmanente hacia el ideal no permite una legítima disyuntiva entre la autonomía y la libertad individual de definir o no el proyecto familiar o las propias relaciones interpersonales. En este trabajo discuto desde una perspectiva crítica las inconsistencias que presenta la actual ley de extranjería española para reestructurar las unidades familiares en el régimen de la reagrupación familiar en la medida en que el Derecho no asegura un adecuado grado de igualdad y de justicia.

Abstract

Keywords

Migrant families
Immigration law
Ideal
Family relationships

The legal configuration of kinship ties in immigration law is governed by a restrictive logic that combines a dependent and nuclear composition with mismatches in the concrete form of managing the distances, the dynamics and the times at origin and destination. The family model in immigration law has an ideal and dominant approach openly excluding other family realities in the social context. Law in an inherent tendency towards the ideal doesn't allow a legitimate choice between autonomy and individual freedom in order to define or not the family project and own relationships. In this paper I discuss from a critical approach the inconsistencies presented by the current Spanish immigration law to restructure households in the family reunification scheme because of Law doesn't secure a suitable degree of equality and justice.

Familias en inmigración: una aproximación jurídica

La trascendencia del parentesco y los vínculos que constituyen el entramado de la familia son valorados por el Derecho, como indica Paloma Abarca y Marina Vargas (2006), en términos de amplitud. Si bien existe una tendencia a la deslegalización de la familia en los ordenamientos jurídicos continentales (Roca, 1999, p. 61), el Derecho debe respetar la interrelación de dos factores: tomar partido en la construcción del modelo adecuado según la conducta social y, al mismo tiempo, tener la disposición de discriminar entre los diversos modelos y decidir acerca de la oferta o no de soluciones a todo tipo de situaciones. Así, desde una aproximación estrictamente jurídica, definir la familia o las familias es una cuestión abierta que adolece de contenido único, pues ninguno de los textos internacionales señala qué

La Spina, Encarnación (2013). La reestructuración ideal de las familias migrantes en la ley de extranjería. *Athenea Digital*, 13(3), 137-148. <http://dx.doi.org/10.5565/rev/athenead/v13n3.1087>

¹ Becaria postdoctoral Programa Vali+D Generalitat Valenciana, APOSTD2011/053. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Derechos Humanos, sociedades multiculturales y conflictos*, DER 2012-31771 así como en el marco del proyecto Consolider Ingenio 2008-00007 "El tiempo de los derechos", financiado por el Ministerio de Educación.

debe ser entendido por familia ni por su composición. Mientras que como valor natural y fundamental de la sociedad civil, existe una consideración unánime y favorable en las más diversas instancias. Quizás porqué como bien apunta Geraldine Van Bueren (1995, p. 733) en perspectiva internacional y nacional, no deja de ser un *concept in transition* sin una apuesta clara por un modelo familiar determinado y, por ende, con varias interpretaciones posibles del término familia, como ha señalado el propio Comité de Derechos Humanos en la Observación general número 19.

Frente a las habituales notas de universalidad y amplitud en los principales documentos de Naciones Unidas sí existen elementos definitorios y explícitos hacia un modelo de familia concreto (Perruchoud, 1989) como es la definición estricta de *familia migrante*, dada por el Convenio sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familiares de 18 de diciembre de 1990. La misma circunscribe los familiares de los trabajadores migrantes documentados a “dos cónyuges casados o dos personas que tengan una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzcan efectos equivalentes al matrimonio junto con sus hijos solteros menores de edad a su cargo”. Y, de forma similar, en el ámbito regional europeo, pese a no existir una noción unívoca de familia, ni por parte del Consejo de Europa ni de las instituciones comunitarias, sí la hay para la familia de nacionales de terceros Estados que expresamente tiende a ser asimilada a una forma nuclear en el sentido más estricto y reductivista del término en la Directiva 2003/86/CE que regula el derecho a la reagrupación familiar a nivel europeo.

De este modo, como bien sostiene Anna Favretto, desde el Derecho se trata de equilibrar el margen de permeabilidad de los confines de la familia por medio de la intervención normativa en dos niveles de estructuración de la vida familiar: la modalidad de formación y la de las relaciones internas, estrechamente conexas (Favretto, 1995, p. 60). Tal permeabilidad en el Derecho de extranjería se limita forzosamente a la familia en sentido estricto o nuclear, no siguiendo el esquema de la institución sucesoria o de la obligación de alimentos, en la que se agotan los vínculos familiares que son susceptibles de participar de la herencia y de la solidaridad familiar. Se genera así un perfil determinado de familias, esto es, un modelo ideal y dominante que no responde a todas las realidades familiares migrantes posibles y, lo que es más sorprendente, no se ajusta a la realidad de las nuevas familias ni a la solidaridad familiar prevista por el país de acogida para tutelar la protección y bienestar social de las mismas (Balsamo, 2003, Kofman, 2004). Más bien, siguiendo una lógica de perseguir el ideal y prevenir posibles conflictos (Tognetti, 2004), se limitan y legitiman ciertas restricciones sobre la llegada, la permanencia, la contención de las políticas sociales y la eficacia de la integración de los inmigrantes y sus familiares.

