

# EL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS

DR. PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*

*Profesor Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo*

Universidad de Huelva

fdezsan@uhu.es

INDICE: 1. Introducción. 2. El derecho de reagrupación familiar como un derecho protegible internacionalmente. 3. La regulación del derecho de reagrupación familiar de los extranjeros en el ámbito comunitario. 4. El derecho comparado. 5. El derecho español vigente. 6. Conclusiones.

INDEX: 1. Introduction. 2. The right of family reunification protected by the International Law. 3. The legal regulation of the family reunification law of the aliens in the framework of the European Community Law. 4. The comparative law. 5. The present Spanish Law. 6. Conclusions.

PALABRAS CLAVES: reagrupación familiar • ámbito comunitario

KEY WORDS: family reunification • European Community

## 1. INTRODUCCIÓN

El único instrumento jurídico, a nivel universal, que menciona la protección general de la familia es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando en su artículo 16, párrafo 3 indica que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Como puede comprobarse la redacción de este texto no puede ser más genérica, lo que requerirá precisiones y reglamentaciones concretas, pero al mismo tiempo no puede ser más contundente. La familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad tiene el derecho a la protección, no sólo de la sociedad sino también del Estado. Por tanto, esto obliga genéricamente a los Estados a arbitrar fórmulas de protección social que van más allá de la propia política interna de fomento o restricción de la natalidad o de la regulación de la convivencia o de cualquier otra circunstancia contenida en el propio derecho de familia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos perdió la oportunidad de concretar más esta previsión genérica de protección de la familia y se limitó prácticamente a copiar en el artículo 23, lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Al margen de otros Convenios Internacionales que, indirectamente, también protegen a la familia, sea en el marco de la protección de la mujer o de la infancia, la realidad es que hay una ausencia casi total de previsiones jurídicas respecto a la unidad familiar. Consecuentemente donde no se generan obligaciones, los Estados disponen de un margen de apreciación que pueden llevar, incluso, de la apreciación a la propia negación del derecho. Cuando, además, se trata de extranjeros, los



límites son aun mucho mayores. Con esta preocupación, quizás, la Asamblea General ha aprobado recientemente (el 1º de marzo de 2001) una Resolución sobre el respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias<sup>1</sup>, en la que se *Reafirma* que todos los Gobiernos, y en particular los de los países de acogida, deben reconocer la importancia vital de la reunificación de las familias y promover su incorporación en la legislación nacional a fin de que se proteja la unidad de las familias de los migrantes documentados.

Por un lado, pues, insta a los Gobiernos al reconocimiento de este derecho, pero, por otro lado, reconoce también que este sigue siendo un dominio reservado de los Estados. Por tanto, salvo los llamados derechos fundamentales, la regulación jurídica de la extranjería sigue siendo un dominio reservado para el derecho nacional. Lo que habría que discutir, pues, es si el reagrupamiento familiar es o no un derecho fundamental invocable ante los tribunales internos.

Cuando hablo de un derecho fundamental me voy a referir a un derecho inderogable y, por lo tanto, exigible en toda circunstancia. El razonamiento jurídico respecto al derecho del extranjero al reagrupamiento familiar como derecho inderogable se sostiene solamente con la lectura simple de los artículos referidos a los derechos inderogables en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4) donde no se recoge ni siquiera como derecho inderogable el derecho de un extranjero que resida legalmente en un país, a seguir residiendo en él.

Por su parte el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que también contempla los derechos inderogables, así como el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, nada indican de los derechos salvo el de no ser privado arbitrariamente de la vida, el de no ser sometido a tratamientos crueles, inhumanos o degradantes o al derecho a un proceso justo e imparcial.

Así, pues, el derecho a la vida de familia no es un derecho fundamental en el sentido de inderogable.

Ahora bien, esto no quiere decir que no sea un derecho protegible a nivel internacional.

Me propongo examinar esta cuestión desde una perspectiva general, por lo tanto no haré precisiones formales o incursiones reglamentistas extremas para estudiar las exigencias de su ejercicio. Tampoco me detendré en la delimitación de este derecho respecto a ciertos colectivos, como los menores no acompañados o como el reagrupamiento de los familiares extranjeros cuando el solicitante es nacional del Estado donde se solicita. Me situaré, pues, en la perspectiva general.

## 2. EL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO UN DERECHO PROTEGIBLE INTERNACIONALMENTE

Uno de los campos más interesantes para precisar esta cuestión en las que se relaciona el reagrupamiento familiar y la extranjería es, sin duda, la práctica de este ejercicio respecto a los refugiados, que nos puede dar la pauta del comportamiento de los Estados.

<sup>1</sup> Resolución de la Asamblea General 55/100, de 1º de marzo de 2001.

La Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 no incorpora el derecho a la reunificación familiar de los refugiados (no olvidemos que aunque con un estatuto muy especial, los refugiados no dejan de ser extranjeros). Por tanto, ni siquiera en este estatuto personal tan importante, se puede asegurar este derecho en el ámbito internacional.

No obstante, el Acta Final de la Conferencia que adoptó en 1951 la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiado, adoptó la siguiente recomendación:

“*Considerando* que la unidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado; y que esta unidad se halla constantemente amenazada, y

*Tomando Nota* con satisfacción de que según el comentario oficial del Comité Especial sobre Apatridia y Problemas Conexos (E/1618, pág. 40 del texto inglés), los derechos del refugiado se extienden a los miembros de su familia,

*Recomienda* a los Gobiernos que adopten las medidas necesarias para la Protección de la familia del refugiado y especialmente para:

- 1.- Asegurar que se mantenga la unidad familiar del refugiado, sobre todo en aquellos casos en que el Jefe de Familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país;
- 2.- Asegurar la protección de los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a los jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción”<sup>2</sup>.

Desde una perspectiva formalista, no podemos decir que una recomendación hecha en el seno de un Acta Final de una Conferencia Diplomática pueda considerarse *strictu sensu* como una norma jurídica. Sin embargo, no hay que olvidar que la Recomendación la realizan Estados que muestran su interés en las manifestaciones que realizan. Nada les obligaba a ello. Sólo que es comprensible que no quisieran comprometerse jurídicamente hablando porque en aquellos años, las condiciones de vida, recién salido de una tremenda Guerra Mundial, no eran las mejores para compromisos formales de contenido social.

Ahora bien, las condiciones económicas y sociales han cambiado y la práctica de los Estados están condicionando estos aspectos desde una perspectiva jurídica. Los Estados han venido adoptando diferentes medidas en este campo. En general podemos decir que los Estados han sido respetuosos con este derecho de reunificación familiar y lo han ido incorporando paulatinamente a sus ordenamientos jurídicos internos hasta el extremo de haber hecho de la reunificación familiar una de las prioridades en las que trabaja el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que no debemos olvidar que es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde están representados la mayoría de los Estados del mundo y, que además, está financiado por los mismos.

Si esto es admisible en el régimen especial de los refugiados por considerar que es un derecho de todo ser humano a vivir en familia, no hay razón de peso para pensar que los Estados deban ser más cicateros con los extranjeros en general.

<sup>2</sup> El texto completo de este Acta puede verse en el libro *Collection of International Instruments concerning Refugees* publicado por la Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 1990, pp. 37 y 38.

