

DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Sonia García Vázquez

Sumario: I. EL CONCEPTO DE FAMILIA. II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA INTERPRETADA CONFORME AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. III. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA: A) Sentido y alcance del derecho a la reagrupación familiar en la actual legislación de extranjería. B) Familiares reagrupables. C) Procedimiento para la reagrupación familiar. D) Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales. IV. CONCLUSIONES.

“Una familia feliz es una larga conversación que siempre parece demasiado corta”

André Maurois

I. EL CONCEPTO DE FAMILIA

La familia ha sido desde siempre una institución fundamental en el ámbito del Derecho. Presente en buena parte de las normas jurídicas que ordenan la sociedad, su tutela se ha erigido en principal objetivo del legislador, aunque el bien jurídico protegido oscila entre la individualidad de cada uno de los hijos habidos en el seno familiar, en cuyo caso de poca relevancia resulta el modelo de familia que le ampara; y la tutela de la familia en sentido estricto, en cuanto institución digna de protección en sí misma y dotada de autonomía propia.

Para una mejor comprensión del modelo de familia que el legislador español considera como reagrupable, excluyendo la existencia de nuevas categorías, y desconocidas formas de familia y matrimonio ajenas a nuestro ordenamiento jurídico, aunque éstas sean totalmente válidas en el país de origen del extranjero¹, estimamos imprescindible analizar, siquiera escuetamente, qué se entiende por “familia”.

1 En el debate que se abre al amparo de esta opción del legislador, absolutamente inamovible frente a nuevos planteamientos que podrían modificar considerablemente muchos aspectos de la política social de familia en nuestro país, no han faltado las críticas de un amplio sector de la doctrina que 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 elementales de Derecho Internacional privado, profusamente tolerante frente a otras culturas jurídicas.

Sobre esta cuestión pueden consultarse: M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, en Moya Escudero, M. (coord.), **Comentario sistemático a la Ley de extranjería 4/2000 y 8/2000**, Granada, Comares, 2001, pág. 693. L. ESTEVE GONZALEZ, en José Asensi Sabater (Dir.), **Comentarios a la Ley de Extranjería**, de 22 de diciembre, Editorial Edijus-Fundación Alternativas, Madrid, 2001, pág. 166.

Si bien como consecuencia de las enormes diferencias sociales y culturales existentes entre los diferentes Estados, no es posible aportar una definición legal unívoca del concepto de familia en el ámbito internacional², la creación de una familia como derecho humano de todos los individuos, no fue preterida en los acuerdos internacionales de derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial,³ que han de informar, a través del artículo 10.2 CE⁴, esa cláusula de simpatía con los derechos humanos, en palabras del Profesor PETER HÄBERLE, la interpretación de las normas que tutelan los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente⁵.

En el contexto europeo, la familia-tipo es la nuclear monogámica, pero no existe un modelo único de familia, sino que existen múltiples formas que corresponden a una sociedad plural e impiden interpretar el concepto restrictivamente. Cada día surgen problemas culturales e ideológicos que revelan la existencia de diferentes tradiciones, mentalidades y prioridades de normas sociales que, por su naturaleza, dificultan la fijación de objetivos de convergencia⁶.

Respecto al ámbito interno, que es nuestro objeto principal de estudio, cabe decir que si bien el artículo 39 de la Constitución Española se configura como el eje alrededor del cual gira el tratamiento constitucional de la familia, nuestra Constitución no manifiesta expresamente en ninguno de los preceptos de su articulado qué debe entenderse por “familia”.

No obstante, es interesante destacar, en primera instancia, que la Constitución española no ha identificado a la familia con la que tiene origen en el matrimonio⁷, con-

2 El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, pone de manifiesto en su apartado 3 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado. De ello se deriva, a nuestros efectos, que los esposos han de estar autorizados, en principio, a vivir juntos en todos los países. Esta concepción de la familia como núcleo fundamental de la sociedad se recoge, igualmente, en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, donde se proclama el derecho al matrimonio y a la vida privada y familiar; en el artículo 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961; el artículo 23.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 10 de diciembre de 1966. Por su parte, el Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reconoce el derecho de todos los hijos menores a relacionarse con ambos padres, incluso cuando éstos no conviven juntos y residen en países diferentes (artículos 9 y 10). Pese a todo, ninguno de estos instrumentos jurídicos internacionales nos aporta una definición concreta acerca de qué es la familia.

3 Vid. R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in International Human Rights Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

4 Nos encontramos ante un precepto garantista, el artículo 10.2 CE, que construye un muro de protección frente a la acción del legislador nacional, y sirve no sólo para interpretar las normas contenidas en la Constitución, sino “todas las del ordenamiento jurídico relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que reconozca la Norma fundamental” (STC 72/1982, de 20 de octubre). Por ello, parece claro que los Tratados internacionales, como elemento interpretativo de nuestros derechos fundamentales, podrían aplicarse siempre en sentido positivo, a través del precepto al que nos hemos referido, para extender el alcance de los derechos contenidos en las leyes que han desarrollado los principios rectores. La protección de la familia es un principio rector que se impone a todos los operadores jurídicos y parece que un desarrollo evolutivo más abierto sería la tendencia democrática natural.

5 En este sentido resulta interesante consultar: A. RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 292 y ss. A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional del derecho internacional europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 79 y ss.

6 En este sentido: M. I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 141. S. L. ZIMMERMAN, *Understanding Family Policy: Theoretical Approaches*, Newsbury Park, Sage, 1988.

Para aproximarse al análisis de las políticas de familia en Europa del Sur véase L. FLAQUER, *Family Policy and Welfare State in Southern Europe*, Institut de Ciències Polítiques I Socials, Barcelona, 2000.

7 STC 222/1992, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5º. Véase especialmente el análisis de A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Comentarios a la CE. La jurisprudencia del TC*, Editorial Arces, Madrid, 1993.

clusión que se impone no sólo por la regulación diferenciada de ambas instituciones (artículos 32 y 39), sino también porque el amparo que la Norma fundamental le otorga a esta institución responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención que, por consiguiente, debe otorgarse a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. Concluiremos, por tanto, que junto a la familia de origen matrimonial, por relevante que ésta sea en nuestra cultura, existen otras, como corresponde a una sociedad plural.

Aunque no resulta factible tratar aquí con detalle las diversas tesis propuestas sobre este particular, sea cual fuere el concepto constitucionalmente protegido de familia, no es discutible que tal concepto nace, sin duda alguna, de la familia que se origina en el matrimonio, que es, por otro lado, la que toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los demás Tratados sobre Derechos Fundamentales suscritos por España.

Desafiando los pronósticos, la jurisprudencia constitucional no ha silenciado de manera definitiva la controversia acerca de la inclusión o no de las uniones de hecho en el concepto de familia. Se parte de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial son realidades jurídicamente disímiles, por lo que, en principio, su tratamiento es diferenciado. La unión de carácter matrimonial es una institución social garantizada por la CE, que proporciona frente a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata. Nada de ello ocurre con la convivencia *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni existe un derecho expreso a su establecimiento reconocido constitucionalmente⁸.

En el voto particular del Magistrado Gimeno Sendra a la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, se reivindica un concepto amplio de familia partiendo de que “tan familia es la unión de dos cónyuges que, en su día, suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio, como la unión afectiva y estable de una pareja (o de un padre o madre viuda, soltera, separada o divorciada con sus hijos)”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentándose en las exigencias del artículo 8.1 CEDH, ha desarrollado una línea jurisprudencial que impone a los Estados el respeto efectivo de la vida familiar. Su acervo jurisprudencial, cuyo objeto radica principalmente en las relaciones familiares paterno-filiales y las medidas en relación con los extranjeros, despliega una eficacia preventiva y correctiva contribuyendo a ampliar enormemente el contenido del derecho a la vida familiar⁹.

Es de recibo destacar, en este punto, que la consideración de cónyuges que incluye sólo a los que lo son legalmente puede resultar contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia de 13 de junio de 1979, caso Marckx, considera que la vida familiar comprende también la que se deriva de relaciones que resulten de una unión no matrimonial, y declara que el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no distingue entre “familia legítima e ilegítima”. A posteriori, en una sentencia de 18 de diciembre de 1986, caso Johnston, se insiste en esta línea jurisprudencial al destacar que dicho precepto protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural¹⁰.

8 STC 184/1990, de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico 3º.

9 Véase en relación con este tema M. A. EISSEN, **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, Civitas, Madrid, 1985.

10 Vid los comentarios de S. QUESADA POLO, “**La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH**”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Perfiles de Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 322.

En otro orden de cosas, debido a la creciente inmigración hacia nuestro país de extranjeros procedentes de países islámicos, es innegable que asistimos al advenimiento de prácticas y costumbres diferentes que suscitan múltiples roces y conflictos de gran envergadura en orden a su aplicación práctica.

Las disquisiciones teóricas sobre el ordenamiento jurídico aplicable al estatuto personal de los nacionales de países islámicos que residen en Europa, ese Dorado que les mira con soberbia, se polarizan en torno a dos posiciones enfrentadas. Desde la óptica del multiculturalismo radical se apuesta por reforzar, a cualquier precio, la ley nacional del país de origen del extranjero, aplicándose a supuestos cuyo resultado se traducirá en una situación flagrantemente discriminatoria para una de las partes¹¹. Por otro lado, estaría la posición de los que entienden que las situaciones migratorias deben dirigirse a la conquista de la ciudadanía, y desde un enfoque universalista que pretende favorecer la integración en general, y especialmente la de aquellos individuos (mujeres y niños) que no desean estar supeditados a tendencias grupales que restringen su autonomía personal, se defiende la sustitución gradual de la ley nacional por la ley de residencia habitual como rectora de su estatuto personal y familiar¹².

En cualquier caso, resulta muy discutible que los tribunales españoles puedan permitir el acceso a 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 sexos¹³.