Sin duda, un ejemplo emblemático de las restricciones previstas para la familia migrante es la propia regulación del régimen general de la reagrupación familiar. Un instrumento normativo diseñado para que los inmigrantes residentes en el territorio nacional puedan hacer efectivo su derecho a la vida en familia contribuyendo así a su integración social y económica en la sociedad de acogida. Su triple condición de mecanismo de entrada legal, derecho fundamental y vía de integración, justifica la voluntad de configurar este derecho en su mínima expresión y cierta percepción negativa en el uso de etiquetas tendenciosas como *inmigración de arrastre, padecida o falsa* (De Lucas 2006, p. 45). De un lado, su condición de inmigración de arrastre, niega su concreción jurídica como un derecho, por ser un privilegio o recompensa condicionada a una óptima conducta del trabajador migrante residente que mantenga sus familiares en el país de origen y cierta capacidad económica en destino. De otro lado, su condición de inmigración padecida, indirectamente refuerza el temor hacia la dependencia del *welfare*, pues la exigencia de capacidad habitacional y económica se reinvierte con cargo al reagrupante así como su posible integración en derechos. Y, por último, su connotación de falsa inmigración, presenta paradójicamente una concepción

legal de familia migrante que no sólo responde a todas las realidades familiares migrantes posibles sino que proyecta desde la generalización u abstracción un ideal inexistente.

Por estos motivos, la familia migrante ha sido objeto ampliamente de interés y control en la gestión de las políticas migratorias no sólo en las sucesivas reformas sino especialmente en la Ley orgánica 2/2009 o su desarrollo reglamentario que trata de ajustarse a las nuevas disposiciones comunitarias cuya transposición era inaplazable y la incorporación de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 236/2007). Bien es cierto que el régimen de la reagrupación familiar ha incorporado algunas mejoras en la última reforma: el acceso de los reagrupados al mercado laboral sin necesidad de otra autorización que la de residencia o la ampliación de sujetos susceptibles de reagrupación a las parejas de hecho. No por ello ha desistido de potenciar aspectos determinantes como la idea dominante de familia, los tiempos para reagrupar respecto de ascendientes o la acreditación documental del círculo familiar admitidas por la Directiva 2003/86/CE. Un ideal modélico para aquellos miembros que, como bien describe Catherine Mc Glynn (2003), representan la familia nuclear tradicional o más bien son estereotipos conservadores y predominantes en las políticas, los medios de comunicación, las políticas sociales generalmente así como en muchas facetas sociales.

Si bien son varios los autores que han sopesado en qué medida las actuales políticas para la reagrupación familiar son el instrumento adecuado para garantizar a los inmigrantes el derecho a la unidad familiar (De Hart, 2009), en su mayoría se han centrado en si producen efectos disgregantes en las relaciones de pareja, el espacio transnacional y las dinámicas intergeneracionales (Bryceson y Vuorela 2002, Parella, 2007; Pedone, 2006). Para ello, generalmente se han articulado dos niveles de lectura, fuertemente interrelacionados: un análisis de las políticas y de las condiciones de acceso a la reagrupación familiar (Bonizzoni, 2009) y el seguimiento progresivo de las relaciones familiares a distancia, especialmente en lo tocante a los límites de la "intimidad a distancia", una intimidad no escogida por el inmigrante sino impuesta en ocasiones, entre otros factores, también por los condicionantes normativos (Peñaranda, 2008, p. 136).

En este estudio, en cambio, discuto al hilo de la existencia y funcionalidad de las diversas estrategias familiares, aquellas realidades familiares no integradas por el Derecho; básicamente, desde una perspectiva crítico-valorativa que trata de analizar los elementos inherentes a un *normative ideal* de familia migrante apuntado como neutro o aséptico desde la ley de extranjería. En este caso, no se trata de cuestionar la existencia de la familia nuclear, considerándola meramente ficticia, sino *a sensu contrario*, defender que el carácter ideal de la familia no debería imponer realidades ficticias. Especialmente si desde un punto de vista sociológico no existe ni ha existido un único tipo de familia o, como se suele decir, un único *idealtipo* de familia, sino más bien una pluralidad de modelos familiares y de relaciones familiares. Tal y como señala Catherine McGlynn (2005, p. 35) la lógica de la ideología dominante implica la inmutabilidad y un *sexualised concept* que privilegia el matrimonio, pese a la inclusión de las parejas no matrimoniales, del mismo sexo o heterosexual. Ambos rasgos de la ideología dominante de la familia muestran el rol de la ley en la construcción de la ideología de familia que en extranjería alcanza un poder coercitivo para la definición del modelo de familia apto para el ejercicio de la reagrupación familiar.