De hecho, a pesar de que el Derecho Internacional considera que los Estados tienen el derecho a determinar el régimen jurídico de entrada o permanencia de extranjeros en su territorio, una vez que se haya decidido ese régimen, que no puede ser incompatible con la protección mínima de los derechos humanos, los Estados deben admitir que el extranjero pueda contar con su entorno familiar, aunque luego veremos a que me refiero con esto de su entorno familiar.

Así, la propia Organización Internacional del Trabajo ha considerado en un Informe sobre los Trabajadores Migrantes la importancia social y humana que tiene la reagrupación familiar<sup>3</sup>, al igual que los Estados calificaron de factor importante la reunificación de las familias de los migrantes documentados en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo<sup>4</sup>. Ahora bien, soy consciente que una cosa es la trascendencia social y humana, por muy importante que esta sea y otra la jurídica.

Por eso me permito apoyarme en un texto convencional como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y cuyo artículo 44 dice:

*“1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.*

*2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.*

*3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios”.*

Los formalistas también me podrían decir, sin lugar a dudas, que esta Convención no está en vigor porque requiere que haya al menos 20 ratificaciones no conseguidas aún, e incluso que ha sido muy poco firmada, sobre todo por los Estados Occidentales que son normalmente los receptores de inmigrantes. Ahora bien en este tema de la reagrupación familiar indica, una vez más, la convicción jurídica de la comunidad internacional de que estamos ante un derecho reconocido.

En otro texto convencional, este sí, en vigor y ratificado por los Estados Occidentales europeos, la Carta Social Europea recoge en su artículo 19-6º la obligación de los Estados de facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado a establecerse dentro de su territorio<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> VII Informe sobre Trabajadores Migrantes, 59ª Sesión de la OIT, 1974, p. 27.

<sup>4</sup> Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Doc. S.95.XIII.18, cap. I, Resolución 1, anexo.

<sup>5</sup> El anexo a la Carta Social Europea se recoge que a los efectos de aplicar esta norma “la expresión *familia del trabajador extranjero* se interpretará en el sentido de que se refiere a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de veintiún años que vivan a su cargo. Desde luego esta expresión tan machista sólo se comprende por la época en que se redactó la Carta

Es verdad igualmente que recoge una expresión que podría considerarse poco garantista. Me refiero a la de facilitar en lo posible. Pero esto, en mi opinión, es perfectamente compatible con la formulación del derecho de reagrupamiento familiar que no es un derecho absoluto como ya he manifestado, sino un derecho regulable. Esto ha hecho de que parte de la doctrina hable de conceptos jurídicos indeterminados y de discrecionalidad administrativa que si bien son expresiones afortunadas en el orden jurídico interno español, me resultan expresiones demasiado duras en el ordenamiento jurídico internacional<sup>6</sup>.

En el sentido de compatibilizar el derecho de reagrupación familiar de los extranjeros con los derechos humanos fundamentales, me interesa destacar el marco geográfico-jurídico de nuestro entorno. Por ello me permito invocar el Convenio Europeo de Derechos Humanos que ha sido interpretado en el sentido de otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados respecto a la reagrupación familiar. Es verdad que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enriquecido la efectividad del derecho a la vida de familia, contemplado en el artículo 8 del Convenio. Pero, en mi opinión personal, no debemos extender esta interpretación sobre las obligaciones positivas de los Estados de respetar efectivamente la vida de familia con el derecho de agrupación familiar de los extranjeros. Como muy bien dice el Magistrado de Prada Solaesa “el artículo 8 no garantiza sino el “respeto” a la vida privada familiar, es decir, no contiene una garantía a todo evento de la vida privada familiar”<sup>7</sup>.

Esto no quiere decir, que, una vez decidido por los Estados el otorgar este derecho, no sea susceptible, como luego veremos, de extender los derechos familiares, en igualdad de condiciones que los nacionales.

Esta argumentación está avalada por la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y podría analizarse desde la perspectiva de invocar el reagrupamiento familiar como motivo de ingreso en el territorio de un Estado o de invocarlo para impedir la expulsión del mismo.

Incluso, invocando el reagrupamiento familiar para ingresar en el país, no ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tal derecho sea igual según se trate de la hipótesis de contemplar el derecho de elección de residencia familiar de los extranjeros como una exigencia al Estado<sup>8</sup>, al ejercicio por parte de un padre del derecho de visita respecto de su hija de catorce años<sup>9</sup>.

y por su traducción en español. Hoy día no podría interpretarse de forma sexista y habría que aplicar el derecho de igualdad.

<sup>6</sup> Véase en este sentido un trabajo de la Prof. Lidia Santos Arnau, que a pesar de ser internacionalista se ha contagiado del Derecho Administrativo, aunque su criterio científico es, desde luego, muy defendible en este tema tan a caballo entre los distintos ordenamientos. Santos Arnau, Lidia: *Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad: Especial Referencia al Visado para la Reagrupación Familiar*, en el libro *Extranjeros*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, colección *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, noviembre 1994, pp. 439-462.

<sup>7</sup> Prada Solaesa, Jorge Ricardo de: *La jurisprudencia de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación a los extranjeros*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 490.

<sup>8</sup> Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985.

<sup>9</sup> Caso Berrehab de 21 de junio de 1988.

Lo importante, pues, es que la negativa del reagrupamiento familiar sea conforme a otros derechos fundamentales, de ahí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya constatado en varias ocasiones la disconformidad de decisiones de expulsión con el derecho a la vida familiar contemplado en el artículo 8<sup>10</sup>, aunque en otra ocasión<sup>11</sup> el Tribunal considera que la decisión francesa de expulsar a un tunecino de 28 años, residente en Francia desde los ocho años y condenado por proxenetismo agravado no era contraria al derecho de la vida de familia por que la circunstancia del delito cometido era de tal gravedad que permitía a Francia ese margen de apreciación.

O, incluso, cuando no existe ningún obstáculo para que los padres y sus hijos puedan vivir juntos en su país de origen, la expulsión no viola el derecho a la vida de familia<sup>12</sup>

Estamos, pues, como puede comprobarse con un amplio margen de apreciación de los Estados en este sentido. Pero, como he reconocido hace ya algunos años, el margen de apreciación de los Estados no puede considerarse como una zona gris. O se viola el derecho o no se viola pero no se permite la arbitrariedad<sup>13</sup>.

### 3. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

En el entorno de los Estados Partes en la Unión Europea, las disposiciones en este tema son muy variadas. Por ello se requería cierta armonización legislativa respecto al reagrupamiento familiar de los extranjeros extracomunitarios<sup>14</sup>. Conscientes de ello, el Consejo de Ministros de la Unión Europea adoptó una Resolución el 1 de junio de 1993, que como tal acto institucional no es vinculante pero que refleja la necesidad de armonizar la práctica de este derecho de los extranjeros residentes en el territorio comunitario<sup>15</sup>.

El Consejo de Ministros establece una serie de principios comunes y un plazo: el 1 de enero de 1995. España se dispuso a adaptarse a estas nuevas medidas y, por ello, el Consejo de Ministros acordó el 12 de noviembre de 1993 recoger el guante comunitario y admitir la posibilidad de tal derecho, incluyendo por tanto, el derecho del cónyuge al reagrupamiento familiar (este Acuerdo fue publicado como anexo en la Resolución de 18 de febrero de 1994 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia<sup>16</sup>).

<sup>10</sup> Caso Moustaqim contra Bélgica de 18 de febrero de 1991 o Caso Beldjoudi contra Francia de 26 de marzo de 1992 o Caso Nasri contra Francia de 13 de julio de 1995.