Es radicalmente cierto que cuando el derecho de familia se asocia a estos flujos migratorios nos adentramos en un mundo no ausente de mitos, falta de información y malas interpretaciones. Podríamos hacer muchas consideraciones al respecto, pero quizás el mayor obstáculo al que tendría que hacer frente esta complicada empresa sería, precisamente, el hecho de que la legislación islámica no constituye un sistema jurídico uniforme, común a toda la sociedad musulmana¹⁴.

11 Es cierto que la conexión de la nacionalidad permite atender a los lazos que unen al extranjero con su país de origen, pero en muchas ocasiones nos encontramos en la dicotomía de aplicar o inaplicar la ley personal del inmigrante valorando no sólo el conflicto de culturas, sino también el conflicto de intereses que surge entre las partes, así como la justicia de su resultado práctico.

Es mucho más frecuente de lo que sería deseable comprobar como, ante la demanda por parte de la mujer para que el esposo contribuya a las cargas familiares o ante supuestos de divorcio basados en la ley de residencia (la ley islámica obstaculiza el acceso al divorcio para la mujer), el marido viaja a su país de origen para repudiarla sin necesidad de alegar causa alguna ni seguir un procedimiento judicial.

Ante este panorama del que las mujeres se sienten víctimas, no sorprenderá la afirmación de que invocar el derecho de familia español es, en muchas ocasiones, el único camino para obtener la patria potestad sobre los hijos en supuestos de ruptura matrimonial, o conceder libertad y autonomía a una mujer musulmana que desea contraer matrimonio con un hombre *infidel*, es decir, no musulmán, salvando así la prohibición de disparidad de cultos que afecta, exclusivamente, a las féminas.

12 En defensa del desarrollo de la opción universalista véase el interesante artículo de J. DEPPEZ, “**Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France: aspects de droit international privé**”, en M. FOGLETS (ed.), Familles, Islam, Europe. Le droit confronté au changement, Paris, Harmattan, 1996, págs. 56-126.

13 Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, **Derecho Internacional Privado**, Civitas, 1999, pág. 216.

14 Los Estados musulmanes no presentan, al respecto, una absoluta homogeneidad, lo que permite clasificarlos, en la práctica, según tres diferentes modelos: a) Estados que se han “liberado” de la religión, algunos de los cuales podrían considerarse como laicos: Burkina Faso, Camerún, Gambia, Guinea Bissau, Mali, Níger, Senegal, Turquía; b) Estados tan subordinados a la religión que parecen Estados religiosos: Sudán, Irán, Arabia, Pakistán, Bahrein; c) Estados que se han apoderado de la religión hasta el punto de que ésta posee la fuerza que el Estado quiere concederle: Argelia, Egipto, Emiratos Árabes, Jordania, Kuwait, Marruecos, Túnez, Somalia, Qatar, Mauritania o Irak –en el momento de escribir estas páginas la situación

Ahora bien, es innegable que cualquier tipo de “concepción estatal-divina” afecta a la idea universal de los derechos humanos en su esencia¹⁵. Las diferencias son tan abismales en algunos supuestos que “la posibilidad de acuerdo entre “Occidente” y “Oriente” en relación con los derechos humanos depende, en última instancia, de la interpretación de los “principios islámicos”, y de su praxis moderada o agresivamente intolerante”¹⁶.

Tanto en el Derecho romano como en el islámico, el concepto de familia abarca un grupo de pertenencia muy amplio y compacto que constituye la base de la regulación legal de las relaciones familiares y la sucesión de los bienes. La legitimidad de la familia se obtiene mediante el matrimonio islámico, diferenciándose entre hijos matrimoniales e hijos nacidos fuera del matrimonio a los que no se les reconoce vinculación jurídica alguna respecto a su progenitor masculino¹⁷.

El ordenamiento familiar privilegia los vínculos agnaticios y entierra sus raíces en una concepción patriarcal que dota al cabeza de familia de una gran autoridad, correspondiéndole indiscutiblemente la patria potestad sobre sus hijos, aunque la madre tiene preferencia en el derecho de hadana¹⁸.

Aunque muchos países musulmanes han proscrito la poligamia, este derecho subsiste en el mundo islámico, contribuyendo a ampliar sustancialmente la concepción de núcleo familiar. Empero, ya no estamos ante un derecho ilimitado como en la época

de conflicto en la zona genera cierta incertidumbre sobre la orientación o el posicionamiento del Estado frente a la religión en el futuro-. Ver ABDELFATTAH AMOR, *Costituzione e religione negli Stati musulmani*, en *Coscienza e libertà*, nº 30, 1998, pág. 74.

15 Podemos encontrar un interesante estudio sobre los derechos humanos en el Magreb, que comprendería el territorio de Túnez, Mauritania, Marruecos, Sáhara Occidental, Argelia y Libia en C. RUIZ MIGUEL, *“Los derechos humanos en el Magreb: Apariencia y realidad”*, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 117, Julio-Septiembre, 2002, págs. 125-144. En estas coordenadas geográficas, la realidad política de los derechos humanos se aleja considerablemente de lo establecido en las leyes, como consecuencia de que ese reconocimiento de derechos no se ve amparado por las garantías jurídicas que serían deseables para su efectivo disfrute.

16 Vid. P. HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996, pág. 158-159.

17 A modo de ejemplo podríamos decir que en la Ley marroquí sobre nacionalidad, Ley 1/58/250 de 6 de septiembre de 1958, se regulan únicamente dos supuestos de atribución de la nacionalidad marroquí. En el artículo 6.1 se recoge el primer modo de atribución de la nacionalidad marroquí por filiación de padre marroquí, ya que la nacionalidad de la madre es absolutamente irrelevante a estos efectos. Sin embargo, y esto conlleva un matiz discriminatorio, en el supuesto de que naciese de padre marroquí, pero no fuese un hijo matrimonial, se estaría a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 6, es decir, la atribución de nacionalidad para hijos de “madre marroquí y padre desconocido”.

En el supuesto de los matrimonios mixtos, frecuentemente contraídos en formas diferentes al matrimonio islámico válido, no existirá tampoco paternidad legítima desde el punto de vista de la legislación marroquí. Sin embargo, la interpretación en España de la figura de “padre desconocido” debe ser diferente, puesto que independientemente de que las autoridades marroquíes reconozcan o no el matrimonio entre los progenitores, los descendientes de esa unión se considerarán, obviamente, en nuestro territorio de padre conocido.

Como consecuencia del rechazo social que genera la maternidad extramatrimonial, en los hospitales marroquíes es muy frecuente el abandono de los hijos ilegítimos, sin que por este motivo se tomen ningún tipo de medidas contra los progenitores.

En el momento de la inscripción de ese nacimiento en el Registro correspondiente, si la madre de ese hijo extramatrimonial deseara que el nacido porte su propio apellido, no podrá inscribirlo con él sin el consentimiento de su padre o hermano mayor, es decir, el beneplácito del representante de su parentela. Véase Decreto del Ministerio de Interior marroquí de 31 de mayo de 1979.

18 Institución que equivaldría a una suerte de combinación entre la tenencia y la tutela respecto de los menores. En definitiva, se podría definir como el derecho al cuidado y atención del niño. Especialmente complicado resulta ejercer este derecho en los supuestos de matrimonios mixtos, ya que esta posibilidad se pierde cuando la madre no es musulmana, o cuando se casa con un hombre diferente al padre del niño/a.

preislámica, porque aunque se autoriza a tener hasta cuatro esposas (práctica nada común en las sociedades musulmanas contemporáneas) en la medida que puedan ser equitativamente atendidas y protegidos sus derechos (Corán IV.3), se configura como un hecho de mutuo consentimiento, teniendo la futura esposa la posibilidad de estipular que su marido no pueda casarse con una segunda o ulterior mujer en el futuro¹⁹.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA INTERPRETADA CONFORME AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La protección de la familia²⁰ reconocida en el artículo 39 CE, integrado en el capítulo referente a los “principios rectores de la política social y económica”, determina que este principio informe la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, la vinculación del derecho a la reagrupación familiar con el artículo 39 CE sólo permitirá su alegación ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, y, por tanto, su vulneración no podrá conducir a un recurso de amparo. En otras palabras, la adopción por un poder público de cualquier medida prevista en la Ley que tenga incidencia en el desarrollo de la vida familiar, en un supuesto donde el artículo 39 CE no pueda ser relacionado con alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, bien la intimidad, la igualdad, la indefensión o la tutela judicial efectiva, carece, a los efectos de la jurisdicción de amparo, de dimensión constitucional, salvo en lo que se refiere al control de la motivación de la resolución judicial desde el prisma del artículo 24.1 CE.

La obviedad de las anteriores afirmaciones no puede hacernos olvidar, empero, que nuestra Constitución ha estipulado claramente que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos. El mandato constitucional debe ejercer un efecto persuasivo en el legislador que, obviamente, no puede desatenderlo. Si lo infringiese, los caminos para acudir ante el Tribunal Constitucional por vía del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad quedarían abiertos.

En cualquier caso, el derecho a la vida familiar de los extranjeros tiene un fundamento constitucional, pero si hablamos con propiedad no podremos afirmar que existe un derecho *fundamental* de los extranjeros a la vida familiar²¹. Tal observación sólo

19 En la práctica, solamente las mujeres con una posición económico-social alta incluyen una cláusula antipoligamia o la posibilidad de repudio tipo *khol*, a instancia de la mujer, en el momento de contraer matrimonio.

Las alternativas al sistema polígamo serían la monogamia y la “mujadana”, en la que el hombre tendría vedada por la ley o costumbre la opción de la poligamia. En este sentido, se le permitiría tomar a otra mujer como “hadina”, siendo su relación similar a la matrimonial. Sin embargo, esta mujer no se incluiría dentro del concepto islámico de familia, viéndose desprovista de sus derechos como esposa y en una situación de absoluta indefensión que se extenderá a los hijos fruto de esa relación, admitida socialmente, pero que no genera ninguna responsabilidad legal por parte del hombre.