Elementos internos y externos de composición *versus* imposición para la familia migrante

La concepción postmoderna de la familia, por lo que a la vida en común se refiere, se encuentra inmersa en un profundo proceso de cambio, tanto en el plano de los comportamientos afectivos, como en el de

los modelos ideales de vida familiar. Desde este segundo punto de vista, se ha pasado de una familia tradicional a un modelo ideal menos perfilado (Harris, 1985/1986; Köning, 1980/1994; Meil, 1999, p. 2) que claramente apela a nuevas estrategias de protección jurídica.

Trasladando esta necesidad al ámbito de la inmigración, es posible advertir cómo la reagrupación familiar en cuanto recurso de entrada legal reviste un especial interés a la hora de reordenar y reacomodar, desde el marco normativo de la extranjería y las políticas públicas, a las familias migrantes (Carens, 2003). De hecho, por medio de esta posible vía de entrada legal complementaria al trabajo, la familia migrante puede verse obligada a renunciar a su poder de decisión definitiva de cuáles son sus miembros o a reconsiderar *stricto sensu* cualquier tipo de preferencia familiar que quiera hacer valer en la esfera privada.

En este contexto, requieren especial atención los contornos de las familias objeto de la reagrupación familiar, en base a los condicionantes subjetivos y materiales que definen a los sujetos como elegibles bajo el pretexto de recomponer el círculo familiar entre los meros beneficiarios del derecho a la vida familiar. Ahora bien, dicha concreción de cuáles son estos familiares se rige igualmente por dos pautas bien marcadas: ajustarse a un modelo de familia “apto” y hallarse fuera del territorio del país de acogida. De este modo, en base a los criterios compositivos internos o externos, la situación de los ascendientes, de los hermanos y los demás colaterales y del cónyuge puede no ser la misma, llegando incluso a ser inexistente.

Por ejemplo, en primer lugar, constituyen elementos externos de composición la exigibilidad de un periodo de residencia superior a los dos años antes de la solicitud de la reagrupación, la disposición de una vivienda adecuada, así como recursos estables, suficientes o un seguro de enfermedad. Es decir, condiciones todas ellas que acrediten cubrir las necesidades de los miembros de la familia una vez reagrupada sin posible financiación pública. Se exige, por tanto, una calidad habitacional y económica no generalizada a todas las familias en la sociedad de acogida y no dependiente del *welfare* social. No en vano, el Real Decreto 557/2011 deja intencionada constancia y concreción de ello, aunque siguen siendo excesivos el número y los recursos económicos necesarios al efecto. Las opciones admitidas sin perjuicio de críticas cuantitativas son: a) unidades familiares que incluyan computando al reagrupante y al llegar a España la persona reagrupada, dos miembros, exigiendo una cantidad que represente mensualmente el 150% del IPREM; b) unidades familiares que incluyan, al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas siendo necesaria una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional.

En todo caso, el legislador de extranjería precisa que deben avalarse por los medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud, teniendo en cuenta en un año la evolución de los medios disponibles en los seis meses previos a la fecha de presentación de la solicitud. Y que, en el cómputo, los ingresos provenientes del sistema asistencial no pueden ser aportados, pero sí pueden ser tenidos en cuenta los ingresos de otros miembros de la unidad familiar. Sólo se admiten dos válvulas de minoración: cuando el familiar reagrupable sea menor de edad, cuando concurren circunstancias excepcionales acreditadas que aconsejan rebajar el *quantum* en base al principio del interés superior del menor y en relación con la reagrupación de otros familiares por razones humanitarias, previo informe favorable de la Dirección General de Inmigración. En términos análogos, es abiertamente cuestionable la igualdad, la seguridad jurídica y la justicia respecto a la vivienda, pues el artículo 55 del Real Decreto 557/2011 establece que, en el momento de presentar la solicitud, se debe aportar el informe expedido por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en el plazo de 30 días máximos, en su defecto

de la corporación local en el mismo plazo e incluso a falta de ambos por cualquier medio admitido en Derecho.

