

# La unidad familiar en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección social subsidiaria\*

CRISTINA PAUNER CHULVI\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN: LA REFORMA DE LA LEY DE ASILO Y LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL DERECHO COMUNITARIO EN LA MATERIA

La regulación del derecho de asilo en España se ha contenido, hasta el 20 de noviembre de 2009, en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, norma que vino a desarrollar el mandato recogido en el artículo 13.4 de la Constitución española (CE, en adelante)<sup>1</sup>.

\* El presente trabajo de investigación se ha elaborado en el marco del proyecto CONSOLIDER HURI-AGE. «El tiempo de los derechos» (Referencia CSD2008-068). Ministerio de Ciencia e Innovación. Convocatoria CONSOLIDER 2010.

\*\* Universitat Jaume I de Castellón.

<sup>1</sup> Un completo análisis de la regulación del derecho de asilo y refugio en España bajo la derogada Ley de asilo en SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001 y PÉREZ SOLA, N., *La regulación del derecho de asilo y refugio en España*, Universidad de Jaén/Ediciones Adhara, Granada, 1997, especialmente, pp. 75 y ss.

Sin embargo, en el periodo transcurrido hasta la actualidad –y al margen de la profunda modificación de la Ley operada en 1994<sup>2</sup>– se han producido importantes novedades normativas en materia de asilo que, procedentes del ámbito comunitario, exigían su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno.

En este contexto, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (LAPS, en adelante)<sup>3</sup> adapta la regulación española en esta

<sup>2</sup> En 1994 y 1995 dos normas modificaron la legislación en la materia. En primer lugar, la Ley 9/1994, de 19 de mayo, operó una profunda modificación en la Ley de Asilo de 1984 a través de la supresión de la doble regulación de asilo y refugio por motivos diferenciados y con procedimientos diversos reconduciendo la cuestión a los términos de la Convención de Ginebra e hizo una especial referencia a los plazos de detención en el procedimiento de admisión a trámite en frontera. En segundo lugar, el RD 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprobó su Reglamento de aplicación que derogó el RD 511/1985, de 20 de febrero.

<sup>3</sup> Sobre las vicisitudes de la Ley 12/2009 durante su tramitación parlamentaria, consúltese el detallado análisis de TRUJILLO PÉREZ, A. J., «Las claves parlamentarias de

materia a los actos normativos de la Unión Europea, adecuándola a las nuevas interpretaciones y criterios surgidos en la doctrina internacional y nacional así como a la jurisprudencia de órganos supranacionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La transposición de la legislación de la Unión Europea constituye un primer paso del Sistema Europeo Común de Asilo<sup>4</sup> y la LAPS ha venido a regular el núcleo esencial de la protección internacional, la cual da lugar a la obtención de varios derechos consagrados en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados: básicamente, el derecho a la no devolución del refugiado al país de origen donde sufre persecución, la autorización de residencia y trabajo, la expedición de documentos de identidad de viaje y el acceso a una serie de prestaciones sociales.

Si bien son muchas las innovaciones que introduce la LAPS<sup>5</sup>, pretendemos centrarnos

---

la nueva ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria», en *Inmigración y Asilo. Problemas y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, A. J. TRUJILLO y J. M. ORTEGA (coords.), Sequitur, Madrid, 2010, pp. 54-92.

<sup>4</sup> Este Sistema Europeo Común de Asilo implica la provisionalidad de la normativa aprobada puesto que obligará a desarrollos posteriores que, según se acordó en Tampere, deben dar lugar entre otras cosas «a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se les concede asilo». Sobre la creación de un espacio común en materia de asilo, puede verse MORÁN ROSADO, M. J., «Las Bases de la segunda fase del régimen de asilo europeo común», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 6, 2009, pp. 534-549.

<sup>5</sup> Un exhaustivo análisis de las innovaciones que presenta esta norma en GARCÍA MAHAMUT, R., «El nuevo régimen jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y desafíos», en R. GARCÍA MAHAMUT y J. GALASORO, *La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, CEPC, Madrid, 2010, pp. 15-93.

en el análisis del Título III de la Ley que se ocupa del mantenimiento o recomposición de la unidad familiar de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional<sup>6</sup>.

La Ley ha mantenido la *extensión familiar de la protección internacional* para los integrantes de la unidad familiar de las personas solicitantes o protegidas y las novedades más interesantes se establecen, en primer lugar, en la *ampliación del ámbito de posibles personas beneficiarias* al tomar en consideración las nuevas configuraciones familiares que rebasan el concepto de familia nuclear y, en segundo término, en la *incorporación de un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar* que se configura como una alternativa a la extensión familiar del derecho de asilo, única opción hasta ahora para los refugiados.

La ordenación de esta materia en la Ley implica, concretamente, la transposición de la *Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*; la traslación de la *Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado* y, principalmente, la incorporación de la *Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar relativo a los refugiados*<sup>7</sup>. Según afirma esta última Directiva, su objetivo es

---

<sup>6</sup> Sobre esta temática, se recomienda consultar la monografía de SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>7</sup> DO L 304, de 30 de septiembre de 2004; DO L 326, de 13 de diciembre de 2005 y DO L 251, de 3 de octubre de 2003, respectivamente.

«fijar las condiciones en las que se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros». Asimismo, define algunos conceptos como quién es nacional de un tercer país, qué se entiende por reagrupamiento familiar, quién puede ser reagrupante; señala a qué sujetos es extensible la autorización de entrada y residencia en el ejercicio del reagrupamiento familiar y contiene tanto el procedimiento a seguir como las condiciones de su ejercicio. Debe prestarse atención a la consideración de las Directivas comunitarias como un mínimo mejorable que no es susceptible de reducir el derecho estatal cuando establece mejores condiciones. En este sentido, la LAPS atiende a esa condición de mínimo de la normativa europea y lo acrecienta con un contenido más favorable.

La importancia del restablecimiento de la unidad familiar para los extranjeros que residen de forma legal en un país es difícil de exagerar ya que favorece la integración del individuo en la sociedad de acogida y amortigua los riesgos de aislamiento con respecto al entorno. Constituye, por tanto, un elemento de arraigo aunque no puede perderse de vista que, en esta materia, las dificultades surgen del intento de conciliar el derecho a vivir en familia de los extranjeros con la soberanía nacional del país receptor. La resistencia de los países receptores de inmigrantes a hablar del mantenimiento de la unidad familiar en términos de derecho es representativa de esta búsqueda de conciliación y del temor de los Estados a que el ejercicio de aquel derecho implique un aumento importante de la población extranjera<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En el caso de España, la concepción como derecho del reagrupamiento familiar para los extranjeros se produce por primera vez como consecuencia de la promulgación del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, relativo a la entrada y permanencia en España de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad europea.