<sup>11</sup> Caso Boughanemi contra Francia de 24 de abril de 1996.

<sup>12</sup> STEDH, Caso Cruz Varas y Otros, Sentencia de 20 de marzo de 1991, Série A, nº 201, par. 88.

<sup>13</sup> Fernández Sánchez, Pablo Antonio: *El caso REES: una excesiva interpretación del margen de aplicación de los Estados*, en Anuario de Derechos Humanos, vol. V, 1988-89.

<sup>14</sup> Siempre que me refiera en este apartado al derecho de reagrupación familiar, hago referencia a la de los extranjeros extracomunitarios, dado que los ciudadanos comunitarios, en virtud del principio de libre circulación ya lo tenían reconocido previamente. Véase, por ejemplo, el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre (JOCE de 19 de octubre de 1968, p. 2) si se trata de asalariados o la Directiva 73/148/CEEE de 21 de mayo de 1973 (JOCE de 28 de junio de 1973, p. 14) si se trata de independientes.

<sup>15</sup> Doc. SN 282/1/93 WGI 1497 Rev. 1.

<sup>16</sup> BOE de 24 de febrero de 1994.

Esta posibilidad sería recogida inicialmente en la Resolución de 15 de febrero de 1994 sobre “Instrucciones generales y de procedimiento sobre la tramitación de visados para la reagrupación de familiares de los no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea”<sup>17</sup>. Estas instrucciones indican el plazo previo de residencia del titular, así como la documentación y la tramitación a seguir.

No quisiera que perdiéramos de vista que la consolidación del Tratado de la Comunidad Europea, tras el Tratado de Ámsterdam, ha recogido parte de la política de inmigración relacionada con la libre circulación de personas. Así, en su nuevo artículo 63 (antiguo 73 K), da un plazo de cinco años al Consejo de Ministros para que adopte medidas que establezcan las “condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar”<sup>18</sup>.

No es este el momento ni el lugar idóneo para hacer un análisis profundo sobre la política de inmigración comunitarizada por el Tratado de Ámsterdam, ni sus posteriores desarrollos puesto que sólo me interesa destacar los aspectos relacionados con la reagrupación familiar, que dicho sea de paso es de las más evolucionadas.

Por ello, el Consejo Europeo de Tampere (16 de octubre de 1999) reconoció la política de integración de los inmigrantes basada en los mismos derechos que los ciudadanos de la Unión Europea.

En este marco, e inspirándose en el propio derecho de reagrupación familiar que tienen ya los ciudadanos europeos que ejercen su derecho de libre circulación, la Comisión Europea elabora una propuesta de Directiva cuya clave, como he dicho, es la casi equiparación de los residentes legales extracomunitarios con los ciudadanos comunitarios. El principio es, pues, que sean residentes legales, independientemente de que dicha legalidad le venga por ser un asalariado, estudiante, con derecho al libre establecimiento, etc.

Eso sí, esta propuesta de Directiva va a fijar condiciones de entrada y a establecer algunos aspectos del estatuto jurídico de los miembros que van a constituir la unidad familiar.

Cuando la Comisión elaboró el proyecto de Directiva<sup>19</sup> lo hizo siguiendo el procedimiento establecido. De esta manera remitió su Propuesta al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. El Consejo consultó al Parlamento, acorde con el artículo 67 del nuevo Tratado CE y el propio Parlamento comunicó a la Comisión las modificaciones que consideraba convenientes (art. 250-2º del nuevo Tratado CE).

La Propuesta de Directiva, saneada ya con las modificaciones solicitadas por el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social<sup>20</sup>, reconoce muy especialmente algo que me parece digno de comentar, la conformidad de que las medidas de reagrupamiento familiar tienen que estar en con-

<sup>17</sup> BOE de 24 de febrero de 1994

<sup>18</sup> No hay que olvidar que el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca disfrutaban de un estatuto especial en virtud de Protocolos anejos al Tratado de Ámsterdam. Es la técnica de *opting out*, tan de moda en el marco comunitario.

<sup>19</sup> Doc. COM(1999) 638 final – 1999/0258 (CNS), de 1 de diciembre de 1999.

<sup>20</sup> Doc. COM(2000) 624 final – 1999/0258 (CNS).

sonancia con la normas establecidas respecto a la protección de la familia en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, garantía recogida en el Tratado de la Unión Europea (art. 6-2º). Hay que tener en cuenta, pues, lo que he mencionado anteriormente a este respecto.

Se insta, en sus propias palabras, el derecho de reagrupación familiar, para garantizar la protección de la familia y el mantenimiento o la creación de la vida familiar, y lo insta como un derecho reconocido por todos los Estados Miembros<sup>21</sup>.

La reagrupación familiar la entiende esta propuesta de Directiva de una forma amplia como la “entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión o de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho estado miembro con el fin de formar o mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del residente”.

El núcleo familiar al que se dirige la Comisión es el cónyuge y los hijos menores, aunque permite que se reconozcan también a las parejas de hecho, si el derecho nacional de los Estados lo permite. Esto quiere decir que el Derecho Comunitario no asimila directamente la situación de las parejas de hecho<sup>22</sup>. Permite extender el derecho de reagrupación familiar a los ascendientes<sup>23</sup> y a los hijos mayores de edad siempre que no puedan vivir en condiciones decentes y de autosuficiencia separados del miembro de su familia que resida legalmente en un Estado Miembro. Incluye a los suegros y a los hijos adoptados o sobre los que se ejerza el derecho de custodia, sea el reagrupante o su cónyuge.

No reconoce el derecho de reagrupación familiar para los matrimonios polígamos, permitiendo sólo la reagrupación de una esposa. Y ni siquiera permite *prima facie* la reagrupación de los hijos menores de esta segunda u otra esposa, salvo que “el interés superior del hijo así lo exigiere”<sup>24</sup>.

La propia Propuesta de Directiva afirma que sus normas deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones más favorables.

Sin embargo, en mi opinión personal, resulta llamativo que no haya considerado el tema de las parejas de hecho, independientemente de si la legislación nacional lo permite o no porque si no de esta forma está contribuyendo a crear un marco que es el que pretende reducir: el que los reagrupantes busquen el Estado que le sea más favorable a sus intereses de reagrupación familiar.

Carece de interés analizar exhaustivamente esta Propuesta de Directiva más allá de los elementos analizados, como es el reconocimiento del derecho y su extensión. Las formas procedimentales de solicitud y las condiciones materiales del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar pueden estudiarse directamente, por lo que me remito a la propia Propuesta de Directiva.

<sup>21</sup> Con la excepción del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca que tienen estatutos especiales en los Protocolos anejos al Tratado de Ámsterdam.

<sup>22</sup> La Comisión en su primera Propuesta incluía hasta las parejas del mismo sexo, considerando prueba suficiente la cohabitación o los testimonios fidedignos (pág. 16)

<sup>23</sup> Siempre que no sean estudiantes los reagrupantes.

<sup>24</sup> La propia Comisión explicó, como ejemplo, en su primera Propuesta de Directiva, que valdría la muerte de su madre biológica (pág. 17).