En segundo lugar, en su dimensión interna contiene una definición claramente impositiva respecto a los beneficiarios de la reagrupación familiar y los derechos derivados de la misma, por varias razones. Por una parte, se mantiene el principio de que los familiares se encuentren fuera del territorio del Estado miembro, salvo excepciones previstas por los Estados. Y, por otra parte, aunque se prevé la posibilidad de reagrupar a los descendientes, ésta queda limitada a los hijos menores de edad, ya que los mayores de edad sólo podrán serlo por motivos de salud. Por ello, es importante el margen de libre apreciación de los Estados a la hora de limitar o hacer extensible este núcleo familiar a otras realidades familiares actuales. La reagrupación de ascendientes en línea recta y en primer grado no admite la reagrupación familiar de ningún tipo de familiar colateral, por ejemplo, hermanos en situación de dependencia, si bien sí se enuncia tras la última reforma de la ley de extranjería la posibilidad de equiparar el cónyuge no casado de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada o constituya una pareja de hecho registrada. Por el contrario, se contemplan limitaciones o presiones facultativas siguiendo las directrices de la Directiva 2003/86/CE con vistas a la exclusión del hijo de reagrupante poligámico, el sometimiento a un examen previo de integración al hijo mayor de 12 años que llegue independientemente del resto de la familia o su exclusión, la exigencia de una edad mínima previa a la solicitud de no más de 21 años, y la efectividad de la vida familiar (De Lucas, 2009; Pascouau, 2011).

Criterios excluyentes para la selección de un modelo ideal de familia migrante

Si en cambio se plantean máximas excluyentes sobre los condicionantes subjetivos apuntados, primeramente es posible advertir igual número de particularidades sobre cada posible vínculo familiar admitido. Respecto al perfil conyugal, se exige la no separación de hecho y de derecho para admitir su reagrupación y se dirimen con rigidez lo relativo a la disolución del matrimonio en el caso de segundas o posteriores nupcias que deberá haber fijado los derechos económicos del cónyuge de buena fe, de los mayores dependientes, de los hijos comunes así como la indemnización respectiva. Todo ello sin perjuicio del atento régimen de cautelas en torno a la prohibición de matrimonios poligámicos y en fraude de ley. En cambio, sobre la inclusión de la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal, si bien puede ser leída como equiparación respecto al cónyuge en todos los efectos en el artículo 53 b del actual reglamento de extranjería (Real Decreto 557/2011 de 20 de abril), se considera que existe relación de análoga afectividad a la conyugal cuando se encuentre inscrita en un registro público establecido a dichos efectos y no se haya cancelado dicha inscripción. O bien por medio de la acreditación de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. Sin duda, la posible inclusión de este tipo de uniones no matrimoniales es novedosa pero tal previsión no está exenta de posibles problemas como la determinación de un concepto unificado o elementos comunes respecto al marco regulativo de las inscripciones registrales de uniones de hecho en cada Comunidad Autónoma (Marín, 2011).

Un segundo aspecto de la configuración familiar nuclear bajo el criterio de exclusión es la falsa amplitud de la categoría de hijos. La admisión como familiar respecto a los hijos no casados a cargo del reagrupante o de su cónyuge o situación de afectividad análoga, incluso nacidos fuera del matrimonio o de una unión de hecho registrada o no, sólo se refiere a los hijos menores de edad. Por tanto, se excluyen a los mayores de edad, pese a ser dependientes, sin posibilidad de ampliar la franja de edad

hasta los 21 años como sí ha sido admitido para los hijos de familiares comunitarios. Por ello, exige un requisito de carácter puramente material, como es que tales hijos estén efectivamente a cargo del reagrupante y otro más controvertido como la prueba del vínculo de parentesco y de edad, implícitamente incluso por medio de las pruebas de ADN (La Spina, 2011; Mcintosh, 1988). Ahora bien, la fijación de la edad máxima y la soltería no bastan para determinar que el hijo pueda ser beneficiario de la reagrupación familiar, pues es preciso acreditar el vínculo de parentesco y, para la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, también la escolarización obligatoria durante su permanencia en España. Todo ello, sin perjuicio de que, una vez comprobada la relación de dependencia, si el ejercicio de la patria potestad es en solitario o exclusiva, ésta será causa suficiente para hacer posible la reagrupación; mientras que si la patria potestad es compartida, en este caso a quién pretenda reagrupar el menor debe habersele otorgado y obtenido legítimamente la custodia del mismo.

Ahora bien, de forma concurrente a la minoría de edad, también prevén la discapacidad de aquellos hijos que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. La misma opera como causa habilitante para la reagrupación de éste sin limitación de edad, de acuerdo a la ley española, o bien conforme a la ley personal, en suma más flexible. Un supuesto éste que responde a una lógica más bien asistencial, dada la especial situación de dependencia derivada de las delicadas condiciones de salud del hijo, y menos por el vínculo de parentesco propiamente. Esto es, sólo se admite esta posible situación familiar por el artículo 17.1 apartado c) de la Ley orgánica 2/2009 de reforma de la Ley orgánica 4/2000 que prevé como agrupables con los extranjeros residentes los menores de dieciocho años o “mayores, de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud” (p. 104995), que no sean hijos del solicitante, pero sí tengan la representación legal suya y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español, para frenar el reconocimiento de instituciones familiares de acogida.