## 2. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DEL REFUGIADO Y DEL BENEFICIARIO DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

A los efectos de la Ley, se reconoce la *condición de refugiado* «a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivo de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él» (artículo 3 LAPS).

Junto al derecho de asilo, la LAPS –artículo 4– dispensa el *derecho a la protección subsidiaria* «a las personas de otros países y a los apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que, si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección del país de que se trate». La concesión de protección internacional en cualquiera de ambas categorías implica el reconocimiento de un catálogo diverso de derechos<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Con respecto a la titularidad de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, a partir del artículo 13.1 CE y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –por todas, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre y 130/1995, de 11 de septiembre–, se ha reconocido que aquellos disfrutaban de los mismos derechos y libertades que los españoles pero distinguiéndose tres situaciones: hay, en primer lugar, unos derechos que se poseen en condiciones de absoluta igualdad en relación con los derechos de los nacionales

Como expone García Mahamut<sup>10</sup>, pueden diferenciarse tres tipos de derechos asociados a la solicitud y concesión de algún tipo de protección internacional: derechos vinculados al procedimiento en el que se sustancia la solicitud de protección (artículo 18.1 LAPS, entre otros, el derecho a ser documentado como solicitante de la protección o el derecho a la asistencia gratuita y a intérprete); derechos sociales vinculados directamente a las condiciones de acogida que el ordenamiento español otorga a los solicitantes de protección internacional (artículos 30 a 33 LAPS, concretados en servicios, ayudas y prestaciones sociales que se determinarán reglamentariamente) y, finalmente, derechos de naturaleza heterónoma que se asocian directamente y de manera indistinta a la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria (artículo 36 LAPS, significativamente, protección contra la devolución, autorización de residencia y trabajo permanente, expedición de documentos de identidad y viaje o acceso a los servicios públicos de empleo, a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda). En este último grupo, el artículo 36.1.k) establece «el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la presente Ley y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse».

Es el Título III bajo la rúbrica «De la unidad familiar de las personas beneficiarias de

---

puesto que son inherentes a la persona y conectan con su dignidad (derecho a la vida e integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica o de culto, el derecho a la seguridad y libertad, el derecho a la libertad de expresión, entre otros). Otros derechos y libertades, sobre todo de relevancia social y económica, se condicionan a lo que dispongan la Ley o los Tratados internacionales o resulte del principio de reciprocidad internacional. Por último, derechos de los que se encuentran excluidos los extranjeros, en los que no cabe realizar equiparación con los nacionales, y que se vinculan estrictamente con la soberanía nacional.

<sup>10</sup> GARCÍA MAHAMUT, R., «El nuevo régimen jurídico del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre: principales novedades y desafíos»..., p. 85.

protección internacional» el que reglamenta la garantía del mantenimiento de la familia de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria (artículos 39 a 41).

El primero de estos preceptos garantiza el mantenimiento de la familia de las personas bajo protección internacional y aclara que en el caso de que, durante la tramitación de una solicitud de protección internacional, los miembros de la familia de la persona interesada se encontrasen también en España y no hubiesen presentado una solicitud independiente de protección internacional, se les autorizará la residencia en España con carácter provisional, condicionada a la resolución de la solicitud de protección internacional. El artículo 40 LAPS consagra el restablecimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria mediante la concesión del derecho de asilo o la protección subsidiaria por extensión familiar. Finalmente, el artículo 41 reconoce la reagrupación de los familiares de las personas bajo protección internacional.

El derecho al reagrupamiento familiar plantea, entre otros interrogantes, el de su contenido y la relación que mantiene con otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida en familia y el derecho a la intimidad familiar. Sobre estas cuestiones reflexionamos en las líneas que siguen.

## 2.1. El papel de la familia en la integración social del extranjero bajo protección internacional

Desde hace algún tiempo el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar se ha significado como el principal canal de inmigración legal en la mayoría de los países de Europa y América desarrollada. A esta importancia cuantitativa debemos añadir su trascendencia cualitativa para la efectividad de la integración social de la población extranjera en el país de acogida. En este sentido, la men-

cionada Directiva 2003/86/CE afirma que este derecho es necesario para la vida en familia y contribuye «a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro».

Se habla de reagrupamiento familiar «cuando se reúnen, con una persona residente en un país del que no es nacional, los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros»<sup>11</sup>. El reagrupamiento familiar en cuanto garantía del derecho a la vida en familia del extranjero en situación de protección internacional abarca tanto las relaciones estrictamente afectivas de pareja (cónyuges, parejas de hecho) como las relaciones propiamente familiares (filia- ción, parentesco, dependencia).

En cuanto a su fundamentación constitucional, el reagrupamiento familiar del refugiado o beneficiario de protección subsidiaria entronca con el artículo 13 CE que afirma que los extranjeros gozan de los derechos contenidos en el Título I de la Constitución así como con el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18); la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1); el derecho al matrimonio (artículo 32) y la protección de la familia (artículo 39)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J.; GAMBOA URIBARREN, B. y LABACA ZABALA, M. L.: «El derecho al reagrupamiento familiar en la legislación, jurisprudencia y doctrina de España», *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Escuela Superior de Derecho*, núm. 16, 2009, p. 4.

<sup>12</sup> Junto a estos preceptos, debe mencionarse el artículo 27 del Código Civil («Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados»); la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y sus sucesivas modificaciones y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Asimismo, puede deducirse este derecho de distintos Tratados internacionales que nuestro país ha suscrito: artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>13</sup>; artículos 16 y 19 de la Carta Social Europea<sup>14</sup>; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>15</sup>; artículo 13 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores y sus familias<sup>16</sup> y artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fun-

<sup>13</sup> Artículo 16 DUDH: «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.»

<sup>14</sup> Artículo 16 CSE: «Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas.» Artículo 19 CSE: «Para garantizar el derecho efectivo de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: 6. A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro de su territorio.»