Ahora bien, como ha reconocido Pieter BOELES, “no hay ninguna seguridad de que el Consejo adopte esta propuesta de la Comisión tal y como es ahora. Existe la posibilidad de que los elementos principales de la propuesta se sacrifiquen en el proceso de toma de decisiones venidera”<sup>25</sup>. Por esta razón estoy de acuerdo con él en señalar los aspectos que deben ser retenidos, aunque no comparta los que él recoge. Así, entiendo que el principal es la formulación y la definición del derecho mínimo a la reagrupación familiar y el predominio de las obligaciones internacionales. BOELES recoge además, la cláusula *standstill* que ha rechazado expresamente la Comisión y, a mi entender, no ha comprendido bien el principio de la norma más favorable o la traducción de dicho artículo (que es pésima) no ha sabido recoger su pensamiento<sup>26</sup>.

#### 4. EL DERECHO COMPARADO

Como he dicho, la regulación de este derecho de reagrupación familiar necesita claramente una armonización legislativa en los Estados Miembros de la Unión Europea que, hoy por hoy, es muy diversa. En este sentido, por ejemplo, Bélgica tiene dispuesto en su Ley de 15 de diciembre de 1980 (Diario oficial de 31 de diciembre)<sup>27</sup>, modificada por la Ley de 15 de julio de 1996, la posibilidad de que la pareja de un extranjero y sus hijos soliciten la admisión en el país para vivir con el titular del derecho, siempre y cuando los dos miembros de la pareja sean mayores de dieciocho años y los hijos estén a su cargo (artículo 10-4º y artículo 15 de la citada Ley). El Tribunal de Arbitraje<sup>28</sup>, ha interpretado que el concepto pareja no excluye a los convivientes. Por tanto no se requiere un vínculo jurídico entre ambos. En el fondo este Tribunal no hace más que asimilar la constante jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación a la inexistencia de distinción entre familias legítimas e ilegítimas, en el marco del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia seguida por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>29</sup> que asimila el término “vida familiar” a la que resulte no sólo en el seno de una familia matrimonial sino en una unión no matrimonial<sup>30</sup>.

Como vemos, sólo se dispone del derecho a solicitar la reagrupación familiar pero no el derecho absoluto, aunque es difícil pensar que pudiera arbitrariamente denegarse.

La nueva Ley belga de regularización de ilegales, de 22 de diciembre de 1999<sup>31</sup> contempla la posibilidad de regularizar a los familiares ilegales de los extranjeros residentes que puedan demostrar

<sup>25</sup> BOELES, Pieter: *Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración*, en *Afers Internacionals*, núm. 53, 2001, pp. 125-138.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>27</sup> Un análisis de los aspectos relacionados en esta Ley puede verse en NYS, Mylène: *Le droit au regroupement familial: Nouvelle dispositions legales* en *Revue du Droit des Étrangers*, 1994, n° 77, pp. 3-26.

<sup>28</sup> Sentencia n° 4/96 de 9 de enero de 1996.

<sup>29</sup> STEDH, Caso Marckx, Sentencia de 13 de junio de 1979, par. 31.

<sup>30</sup> La Sentencia del Caso Marckx no hace referencia a una unión de hecho sino a la relación de filiación y sus consecuentes derechos patrimoniales de una madre soltera y su hija, precisamente contra Bélgica. Sin embargo, si se señala es porque fue la primera vez en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este tema, teoría que nunca más ha abandonado cuando ha analizado el artículo 8 del citado Convenio.

<sup>31</sup> Diario Oficial de 10 de enero de 2000.

tener vínculos sociales durables (parece obvio que puede referirse a la relación de familia, aunque no sólo), siempre y cuando lleven cinco años, al menos, de residencia aunque sea ilegal en Bélgica.

Por su parte, Alemania, en su normativa sobre extranjería, Ley de 9 de julio de 1990<sup>32</sup>, reformada el 15 de julio de 1999<sup>33</sup>, garantiza también la reunificación familiar de los extranjeros siempre y cuando tenga un volumen de vivienda suficiente (según las normas de viviendas de protección oficial en estado de arrendamientos sociales, salvo que se trate de hijos menores de dos años) y que tengan medios económicos suficientes para el mantenimiento familiar.

Puede denegarse si el extranjero debe recibir subsidio social para la familia o haya motivo de expulsión para los reunificados.

En cuanto a las personas que pueden beneficiarse de este derecho, la Ley alemana habla en todo momento del cónyuge del extranjero. Por tanto exige una sociedad conyugal conforme a las leyes alemanas y de un matrimonio estable y duradero (la Ley habla de un matrimonio constante). Incluso para que el cónyuge tenga derecho de estancia, una vez que se liquide la sociedad conyugal, Alemania exige un matrimonio de, al menos, cuatro años en territorio de la República Federal.

Respecto a los hijos, la Ley alemana habla de hijos solteros menores de 16 años, siempre y cuando los dos cónyuges dispongan de permisos de residencia. Esto quiere decir que podrá denegarse la reunificación de los hijos menores cuando uno de los cónyuges no tenga permiso de residencia en Alemania, salvo que se trate de padres solteros o ya legalmente divorciados.

Para otros casos, la Administración alemana se reserva el derecho discrecional de estudiar la situación en caso de que el menor hable alemán o por sus circunstancias personales pueda integrarse en la cultura alemana o por evitar un perjuicio mayor, o, el también derecho discrecional si el hijo ha nacido en territorio federal o haya entrado como menor y su bienestar se garantice sin necesidad de ayudas públicas.

Respecto a otros familiares, la Ley alemana regula en un único artículo residual la posibilidad de conceder permisos de estancia cuando haya de evitarse un perjuicio grave, sin señalar quienes podrían ser los familiares del extranjero, objeto del derecho de reunificación, pero por el contenido del citado artículo 22 de la Ley alemana de extranjería, se trata de prever más que cada aquellos casos del cónyuge no previstos en la norma y de los hijos mayores de edad. Así que mucha parquedad en el ejercicio de este derecho de reunificación en Alemania.

Por su parte, Francia regula este derecho de reagrupamiento familiar en su Ley 93-1027 de 24 de agosto de 1993, artículo 23<sup>34</sup>, donde exige un período previo de estancia del extranjero en la

<sup>32</sup> Diario Oficial BGBl. I. S. 1354 y BGBl. III 26-6.

<sup>33</sup> Diario Oficial BGBl. I.S. 1618, 1620.

<sup>34</sup> No obstante hay que precisar que ya el Consejo de Estado francés había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema considerando que los inmigrantes residentes legalmente en Francia tienen los mismos derechos que los franceses a llevar una vida familiar normal, por lo que les asiste el derecho de reagrupamiento familiar. Esta interpretación la hace basándose en el Preámbulo de la Constitución Francesa de 27 de octubre de 1946. Dictamen del Consejo de Estado de 8 de diciembre de 1978, en *Recueil de Conseil d'État*, 1978, p. 493.

República francesa de, al menos, dos años y siempre y cuando tenga un permiso de residencia de una duración mínima de un año desde que solicita el reagrupamiento.

El derecho en sí mismo no es graciable sino absoluto, dado que la Ley especifica que no puede ser rechazado más que por una serie de causas tasadas que suelen coincidir que lo establecido en la Ley alemana ya analizada, es decir, que no tenga rentas suficientes para el mantenimiento, o un lugar habitable según los usos de la sociedad francesa, o los familiares reagrupables sufran enfermedades que pongan en peligro la salud pública, el orden público o la seguridad pública o su presencia constituya una amenaza para el orden público.