Completando el círculo familiar entre excluyentes y excluidos, es necesario profundizar sobre la reagrupación familiar de los ascendientes, pues una vez superada la frontera de la familia nuclear, se rige por una cuestión de dependencia y de parentesco que genera una auténtica situación de naufragio de los abuelos/os o suegras/os en la normativa de extranjería (Fresneda, 2001, p. 136). De hecho, la legitimada discrecionalidad de los Estados Parte siguiendo las directrices de la Directiva 2003/86/CE, hace valer varias limitaciones de edad y grado de parentesco que convergen con la existencia de circunstancias justificativas. Por ejemplo, en referencia a las limitaciones de grado de parentesco, la determinación de los ascendientes beneficiarios, en la ley de extranjería española explícitamente opera con relación al primer grado del reagrupante como de su cónyuge, equiparándolo así a lo dispuesto por lo hijos de parejas de hecho del reagrupante. Mientras que, sobre el alcance de esa relación de dependencia, dispone que se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que durante al menos un año de residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que pruebe una dependencia económica efectiva. Esto es, como concreta el artículo 53 e), que representen al menos el 51% del producto interior bruto *per cápita* según lo establecido en materia de indicadores sobre renta y actividad económica por país y por el Instituto Nacional de Estadística. A efectos de cierre de la línea ascendente, la Ley orgánica 2/2009 en la letra d) artículo 17, sí incluye la previsión de una edad mínima, que si bien no estaba limitada en la práctica, si era considerada, pues los menores de 65 difícilmente podían probar la dependencia económica o estar a cargo del reagrupante. Este requisito de edad, en este caso a diferencia de los descendientes, una edad máxima, se suma al de la existencia de razones que justifiquen la entrada de este familiar. Por tanto, indirectamente, se presume que la unión de los ascendientes a sus hijos adultos no es habitual por lo

que debe ser justificada esta modalidad de familia alargada por razones humanitarias ordinarias y excepcionales.

Así, sólo excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en la ley. La introducción de tal fórmula, tal y como indica el Dictamen del Consejo de Estado 515/2011 del 7 de abril de 2011, constituye una excepción a un régimen singularmente limitado que resulta poco cuidadoso para articular los mecanismos específicos de acreditación de esas posibles situaciones apoyadas en razones humanitarias. Entre otros, cuando el ascendiente formara parte de la familia ya constituida en el país de origen en el momento en que el extranjero residente obtuvo su autorización; cuando el ascendiente sea incapaz y su tutela sea otorgada por la autoridad competente en el país de origen al extranjero residente o a su cónyuge o pareja registrada; o cuando el ascendiente no sea objetivamente capaz de proveer a sus propias necesidades. E, igualmente, cuando el ascendiente sea cónyuge o pareja del otro ascendiente, siendo este último mayor de 65 años. Los supuestos que avalan la necesidad de apoyo o necesidad familiar plantean una discriminación por razón de edad contraria al principio de igualdad en la ley reconocido por el artículo 14 de la Constitución Española (1978). Básicamente porque el número de años no proporciona ningún dato real acerca de la situación de dependencia del ascendiente ni de su estado físico, pues pueden producirse situaciones de minusvalía sobrevenida en el padre o madre viudos, menores de 65 años y en situación de ausencia de asistencia.

Esta preferente excepcionalidad del ascendiente, se suma a la exigencia de una residencia de larga duración, sin duda una limitación contraria al principio de no discriminación previsto en la propia ley. Efectivamente, el artículo 4.2 a) de la Directiva 2003/86/CE establece que los Estados miembros no podrán autorizar la entrada y residencia de los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge de conformidad con dicha Directiva, siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma. La limitación del ejercicio de la reagrupación familiar de los ascendientes revierte negativamente en la protección del derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, citado en Saroléa 2006, pese al amparo de la Directiva y, sobre todo, marca directa e indirectamente la configuración y el desarrollo de las dinámicas transfamiliares (La Spina, 2011).