<sup>15</sup> Artículo 17 PIDCP: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.»

<sup>16</sup> Artículo 13 CNUTM: «1. Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio. 2. El presente artículo se refiere al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante.»

damentales de 1950<sup>17</sup>. La internacionalización de esta materia viene, por lo demás, impuesta por la Constitución española no sólo en virtud del artículo 93 en lo atinente a la Unión Europea sino en los mandatos interpretativo y aplicativo que establecen los artículos 10.2 y 96.1 CE<sup>18</sup>.

## 2.2. La protección de la familia y el derecho a la intimidad familiar

En un primer acercamiento al derecho al reagrupamiento familiar, debemos plantearnos, entre otras cuestiones, la relación que mantiene con otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida en familia y el derecho a la intimidad familiar. En concreto, la duda que se proyecta respecto a su catalogación es la de si se trata de un derecho autónomo o de un derecho complementario o integrado en el derecho a la intimidad y al respeto de la vida privada en familia.

Ciertamente, la conexión que guarda el derecho al reagrupamiento familiar con la vida en familia aparece consagrada en el mismo artículo 36.1.k) LAPS aunque puede

<sup>17</sup> Artículo 8 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino cuando esta injerencia esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

<sup>18</sup> A pesar de la importancia de la familia en el ámbito del Derecho, no encontramos ninguna definición de la misma en ninguno de los textos mencionados y tampoco resulta posible aportar una definición unívoca del concepto de familia en el ámbito internacional. Sobre esta cuestión puede consultarse, PRESNO LINERA, M. A., «El concepto inclusivo de familia como instrumento emancipatorio frente a la desigualdad y a la exclusión social», en *Los derechos sociales como instrumentos de emancipación*, M. A. PRESNO LINERA e I. WOLFGANG SARLET (eds.), Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 93-136.

deducirse tanto de la normativa constitucional como de la jurisprudencia consolidada.

Por lo que respecta al Texto fundamental, el artículo 39 CE se configura como el eje alrededor del cual gira el tratamiento constitucional de la familia. Este precepto está integrado en el capítulo referido a los «Principios rectores de la política social y económica» lo que significa que la vinculación del derecho a la reagrupación familiar con el artículo 39 CE permitirá su alegación ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen aunque su vulneración no podrá conducir a un recurso de amparo.

Para que esto fuera posible, es necesario conectar el derecho a la reagrupación familiar con algún derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Inevitablemente, estaríamos refiriéndonos al artículo 18 CE que garantiza el derecho a la intimidad familiar. Esta vinculación permite sostener que el derecho a la vida familiar de los extranjeros, refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria tiene un fundamento constitucional pero no podría deducirse automáticamente que exista un verdadero derecho fundamental de aquellas personas a la vida familiar.

Encontramos, no obstante, que desde diversas instancias nacionales se rechaza esta conexión entre el derecho al reagrupamiento familiar con el derecho a la vida íntima familiar. En primer lugar, en contra de este vínculo, se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto 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, de 30 de abril de 2009<sup>19</sup>.

Por su parte, y en segundo término, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «Este

<sup>19</sup> <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=76223&Download=false&ShowPath=false>, p. 27.

derecho a la reagrupación familiar no forma parte del derecho consagrado en el artículo 18.1 que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal (...) nuestra Constitución no reconoce un <<derecho a la intimidad familiar>> en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 CEDH y menos aún un derecho a la reagrupación familiar, pues ninguno de esos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar»<sup>20</sup>.

Se produce aquí un claro divorcio entre la jurisdicción europea y nuestra jurisdicción constitucional: la conexión del derecho al reagrupamiento con el derecho a la vida íntima familiar se consagra en la jurisprudencia consolidada del TEDH que se ha referido a la vulneración del derecho a la dimensión familiar del libre desarrollo de la persona cuando se deniega el derecho a la reagrupación familiar y, especialmente, al producirse la expulsión en determinadas circunstancias<sup>21</sup>.

Resulta, por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico una diferenciación entre el derecho a la vida familiar y el derecho a la intimidad familiar, quedando configurado sólo este último como un derecho fundamental que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás que conecta directamente con la digni-

dad de la persona y que corresponde por igual a nacionales y extranjeros teniendo en cuenta la célebre clasificación tripartita del Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 107/1984.

Nos encontramos con la posibilidad de que una misma práctica pueda calificarse por el TEDH como una vulneración del artículo 8.1 del Convenio mientras que el Tribunal Constitucional no considere siquiera la implicación de un derecho fundamental vetando, por ello, su acceso a la vía del recurso de amparo.

En la práctica, la jurisprudencia del TEDH – aún reconociendo que los extranjeros que se hallen en cualquier Estado parte en el Convenio gozan de la titularidad del derecho a la vida familiar – «no ha deducido ni un derecho ilimitado a la reagrupación familiar ni un derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado parte del cual no se ostente la nacionalidad, así como tampoco una protección absoluta de los miembros de la familia en supuestos de expulsión»<sup>22</sup>. Lo que significa que el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio puede estar condicionado por las políticas migratorias definidas por los Estados con el límite de que estén previstas por ley, estén justificadas razonablemente para cumplir finalidades legítimas y sean proporcionadas a las circunstancias que originaron su adopción. Se trataría, en definitiva de efectuar el balance entre la vida privada y familiar del extranjero y los intereses del Estado y de la comunidad<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, fj 11.

<sup>21</sup> SSTEDH de 21 de junio de 1988, caso *Berrehab contra Países Bajos*; de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquin contra Bélgica*; de 13 de julio de 1995, caso *Nasri contra Francia*, entre otras. En España, algunas sentencias del Tribunal Supremo han primado la suspensión de las órdenes de expulsión de extranjeros cuando los intereses públicos no queden singularmente comprometidos ni afectados aunque el recurrente permanezca en nuestro país y sí resulten altamente comprometidos los intereses familiares de ese extranjero si hay prueba de «especiales vínculos con la tierra o el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social o familiar». En este sentido, véanse las SSTs de 17 de febrero de 1999 y 6 de julio de 2000.

<sup>22</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant monografías, Valencia, 2007, p. 54. Sobre la interpretación del TEDH en materia de reagrupación familiar, puede consultarse QUIRÓS FONS, A., *La familia del extranjero*, Tirant monografías, Valencia, 2008, pp. 62-73.