20 La Constitución española se refiere, directa o indirectamente, a la institución familiar en los artículos 18.1, 35, 39 y 50.

21 En absoluta consonancia con la opinión del Consejo General del Poder Judicial, manifestada en el “Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, de 26 de junio de 2000; consideramos que el derecho a la reagrupación familiar no tiene la consideración de derecho fundamental. En consecuencia, parece justificada la distinción entre extranjeros residentes y no residentes sobre esta materia.

quiere decir que sería perfectamente compatible con la Constitución supeditar el reconocimiento de este derecho a la legalidad de la estancia del extranjero en España, sin perjuicio de que ostente el derecho a su intimidad personal y familiar, entendida en sentido estricto, con independencia de la situación administrativa en la que se encuentre²².

Para arribar a un puerto diferente navegando por el mismo mar, tendríamos que conectar el derecho a la reagrupación familiar con algún derecho fundamental reconocido constitucionalmente. En este punto resultaría inevitable plantearse, en primer lugar, su vinculación con el derecho a la intimidad familiar consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución. Sin embargo, si seguimos la estela de esta afirmación partimos ya de un problema, una dificultad insalvable que se circunscribe a la evidencia de que el artículo 18 CE no constitucionaliza, de ningún modo, un derecho *fundamental*²³ a la protección de la vida en familia.

Para perfilar esta conclusión, se advierte que el contenido constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar, no tiene el mismo alcance en nuestra jurisprudencia constitucional que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴.

No se trata de una cuestión baladí, sino que tiene gran relevancia práctica, puesto que ante un mismo supuesto el TEDH podría entender vulnerado, como así ha ocurrido, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, bajo la égida del derecho a la vida familiar, mientras que nuestro Tribunal Constitucional, en su interpretación estricta del concepto de intimidad familiar, y ante la inexistencia de un derecho fundamental que proteja tales situaciones, se vería imposibilitado de reconocer cualquier lesión de un derecho fundamental vetando, pues, como decíamos, la posibilidad de interponer un recurso de amparo.²⁵

El concepto de intimidad es, en nuestro marco jurídico interno, un concepto esencialmente abierto y vinculado, en doctrina constante del Tribunal Constitucional, con el principio de dignidad humana²⁶. No se trata, ni mucho menos, de cuestionar aquí la respuesta ofrecida por la jurisprudencia constitucional al respecto de este derecho, que nos sitúa en el punto de fricción entre la publicidad que exige el principio democrático y el reducto sagrado de la vida privada, ineludible en un gobierno bajo el imperio de la ley²⁷. Sin embargo, es de recibo poner de manifiesto que sus aportaciones han consistido, únicamente, en la formulación de una noción amplia y, si se nos permite, excesivamente indeterminada.

22 Véase L. J. MIERES MIERES, **Intimidad personal y familiar**, Prontuario de Jurisprudencia Constitucional, Aranzadi, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Navarra, 2002, pág. 330

23 Manteniendo una postura diferente, RYSZARD CHOLEWINSKI, **“Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right”**, European Journal of Migration and Law, 4, pp. 271-290, Kluwer Law International, The Netherlands, cit. pág. 274, afirma “que la necesidad de que el derecho a la reagrupación familiar sea reconocido como un derecho humano fundamental es algo fácil de justificar conceptualmente en base a una concepción comunitarista del liberalismo, y teniendo en consideración que la familia es el natural y fundamental grupo de la sociedad”.

24 Para una información más detallada, vid. H. LAMBERT, **“The European Court of Human Rights of Refugees and other persons in need protection to family reunion”**, International Journal of Refugee Law, Vol. 11, número 3, Oxford University Press, 1999.

25 C. CONDE-PUMPIDO, D. CÓRDOBA, F. DE MATEO, J.D. SANZ, **Tratado práctico de los procesos de extranjería**, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 328.

26 Consultar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las SSTC 53/1985; 231/1998; 197/1991 y 20/1992.

27 S. WARREN y L. BRANDEIS, **El derecho a la intimidad**, Civitas, Madrid, 1995.

Planteado de este modo el debate, importa, en cualquier caso, señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, casi ocioso es recordarlo, se diferencia entre derecho a la vida familiar y derecho a la intimidad familiar, quedando configurado éste último como un derecho *fundamental* que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás, y que corresponde a todas las personas por igual. Es decir, este derecho corresponde también a los extranjeros, y teniendo en consideración la célebre clasificación tripartita que ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC 107/84, de 23 de noviembre de 1984, no resultaría posible, a efectos de su ejercicio, un tratamiento diferenciado respecto de los nacionales²⁸.

Llegados a este punto, el siguiente paso consistiría en dilucidar la impronta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como marco configurador del derecho a la vida familiar en nuestro ordenamiento jurídico. Recordemos aquí que el Tribunal de Estrasburgo no es una instancia superior supranacional de revisión o de control, y, por consiguiente, no impone medidas a los Estados para reparar las violaciones del Convenio, sino que sus resoluciones tienen carácter declarativo y no poseen verdadera eficacia ejecutiva. Por tanto, su función tiene más importancia como órgano de interpretación que como verdadero órgano judicial aplicativo del Convenio. Empero es innegable que la jurisprudencia ha ampliado enormemente el contenido del derecho a la vida familiar, ésta no ha deducido de las disposiciones del Convenio 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.²⁹

Debemos en cualquier caso afirmar que el impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo en los órdenes internos ha sido patente tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial³⁰ y, por ello, creemos que el balance de lo realizado por el acervo jurisprudencial del Tribunal Europeo en la materia que nos ocupa es susceptible de calificarse como muy positivo, creando desde el punto de vista de algunos sectores de la doctrina³¹ un verdadero derecho autónomo a la reagrupación familiar,³² partiendo del derecho

28 A juicio del Profesor F. BALAGUER CALLEJÓN, "**Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas**", en M. Moya Escudero, Comentario sistemático a la Ley de extranjería, Comares, Granada, 2001, pág. 475: "en un marco constitucional relativamente abierto, los primeros pronunciamientos constitucionales hablan de una conexión entre determinados derechos de los extranjeros y el principio de dignidad que los convierte en titulares de esos derechos en completa igualdad con los españoles".

En definitiva, el Tribunal Constitucional, que aún no se ha podido pronunciar sobre los problemas de aplicación e interpretación que puede suscitar la nueva normativa española sobre extranjería, sí que lo ha hecho respecto del marco general en que se desenvuelven los derechos de los extranjeros en nuestra Constitución. Al respecto, ha afirmado que los extranjeros disfrutaban en España, "en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana".

29 Véase S. QUESADA POLO: "**La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH**", en Cuadernos de Derecho Judicial, Perfiles de Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 313.

30 Su jurisprudencia ha sido asumida, de forma expresa, y aplicada por las jurisdicciones más altas de varios países, entre ellos Francia, lo que desde luego, no puede obviarse al analizar su relevancia.

31 En relación con esta idea, C. CONDE-PUMPIDO, D. CÓRDOBA, F. DE MATEO, J.D. SANZ, **Tratado práctico de los procesos de extranjería**, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 314.

32 El derecho a la reagrupación familiar ha sido reconocido explícitamente en muchos Estados europeos. A título de ejemplo, la Bundesverfassungsgericht o Corte constitucional alemana ha puesto de manifiesto que dado que se trata de un derecho, el sistema de cuotas para el ejercicio de la reagrupación familiar sería inconstitucional (BVerfG 12.5.1987, E 76, I II). Igualmente, ya desde 1995, la Corte Constitucional italiana estableció que la reunificación familiar es un derecho constitucional de los trabajadores; mientras que en 1978 el Consejo de Estado francés configuró la reunificación familiar como principio general de

a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin duda el mecanismo legal que actúa con mayor intensidad, en la práctica, a favor de la protección de la vida en familia de los extranjeros en Europa³³.

En efecto, como venimos sosteniendo, el derecho a la protección de la vida familiar se encuentra garantizado por el artículo 8 CEDH, de contenido muy similar al artículo 18 de la Constitución española, aunque notablemente ampliado. El artículo 8 CEDH manifiesta que *todos* tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, su casa y su correspondencia, no debiendo existir interferencias por parte de la autoridad pública, excepto que estas medidas sean acordes con la ley y necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden económico del Estado³⁴.

En aplicación del criterio de territorialidad que impone el artículo 1 CEDH, los extranjeros que se hallen en cualquier Estado parte en el Convenio, gozan también de la titularidad del derecho al que se refiere el artículo 8 del Convenio, protegiéndolos, además, contra arbitrariedades e injerencias ilegítimas de los poderes públicos en la vida familiar. Sin embargo, su ejercicio puede estar condicionado por las políticas migratorias definidas por los Estados siempre que estas limitaciones estén previstas por la ley, estén justificadas razonablemente para cumplir finalidades legítimas y sean proporcionadas a las circunstancias que originaron su adopción³⁵.

Nos situamos ante un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados que otorgan un amplio margen de libertad a los Estados que, en todo caso, deberán atender a las pautas de interpretación que marca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vendría a jugar aquí, nuevamente, un trascendental papel. Claro resulta, en este contexto, que las cláusulas de restricción al ejercicio de un derecho han de ser interpretadas de manera estricta; si bien una reglamentación autorizada por el propio Convenio no sería considerada como injerencia ilícita³⁶.

En definitiva, no se está cuestionando la libertad del Estado para limitar los flujos migratorios, ni para poner límites al interés del extranjero, sino que el razonamiento vendría presidido por la reflexión de que los Estados deben efectuar un balance entre la vida privada y familiar del extranjero, por un lado, y los intereses del Estado y de la comunidad, por otro, de manera tal que las autoridades nacionales actúen siempre de forma razonable y motivada en relación con la interpretación garantista que se extrae de la dicción literal del artículo 8 del Convenio Europeo.

derecho para los extranjeros que residían legalmente en Francia. Véase P. BOELES, **Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?**, European Journal of Migration and Law 3, pp. 61–71, 2001. Kluwer Law International. The Netherlands.