Personalmente pienso que esta regulación es bastante razonable, salvo lo establecido en el cómputo inicial de tiempo de residencia del extranjero que me parece excesivo, aunque conociendo la cicatería de los Estados a la hora de conceder permisos de residencia, es poco probable que se establezcan plazos más breves en la realidad.

El núcleo familiar hacia el que se dirige esta normativa francesa es bastante nuclear. Se limita al cónyuge y a los hijos menores de 18 años de la pareja. Por tanto está excluyendo a los hijos mayores de esa edad o a los hijos de algunos de los cónyuges y, por supuesto a cualquier otro dependiente. La única posibilidad que ofrece la Ley francesa es la del reagrupamiento de los hijos de cualquiera de los dos cónyuges con la condición de que el padre o la madre natural hayan fallecido o perdido sus derechos de filiación.

En el derecho británico, la regulación del reagrupamiento familiar es mucho más complejo de detectar dado que hay una multiplicidad de regímenes, según la procedencia del extranjero. No sería lo mismo venir desde la Isla de Man o de Irlanda, por ejemplo, que de Hong-Kong o de cualquier otro territorio de la Commonwealth, o, por supuesto, de Estados comunitarios. Igualmente la extranjería cualificada también se regula de modo diferente como pueden ser los refugiados.

Sin embargo, si podrían extraerse ideas generales respecto al reagrupamiento familiar ya que las distintas leyes británicas, en esencia, hacen regulaciones muy parecidas al respecto, aunque, sin embargo, la llamada por ellos mismos, ley principal de inmigración (Immigration Act 1971) es muy parca en esta cuestión. Lo que si deja claro en sus principios generales es que el derecho de reagrupación familiar no es un derecho contemplado expresamente en la Ley sino que se deriva a la competencia del Secretario de Estado para que estipule las normas más convenientes, lo que no le da rango jerárquico de ley a este derecho y puede, por tanto, ser modificado o abrogado convenientemente por el Secretario de Estado de turno.

Por tanto, en mi opinión, queda claro que el familiar reagrupable de un extranjero no tiene el derecho a permanecer en el Reino Unido con el titular del derecho.

Para los ciudadanos de la Commonwealth se mencionan expresamente a las esposas (no a los maridos, aunque ya he indicado que esta cuestión fue debatida y sentenciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y a los hijos, en principio, sin límites de edad.

Es curioso que la legislación británica se ha planteado la problemática de la poligamia, aunque sólo para el caso de las esposas que, en todo caso, es el más común en las sociedades que han sido colonias británicas. Si la British Nationality Act de 1948 se planteaba el registro de todas las esposas

y, por tanto, el derecho de todas ellas a residir en el Reino Unido, la nueva Immigration Act de 1988 ha restringido este derecho expresamente, limitándolo para la que se deduce es la esposa principal o aquella que ya esté registrada como tal en el Reino Unido, sea como esposa o como viuda del titular de la residencia.

Poco más se menciona en ley principal sobre inmigración del Reino Unido. En el caso de los refugiados, la norma británica sí que incluye el concepto de dependiente y expresamente dice en la Asylum and Immigration Appeals Act 1993 que tendrá el derecho de reagrupación familiar con la esposa o los hijos menores de dieciocho años del titular. Por tanto es muy restrictivo. Ni siquiera menciona la expresión cónyuge que es más neutra o a los hijos de la mujer en caso de que dependieran de la pareja. Por supuesto nada de los ascendientes o los hijos mayores u otros parientes.

En este sentido, las leyes más generosas, quizás, sean la italiana y la portuguesa. En Italia, la Ley sobre Disciplina de la Inmigración y normas sobre la condición del extranjero, de 6 de marzo de 1988<sup>35</sup>. En ella se reconoce expresamente el derecho absoluto del extranjero a mantener su unidad familiar durante su estancia en Italia con el único límite de que se trate de un extranjero con permiso de residencia superior a un año, independientemente de si sus razones de residencia son el trabajo, el estudio, el asilo, el establecimiento profesional, las razones religiosas, etc., considerándose una prioridad absoluta la brevedad en la tramitación administrativa y jurisdiccional cuando se trate del reagrupamiento de los menores.

El grupo de personas a que se dirige este derecho es muy amplio, quizás el más amplio de nuestro entorno jurídico-cultural-geográfico. Reconoce este derecho a los cónyuges con tal de que no estén legalmente separados, a todos los hijos menores (para la legislación italiana la mayoría de edad es a los 18 años), sean de la pareja actual, nacidos fuera del matrimonio, o de uno de los componentes de la pareja con el único requisito de que el otro progenitor otorgue su consentimiento o adoptado o sometido a tutela. Extiende el derecho de reagrupamiento familiar a los padres e incluso, a cualquier pariente hasta el tercer grado con la única condición de que sea inhábil para el trabajo según la legislación italiana.

Como puede observarse esta normativa es más consecuente con las distintas situaciones personales que pueden derivarse del estatus de cada extranjero y sus circunstancias.

Imaginémonos, por ejemplo, un extranjero con hermanos menores que dependen de él pero que él no ostenta la titularidad de la patria potestad al vivir aun sus progenitores. ¿No es justo que, si dependen de él, puedan beneficiarse de este derecho de reagrupamiento familiar?

Por supuesto también requieren las autoridades italianas que tengan medios de subsistencia y de residencia para atender a estos dependientes.

Portugal, por su parte, también reconoce en el Decreto Ley n° 244/98 de 8 de agosto que regula la entrada, permanencia, salida y expulsión de extranjeros del territorio nacional<sup>36</sup>el derecho

<sup>35</sup> Gazzetta Ufficiale n° 59 de 12 de marzo de 1988, Suplemento Ordinario n° 40. Esta Ley y otros textos jurídicos fueron compendiadas el decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, n° 286, publicado en la *Gaceta Ufficiale* de 187 de agosto de 1998, n° 191, Suplemento ordinario.

<sup>36</sup> Diário da República n° 182/98, I – A série, pp. 3832 y ss.

absoluto del reagrupamiento familiar del extranjero residente con la única condición de probar que dispone de alojamiento y de medios de subsistencia suficientes para cubrir las necesidades de la familia.

Los destinatarios son el cónyuge, los hijos a cargo, menores de 21 años o incapaces, de cualquiera de los dos cónyuges, siempre que le estén legalmente confiado, los menores adoptados, los ascendientes del titular o del cónyuge, es decir, los suegros, siempre que se encuentren a su cargo y los hermanos menores siempre que se encuentren bajo la tutela del residente.

Como puede verse es una ley muy generosa, al igual que la italiana.

##### 5. EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE<sup>37</sup>

Los avatares de la normativa en materia de inmigración en España han podido ser seguidos con facilidad porque ha supuesto uno de los temas más relevantes de la vida pública de España en los últimos años. No obstante voy a obviar todo lo que no tenga relación con el derecho de reagrupación familiar de los extranjeros.

En efecto, la propia Ley española de Extranjería actualmente vigente<sup>38</sup> le dedica un capítulo, el II, a la reagrupación familiar de los extranjeros, y lo hace mencionando específicamente a lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España<sup>39</sup>. Tiene, pues, conciencia de que estamos hablando de derechos reconocidos a nivel internacional<sup>40</sup>.

La Ley española hace referencia, bajo el epígrafe de reagrupación familiar, a dos conceptos distintos, al derecho a la vida de familia y a la intimidad familiar.