<sup>23</sup> En otras palabras: «En todas las reflexiones que se hacen sobre el derecho de reagrupación familiar de extranjeros se detecta una contradicción entre el derecho del individuo a vivir en familia y el derecho soberano del Estado a admitir a quien desee en su territorio» (SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 139).

### 2.3. El reagrupamiento familiar

El artículo 41 LAPS reconoce el derecho a la reagrupación familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria sin que sea necesario solicitar la extensión del estatuto que disfrutaban a los familiares reagrupados. Este reconocimiento constituye una auténtica novedad por cuanto supone la alternativa a la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria (artículo 40 LAPS) que la Ley 5/1984 reguladora del asilo contenía como única opción para los refugiados en relación con el restablecimiento de la unidad familiar<sup>24</sup>.

Como indicábamos, el reconocimiento del derecho al reagrupamiento familiar supone una innovación de calado como procedimiento especial y preferente para garantizar el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria. Las singularidades de este instrumento comienzan por su carácter auxiliar de la extensión familiar del derecho de asilo. Además, el reagrupamiento completa el régimen de la extensión familiar porque se imputa a una categoría de sujetos excluidos de la última, esto es: la reagrupación será siempre aplicable cuando los beneficiarios sean de nacionalidad distinta a la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria.

La redacción del artículo 41 LAPS deja clara la dimensión de derecho subjetivo del reagrupamiento de las personas beneficiarias de protección internacional: «1. Las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrán optar por reagrupar a las per-

sonas enumeradas en el artículo anterior...» y le anuda unas consecuencias muy beneficiosas para los familiares al admitir un derecho propio de los familiares a «la concesión de autorización de residencia y, en su caso, de trabajo de análoga validez a la de la persona reagrupada» (artículo 41.3 LAPS).

Con carácter general, la LAPS contempla un régimen amplio para el mantenimiento de la unidad familiar de la persona refugiada y beneficiaria de protección internacional y la posibilidad de reunificar la familia en nuestro país puesto que, en primer lugar, amplía los miembros de la familia que pueden beneficiarse de la extensión familiar de la protección y, en segundo término, instaura la posibilidad de solicitar la reagrupación familiar de los familiares de forma opcional aunque ya estén residiendo en España.

#### 2.3.1. *Personas beneficiarias de la reagrupación familiar*

El primer apartado del artículo 41 LAPS dispone que las personas beneficiarias de protección internacional podrán optar por reagrupar a las personas mencionadas en el artículo anterior: ascendientes, descendientes en primer grado<sup>25</sup>, salvo los supuestos de independencia familiar, mayoría de edad y distinta nacionalidad (artículo 40.1 LAPS) y cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia. El segundo apartado de este mismo artículo aumenta el elenco de personas al posibilitar la concesión de asilo o protección subsidiaria por extensión familiar «a otros miembros de la familia de la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia res-

<sup>24</sup> Efectivamente, el artículo 10 de la derogada Ley de asilo reconocía la concesión de asilo «por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia».

<sup>25</sup> Respecto de los ascendientes y descendientes se exige el establecimiento de la relación de parentesco mediante las pruebas científicas que sean necesarias en los casos donde no pueda determinarse sin dudas esa relación.

pecto de aquéllas y la existencia de convivencia previa en el país de origen» (artículo 40.2 LAPS).

El primer asunto a analizar en relación con el derecho al reagrupamiento familiar es, sin lugar a dudas, el listado de sujetos reagrupables. Cabe clasificar a las personas que pueden reagruparse con el extranjero en situación de protección internacional en tres grupos: en primer lugar, el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia. En segundo lugar, los ascendientes y descendientes en primer grado. En tercer lugar, otros miembros de la familia de la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria.

### 2.3.1.1. Cónyuge o conviviente

La LAPS incluye dentro de familiares reagrupables a aquellas personas que tengan lazos de afectividad con el reagrupante semejantes a los conyugales: concretamente, se mantiene la equiparación entre cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia si bien se excepcionan, además de los supuestos de divorcio, separación legal y de hecho o la concesión del estatus de refugiado por razón de género, cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente.

Nuestro legislador ha equiparado, por tanto y a todos los efectos, al «cónyuge» del extranjero bajo protección internacional con la «persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia» constituyendo ésta una posibilidad que la Directiva del Consejo dejaba en manos de los Estados miembros<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Concretamente, el artículo 4.3 de la Directiva establece que los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la resi-

Esta regulación contenida en la LAPS está en consonancia tanto con la literalidad de la Constitución que distingue entre familia (artículo 39) y matrimonio (artículo 32)<sup>27</sup> como con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, si bien no hace equivalentes desde el punto de vista constitucional el matrimonio y la convivencia *more uxorio*, sí admite que no siempre toda medida que tenga por únicos destinatarios a los cónyuges es compatible con el principio de igualdad jurídica y la prohibición de discriminación dispuesto en el artículo 14 CE<sup>28</sup>.

Debemos destacar brevemente aquí que la mención en singular del cónyuge o conviviente excluye la posibilidad del reagrupamiento de los matrimonios polígamos, supuesto al que nos referimos de nuevo más adelante.

La Directiva 2003/86/CE, en relación con las parejas de hecho, permite su reagrupación respecto de aquellos Estados miembros cuyo sistema jurídico asimile la situación de las uniones de hecho a la del matrimonio aunque supedita esta posibilidad a los medios de prueba que corroboren su existencia, tales como constancia en el registro de parejas de hecho, hijos comunes, convivencia estable, notoriedad de la vida en pareja u otros. Del

dencia «de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada». En esta línea, la STEDH de 13 de junio de 1979, *asunto Marckx contra Bélgica*, considera que el término «vida familiar» engloba también aquellas relaciones que resulten de una unión no matrimonial y declara que el artículo 8.1 CEDH no distingue entre «familia legítima e ilegítima», línea en la que insiste la STEDH de 18 de diciembre de 1986, *caso Johnston contra Irlanda*, al señalar que el mencionado precepto del Convenio protege no solo a la familia como institución jurídica sino también a la familia como realidad natural.

<sup>27</sup> GARCÍA MORILLO, J., «La protección de la familia», en *El régimen constitucional español*, J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, Editorial Labor, Madrid, 1980, p. 319.