33 J. HANDOLL, **The status of third country nationals residing on a long-term basis**. Conferencia presentada en el “First European Congress for Specialist Lawyers in the Area of Immigration and Asylum in Europe”, Bruselas, diciembre de 2000.

34 La restricción impuesta al disfrute de un derecho debe obedecer a una ponderación adecuada entre la finalidad perseguida y la importancia e intensidad del ataque dirigido contra ese derecho. La exigencia de que la restricción se encuentre prevista por ley debe ser interpretada en sentido material y no formal. Además, la ley debe ser consecuente y definir con precisión los límites, circunstancias y condiciones en las que el Poder judicial puede ordenar determinadas medidas. En segunda instancia, es necesario que la injerencia persiga uno de los fines que el párrafo segundo del artículo 8 CEDH enumera. La condición más importante, es lo que se ha calificado como “medida necesaria en una sociedad democrática”, implicando una necesidad social imperiosa en el contexto de una sociedad democrática, plural y tolerante.

35 T. FREIXES y J. C. REMOTTI CARBONELL: **“Los derechos de los extranjeros en España y en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos”**, Revista de Derecho Político, UNED, Madrid, 1998, nº 44, pág. 127.

36 Cfr. en tal sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, **Legislación sobre nacionalidad y extranjería**, Colex, 2002, pág. 123.

La primera ocasión en la que el Tribunal Europeo hubo de tomar una posición sobre la compatibilidad con el Convenio de una decisión vinculada con la política migratoria de un Estado-parte, enfrentándose a un recurso sobre reagrupación familiar con base en el artículo 8 del Convenio, se produce en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985.

Este es el supuesto de tres mujeres residentes legales en Reino Unido que se casan en su país de origen, negándoseles, posteriormente, a sus maridos la entrada en Reino Unido. Supuestamente, parece que existe, al menos, una discriminación, porque la normativa de extranjería inglesa autorizaba la reagrupación familiar de las mujeres de los extranjeros. Sin embargo, el Tribunal Europeo desestima el recurso alegando que no existe vida familiar anterior al derecho de residencia, al mismo tiempo que destaca que no se presentan pruebas concluyentes que demuestren que no puede producirse la reagrupación familiar en los países de origen de sus maridos.

En el *Asunto Gül contra Suiza*, de 19 de febrero de 1996, se trataba de decidir si un matrimonio con permiso de residencia, concedido por razones humanitarias como consecuencia de la acuciante necesidad de recibir un tratamiento médico a raíz de un grave accidente, tiene derecho a que su hijo, que ha residido siempre en Turquía y ha crecido en el entorno cultural y lingüístico de este país, obtenga un permiso para residir con sus padres en Suiza. Huelga decir que desde el momento y por el sólo hecho de su nacimiento existe entre el hijo y los padres un vínculo constitutivo que posteriores acontecimientos no podrían quebrar más que en circunstancias excepcionales.

Desde la obtención del permiso de residencia por razones humanitarias en Suiza en 1990, el demandante había solicitado a las autoridades helvéticas la autorización para el reagrupamiento familiar de su hijo acudiendo a todas las instancias, con el propósito de intentar mejorar la situación en la que se encontraban, que implicaba la separación definitiva de la familia; puesto que debido a la carencia de recursos económicos suficientes para viajar, a su invalidez y a la grave enfermedad de su esposa, el reagrupamiento familiar en Turquía se convertía en ilusorio.

A pesar de las razones aducidas anteriormente, el Tribunal considera, por siete votos contra dos, en una resolución manifiestamente injusta, que a pesar de la difícil situación en la que se encuentra la familia *Gül* desde el punto de vista humano, no puede considerarse que Suiza haya vulnerado las obligaciones derivadas del párrafo 1 del artículo 8, y que, por tanto, no se ha producido una injerencia en la vida familiar del demandante en el sentido del Convenio, a consecuencia de que los esposos no disponen de un derecho de residencia permanente; demostrando, de este modo, que los Estados tienen derecho, sin perjuicio de los compromisos derivados de los Tratados internacionales, a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio, y que el artículo 8 no puede interpretarse en el sentido que comporte una obligación para los Estados de respetar la elección del lugar de residencia de las parejas casadas³⁷.

No obstante los desafortunados precedentes, de lo que se trata, en cualquier caso, es de ser conscientes de la enorme incidencia que la labor garantista del Tribunal des-

³⁷ En el mismo sentido que en el caso *Gül*, la Corte no apreció violación del artículo 8 del Convenio en el *Caso Ahmut contra Países Bajos*, de 28 de noviembre de 1996. En este supuesto, el Sr. Ahmut solicitó la reagrupación familiar de dos hijos de un matrimonio anterior que residían con su madre en Marruecos antes de que ésta falleciese. Las autoridades holandesas deniegan la petición y el TEDH se muestra absolutamente conforme con la decisión de Holanda amparándose en que el Sr. Ahmut decidió separarse de sus hijos trasladándose a vivir a los Países Bajos, que aún posee la nacionalidad marroquí y que no existe obstáculo alguno para su retorno a Marruecos.

pliega a favor de la protección de los derechos de los extranjeros³⁸. La casuística es muy abundante y variada en cuanto a las posibles injerencias alegadas respecto a la vida privada y familiar de los demandantes; sin embargo, el carácter asistemático de las decisiones judiciales no ayuda a esbozar, al menos en una primera etapa, unas líneas generales dotadas de cierta coherencia que nos protejan frente a las ambigüedades y soluciones aporéticas.

Radicalmente cierto es que el Convenio no garantiza ningún derecho a los extranjeros de entrar y residir en un determinado país. Sin embargo, también hay que destacar que expulsar³⁹ a una persona de un país firmante del Convenio en el que viven sus parientes cercanos puede constituir una injerencia en su derecho a la vida familiar.

En España, mientras los familiares no obtengan un permiso de residencia independiente, su permiso de residencia se extingue con el del reagrupante. Esto implica que, en el supuesto de que el reagrupante cometa una infracción de las sancionadas con expulsión, si éste es expulsado, los familiares deberán salir obligatoriamente del territorio español, a no ser que obtengan un nuevo permiso de residencia avalado por sus propios medios económicos.⁴⁰

Por lo que respecta a la vida familiar de un extranjero que se encuentre en situación administrativa irregular (“ilegal”) en un Estado parte del Convenio, la jurisprudencia de Estrasburgo expresa, en un primer momento, una tendencia inequívocamen-

38 En España, la jurisprudencia ha tenido en cuenta en los últimos años la incidencia del derecho constitucional a la protección de la familia con respecto a una posible expulsión. Así, en el supuesto de una ciudadana extranjera expulsada de nuestro país que regresa a España con un visado de estancia, contrae matrimonio con español y da a luz una hija de ese matrimonio, estima que se debe dar el permiso de residencia por reagrupamiento familiar por cuanto el artículo 39 de la CE impone a los poderes públicos el deber de proteger social, económica y jurídicamente a la familia. Véase la STS de 17 de febrero de 1999.

39 La expulsión es una sanción individual extraordinariamente gravosa para quien, después de la apertura de un expediente sancionador, tiene que enfrentarse a la realidad de ver absolutamente frustrado su proyecto migratorio, sumando a esto la circunstancia agravante de que una sanción de esta índole lleva aparejada, sin excepción, la imposibilidad de entrada en cualquier país perteneciente al territorio Schengen por un período de tiempo que puede oscilar entre los tres y los diez años. En la práctica, por razones obvias, se prefiere la multa a la expulsión, por la que deberá optarse únicamente en supuestos extraordinarios debidamente probados.

Es necesario diferenciar esta figura, siquiera someramente, de otras semejantes como el retorno o la devolución. El retorno es una figura ideada para afrontar la situación de aquellos inmigrantes que acuden a un puesto fronterizo habilitado para entrar en el país, pero que al no autorizárseles la entrada, por no cumplir las condiciones exigidas, han de retornar a su país (artículos 60 de la Ley 8/2000 y 137 del Reglamento de ejecución de la Ley). Por su parte, la devolución se aplica a aquellos extranjeros que intentan acceder “ilegalmente” a nuestro país, o que una vez expulsados intenten entrar infringiendo así la prohibición de entrada al país (artículos 58 de la Ley 8/2000 y 138 del Reglamento).

No es necesario precisar que la expulsión de los nacionales únicamente podrá llevarse a cabo en supuestos muy excepcionales. Igualmente, la posibilidad de proceder a expulsar a determinadas categorías de extranjeros cuya relación con ese Estado sea particularmente intensa no sería factible jurídicamente. Muchos son los que consideran que los extranjeros de “segunda generación”; es decir aquellos criados en un país de acogida diferente al de su nacionalidad, deberían de disfrutar de una posición privilegiada que les equiparase, a efectos de la imposibilidad de expulsión, a los nacionales del país en el que residen.

Por otro lado, en atención al principio de *non refoulement*, los beneficiarios de protección subsidiaria, es decir, aquellas personas que no poseen las condiciones para ser considerados refugiados, tampoco podrían ser expulsados del país.

40 El artículo 57.6 de la Ley de extranjería permite que los familiares que hayan residido legalmente en España más de dos años continúen en nuestro país, prohibiendo a las autoridades que sean expulsados. Para ampliar esta información, M. D. MARTÍNEZ CUEVAS, “La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, número 5, 2002, pp. 141-173.

te restrictiva de derechos, al tiempo que favorecedora de las facultades soberanas de los Estados a expulsar a los extranjeros allende de sus fronteras. El cambio se produce en la década de los 80 y comienzos de los 90, cuando una clara tendencia progresista comienza a inundar la mayor parte de sus resoluciones.