Por último, también los efectos de la reagrupación familiar constituyen parámetros restrictivos. Una muestra de ello es la posibilidad prevista en el artículo 17 apartado 2 para que los familiares reagrupados sean posibles futuros reagrupantes, léase la posibilidad de ampliar el círculo de familiares (Solanes, 2008). Esta autorización de residencia y trabajo independiente, de acuerdo al artículo 59 del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, habilita al cónyuge, pareja de hecho o hijo reagrupado, si éste último tiene 16 años, a trabajar por cuenta ajena o propia en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad. En primer lugar, más obvia es cuando se obtenga la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, algo que se materializa en que dispone de uno o varios contratos de trabajo de duración mínima, desde el momento de la solicitud de un año y de los que se derive una retribución no inferior al Salario mínimo interprofesional mensual, a tiempo completo por catorce pagas. El nuevo reglamento incluye la previsión de asimilación del vínculo matrimonial y de las parejas de hecho, con la matización del supuesto de cancelación de inscripción o finalización de la vida en pareja. En cambio, la circunstancia más interesante se refiere al cónyuge o pareja de hecho reagrupado víctima de violencia de género o la constancia de indicios en el informe del Ministerio Fiscal ampliado por el RD 557/2011 a los supuestos de víctimas de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. La tramitación de la solicitud tendrá carácter preferente y la duración de la autorización de residencia y trabajo independiente será de 5 años.

En cambio, menos margen de maniobra existe, tras la reforma, respecto de los hijos y menores bajo representación legal del reagrupante, por la que sólo caben dos circunstancias: esto es, haber alcanzado la mayoría de edad y cumplir algunas de las situaciones descritas en el artículo 59.1 del Real Decreto 557/2011, por lo que en defecto de autorización de trabajo hayan residido durante cinco años en España. Por el contrario, la única excepción es para los ascendientes, aunque para ello es necesario que su autorización de residencia haya dejado de ser temporal obteniendo la residencia de larga duración, justificando por ende la dependencia económica de su progenitor y la necesidad de su venida a España. Salvo circunstancias muy excepcionales, si el ascendiente tiene a su cargo uno o más hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces, podrá optar a una autorización de residencia y trabajo independiente o promover la reagrupación de otro familiar.

Algunas reflexiones

La dimensión jurídica de la familia albergada en las leyes de extranjería presenta una definición legal que en palabras de Brenda Cossman, reduce el Derecho como el exclusivo aspecto del problema, no el único aspecto de la solución (1994, p. 30). Es una definición anclada en términos ideales creados por el propio Derecho y exigidos a unas relaciones familiares que han cambiado en el espacio tiempo —del pasado al presente— sino también socialmente. No en vano, hay elementos que dan cuenta de cómo la ideología dominante de la familia es más normativa que descriptiva, puesto que más nacionales y no nacionales viven en familias que no se ajustan a un *normative ideal*. Sin embargo, pese a esta contrastada evidencia, las políticas sociales y legales siguen basándose en dicho concepto excluyendo y discriminando potencialmente ciertas dinámicas familiares para así crear una dislocación entre la familia legalmente admitida y las realidades familiares existentes.

De modo especial, el régimen de la reagrupación familiar no sólo no permite una legítima disyuntiva en la libertad individual de definir o no el proyecto familiar que rija las relaciones interpersonales, sino que lo reacomoda en base a parámetros impositivos o restrictivos totalmente desnortados de la experiencia y realidad migratoria. Una realidad envuelta en paisajes familiares disímiles (Camarero y García, 2004), rupturas culturales y afectivas, comportando *per se* la constante redefinición y reorganización de los retículos familiares, en particular modo para las relaciones hombre-mujer, madre-padre y padres e hijos o los efectos de la desterritorialización. Las familias quedan expuestas a insensibles interferencias legales en su reestructuración hacia lo ideal como sinónimo de aconflictivo, admitiendo así la lógica de que algunos núcleos familiares tengan más facilidades para reagruparse; mientras que otros, cuya familia no obedece al patrón de familia nuclear, se vean obligados a reconstituir la familia sólo con la familia que consiguen reunir o se le permite reunir.

Si bien es posible distinguir diversas variables cualitativas o cuantitativas, así como supuestos para reunir las familias separadas entre el destino y el origen, tales variables en la práctica admitidas preveen que un reagrupante cuyo status familiar es el de casado o pareja de hecho, podrá reagrupar sólo a su *partner*; y, en el caso de que tenga hijos de éste, también puede reunirse con éstos de acuerdo a los límites de edad o algunos de sus ascendientes en primer grado y dependientes. Es el perfil familiar que permitiría, tras el riguroso cumplimiento de los requisitos, reagrupar a un mayor número de familiares en el Estado de acogida. En cambio, si el estado civil del reagrupante es de soltero, podrá reagrupar los hijos si los tuviera y los ascendientes si los tuviera, e injustamente no podría hacerlo con referencia a posibles hermanos, sobrinos o tíos, máxime si fueran los únicos miembros de su familia.