<sup>28</sup> Entre otras, SSTC 184/1990, de 15 de noviembre y 222/1992, de 11 de diciembre.

mismo modo, no precisa que el cónyuge o pareja haya de ser de igual o de diferente sexo lo que implica que un extranjero de un tercer Estado en el que se admite el matrimonio entre homosexuales, si luego se traslada, puede solicitar la reagrupación familiar de su cónyuge del mismo sexo puesto que el matrimonio se ha contraído legalmente.

De la dicción de la LAPS cuando se refiere al «cónyuge» del residente ha de entenderse que el matrimonio estaba celebrado con anterioridad a la solicitud de reagrupamiento. Sin embargo, la norma española no se pronuncia acerca de la preexistencia del vínculo familiar con anterioridad a la llegada del reagrupante a nuestro país. En este sentido, también la Directiva 2003/86/CE admite la reagrupación con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del residente (artículo 2 apartado d). La doctrina ha interpretado que la reagrupación puede ser entendida tanto en sentido estricto para reunir a los miembros de la familia que el reagrupante tuvo que dejar para instalarse en un Estado miembro como el supuesto de que el reagrupante, después de su entrada en un Estado miembro, decida fundar una familia con un nacional de un tercer país que no reside en el Estado miembro y desea que esa persona se una a él<sup>29</sup> aunque esta interpretación doctrinal *favor libertatis* que compartimos se desmarca de la jurisprudencia del TEDH en algún caso<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> LÓPEZ ULLA, J. M., «Instrumentos para la integración social en la Ley de Extranjería», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* (Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales), núm. 2, 2006, p. 244 y GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, *op.cit.*, pp. 70 y 71.

<sup>30</sup> Se trata de la STEDH de 28 de mayo de 1985, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, en el que el TEDH reconoció la legitimidad de las resoluciones que denegaron a los maridos de las demandantes la autorización solicitada para permanecer o reunirse con ellas puesto que consideró que no es igual que el reagrupante tuviera ya una familia a la que hubiera

También se exige, por aplicación del artículo 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley<sup>31</sup> y se rechazan tajantemente formas de disolución matrimonial propias del Derecho de otros países con el propósito de no consentir procesos como el repudio y otros análogos que generen indefensión.

En relación con los matrimonios simulados, el problema nuclear radica en probar *a posteriori* que un matrimonio celebrado entre extranjeros es nulo por simulación del consentimiento matrimonial puesto que la indagación exhaustiva de cuál era la verdadera voluntad de las partes podría lesionar de forma desproporcionada el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE) así como coartar el ejercicio del derecho fundamental a contraer matrimonio consagrado en el artículo 32 CE. Por otro lado, no reaccionar ante los matrimonios simulados supondría la vulneración de las normas relativas a la entrada y a la residencia establecidas en la normativa interna y generar problemas de Derecho privado familiar. Por ello, la valoración de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero requiere de un exhaustivo análisis que viene determinado por la definición comunitaria de matrimonio de conveniencia y la toma en consideración de otros valores como el hecho cultural diferencial y las costumbres del país de origen<sup>32</sup>.

dejado tras de sí en otro país hasta el reconocimiento de su derecho a permanecer en el Estado de acogida, que cuando se contrae matrimonio una vez que el inmigrante ya está establecido en el país de acogida.

<sup>31</sup> La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 estipula que «se entenderá por «matrimonio fraudulento» el matrimonio de un nacional de un Estado miembro de la Unión o de un extranjero que reside regularmente en un Estado miembro, con un nacional de un tercer país, con el propósito exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia».

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión, puede consultarse VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *La reagrupación familiar de los ex-*

No se concederá ninguna solicitud de reagrupamiento del cónyuge o persona unida por relación análoga en el supuesto de divorcio, separación legal o separación de hecho. En estos supuestos de separación (de hecho o de derecho) la reagrupación no procede cuando se constate que los cónyuges han dejado de hacer vida familiar efectiva en el país de origen de conformidad con la Directiva 2003/86/CE. Concretamente, el artículo 16.1.b) de la norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y residencia cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva. Esta previsión plantea importantes problemas de prueba de la falta de convivencia tratándose de cónyuges que ya viven separados y en países distintos pero los tribunales toman en consideración otros valores inspirándose en el principio fundamental del derecho a la vida en familia.

En relación con la mención a la separación «de hecho» debe decirse que es, en la práctica, imposible de determinar cuando no lo hacen los propios cónyuges. Por lo tanto, solo podrá apelarse a la separación de derecho para denegar a un cónyuge el reagrupamiento familiar.

Por último, el artículo 40.1 LAPS excluye de la reagrupación familiar al cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad si el reagrupante ha obtenido del «estatuto de refugiado por razón de género, cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente».

### 2.3.1.2. Descendientes

La LAPS permite el ejercicio del derecho de reagrupamiento familiar respecto de los

descendientes de primer grado salvo en los supuestos de independencia familiar o mayoría de edad (artículo 40.1). En el caso de los hijos se establece una absoluta equiparación entre hijos del residente y del cónyuge o pareja de hecho y los adoptados<sup>33</sup>. Por aplicación de los preceptos correspondientes de la Ley de Extranjería, cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá que éste ejerza la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España. El Reglamento de Extranjería<sup>34</sup> matiza, además, que respecto de los hijos nacidos en España de padre o madre reconocidos como refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria, estos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor (artículo 185.2).

En cuanto a la determinación de la edad, puesto que en España la mayoría de edad se alcanza a los 18 años (artículo 12 CE), los hijos del refugiado o de su cónyuge habrán de ser menores de esta edad para poder ser reagrupados y ello con independencia de cuál sea la mayoría de edad que prevea la ley personal del extranjero.

En este sentido, la fijación de la edad máxima fue objeto de múltiples debates en la elaboración de la Directiva. En su redacción definitiva, la Directiva establece que los menores tengan una edad inferior a la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estén

<sup>33</sup> El Convenio de los Derechos del Niño reconoce el derecho de todos los hijos menores a relacionarse con ambos padres, incluso cuando éstos no conviven juntos y residen en países diferentes.