El Tribunal ha considerado que antes de que las autoridades de un Estado parte procedan a expulsar a un extranjero del país, deben tenerse en consideración, independientemente de su situación administrativa, una serie de datos⁴¹ para que la expulsión del extranjero no se considere una injerencia desproporcionada con los fines legítimos perseguidos, concluyendo que ha habido violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴²

Pues bien, en un paisaje que no aboga por la prioridad de los derechos de los extranjeros, en el que absolutamente todo parece dejarse arrastrar por la vorágine de un sistema económico encerrado en sí mismo, el Tribunal de Estrasburgo, aún sumergido en un diluvio de dudas, elaboró una línea jurisprudencial sobre las condiciones en las que el artículo 8 del Convenio puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de causas legales de expulsión de un extranjero, desmarcándose, definitivamente, de su tendencia clásica y comenzando a reconocer la responsabilidad de los Estados en aquellos supuestos de expulsión donde se haya producido una inobservancia de las disposiciones previstas en el Convenio.

Bajo esa aura de despertante ánimo, irrumpe una sentencia pionera que marca el comienzo de una nueva línea jurisprudencial; la que nace con el caso *Berrehab* contra los Países Bajos de 21 de junio de 1988. En este supuesto, se había denegado la prórroga del permiso de residencia en los Países Bajos a un padre divorciado extranjero, lo que le impedía visitar, regular y frecuentemente, a su hija de corta edad, fruto de su matrimonio con una neerlandesa. A juicio del Tribunal Europeo, imposibilitar a este ciudadano extranjero la relación con su hija supondría una injerencia inadmisibles en su derecho a la vida privada y familiar, no permitida por el artículo 8.2 del Convenio, porque al expulsar al requirente se romperían los lazos estrechos que se habían creado entre el padre y su hija. Para el TEDH es decisivo el hecho de que no se trata de una solicitud de un primer permiso de residencia, sino de una prórroga a favor de una persona que había residido legalmente durante varios años en los Países Bajos y que había tenido un hijo de su matrimonio con una nacional⁴³.

41 Entre otros datos adicionales, se considerarán, en todo caso, la duración de la estancia en el país en cuestión; la existencia de vida privada y/o familiar que se vea afectada o rota; factores vinculados al control de la inmigración; haber nacido en el Estado del que pretenden expulsarle; la retención de la nacionalidad del país de origen o el deseo manifiesto de adquirir la nacionalidad del país en cuestión; la existencia y naturaleza de los vínculos naturales con el país de origen; la reincidencia y la gravedad de la ofensa.

42 Consultar el interesante artículo de A. SHERLOCK, "**Deportation of aliens and article 8 ECHR**", 23 *European Law Review*, 1998.

43 La Comisión concluye que existe violación del Convenio en muchos otros supuestos como el Caso *Moustaquim* contra Bélgica, de 18 de enero de 1991. El demandante que recibió una orden de expulsión del territorio por parte de las autoridades belgas, con la argumentación de que había cometido reiterados actos delictivos por los cuales había sido condenado y privado de libertad en varias ocasiones, llegara a Bélgica con dos años y vivía allí desde hace más de veinte con sus padres y sus siete hermanos; además, había seguido toda su escolaridad en francés. A tenor de los hechos referidos, parece que existía un alto grado de arraigo y si se le expulsaba a Marruecos su "vida familiar" quedaría seriamente perjudicada.

Sienta el precedente respecto al trato que debe dispensarse en supuestos de "segunda generación" de inmigrantes el Caso *Djeroud* contra Francia de 1991. El Tribunal estima que un Estado debe tener en cuenta las consecuencias resultantes de una medida de expulsión siempre, y especialmente cuando la persona afectada no hable la lengua del país al que va ser expulsado y no tenga en él ningún vínculo familiar o social.

Otro caso interesante lo constituye *Beldjoudi vs. Francia*, de 26 de marzo de 1992. En esta ocasión, el Tribunal de Estrasburgo consideró que la expulsión del ciudadano argelino Beldjoudi, que había nacido y

Sin ese primer impulso no se comprenderían decisiones que desenmascaran el espíritu aperturista del momento. Un ejemplo paradigmático lo constituye el Caso Nasri vs. Francia, de 13 de julio de 1995, donde se manifiesta sin ambages que la expulsión de una persona aquejada de una enfermedad que precise tratamiento en un entorno familiar propicio en el que pueda encontrar equilibrio psicológico y social es contraria al Convenio aunque, en este caso concreto, el protagonista sea un extranjero condenado penalmente por haber cometido robos con violencia y haber participado en una violación colectiva⁴⁴.

Sin necesidad de abdicar de su planteamiento apriorísticamente garantista, el Tribunal Europeo ha mostrado su rectitud, con espíritu objetivo y mirada ecuánime, en supuestos que creaban dudas en relación con el difícil equilibrio entre la vida familiar y el orden público. Muestra de ello serían las sentencias de los casos El Boujaidi contra Francia, de 26 de septiembre de 1997 y Boulifa contra Francia, de 2 de octubre de 1997.

El Tribunal Supremo ha proclamado en varias Sentencias, aprobadas entre el año 1995 y 2000, 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 constitucionalmente protegidos de ese extranjero si hay prueba de “especiales vínculos con la tierra o lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social o familiar”. En alguna ocasión ha entendido el TS que existe arraigo “personal, económico, familiar y social” de un extranjero, únicamente porque estaba probado que se encontraba en España desde 1992 y vivía en el domicilio de su hermana que disfrutaba de un permiso de residencia en España, estaba dada de alta en la Seguridad Social y tenía depósitos bancarios. Igualmente, existiría arraigo por “seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o haber sido previamente titular de permisos de residencia”⁴⁵.

III. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

A) Sentido y alcance del derecho a la reagrupación familiar en la actual legislación nacional de extranjería.

La reforma del régimen de reagrupación familiar constituye una de las novedades más relevantes, por su trascendencia práctica, de la nueva legislación de extranjería.

vivido en Francia durante toda su vida, aun habiendo sido condenado por la comisión de varios delitos (en concreto seis condenas penales que equivalían a 12 años de prisión), suponía una violación del respeto debido por las autoridades públicas francesas a su vida familiar, pues se le separaba de su esposa e hijos, poniendo en peligro la unidad, e incluso la existencia de la familia. Es hijo de padres franceses que pierden su nacionalidad como consecuencia de la descolonización de Argelia, y desconoce la lengua árabe. Además, su esposa, con la que convive desde hace más de dos décadas, nació en Francia de progenitores franceses, e ignora también la lengua árabe, por lo que vivir en Argelia le provocaría graves problemas de desarraigo. En Mehemi contra Francia, 26 de septiembre de 1997, el supuesto de un argelino nacido en Francia, casado con una italiana y 3 hijos franceses, que es acusado por tráfico de hachis y condenado a seis años de prisión, el Tribunal manifiesta que también ha existido violación del Convenio, debido a “la ausencia de lazos del requirente en Argelia, a la intensidad de sus lazos con Francia” y especialmente a que la “medida de expulsión” conlleva “separarle de sus hijos menores y de su esposa”.

44 La Corte ha reconocido también, en casos extremos, la responsabilidad del Estado por expulsar a un extranjero a un país donde podría ser sometido a tortura o tratos degradantes (Soering vs UK). Vid. H. LAMBERT, “The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need Protection to Family Reunion”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, número 3, Oxford University Press, 1999.

45 STS de 6 de Julio de 2000, Fundamento Jurídico 5°.

Una manifestación patente de ello sería su reconocimiento como un verdadero derecho, dejando obsoleta la concepción de que se trataba simplemente de una habilitación destinada a la tramitación de la solicitud de un tipo especial de visado.⁴⁶

El capítulo II del Título I de la actual Ley de extranjería 8/2000 está dedicado, íntegramente, al derecho a la reagrupación familiar, dividiéndose en cuatro artículos que analizan desde el reconocimiento del derecho a la intimidad familiar, pasando por los familiares susceptibles de ser reagrupados, hasta el procedimiento para efectuar esa reagrupación familiar, poniendo especial interés en los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

En términos del artículo 16.1, los extranjeros *residentes* “tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España”.

Si la perplejidad que genera la confusa y desafortunada redacción de este precepto es fruto de una confusión conceptual o de una incorrección técnica del legislador, no resulta de nuestro interés en este momento. Sin embargo, la conclusión que se extrae de la lectura de este artículo genera un equívoco inadmisibles, como consecuencia de esa aparente identificación entre el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la vida familiar que, obviamente, son dos realidades jurídicas con fundamentos diferentes.

No hay que ser excesivamente sagaz para, haciendo una lectura desde la óptica del Derecho Constitucional, llegar a la conclusión de que la actual legislación de extranjería supedita un derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución española a toda persona a la situación de residencia legal en España⁴⁷.

Quien no quiera cerrar sus ojos tendrá que admitir que la dicción literal de este precepto puede dar pábulo a multitud de razonadas críticas. Y ello porque, sin atisbo de duda, todo extranjero que viva con su familia en España, independientemente de la regularidad o irregularidad de su residencia, tiene derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en las mismas condiciones que los españoles. Es decir, no podemos llegar a la catastrófica conclusión de que no se reconozca el derecho a la intimidad familiar⁴⁸ a los extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro territorio. De este modo, debemos de entender que lo que no se les reconoce es el derecho a solicitar

46 En cumplimiento del compromiso adquirido por España en el Consejo de Ministros de la Unión Europea de junio de 1993, donde los Estados se comprometieron, a través de una Resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar, a adaptar sus legislaciones nacionales antes del 1 de enero de 1995, la reagrupación familiar fue regulada por primera vez en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, pretérita Ley de extranjería en España, que no hacía referencia alguna a este derecho.

47 En este sentido, y por todos, véase M. MOYA ESCUDERO, **“Derecho a la reagrupación familiar”**, en Mercedes Moya Escudero (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001, págs. 673-674.

48 Debe destacarse, en primer lugar, que los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son auténticos derechos fundamentales, estrictamente vinculados a la personalidad y derivados de la dignidad de la persona, implicando la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. El juez americano Goly, en 1873, identificó privacidad con el derecho a ser dejado tranquilo, de estar solo (“the right to be alone”). Cit. por J. AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito constitucional positivo**, 6º ed., Ed. Revista de los Tribunales, Sao Paulo, Brasil, 1990, pág. 49.