Así, para el Derecho de extranjería parece no tener importancia hasta qué punto se puede ver mermada la esfera privada del inmigrante a la hora de determinar cuales son los familiares que pueden ser

reagrupados. Y, tampoco la operatividad de un mínimo margen de maniobra para que él mismo decida con quiénes quiere compartir su vida. Erróneamente se descarta la alternativa plausible de la inclusión de cláusulas abiertas para otros posibles familiares atendiendo a los intereses y las necesidades de un determinado círculo familiar. El motivo radica en el temor de promover una ilimitada elección a la carta. Sin embargo, dada la significación del derecho a la vida familiar, las políticas migratorias familiares no pueden obviar el equilibrio coherente entre sus dos dimensiones pública y privada: la primera, legitimada por los intereses generales (orden público, bienestar social) y, la otra, la privada, que como tal no debe perder su esencia, evitando las posibles injerencias del Estado y de la sociedad respecto al individuo. De lo contrario, si bien el margen de apreciación de los Estados para regular la materia se ha visto restringido en cierto modo por la jurisprudencia internacional (Spijkerboer, 2009), es necesario fiscalizar la única vía de control más amplia que le queda al Estado que es definir *libremente* los elementos del núcleo familiar que pueden ser objeto de reagrupación familiar junto a las cuotas de acceso por trabajo.

La excesiva rigurosidad de la normativa de extranjería en la esfera familiar se suma a dificultades sociales y políticas que tiene el inmigrante en el acceso a una vivienda adecuada, la disponibilidad de unos recursos económicos, el ejercicio de un amplio *spectrum* de derechos de participación ciudadana o más bien de decisión sobre la prioridad de necesidades sociales. La esfera privada del inmigrante queda también atrapada en un laberinto jurídico-administrativo llamado reagrupación familiar que no atiende a la importancia de ciertas circunstancias internas (fases de la trayectoria migratoria, proyecto migratorio futuro, diferencias culturales, capacidad de renta y de ahorro del inmigrante) y externas (la crisis económica, las características del mercado inmobiliario, los fenómenos de discriminación y el acceso a los derechos sociales). No hay más preocupación por parte del Derecho de extranjería que disponer el cumplimiento preceptivo de la autorización de residencia cualificada así como los medios económicos o habitativos suficientes para ameritar el acceso a los beneficios del sistema del *welfare* o su integración efectiva.

De este modo, cualquier tipo de condicionante no negociable del régimen de la reagrupación familiar, ya bien de grado de proximidad de parentesco, edad, dependencia, estado civil, no hace más que minimizar o comprimir el ámbito de decisión del solicitante y subordinar sus necesidades sociales como familia. Las alternativas plausibles, a mi modo de ver, serían: admitir una cláusula que indicara “otros posibles familiares que el reagrupante acredite como tales y con los que precise agruparse”, flexibilizar los requisitos administrativos en base al criterio de progresividad de los derechos sociales y reforzar la igualdad en el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar desligándolo de la concepción de mero mecanismo de entrada legal sujeta a la soberanía del Estado.

Básicamente porque ante una lícita pero injusta dislocación entre la familia legalmente admitida y las realidades familiares existentes, el Derecho debería superar su fuerza impositiva y catalizadora del conflicto jurídico transfronterizo. La seguridad jurídica o la justicia no puede lograrse a través de métodos normativistas tradicionales, sino por la acomodación a las exigencias y aspiraciones de las personas que viven en una realidad social en constante cambio. Una mayor flexibilidad o porosidad del Derecho en atención a las necesidades vitales y aspiraciones sociales de los individuos es más que nunca necesaria. De lo contrario, se pone en riesgo el mínimo de justicia material que el Derecho debería garantizar en la sociedad y no hace por la inercia que genera el *miedo líquido* (Bauman, 2006/2007) hacia “el otro”, titular de derechos —no exclusivamente nuestros— de forma simplemente diferente.