<sup>34</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

*tranjeros en España*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 213 a 227.

casados. Además, permite requisitos adicionales que han sido adoptados en algunas legislaciones nacionales: autoriza que, en el caso de un niño mayor de 12 años, supere una prueba de integración antes de reunirse con la familia del reagrupante (artículo 4.1); permite asimismo la reagrupación de los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud (artículo 4.3) y permite en casos excepcionales bajar la edad hasta los quince años (artículo 4.6)<sup>35</sup>.

En el caso de un refugiado menor no acompañado, la facultad de autorizar la reagrupación de sus ascendientes o, en su defecto, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de su familia, se transforma en obligación para los Estados miembros, de conformidad con lo prescrito por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

### 2.3.1.3. Ascendientes y otros familiares

Se reconoce, finalmente, la posibilidad de reagrupar a los ascendientes de primer grado

<sup>35</sup> El Parlamento Europeo pidió la anulación de algunas disposiciones de la Directiva por considerar que vulneraban los derechos fundamentales y, en particular, los relativos a la vida familiar y a la no discriminación. Consideró incompatible con tales derechos, entre otros, el hecho de que la Directiva autorice a los Estados miembros a exigir la superación de la prueba de integración para el niño mayor de 12 años y el depósito de las solicitudes de reagrupación de los hijos menores antes de que estos hayan alcanzado la edad de 15 años. El Tribunal, en su decisión de 21 de junio de 2006, desestimó estas alegaciones considerando, respecto a la primera, que la prueba de integración no es ilegal porque la posibilidad para los Estados miembros de examinar si un menor cumple un criterio de integración, deja a los Estados un margen de apreciación limitado que no difiere del que les reconoce el TEDH en su jurisprudencia y, respecto a la segunda, que las disposiciones de la Directiva autorizan a los Estados a denegar el beneficio de la reagrupación a los niños que no presenten la solicitud antes de los 15 años de edad, pero no prohíbe en modo alguno a los Estados atender una solicitud que emane de menores de más de esa edad.

de las personas refugiadas y beneficiarias de protección internacional (artículo 40.1 LAPS). La LAPS, a semejanza de la normativa de extranjería, únicamente toma en cuenta la línea recta o directa ascendente excluyendo la línea colateral y limita el grado de proximidad del parentesco con el reagrupante puesto que solo incluye a los ascendientes de primer grado (padres)<sup>36</sup>.

Sin embargo, la LAPS también presenta diferencias importantes con la normativa aplicable a los extranjeros residentes en nuestro país.

En primer lugar, la normativa de asilo es más estricta en el sentido de limitar el elenco de ascendientes reagrupables. En el caso de las personas beneficiarias de protección internacional sólo pueden reagrupar a sus ascendientes de primer grado sin que se haga mención a los de su cónyuge como sí admite la Ley Orgánica 4/2000 tras su reciente modificación por Ley Orgánica 2/2009. Pero, por contraste, la LAPS no exige que los familiares se encuentren a cargo del reagrupante ni establece una edad mínima para su reagrupamiento<sup>37</sup>.

En segundo término, el artículo 41.2 LAPS exige a los refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria y a los beneficiarios de la

<sup>36</sup> El Código Civil define la línea directa como aquella que liga a una persona con aquellos de quienes desciende (artículo 917) y la línea colateral como aquella formada por las personas que no descienden unas de otras pero que proceden de un tronco común (artículo 196.III). Finalmente, de conformidad con el artículo 915 CC, la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones y cada generación forma un grado.

<sup>37</sup> La exposición de motivos de la LO 2/2009 de reforma de la LO 4/2000 menciona explícitamente esta novedad y destaca que la modificación del Título I lleva a que la reagrupación de los ascendientes se limite, como norma general, a los mayores de sesenta y cinco años, previendo que puedan existir razones humanitarias que la permitan con una edad inferior (artículo 17.1.d).

reagrupación familiar, del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería e inmigración en cuanto a residencia y trabajo. Concretamente, la Ley Orgánica 4/2000 sólo permite ejercer el derecho de reagrupación de los familiares que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenida independientemente de la autorización del reagrupante. En el supuesto de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria, la resolución por la que se acuerde la reagrupación familiar implicará la concesión de autorización de residencia y, en su caso, de trabajo, de análoga validez a la de la persona reagrupante.

En tercer lugar, la normativa de asilo limita el denominado «reagrupamiento en cascada» que permite la reagrupación familiar realizada por residentes reagrupados y que sí autoriza el artículo 17.2 de la Ley de Extranjería bajo determinadas condiciones. En dicción del artículo 41.4 LAPS, «La reagrupación familiar será ejercitable una sola vez, sin que las personas que hubiesen sido reagrupadas y obtenido autorización para residir en España en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior puedan solicitar reagrupaciones sucesivas de sus familiares». Entendemos que sería recomendable una modificación de esta previsión puesto que la situación de las personas beneficiarias de protección internacional no puede ser en ningún caso inferior al estatuto de las personas extranjeras reguladas por la legislación general de extranjería, por cuanto del artículo 12 de la Convención de Ginebra se desprende con carácter general una equiparación a los nacionales o, cuando menos, una aplicación del principio de trato más favorable dispensado a los demás extranjeros.

Finalmente, el apartado 2 del artículo 40 LAPS extiende el catálogo de familiares reagrupables a «otros miembros» diferentes de los analizados hasta ahora puesto que reconoce el derecho de reagrupación familiar a

otros miembros de la familia de la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria «siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquéllas y la existencia de convivencia previa en el país de origen». Esta previsión se encuentra en la línea de lo regulado en el artículo 17.1.e) de la Ley de Extranjería antes de su supresión por Ley 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 que se refería a la posibilidad de reagrupar a «cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias».

Para concluir este análisis dedicado a los sujetos reagrupables y con predicción para todas las categorías, la LAPS reconoce que la reagrupación «será siempre aplicable cuando los beneficiarios sean de nacionalidad distinta a la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria». Esta norma se aparta, ampliando, lo contenido para el supuesto de la extensión familiar del derecho de asilo y de la protección subsidiaria porque en este caso quedaban excluidos tanto los ascendientes y descendientes como el cónyuge o personas ligadas por análoga relación de afectividad y convivencia «cuando fueren de distinta nacionalidad al extranjero beneficiario de protección internacional».