Véase H. NOGUEIRA ALCALÁ, **“El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”**, en Raúl Morodo y Pedro de Vega (Dir.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense y Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2001. L. OSORIO, **Comentario al artículo 18 CE**, en VVAA, *Comentarios a la Constitución*. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

la venida de su familia a España si no se cumplen unos requisitos mínimos estipulados por la legislación de extranjería⁴⁹.

Aunque en el ámbito de la extranjería, se generan tensiones entre los intereses de los Estados y la defensa de los derechos humanos, particularmente intensas en el ámbito de la reagrupación familiar, los inmigrantes no pueden ser considerados solamente como mano de obra, sino como personas titulares de derechos, entre los que se encuentra el derecho a vivir en familia.

La reagrupación familiar debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero y reducir así en el futuro el problema de la xenofobia y el racismo. La familia no es tan sólo un grupo humano, sino que cumple unos fines esenciales en la sociedad, que de no existir debería asumir el Estado, lo que la hace merecedora de la protección del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, parece importante que los Estados permitan en sus políticas inmigratorias la entrada de extranjeros dirigida a la consecución de la reagrupación familiar, al tiempo que reconozcan este derecho en las leyes de extranjería⁵⁰.

La inmigración con el propósito de reagrupación familiar⁵¹ se ha convertido en el enfoque principal de las políticas de inmigración, predominando en la Europa más desarrollada entre 1960 y 1973, año que marcó un paro oficial para la inmigración de carácter laboral⁵².

49 Begoña Lasagabaster, miembro del grupo parlamentario mixto en el Congreso, presenta una enmienda sobre este particular, en la que considera que debía reconocerse este derecho a la reagrupación familiar no sólo a los extranjeros residentes, sino también a los que se encontrasen en situación irregular, por entender que este derecho está comprendido dentro de los derechos constitucionales a la vida familiar y a la intimidad familiar recogidos en los artículos 18.1 y 39 de la Constitución, y tales preceptos constitucionales se refieren a la persona como tal sea cual fuera su situación administrativa. El problema, que ya hemos abordado previamente, es la previa vinculación entre estos dos derechos constitucionales con el derecho a la reagrupación familiar.

50 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, **“Legislación de extranjería y política de inmigración”**, Relaciones laborales número 20/2000, p. 1-14.

51 La reagrupación familiar como situación de hecho tiene una incidencia positiva dentro del marco de los procesos de regularización, especialmente si hay menores de edad implicados. Podemos encontrarnos con dos situaciones diferentes: cuando la totalidad de la familia se encuentra reunida, pero en situación irregular y no se puede oponer ningún derecho a permanecer en el territorio del Estado; o, por otro lado, cuando una persona sin papeles viene a reunirse con un miembro de su familia que se encuentra en una situación administrativa regular, pero éste no se encuentra dentro de los familiares susceptibles de ser reagrupados. Esto explica los tratamientos dispensados por Bélgica, Francia y Alemania. En Francia, las familias con hijos menores podían ser regularizadas con tres años de residencia ilegal, mientras que si no se da este supuesto tendrían que pasar diez años. Periodos de siete y diez años en Inglaterra y de cinco y seis en Bélgica. En España se tendrá en cuenta, a efectos positivos, cuando el familiar extranjero en situación regular sea el cónyuge o un ascendiente. Ver J. APAP, P. DE BRUYCKER, C. SCHMITTER, **« Regularisation of Illegal Aliens in the European Union »**, en Philippe De Bruycker, (dir.), Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne- Regularisations of Illegal Immigrants in the European Union. Bruylant, Bruselas, 2000.

52 Ver R. CHOLEWINSKI, **“The protection of the right of economic migrants to family reunion in Europe”**, International and Comparative Law Quartely, 43, 3, Julio 1994. La globalización ha dado un cambio al marco general de las migraciones y a su carácter predominantemente masculino. En la reciente década hemos podido observar cómo la mayor parte de las reagrupaciones familiares se desarrollaba a iniciativa de las mujeres. E. KOFMAN, **“Female birds of passage a decade later: Gender and immigration in the European Union”**, 33, International Migration Review.

Para más información sobre este particular, véase P. SIMON y M. TRIBALAT, **“Chronique de l'immigration”**, Population, nº 1, 1993, pp.125-136. V. GONZÁLEZ PÉREZ, **“La inmigración en España: causas y perspectivas según el contexto europeo”**, en Luis Jesús Pastor (coord.), Globalización y migraciones hoy: Diez años de continuos desafíos, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2002, pág. 26. S. PEERS, **“Towards Equality: Actual and potential rights”**, nº 33, CMLRev, 1996.

El concepto de reagrupación familiar, entendida como la facultad del extranjero residente para solicitar la entrada de sus familiares en España con el fin de convivir con su núcleo familiar en nuestro país, abarca tanto el supuesto en el que se intenta traer a los miembros de una familia que estaba constituida con anterioridad, como el supuesto en el que el reagrupante, después de su entrada en el Estado miembro, decide fundar una familia con un nacional de un tercer país que no reside en el Estado miembro y quiere que esta persona resida con él.⁵³

La actual regulación legal confiere el derecho a la reagrupación familiar, solamente, al extranjero residente, es decir, al que posee un permiso de residencia o un permiso de residencia y trabajo, y no a los familiares susceptibles de ser reagrupados. La exigencia de un permiso de residencia temporal o permanente, excluye del derecho a la reagrupación familiar a los trabajadores de temporada o fronterizos y a los que obtengan una oferta de empleo por tiempo limitado, medida que afecta especialmente a los nacionales de países terceros firmantes de acuerdos migratorios con España⁵⁴.

El requerimiento de que se trate de un extranjero residente se recoge, también, en la última propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea de 2 de Mayo de 2002, aplicable en aquellos supuestos en los que el reagrupante sea nacional de un tercer país que resida legalmente en un Estado miembro y sea titular de un permiso de residencia expedido por dicho Estado miembro de un período de validez superior o igual a un año.

No entran en el ámbito de aplicación de la Ley de extranjería 8/2000 los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o de Estados que forman parte del Pacto con el Espacio Económico Europeo. Por consiguiente, los familiares de españoles, que sean nacionales de terceros Estados, disponen del derecho a reagrupar en España a sus familiares conforme a la normativa europea según el RD 178/2003, de 14 de febrero de 2003, considerándose los obstáculos a la reagrupación familiar como una restricción al ejercicio del derecho.

Al margen de esta distinción operada para los ciudadanos de la Unión Europea, no se establece diferencia alguna por razón de nacionalidad, puesto que también los apátridas tienen reconocido este derecho, según dispone el artículo 14 del RD 865/2001 de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Estatuto de apátrida.

En nuestro ordenamiento jurídico, según la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo, reformada por la Ley 9/1994, y su Reglamento aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero, los refugiados ostentan un derecho de reagrupación familiar privilegiado pudiendo reagrupar a todos los miembros de la familia, incluso a los inicialmente excluidos para los demás extranjeros. Pero esto no empuja la posibilidad de que el asilado pueda pedir la reagrupación familiar, sin extensión del asilo⁵⁵, a

53 J. APAP y N. SITAROPOULOS, **The right to family unity and reunification of third country migrants in host states: Aspects of international and European law**, en P. De Bruycker (dir.), *Which immigration policy for the European Union?: assessment of the Maastricht treaty and prospects of the Amsterdam treaty*, Bruylant, 2001.

54 Ver Acuerdos suscritos por España con Marruecos, Ecuador o Colombia. Sin embargo, tal limitación sólo operará en los trabajos temporales, y el artículo 6 de los Acuerdos con Ecuador y Colombia se encarga de aclarar que los trabajadores inmigrantes gozarán del derecho de reagrupación familiar, de acuerdo con la legislación española.

55 En el artículo 10 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo se establece que se concederá asilo, por extensión, “a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o a la persona a la que se halle vinculado 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”.

través de la normativa general de extranjería. De hecho, la propuesta de Directiva de la UE de 11 de enero de 2000 ya consideraba que conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar respecto de los refugiados y personas beneficiarias de protección subsidiaria, es decir, cualquier nacional de un tercer país que esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de formas subsidiarias de protección⁵⁶.

En el caso específico de un refugiado menor no acompañado, la facultad de autorizar la reagrupación de sus ascendientes o, en su defecto, su tutor legal o cualquier otro miembro de su familia, se ha transformado en obligación para los Estados miembros, de conformidad con lo prescrito por el Convenio internacional sobre los derechos del niño.

Finalmente, la rotunda exclusión como reagrupantes de los estudiantes nacionales de terceros Estados, como consecuencia de que no se estimaba que tuvieran residencia legal en España, aun cuando permanecieran en ella cinco o diez años, violaba el derecho a la vida familiar. Así las cosas, aunque la Ley de extranjería 8/2000, de 22 de diciembre, también les excluye como posibles reagrupantes, constituye una importante novedad el giro definitivo que constatamos en la regulación reglamentaria. El artículo 55 del RD 864/2001 de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la actual Ley de extranjería, pone de manifiesto que los estudiantes extranjeros pueden solicitar “visados de estancia” para que sus familiares tengan la posibilidad de entrar y permanecer legalmente en España mientras duren sus estudios o investigación.

B) Familiares reagrupables.

No hay duda de la relevancia que reviste la mayor o menor amplitud de la determinación de los familiares que pueden ser reagrupados. El artículo 17 de la Ley 8/2000 establece una enumeración poco generosa, taxativa y cerrada que se refiere únicamente al cónyuge del residente, hijos del residente y/o de su cónyuge menores de dieciocho años cuando el residente extranjero sea su representante legal, y a los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, en los supuestos en que estén a su cargo y, además, existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Se cierra de este modo cualquier posibilidad para reagrupar a otros familiares antes contemplados en los desaparecidos apartados e) y f) del artículo 17 de la Ley 4/2000, lo cual supone una disminución notable de los familiares susceptibles de ser reagrupados en España⁵⁷.