Voy a referirme exclusivamente al primer derecho, que lo otorga de forma absoluta: “los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”. De esta manera, España interpreta también el derecho a la vida de familia como el derecho de agrupación familiar de los extranjeros.

Esto ha supuesto una novedad en el derecho español puesto que la anterior Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, la única referencia que hacía a este derecho era el de residencia de los menores de dieciocho años y a los incapacitados que dependieran del titular.

<sup>37</sup> La bibliografía existente en español sobre el tema de la extranjería es muy amplia. Reducida, sin embargo, la que se dedica a reflexionar sobre la reagrupación familiar. Por ejemplo, Aragón Bombín, Raimundo (ed): *Regularización de trabajadores y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Fundación Paulino Torras Doménech, Barcelona, 1994. Todas ellas, por razones fácilmente comprensibles, analizan la perspectiva desde el derecho antiguo y no actual, el hoy día vigente, y, además, lo hacen en perspectiva jurídica interna, no internacional. Por ello, en general voy a prescindir de hacer referencias, salvo las estrictamente necesarias, para evitar la confusión.

<sup>38</sup> Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>39</sup> Una vez más se percibe el recalcitrante positivismo de los legisladores españoles que sólo hacen referencia a los Tratados, obviando otras normas igualmente vinculantes para España.

<sup>40</sup> En este sentido, los Profesores Rodríguez Benot, Andrés y Ybarra Bores, Alfonso han reconocido como la Ley Orgánica 4/2000 ignoró “que la configuración de los perfiles esenciales del derecho de extranjería viene hoy marcada por el Derecho internacional público en general y por el Derecho comunitario en particular”, en *Las claves de la reforma de extranjería*, en Revista *LA TOGA*, nº 125, marzo 2001, p. 33.

La Profesora Moya Escudero, con buen criterio critica que la actual Ley supedita “un derecho reconocido en la CE (art. 18) a toda persona humana a la situación de residencia”<sup>41</sup> aunque ella misma reconoce posteriormente que el artículo 87 del Convenio Europeo de Derechos Humanos admite “injerencias de la autoridad pública siempre que esté prevista en la ley respecto a este derecho”<sup>42</sup>. De hecho no hay que olvidar que los extranjeros no residentes, siempre que se encuentren en situación jurídica regular respecto a su ingreso en el territorio nacional, pueden desplazarse en familia en las mismas condiciones que cualquiera.

El Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que aprobó el ya derogado Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 derogando el anterior<sup>43</sup> reguló más exhaustivamente que la propia Ley el derecho de reagrupación familiar, incluyendo en esta tanda, no sólo al cónyuge (recordemos, no recogido en la propia Ley de 1985), sino también a los ascendientes dependientes. Las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar se desarrolló en la Orden de 8 de enero de 1999, del Ministerio de la Presidencia<sup>44</sup>.

Ahora bien, a pesar de ello, como podemos observar lo que reguló fue la posibilidad pero no el derecho automático. Por ello, el Pleno del Congreso de los Diputados acordó en junio de 1998 incluir entre sus Proposiciones no de Ley la de regular el reagrupamiento familiar de los extranjeros porque, en palabras de la Subcomisión encargada de su tramitación, “no pueden ser considerados solamente como mano de obra, sino como personas titulares de derechos”.

Ya he indicado como la vigente Ley de Extranjería recoge este derecho de reagrupación familiar como un derecho absoluto. Por tanto no pone ninguna condición más que, como es lógico, la acreditación del vínculo familiar y la determinación de los familiares reagrupables. Consecuentemente no es un derecho graciable sino absoluto. Por extensión, el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida le reconoce al apátrida este mismo derecho de reagrupación familiar tal como se formula en la vigente Ley de Extranjería<sup>45</sup>.

Una vez obtenida la residencia por causa familiar, se conservará aunque se rompa el vínculo matrimonial que lo permitió, aunque en la tramitación parlamentaria de la Ley de Extranjería cuando se pretendieron introducir en el Senado algunas modificaciones se propuso que podría determinarse por vía reglamentaria el tiempo de convivencia en España para el ejercicio de este último derecho, que finalmente no fue admitido. Sin embargo, la vigente Ley si que ha establecido que

<sup>41</sup> Moya Escudero, Mercedes: *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*, Editorial Comares, Granada, 2001.

<sup>42</sup> *Ibidem*. p.675.

<sup>43</sup> Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo.

<sup>44</sup> BOE de 13 de enero de 1999.

<sup>45</sup> El artículo 14 de citado Real Decreto dice textualmente: “El apátrida reconocido tendrá derecho a reagrupar a los familiares a los que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, conforme a los requisitos previstos en su Reglamento de Ejecución” (BOE nº 174, de 21 de julio de 2001).

“reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos<sup>46</sup>.

Ya he dicho que la Ley española 4/2000 reconoce, por primera vez en España, el derecho del extranjero al reagrupamiento familiar, dado que hasta ahora el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985<sup>47</sup> sólo regulaba el derecho a solicitarlo pero discrecionalmente podía denegarlo. Ahora, con la ley en la mano, no sería posible<sup>48</sup>.

Sin embargo, he reservado este momento para analizar el grupo familiar sobre el que recae ese derecho de reunificación. Y, en este sentido, la vigente ley española señala en su artículo 17 quienes son los familiares reagrupables. Y el primero, obviamente, es el cónyuge del residente, especificándose que debe ser cónyuge no separado de hecho o de derecho. No se como podría determinarse la separación de hecho pero es curioso que se plantee.

Como puede observarse, la tónica seguida por España es la general, siempre habla del cónyuge, por tanto, en principio, no sería posible establecer el reagrupamiento familiar con la pareja de hecho, lo que a la altura del tiempo que nos domina me parece una verdadera barbaridad, sobre todo, teniendo en cuenta las normas restrictivas de divorcio existente en numerosos países que impiden la normalización de muchas parejas de hecho y no digamos la opción personal en el ejercicio de la libertad afectiva.

Afortunadamente la jurisprudencia se encarga de interpretar adecuadamente este precepto. El propio Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la no equivalencia entre el matrimonio y las uniones de hecho pero también ha tenido la oportunidad de clarificar que esa no equivalencia no significa que no tenga que ser compatible con el principio de igualdad jurídica y de no discriminación. Por tanto, dice el Tribunal Constitucional “a tenor de este principio, cabe la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho estable cuando se trata de aplicar normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de afectividad”<sup>49</sup>.

El Tribunal Supremo muy recientemente, estando ya en vigor la presente Ley de Extranjería, ha tenido igualmente la oportunidad de estudiar el derecho de agrupación familiar de un extranjero, teniendo en cuenta su unión de hecho, equiparando estas con los matrimonios “a los efectos de apreciar la existencia de perjuicios irreparables inherentes a la expulsión, derivados del arraigo en España del solicitante de la exención de visado, por razón de la ruptura de la agrupación familiar”<sup>50</sup>. En este sentido, esta misma Sentencia reconoce que la Ley de Extranjería no asimila al cónyuge

<sup>46</sup> Un texto comparativo de la Ley Orgánica 4/2000, del Primer Borrador y de la Ley vigente puede verse en la web [www.elpais.es](http://www.elpais.es).

<sup>47</sup> BOE nº 47, de 23 de febrero de 1996.