### *2.3.2. Excepcionalidad en la aplicación del régimen de extranjería*

En el supuesto de reagrupamiento familiar, la LAPS determina que no se exigirá a los refugiados o beneficiarios de la protección subsidiaria ni tampoco a los beneficiarios de la reagrupación familiar, los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería e inmigración. La LO 2/2009, de 11 de diciembre, 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 ha modificado intensamente

algunos artículos entre los que se contenía la regulación de aquellos requisitos, principalmente, el artículo 18 LO 4/2000<sup>38</sup>.

Este precepto, desarrollado por los artículos 54 y 55 del Reglamento de Extranjería, declara que el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar del extranjero podrá ejercerse siempre y cuando:

i. Hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial con excepción de los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en el que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.

ii. El reagrupante acredite que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada.

Ninguna de estas condiciones, por tanto, serán exigidas a los refugiados o beneficiarios de protección internacional que soliciten la reagrupación de sus familiares.

Finalmente, a diferencia de la normativa aplicable a las solicitudes de reagrupamiento familiar de los extranjeros, la LAPS establece la posibilidad de solicitar la reagrupación de los familiares aunque estén residiendo en España.

<sup>38</sup> Bajo la regulación precedente, el derecho a la reagrupación familiar había sido tratado de modo inadecuado, tanto formalmente, por cuanto su reconocimiento aparecía en un Reglamento, como materialmente, por cuanto ni se reconocía un derecho subjetivo ni su contenido se ajusta a la actual realidad social y jurídica. La Ley Orgánica 4/2000 constituye la primera vez que se reconoce como derecho de modo expreso y formal al margen de la genérica referencia del artículo 18 CE (MORENEO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «Los Derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma «pactada»», *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 8, 2003, pp. 120 y 121).

### 3. EL PROCEDIMIENTO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Ante la falta de reglamento de desarrollo de la LAPS, la tramitación de la solicitud de reagrupamiento familiar de los refugiados y beneficiarios de protección internacional se guiará por lo dispuesto en la normativa de extranjería. Tampoco podemos perder de vista que la previsión contenida en el artículo 41 LAPS – reagrupamiento familiar sin extensión del estatuto del reagrupante – constituye una novedad inaugurando un procedimiento inédito hasta ahora.

Debemos comenzar señalando que el reagrupante es el único titular del derecho de forma que ha de ser él quien inste de las autoridades correspondientes en nuestro país la autorización para proceder al reagrupamiento de sus familiares.

Nos encontramos frente a una tramitación compleja: en primer lugar, el reagrupante debe solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de cada uno de los miembros de su familia que desee reagrupar. Esta petición deberá presentarse bien en la Oficina de Asilo y Refugio, en cualquier Oficina de Extranjeros o en las Comisaría de Policía autorizadas. Asimismo, pueden mencionarse las Misiones diplomáticas y Oficinas consulares españolas en el extranjero para el caso de asilo diplomático teniendo en cuenta, además, que la petición de reagrupación puede incluirse con la petición de asilo o con posterioridad.

En el caso de que el reagrupante cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, se resolverá concediendo el reagrupamiento y la resolución por la que se accede a la reagrupación familiar implica la concesión de autorización de residencia y, en su caso, de trabajo, de análoga validez a la de la persona reagrupante (artículo 41.3 LAPS). La Disposición adicional duodécima del Reglamento de Extranjería exceptúa el plazo general máximo de tres meses para notificar

las resoluciones sobre las solicitudes que se formulen por los interesados en los procedimientos regulados en este Reglamento y determina que las resoluciones de peticiones de autorización de residencia por reagrupación familiar se notificarán en la mitad del plazo señalado<sup>39</sup>.

En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado debe solicitar personalmente el visado en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida. Recibido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia del mismo, que en ningún caso será superior a tres meses. En el plazo de un mes desde la entrada en nuestro país, el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero.

Finalmente, deben destacarse dos límites: en primer término, la denominada «reagrupación en cascada»: como recordamos, el artículo 41.4 LAPS establece que la reagrupación familiar será ejercitable una sola vez, sin que las personas que hubiesen sido reagrupadas y obtenido autorización para residir en España en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior puedan solicitar reagrupaciones sucesivas de sus familiares. En segundo lugar, se asimilan las causas de denegación de la reagrupación familiar a las que se detallan para las solicitudes de protección internacional por extensión familiar.

#### 4. ALGUNAS CUESTIONES CRÍTICAS Y VALORACIÓN FINAL

La doctrina ha señalado fundamentalmente un par de cuestiones polémicas que afectan

<sup>39</sup> Según dispone el Reglamento de Extranjería, transcurrido el plazo para resolver las solicitudes estas se entienden desestimadas por silencio administrativo (Disposición adicional decimotercera).

al derecho que analizamos. La primera crítica se vierte sobre *quién tiene derecho a ser protegido* y la segunda sobre *qué modelo de familia* se adopta.

En relación con el primer reproche, se trata de una cuestión de carácter general pero con incidencia en el derecho al reagrupamiento familiar. Se censura la voluntad de dejar fuera del ámbito de aplicación de la norma a los ciudadanos comunitarios. Tanto la delimitación del objeto de la ley como las definiciones del derecho de asilo y de la protección subsidiaria aluden únicamente a los nacionales de países no comunitarios y solo a ellos se les reconoce el derecho a solicitar protección. En opinión de algún sector doctrinal, se trata de «una drástica proyección interna del Protocolo de asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea incorporado precisamente a iniciativa de España con ocasión de la adopción del Tratado de Amsterdam»<sup>40</sup> con la que se pretende evitar que la institución del asilo sea empleada por delincuentes vinculados con el terrorismo. Esta exclusión es criticada, en primer lugar, porque se trata de una solución regresiva respec-

<sup>40</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo», en *Inmigración y Asilo...*, p. 18. ORTEGA y ALARCÓN aventuran que esta exclusión de los ciudadanos comunitarios del derecho de asilo «es contraria a la Convención de Ginebra porque viola el carácter universal de dicho derecho, e inconstitucional pues entra en contradicción con el artículo 13.4 de la Constitución Española» (ORTEGA GIMÉNEZ, A. y ALARCÓN MORENO, J., «Luces y sombras de la nueva Ley de Asilo», *luris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 145, 2010, p. 49). Desde una posición diferente a la planteada por estos autores, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El Derecho de Asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1995, pp. 837-860 o FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La compatibilidad del Protocolo sobre el asilo a los nacionales de los Estados miembros con los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 11, 2006.

to de la legislación anterior que, además, no parece venir impuesta por la normativa europea – la cual define su ámbito de aplicación en relación con nacionales no comunitarios y apátridas pero dada su condición de mínimos no obliga a la exclusión de los ciudadanos europeos. En segundo término, porque admitiendo sin dudas que la Unión Europea constituye una de las regiones del mundo en la que los derechos fundamentales reciben un mayor grado de protección, es posible detectar ciertos Estados miembros que han organizado o consentido tramas organizadas en la lucha antiterrorista o supuestos en los que se haya reconocido el estatuto de refugiado a individuos cuyo país de origen es miembro del Consejo de Europa. Finalmente, se advierte del posible efecto-imitación que en otros ámbitos regionales o de integración puede conllevar la adopción de medidas que aparentemente pueden ser interpretadas como una negación de toda protección a los nacionales de los Estados implicados.