En primera instancia, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar a su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. Para la obtención del permiso de residencia, el matrimonio ha debido celebrarse antes de la solicitud del visado para residir. Por tanto, no se

⁵⁶ En la última propuesta modificada, presentada por la Comisión Europea, de Directiva del Consejo de 2 de mayo de 2003, se recogen en los artículos 9, 10, 11 y 12 las disposiciones específicas aplicables a la reagrupación familiar de los refugiados en la Unión Europea.

⁵⁷ La determinación de la vinculación familiar se hará a través de los documentos que fueran requeridos. La Ley de extranjería finlandesa, **FINNISH ALIENS ACT de 22 de febrero de 1991**, introduce un novedoso método. En la Section 18 e (114/2000) afirma que se puede establecer la autenticidad de los lazos familiares a través de un análisis de DNA. El “Directorate of Immigration” da la oportunidad al solicitante que reside legalmente en Finlandia y al miembro de la familia que éste desee reagrupar, de evidenciar de este modo su relación biológica si no puede ser establecida en ningún otro sentido. La persona recibirá información sobre las consecuencias y riesgos del análisis de DNA, siendo precondition que el análisis de DNA se haga con consentimiento por escrito basado en la información y la libertad de decisión. El test de DNA lo desarrolla el Instituto Nacional de Salud Pública o del Departamento de Medicina Forense de la Universidad de Helsinki, y en el supuesto de que la persona haya aportado información falsa acerca de sus lazos familiares deberá compensar al Estado de los costes que resulten de la realización del test.

puede venir a España con visado de estancia a efectos de la celebración del matrimonio y pretender, posteriormente, la concesión del permiso de residencia y la tarjeta de residente por reagrupación familiar. Lo cual no significa que el vínculo familiar deba ser preexistente a la llegada del reagrupante a territorio español, ya que la última propuesta de Directiva del Consejo de la UE, a la que ya nos hemos referido en pretéritas ocasiones, no deja lugar a dudas, al conceptuar la reagrupación familiar con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del residente.

La utilización del matrimonio de conveniencia para eludir las normas relativas a la entrada y residencia, eje principal de las políticas migratorias estatales, ha constituido una constante preocupación de los Estados. Esto explica que el artículo 17.1.a) de la LOEXIS exija como condición para ejercer el derecho de reagrupación familiar del cónyuge, que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley⁵⁸. Para algunos, bajo ese exceso de celo por parte de los poderes públicos con el objeto de prevenir la proliferación de matrimonios fraudulentos en los que se simula el consentimiento para beneficiarse de los efectos administrativos que disfrutaban quienes se casan con nacionales españoles o de cualquier otro Estado de la Unión Europea, se esconden prejuicios contra los inmigrantes. A nuestro juicio, no podría sostenerse que estamos ante una diferencia constitucionalmente legítima cuando se suceden sistemáticamente los controles de forma indiscriminada; en otras palabras, sin que existan presunciones suficientemente fundadas de que se trate de un matrimonio de complacencia, utilizando de este modo el matrimonio como instrumento de control migratorio.

En muchos supuestos, especialmente cuando el matrimonio se contrae en el extranjero, la fiscalización de la existencia de un posible fraude se encomienda al Consulado español del país de origen o de residencia del extranjero. Para obtener un visado de residencia por reagrupación familiar, el matrimonio ha de inscribirse en el Registro Civil Consular, y para poder efectuar la inscripción deberá ser válido. En tales casos, los cónsules realizan una actividad indagatoria, normalmente entrevistando a los contrayentes por separado, de forma que se pueda verificar el grado de conocimiento mutuo que tienen y poder detectar la existencia de una utilización fraudulenta del matrimonio⁵⁹.

A nuestro juicio, el artículo 17.1.a) parte de una concepción de familia desacorde con los tiempos, al no admitir como reagrupables a las personas unidas por una relación afectiva de convivencia estable semejante a la marital, pero sin el vínculo formal del matrimonio.

58 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 o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional del tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro”.

59 La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas de lucha contra los matrimonios fraudulentos ha señalado algunos factores que puedan permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento, enumerando los siguientes: si no existe convivencia entre los cónyuges; si no existe una contribución acorde con las cargas del matrimonio; si los cónyuges no se conocían antes de casarse; si se equivocan sobre sus respectivos datos personales o “sobre las circunstancias en que se conocieron”; si no hablan “una lengua comprensible para ambos”; si se puede constatar que se ha entregado una cantidad de dinero para celebrar el matrimonio (salvo las cantidades entregadas en concepto de dote cuando se trate de nacionales de países donde sea una práctica habitual); o bien cuando en el expediente de alguno de los contrayentes aparezcan “matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia”. En relación con dicho problema ver los argumentos del Profesor K. HAILBRONNER, **Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union**, Kluwer, La Haya, 2001, pág. 191.

La no admisión, a estos efectos, de las uniones de hecho⁶⁰ choca con el actual concepto de familia⁶¹, y supone una notable discriminación en cuanto al tratamiento que se da a este tipo de situaciones en el caso de los refugiados⁶² o de los ciudadanos de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, frente a los nacionales de terceros países. En la última Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de mayo de 2002, se permite la reagrupación a las parejas de hecho pero sólo respecto de aquellos Estados miembros cuyo sistema jurídico asimile la situación de las uniones de hecho a la del matrimonio⁶³. En este sentido, el TJUE ya ha reconocido que un Estado miembro que permite a sus propios nacionales que su pareja de hecho, nacional de otro Estado miembro, resida en su territorio, no puede rechazar estas ventajas a los inmigrantes, nacionales de otros Estados miembros⁶⁴.

Aunque no podemos extendernos en la consideración de este tema, cuando un extranjero residente se encuentre divorciado de un cónyuge, para reagrupar al siguiente tendrá que acreditar que la separación del anterior ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación de éste y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes⁶⁵.

Se rechazan, de este modo, formas de disolución del matrimonio propias del derecho de otros países, con el propósito de no dar pábulo a procesos como el repudio u otros análogos que generen indefensión en los cónyuges anteriores.

Con el fin de evitar la poligamia en España, en el caso de los matrimonios polígamos, tan sólo es posible la reagrupación con uno de los cónyuges y no con todos, y ello a pesar de que el matrimonio polígamo sea perfectamente válido con arreglo a la ley personal de los contrayentes, excluyendo, de este modo, el legislador formas de

60 En el ámbito estatal, no existe una norma que permita afirmar con carácter general la existencia de una equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho, si bien en los últimos años se han dictado una serie de leyes en algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Madrid, Aragón, Navarra, Comunidad Valenciana e Islas Baleares) que establecen efectos similares con el matrimonio.

61 La jurisprudencia del TEDH señala que la noción de vida familiar del artículo 8 CEDH debe ser interpretada a la luz de las concepciones que prevalecen en las sociedades de nuestros días, caracterizadas por el pluralismo y la apertura.

62 La Ley de asilo concede el asilo por extensión familiar, también, “a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia”.

63 Esta posibilidad se supedita a los medios de prueba que corroboren su existencia: constancia en el Registro de parejas de hecho, hijos comunes, convivencia estable, notoriedad de la vida en pareja, certificado de padrón municipal conjunto, estabilidad de la pareja, etc...

64 Tampoco se precisa que el cónyuge haya de ser de igual o de diferente sexo. Eso significaría que un extranjero de un tercer Estado que contrae matrimonio en un país en el que se admite el matrimonio entre homosexuales, como es el caso de Holanda, si luego se traslada a España, podría solicitar la reagrupación familiar de su cónyuge del mismo sexo. En efecto, no parece que exista inconveniente alguno, teniendo en cuenta que el matrimonio se ha contraído legalmente. Pero mientras el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deja abierta la posibilidad de respuesta a los Estados, afirmando que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, y que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; algunos sectores doctrinales manifiestan su disconformidad, véase E. LÓPEZ BARBA, “**Extranjería. Reagrupación familiar**”, en VV.AA, Extranjeros en España. Régimen Jurídico, Ediciones Laborum, Murcia, 2001, pág. 171, afirmando que esta reagrupación no sería admisible en nuestro país, porque debe hacerse una lectura constitucional de la Ley Orgánica 8/2000, y el artículo 32 de la Constitución española se refiere al matrimonio entre hombre y mujer.

65 La Profesora Mercedes Moya considera que esta exigencia plantea un problema: “si se tiene en cuenta que muchos ordenamientos jurídicos no responden a un planteamiento equivalente al nuestro, no puede estimarse correcta la rigidez con la que se reflejan en las normas de extranjería nuestros propios conceptos que, aun justos y loables, no tiene porqué ser compartidos por otras culturas”. M. MOYA ESCUDERO, “**Derecho a la reagrupación familiar**”, en Moya Escudero, M. (coord.), Comentario sistemático a la Ley de extranjería 4/2000 y 8/2000, Granada, Comares, 2001, pág. 690.

familia y matrimonio ajenas a la concepción del Código Civil, aunque éstas sean válidas en el país de origen del extranjero⁶⁶.

Pues bien, la preocupación por despejar interrogantes hace que en los usos de las políticas de extranjería se descubra un marcado territorialismo del Estado que desconoce, en ciertas ocasiones, el respeto a la identidad cultural del inmigrante⁶⁷, mas tampoco puede olvidarse que siempre existen ciertos límites al ejercicio de todos los derechos⁶⁸.

A la hora de hacer una valoración al respecto, la doctrina ha venido manejando diversas argumentaciones; algunas radican en la protección de la dignidad de la persona, mientras otras concluyen, sin descender a razones concretas, que frente al matrimonio poligámico de una española o español con un extranjero/a cuya ley personal lo admita cabría alegar la excepción de orden público contenida en el artículo 12.3 del Código Civil español,⁶⁹ o en otro sentido, abogan por la teoría de que resultaría contrario al orden público la admisión en nuestro territorio de esquemas familiares contrarios a nuestra Constitución⁷⁰.