<sup>48</sup> En la tramitación parlamentaria en el Senado hubo una propuesta para que reglamentariamente se pudiera determinar el tiempo previo de convivencia. Sin embargo ya sabemos que la suerte que corrieron todas las enmiendas propuestas en el Senado fue la misma, la no consideración.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2000 (sección 6ª), Ponente Don Juan Antonio Xiol Ríos.

con el conviviente de hecho a los efectos de poder solicitar visado de residencia por causa de reagrupación familiar,

“Sin embargo, la interpretación que esta Sala mantiene, la cual se funda en la interpretación del concepto jurídico indeterminado “causa suficiente” o “circunstancias excepcionales” contenido respectivamente en la Ley y en el propio Reglamento, no puede ser obstaculizada por el hecho de que el Reglamento no contenga idéntica asimilación al contemplar una situación análoga de reagrupación familiar. Como es obvio, los criterios de una disposición de rango subordinado a la ley no puede limitar o restringir por vía de analogía la interpretación de la misma”<sup>51</sup>.

Por tanto, a los efectos prácticos, se produce una identificación entre el cónyuge y el conviviente estable de hecho para poder reagruparse familiarmente.

Una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1994 reconoció, incluso, el derecho de un colombiano al visado de reagrupación familiar para convivir con su compañero homosexual español<sup>52</sup>.

En el campo del Asilo, la propia Ley de Asilo española, en su artículo 10 concede el asilo por extensión familiar “a la persona con la que se halla ligado por análoga relación de afectividad y convivencia”. Si esto lo es en una situación cualificada de la extranjería también debe serlo en una situación de normalidad.

Como elemento curioso también hay que decir que España excluye del derecho de reagrupamiento familiar a los cónyuges polígamos, aunque su ley personal admita esta modalidad matrimonial. En este sentido no hay que olvidar que la Ley 26/1992, de 10 de noviembre de 1992 que aprueba el Acuerdo de Cooperación del estado con la Comisión Islámica de España, no permite los matrimonios polígamos, por coherencia con el sistema jurídico de la regulación del matrimonio en nuestro ordenamiento que penaliza, incluso, la bigamia<sup>53</sup>.

Los hijos menores de 18 años o que estén incapacitados, siempre y cuando no estén casados o los hijos de alguno de los dos cónyuges, siempre y cuando sean titulares del derecho de patria potestad o de custodia y estén efectivamente a su cargo también tendrán derecho al reagrupamiento familiar, al igual que los menores de 18 años cuyo representante legal sea el extranjero residente. Nada se especifica respecto a los menores independientes, salvo que estén casados, lo que si se indicaba en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

Los ascendientes del residente o de su cónyuge, si dependen económicamente del residente, también tendrán este derecho. La inclusión de los suegros ha sido un acierto de esta Ley ya que en sociedades tan familiares como las mediterráneas bien pudieran darse numerosos casos de estas características

<sup>51</sup> Considerando número séptimo de la sentencia citada.

<sup>52</sup> Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de julio de 1994.

<sup>53</sup> Para un análisis más detallado sobre la integración del extranjero a través del matrimonio, véase García Rodríguez, I.: *La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control interno y comunitarios*, en *Actualidad Civil*, nº 18-19, mayo de 1999, pp. 447-462.

Sin embargo, el apartado e) del artículo 17 de la Ley anterior que disponía el derecho de reagrupamiento familiar de “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”, ha sido radicalmente suprimido. No entiendo la desaparición de este amplio dispositivo para tener en cuenta a otros familiares, de los que no se indique el parentesco ni la filiación y, por tanto, se incluiría la afinidad también. Y no lo entiendo porque siempre quedaría salvaguardada la discrecionalidad del Estado.

Hace años tuve ocasión de criticar este concepto tan reducido de familia en culturas donde se producen relaciones muy próximas en las familias. De hecho, la regulación civil en España de la familia, donde no se da un concepto genérico, es más exigente con sus miembros más allá de los padres e hijos estrictamente. Por ejemplo, el artículo 143 del Código Civil español obliga a los hermanos a tener obligaciones alimenticias y educativas. Por su parte los artículos 913 y ss. del Código Civil otorgan el derecho de herencia también a familiares que no son los estrictos herederos forzosos de ascendientes y descendientes.

Si esto es así, que lo es, ¿cómo es posible que se prescindiera de una regulación abierta en este terreno tal como recoge la presente Ley de Extranjería? En mi opinión personal nuestro ordenamiento jurídico merece una nueva regulación del reagrupamiento familiar de los extranjeros pero no una regulación más regresiva sino otra conforme con los tiempos y con el respeto que nos deben merecer todas las situaciones familiares cuya protección se incluyen en el irrenunciable derecho fundamental de la vida de familia y de la libertad personal al desarrollo afectivo.

Algo muy positivo de esta normativa es la conservación de la residencia de los familiares reagrupados aunque se rompa el vínculo familiar que dio origen a dicho reagrupamiento. En este sentido Esteve González considera esta medida una medida acertada, medida “que supone un cambio positivo respecto a la regulación anterior que (...) hacía depender la vigencia del permiso de residencia legal en España del reagrupante y el mantenimiento de las circunstancias que sirvieron de base para su concesión”<sup>54</sup>.

No debería terminar sin hacer una apreciación general sobre el nuevo Reglamento de Extranjería<sup>55</sup> respecto a este punto de reagrupación familiar<sup>56</sup>. Y mi impresión es que resulta extremadamente dura con las condiciones para el ejercicio de este derecho, tanto que, en mi opinión personal, puede vulnerar el derecho en sí mismo puesto que tantas condiciones, requisitos, documentos, etc.

<sup>54</sup> Esteve González, Lidia: *Reagrupación familiar* en el libro dirigido por Asensi Sabater, José: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Editorial Edijus, Zaragoza, 2000, p. 111.

<sup>55</sup> Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE 21 de julio de 2001).

<sup>56</sup> Para un análisis más detallado sobre la regulación española, aunque todavía sin tener en cuenta el novísimo Reglamento de Ejecución de la actual Ley, véanse Moya Escudero, Mercedes: *El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería*, en *La Ley*, 1 de febrero de 2000, pp. 1-8 y Aguilar Benítez De Lugo, Mariano y Grieger Machado, Hilda: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, en el libro coordinado por Rodríguez Benot, Andrés y Hornero Méndez, César: *El nuevo Derecho de Extranjería*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 97-143.

son tan extremadamente difíciles de conseguir que si los españoles nos viéramos con tanto condicionamiento para el matrimonio o tener hijos, unos y otros se reducirían sensiblemente.

Claro está que luego la jurisprudencia irá poniendo orden jurídico en tanto desaguisado. Por ejemplo, recientemente, el Tribunal Supremo incluso ha considerado que el vínculo matrimonial constituye “razón o motivo excepcional para dispensar del visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio”<sup>57</sup> porque las autoridades gubernativas le exigían tres años previos de matrimonio.

## 6. CONCLUSIONES

El Derecho Internacional permite que la admisión, estancia y expulsión de los extranjeros en el territorio de un Estado sean reguladas por el Derecho nacional siempre que se salvaguarden los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En este sentido, no existe un derecho humano a la reagrupación familiar. Sin embargo, los Estados disponen de un margen de apreciación que permitan garantizar el respeto a la vida de familia (cuya garantía no es absoluta) y los legítimos intereses de los Estados. Dicho margen de apreciación no puede ser ni discriminatorio ni arbitrario.