El segundo aspecto que se objeta respecto a la regulación del derecho al reagrupamiento familiar de las personas bajo protección internacional se centra en modelo de asimilación que ha adoptado la legislación frente al modelo de integración: se ha concedido, según estos autores, una escasa relevancia jurídica a la cuestión de la multiculturalidad y, en esta línea, no se permite el reagrupamiento de más de un cónyuge aunque sí es posible la de los hijos habidos en las sucesivas uniones del residente extranjero polígamo en determinadas circunstancias y bajo determinados requisitos<sup>41</sup>. En este debate, un amplio sector de la doctrina pone de manifiesto que a través de este posicionamiento se descubre el marcado territorialismo del Estado obviando el respeto a la identidad cultural del inmigrante y vulnerando los principios más elementa-

<sup>41</sup> ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J.; GAMBOA URIBARREN, B. y LABACA ZABALA, M. L.: «El derecho al reagrupamiento familiar en la legislación, jurisprudencia y doctrina de España»..., pp. 10-14.

les de Derecho Internacional privado, profusamente tolerante frente a otras culturas jurídicas<sup>42</sup>.

La exclusión de cualquier tipo de familia que no responda al modelo monógamo se justifica alegando que la familia es el lugar de convivencia en el que se transmiten las tradiciones culturales de las personas. Si estas tradiciones culturales proceden de países que no comparten un mínimo común de valores del país de acogida podrían impedir la asimilación de aquellos valores e incluso permitir la introducción de prácticas culturales radicalmente contrarias a los mismos: poligamia, repudiación, sumisión y discriminación de la mujer en relación con el hombre, entre otras. En otras palabras, «resulta muy discutible que los tribunales españoles puedan permitir el acceso de los derechos “a beneficio de inventario”, eludiendo la aplicación de ciertos principios constitucionales, al considerar, en orden a la resolución del caso concreto, una ley extranjera que resulte gravemente contraria a la dignidad de la persona o atente contra el principio de igualdad o no discriminación entre sexos»<sup>43</sup>.

En realidad, la justificación de esta exclusión debe enraizar, no tanto en el artículo 39 CE que configura un modelo de familia abierto a los cambios sociales, como en el artículo 32 CE en el que se regula el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad de ambos cónyuges y en todas las previsiones del Texto fundamental contrarias a la discriminación por razón de sexo, recogidas explícitamente en los artículos 14, 32 y 35: la acep-

<sup>42</sup> MOYA ESCUDERO, M., «Derecho a la reagrupación familiar», en *Comentario sistemático a la Ley de extranjería 4/2000 y 8/2000*, M. Moya Escudero (coord.), Comares, Granada, 2001, p. 693 y ESTEVE GONZÁLEZ, L., «Reagrupamiento familiar», en *Comentarios a la Ley de Extranjería de 22 de diciembre*, J. Asensi Sabater (dir.), Editorial Edijus-Fundación Alternativas, Madrid, 2001, p. 166.

<sup>43</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, op.cit., p. 54.

tación de uniones poligámicas podría resultar contraria a esta igualdad que proclama la Constitución española cuando el matrimonio implicara desigualdad en los condicionantes de aptitud para contraer matrimonio, durante la permanencia de ese vínculo o en el momento de su disolución.

A pesar de las carencias señaladas por la doctrina consideramos que la valoración que merece la nueva Ley de Asilo desde la perspectiva del derecho a la reagrupación familiar es altamente positiva puesto que, con carácter general, se ha dado mayor cobertura al derecho a vivir en familia de las personas beneficiarias de protección internacional.

Esta mayor amplitud del régimen de reunificación de la familia del refugiado o de la persona beneficiaria de protección subsidiaria se concreta en:

- la consideración explícita del «mantenimiento de la unidad familiar» entre los efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria;
- el reconocimiento de la titularidad del derecho al reagrupamiento familiar a todas las personas en situación de protección internacional: tanto a refugiados como a beneficiarios de protección subsidiaria;
- la ampliación de los miembros de la familia que pueden beneficiarse de la extensión familiar de la protección; y
- la posibilidad de solicitar la reagrupación familiar de los familiares de forma opcional aunque estén residiendo en España.

**RESUMEN** La aprobación Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria ha supuesto la adaptación de la regulación española a las importantes novedades normativas en materia de asilo que, procedentes del ámbito comunitario, exigían su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno. El presente estudio se analizarán la fundamentación constitucional del reagrupamiento familiar, las diferentes interpretaciones jurisprudenciales de las que ha sido objeto el derecho a la vida en familia en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional así como las principales novedades recogidas en el Título III de la Ley que reglamenta la garantía del mantenimiento o recomposición de la unidad familiar de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional.

**Palabras clave:** intimidad familiar, reagrupamiento familiar, derecho de asilo, refugiados y personas beneficiarias de protección internacional.

**ABSTRACT** The passing of Spanish Law 12/2009, dated 30 October, regulating the right of asylum and subsidiary protection has entailed the adaptation of Spanish law to significant regulatory innovations regarding asylum that the European community required to be incorporated into the Spanish legal system. This study examines the constitutional grounding of family reunification, the different jurisprudential interpretations of the right to live with one's family resulting from rulings of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court, and the main new points in Title III of the Act regulating the guarantee of maintaining or recomposing the family unit for people requesting or granted international protection.

**Key words:** family privacy, family reunification, right of asylum, refugees and people granted international protection.