Referencias

- Abarca Junco, Paloma y Vargas Gómez Urrutia, Marina (2006). Artículo 17. Familiares reagrupables. En Carlos Esplugues Mota (Ed.), *Comentarios a la Ley de Extranjería* (pp. 447-492). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Balsamo, Francesca (2003). *Famiglie di migranti. Trasformazioni dei ruoli e mediazione culturale*. Roma: Carocci.
- Bauman, Zygmunt (2006/2007). *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Bonizzoni, Paola (2009). Living together again: families surviving Italian immigration policies. *International Review of Sociology*, 19(1), 83-101. <http://dx.doi.org/10.1080/03906700802613954>
- Bryceson, Deborah Fahy y Vuorela, Ulla (Eds.) (2002). *The transnationalism Family, New European Frontiers and Global Networks*. Oxford: Berg.
- Camarero Rioja, Luís Alfonso y García Borrego, Ignacio (2004). Los paisajes familiares de la inmigración. *Revista española de sociología*, 4, 173-198.
- Carens, Joseph (2003). Who should get in? The Ethics of Immigration admissions. *Ethics and international affairs*, 17(1), 95-110. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1747-7093.2003.tb00421.x>
- Comité de los Derechos Humanos. Observación general 19. Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).
- Constitución Española. Artículo 14. (BOE n. 311, de 29 de diciembre de 1978)
- Cosman, Brenda (1994). Family inside/outside. *University of Toronto Law Journal*, 44, 1-39.
- De Hart, Betty (2009). Love thy neighbour: family reunification and the rights of insiders. *European Journal of Migration and Law*, 11, 235-252. <http://dx.doi.org/10.1163/138836409X12469435402774>
- De Lucas Martín, Javier (2006). El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante. En Fernando Mariño Menéndez (Coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las Migraciones* (pp. 29-56). Madrid: Libros de la Catarata.
- De Lucas Martín, Javier (2009). La inmigración y la lógica del "estado de sitio" (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración). En Javier De Lucas y Ángeles Solanes Corella (Coord.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración* (p. 67- 96). Madrid: Dykinson.
- Dictamen del Consejo de Estado 515/2011 del 7 de abril de 2011. BOE Documento CE-D-2011-515.
- Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 (DOUE 2003 L 251/12).
- Favretto, Anna Rosa (1995). *Il disordine regolato, strutture, normative e conflitto familiare*. Torino: L' Harmattan.
- Fresneda Sierra, Javier (2001). Redefinición de las relaciones familiares en el proceso migratorio ecuatoriano a España. *Migraciones Internacionales*, 1(1), 135-144.
- Harris, Christopher Charles (1985/1986). *Familia y sociedad industrial. Homo sociologicus*. Barcelona: Ediciones península.
- Kofman, Eleonor (2004). Family-related migration: a critical review of European studies. *Journal of Ethnic and Migration studies*. 30(2), 243-262. <http://dx.doi.org/10.1177/0192513X09332162>
- Köning, René (1980/1994). *La familia en nuestro tiempo. Una comparación intercultural*. Madrid: siglo XXI.
- La Spina, Encarnación (2011). *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson.

- Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de 2009 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009).
- Marin Consarnau, Diana (2011). Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 27, 39- 59
- McGlynn, Catherine (2005). Family reunion and the Free movement of persons in European Law. *International Law Forum du droit international*, 7, 159-166.
<http://dx.doi.org/10.1163/157180405774579974>
- Mcintosh, Deborah (1988). Defining Family: a comment on the Family reunification provisions in the Immigration Act. *Journal Law and Social Policy*, 3, 104-115.
- Meil, Gerardo (1999). *La postmodernización de la familia española*. Madrid: Acento.
- Parella Rubio, Sònia (2007). Los vínculos afectivos y de cuidado en las familias transnacionales. Migrantes ecuatorianos y peruanos en España. *Migraciones Internacionales*, 4(2), 151-181.
- Pascouau, Yves (2011). *Conditions for family reunification under strain. A comparative study in nine EU member states*. Bruxelles: European Policy Centre.
- Pedone, Claudia (2006). *De l'Equador a Catalunya: el paper de la familia i les xarxes migratòries*. Barcelona: Fundació Jaume Bofill.
- Peñaranda Cólera, María del Carmen (2008). ¿Tecnologías que acercan distancias? sobre los "claroscuros" del estudio de la(s) tecnología(s) en los procesos migratorios transnacionales. En Enrique Santamaría Lorenzo (Ed.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, (pp. 133-164). Barcelona: Anthropos.
- Perruchoud, Richard (1989). Family Reunification. *International migration: quarterly review, International Organization for Migration*, 27(4), 509-524.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril de 2011, reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n. 103 de 30 de abril de 2011).
- Roca i Trias, Encarna (1999). *Familia y cambio social. (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Saroléa, Sylvinne (2006). *Droits de l'homme t migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*. Collection du centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain. Bruxelles: Bruylant.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 (BOE nº 295 de 10 de diciembre 2007).
- Solanes Corella, Ángeles (2008). ¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España. *Migraciones internacionales*, 4(4), 136-172.
- Spijkerboer, Thomas (2009). Structural Instability: Strasbourg case law on Children's Family Reunion. *European Journal of Migration and law*, 11, 271-293.
<http://dx.doi.org/10.1163/138836409X12469435402855>
- Tognetti Bordogna, Mara (2004). *Ricongiungere la famiglia altrove, Strategie, percorsi, modelli e forme dei ricongiungimenti familiari*. Milano: FrancoAngeli.
- Van Bueren, Geraldine (1995). The international protection of family members rights as the 21st century approaches. *Human Rights Quarterly*, 17, 732-765.



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons](#).

Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra bajo las siguientes condiciones:

Reconocimiento: Debe reconocer y citar al autor original.

No comercial. No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Sin obras derivadas. No se puede alterar, transformar, o generar una obra derivada a partir de esta obra.

[Resumen de licencia](#) - [Texto completo de la licencia](#)