De esta manera, cuando se invoque el reagrupamiento familiar para ingresar en un territorio estatal o para no ser expulsado del mismo, el Estado solo puede negarlo cuando no se violen otros derechos fundamentales o cuando las razones que alegue sean razones de *orden público estatal*. No cabe, pues, ni la arbitrariedad ni el automatismo.

Ahora bien, si esta es la regla general del Derecho Internacional, nada impide que los Estados se comprometan en obligarse a respetar de forma más absoluta este derecho de reagrupación familiar.

En el marco comunitario, el propio Consejo Europeo de Tampere (16 de octubre de 1999) reconoció que la integración de los inmigrantes tenían que basarse en los mismos derechos que los ciudadanos comunitarios y, por tanto, con profundo respeto por la vida de familia, inspirados en el propio derecho de reagrupación familiar que tienen ya los ciudadanos europeos que ejercen su legítimo derecho de libre circulación.

En este sentido, las propuestas de la Comisión para la regulación de este derecho se centran en establecer un derecho de reagrupamiento familiar de los residentes legales, lo sean como asalariados, estudiantes, ciudadanos extranjeros con derecho de establecimiento, etc. que tenga carácter absoluto respecto de los miembros de la unidad familiar (cónyuge e hijos menores no emancipados, dependientes del reagrupante. Se hace, en palabras de la Comisión, como una manera de garantizar la protección de la familia y el mantenimiento o la creación de la vida familiar, en todos los Estados Miembros.

Respecto a las uniones de hecho, sean o no de distinto sexo, se permite que se reconozca si así lo decide el derecho nacional de cada Estado, aunque no establece su reconocimiento como obligatorio. Igualmente se permite extender este derecho de reagrupación, a los ascendientes o a los

<sup>57</sup> Información recientísima extraída del Diario El País, domingo 22 de julio de 2001, p. 32.

hijos mayores de edad, a los hijos adoptados o sobre los que se ejerza custodia, siempre y cuando dependan económicamente del reagrupante.

El Derecho Comunitario no admitirá la reagrupación de los cónyuges polígamos.

Como es lógico, el Derecho Comunitario establece una armonización bajo reglas de mínimos. Por tanto, el Derecho nacional de cada Estado podrá establecer normas más favorables, si lo desea.

No obstante, estas normas comunitarias, que se basan en los principios establecidos por el Consejo Europeo de Tampere, están en proceso de elaboración y pueden sufrir modificaciones o alteraciones. No obstante lo que no será posible es ignorar las normas internacionales ni las comunitarias de superior valor, así como el conjunto de normas europeas, incluidas las del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que forman parte integrante del acervo jurídico de los Estados que conforman la Unión Europea.

Los distintos Estados Miembros de la Unión Europea han ido regulando la reagrupación familiar en función de sus propias concepciones jurídicas. Percibo que los Estados mediterráneos han sido más generosos a la hora de aplicar este derecho que lo establecen como un derecho absoluto (en este sentido, España, Francia, Italia y Portugal), mientras que, por ejemplo, Alemania, Bélgica o Reino Unido no lo contemplan como un derecho sino como una concesión. Sin embargo, es difícil pensar que no pudiera concederse si se reúnen las condiciones establecidas por las distintas leyes. El Reino Unido, además, tienen varios regímenes diferentes según la procedencia del reagrupante y eso dificulta el establecimiento de la norma general aplicable.

Si suele haber mayor armonización en cuanto a las exigencias para el ejercicio del derecho, como la extensión familiar (más generosa en los Estados del arco mediterráneo) o en cuanto a los medios económicos (menos exigentes también en los Estados mediterráneos) o a los condicionantes jurídicos y administrativos.

España, por su parte, regula este derecho como un derecho absoluto y, por tanto, no es graciable siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la Ley para su ejercicio. Estos requisitos están, a su vez, sometidos al Derecho Internacionales y, por tanto, no pueden ser contrarios, ni interpretados contra las normas jurídicas internacionales, incluidas las del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su jurisprudencia en este sentido.

El grupo familiar al que alcanza la vigente Ley de Extranjería es, por un lado, el cónyuge, interpretado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, así como otros Tribunales, en el sentido amplio de que constituya una unidad básica de convivencia y afectividad, excluyéndose expresamente en la norma los cónyuges polígamos.

Por otro lado, los hijos menores de edad o incapacitados, tanto del reagrupante como del cónyuge, con la única exigencia de ser titular del derecho de patria potestad, así como los ascendientes, tanto del residente como del cónyuge, siempre y cuando sean dependientes económicamente del reagrupante.

Estas unidades familiares tan mínimas son, en mi opinión personal, las justas y necesarias. Sin embargo, un ordenamiento jurídico que establece derechos y obligaciones a otras extensiones familiares debería haber previsto la extensión del derecho de reagrupación familiar a otros familiares,

cuya denegación podría comportar incluso la base del incumplimiento de una obligación establecida por el Derecho Civil en este caso. Piénsese, por ejemplo, en las obligaciones alimenticias o educativas de los hermanos mayores respecto a los hermanos menores, o las circunstancias especiales en que podrían encontrarse miembros de un concepto de familia que va más allá de estricto conjunto de unidad nuclear.

Incluso, la nueva reglamentación, en mi opinión personal, es demasiado exigente en cuanto a los requisitos formales. Si se tuvieran que exigir los mismos requisitos a los españoles para poder casarse o tener hijos, sería muy difícil que proliferaran los matrimonios.

No obstante, todas estas novísimas normas jurídicas tendrán que ser interpretadas y los únicos que podrán hacerlos son los Tribunales de Justicia que tendrán en cuenta no sólo el estricto cumplimiento reglamentario sino el espíritu del sistema jurídico que prima la tutela del derecho a la vida de familia por encima de contingencias particulares o temporales.

RESUMEN: Se analiza el derecho al reagrupamiento familiar desde la perspectiva de un derecho protegido por el Derecho Internacional, en el sentido de estar contemplado en dicho ordenamiento de forma explícita o de forma implícita, así como la conexión dada por la jurisprudencia con el derecho a la vida de familia y el derecho a la intimidad familiar. Igualmente se analizan las perspectivas de la regulación de este derecho en el marco comunitario, en especial las orientaciones y los principios generales dados por el Consejo Europeo de Tampere, así como los proyectos de Directivas elaborados por la Comisión Europea y ya discutidos en el Parlamento Europeo y otros foros.

Se estudia el planteamiento que se hace de esta figura jurídica en algunos países europeos, tanto de la órbita sajona como latina, para contrastar el grado de compromiso de cada uno de estos Estados con el derecho al reagrupamiento familiar.

Finalmente se analiza la vigente Ley de Extranjería española, con su nuevo Reglamento, respecto a este derecho, así como la jurisprudencia española que puede incidir en el mismo.

ABSTRACT: The law of family reunification is analysed from the perspective of a right protected by International Law, including in the several treaties and others International Law sources. The connexion among this right with the right to the family life and the right to the family intimacy is also analysed taking into account the international and european jurisprudence.

The European Community Law in this aspect is studied, too, specially the orientations and the general principles given by the European Council of Tampere, as well as the drafts of Directives made by the European Commission, discussed by the European Parliament and othres institutions.

It is also studied the regulation of this legal figure in some European countries, from saxon or latin influence, in order to contrast the compromises and complies of eachone of theses States in relation of the right of family reunification.

Finally, the present Spanish Immigration Act is also analysed, with the new administrative regulations and the Spanish jurisprudence in this sense.