En este orden de consideraciones, a nuestro juicio, no bastaría con sostener que estas prácticas atentan contra la dignidad humana⁷¹, concepto válvula de carácter indeterminado que a lo largo del tiempo se ha venido utilizando de manera espúrea, y al hilo de esta primera aseveración, creemos que el problema no radicaría, tampoco, en el hecho de que pueda entenderse que el matrimonio poligámico atenta contra el modelo de familia previsto constitucionalmente en el artículo 39 porque, como hemos tenido oportunidad de ver previamente, nos encontramos ante un modelo abierto a los cambios

66 En el ámbito del Derecho Comunitario, si el reagrupante ya tuviere una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa. Sin embargo, hay una novedad reseñable en la Propuesta de Directiva por lo que respecta a la reagrupación de los hijos de una segunda o ulterior esposa, que sería posible en atención a la defensa del interés del menor.

El artículo 30 de la Ordenanza francesa es contrario a los matrimonios polígamos. Por su parte, el Consejo Constitucional francés en su Decisión número 97-389, de fecha de 1997, afirma que la exclusión del permiso de residencia a quienes vivan en estado de poligamia debe ser aplicada tanto a los hombres como a las mujeres, pero sólo puede ser aplicada a los extranjeros que vivan bajo ese estado matrimonial en Francia. Así interpretada, dicen, esta exclusión no desconoce ningún principio ni derecho de valor constitucional, ni tampoco la libertad de celebrar matrimonio.

Ahora bien, es necesario constatar que en la jurisprudencia de países con una tradición migratoria más antigua que la nuestra, como Francia o Bélgica, se han venido reconociendo algunos efectos a las uniones poligámicas concluidas en el extranjero conforme al estatuto personal de los interesados. Así, la segunda esposa de un extranjero polígamo no se vería privada en Francia del derecho a reclamar alimentos (Cass, sect. Civ. 28 de enero de 2958, Krieff c. Chemouni, Revue, 1958, 110).o en Bélgica del derecho a obtener una reparación por el daño sufrido como consecuencia del fallecimiento accidental de su marido (Lieja, 23 de abril de 1970, Rev. CRIT. JUR. BELGE, 1971, 5). F. RIGAUX, **Derecho Internacional Privado. Parte General**. Trad. Alegría Borrás Rodríguez, Civitas, Madrid, 1985, pág. 387.

67 M. MOYA ESCUDERO, **“Derecho a la reagrupación familiar”**, en Moya Escudero, M. (coord.), **Comentario sistemático a la Ley de extranjería 4/2000 y 8/2000**, Granada, Comares, 2001, pág. 693.

68 En este sentido, puede consultarse el interesante estudio sobre los límites de los derechos en la jurisprudencia constitucional española de A. ABA COTOIRA, **La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español**, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

69 D. ESPÍN CANOVAS, **“Derecho al matrimonio”**, en Oscar Alzaga (Dir.), **Comentarios a la Constitución Española**, Tomo III, Cortes Generales, Edersa, 1996, pág. 457.

70 E. LÓPEZ BARBA, **“Extranjería. Reagrupación familiar”**, en VV.AA, **Extranjeros en España. Régimen Jurídico**, Ediciones Laborum, Murcia, 2001, pág. 172

71 Sobre el desarrollo histórico de la idea de dignidad humana, véase C. RUIZ MIGUEL, **“Human Dignity: History of an Idea”**, en *Jahrbuch des öffentlichen rechts der gegenwart*, 50, Herausgegeben von Peter Häberle, Mohr Siebeck, 2002, pág. 281-299.

sociales. Por el contrario, entendemos que la clave de bóveda del problema enraizaría en las bases del artículo 32 CE, en el que se regula el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad entre ambos cónyuges.

Llegados a este punto, debemos recordar que con el objetivo de poner fin a la tradicional postergación y sensible disminución de la capacidad jurídica que la mujer venía sufriendo históricamente, intentando borrar aquellas diferencias que la han colocado en situación de inferioridad en la vida jurídica y social, la Constitución española contiene una serie de precisiones igualitarias entre hombres y mujeres, contrarias a la discriminación por razón de sexo, recogidas en los artículos 14, 32 y 35.⁷²

Precisamente, si la plena igualdad del derecho al matrimonio está denotando claramente reciprocidad o bilateralidad, incompatible con uniones poligámicas, no es difícil colegir que cualquier exigencia contraria a esta igualdad pugnaría con la Constitución. Es decir, no cabría la desigualdad ni en los requisitos condicionantes de la aptitud para contraer matrimonio, ni durante la permanencia de este vínculo, ni en el momento de su disolución.⁷³

Debemos destacar que no se trata de hacer aquí un juicio de valor desde perspectivas etnocéntricas, ni tampoco de que estas argumentaciones signifiquen que esa institución sea indigna de aplicación, sino que únicamente se intenta poner de manifiesto que aceptarla sin limitaciones crearía, además de ciudadanía diferenciadas (recordemos el delito de bigamia)⁷⁴, inseguridad jurídica, incoherencia interna y otros efectos perniciosos en nuestro ordenamiento jurídico, entendido como sistema, y no un simple agregado de normas.

A la vista de las anteriores consideraciones sobre la contravención del orden público, consideramos conveniente tratar de desentrañar, en este punto, qué entendemos

72 A. JIMÉNEZ-BLANCO, **Comentarios a la CE. La jurisprudencia del TC**, Ed. Areces, Madrid, 1993, pág. 469.

73 D. ESPÍN CANOVAS, **“Derecho al matrimonio”**, en Oscar Alzaga (Dir.), **Comentarios a la Constitución Española**, Tomo III, Cortes Generales, Edersa, 1996, págs. 454 y 456.

El matrimonio islámico requiere una serie de formalidades para ser válido. Entre ellas, como sabemos, la constitución de la dote como protección frente al abuso de la repudiación que puede ejercer el marido, la presencia de testigos, la ausencia de impedimentos que para la mujer aumentan con respecto al hombre, estableciéndose el de disparidad de cultos, pudiendo contraer matrimonio sólo con un hombre musulmán, mientras que los hombres musulmanes podrían casarse con una mujer no musulmana si pertenece a una de las religiones mencionadas por el Corán, entiéndase judía o cristiana; sumándose a esto el impedimento de los plazos que tiene que respetar después de ser repudiada, divorciarse o quedarse viuda, antes de volver a contraer matrimonio. Empero, sin duda, la dificultad más importante subyace en el modo de prestación del consentimiento. La mujer, excepto si está divorciada o es viuda, no puede prestar su consentimiento por sí misma, sino que lo hace a través de un varón de la familia que es generalmente su padre o, en su defecto, su hermano mayor. De hecho, cuando se trata de menores impúberes, el consentimiento es prestado siempre por el padre. En definitiva, teóricamente el matrimonio debe ser aceptado por la mujer, aunque en la práctica este requisito se incumpla reiteradamente.

Véase P. MANDIROLA BRIEUX, **Introducción al Derecho Islámico**, Marcial Pons, Madrid, 1998. Se puede consultar, también, el ilustrativo artículo de SOUAD EL HADRI, **“El estatuto jurídico de la mujer en el Islam. Una situación plural”**, en VVAA, **La multiculturalidad**, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.

74 Nos encontramos ante una materia poco dúctil a la intervención pública a través de un instrumento coactivo como es el Derecho Penal. Aunque el bien jurídico protegido en el seno de los delitos de matrimonios ilegales siempre ha sido un tema particularmente debatido, sin embargo, la mayor parte de la doctrina penalista, prescindiendo de valoraciones personales al respecto, defiende que lo que se protege aquí es la institución matrimonial monogámica como única lícita para modificar el estado civil a través del matrimonio. Para profundizar en las opiniones sobre este particular consultar, entre otros, F. MUÑOZ CONDE, **Derecho Penal. Parte Especial**, Decimocuarta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2002; G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), **Comentarios al Nuevo Código Penal**, Aranzadi, Navarra, 1996.

por la no muy feliz expresión “orden público” aplicada como límite⁷⁵, absolutamente impreciso y de utilización desmedida, a los derechos fundamentales; si bien como afirmaba sabiamente MALAURIE, esta tarea, además de un suplicio para la inteligencia, es aventurarse en arenas movedizas cabalgando en un caballo salvaje que nunca se sabe a dónde nos llevará⁷⁶.

No obstante, con el ánimo de salvar las primeras confusiones, debemos comenzar poniendo de manifiesto que partimos del concepto constitucional y actual de orden público, absolutamente desprovisto de valoraciones de carácter moral y de reminiscencias del pasado. Bastaría aquí recordar los tristemente famosos Tribunales de Orden Público, instrumento letal jurídicamente frente a las conductas disidentes con el Régimen, cuando no eran objeto de medidas de mayor gravedad.

El concepto de orden público no sólo es difícil de delimitar, sino que además difiere en el tiempo con intensidad notoria, sin embargo, tampoco se trata de un concepto metafísico que dependa, sin más, de la evolución social⁷⁷. Podría ser definido, en sentido amplio, como un conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento determinado, utilizándose en su dimensión negativa como correctivo funcional, recogido expresamente en el artículo 12.3 Código Civil, frente a la norma de conflicto, y a cuyo tenor “en ningún caso tendrá aplicación una ley extranjera que resulte contraria al orden público establecido”⁷⁸.

Después de estas reflexiones, es necesario retomar, nuevamente, el tema que nos ocupa en este apartado, que no es otro que dilucidar quiénes son los familiares susceptibles de reagrupación. Pues bien, por lo que respecta a los descendientes del reagrupante, el apartado b) del artículo 17 permite la reagrupación familiar de los hijos del residente o de su cónyuge⁷⁹, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados,⁸⁰ y no se encuentren casados⁸¹. El establecimiento del

75 El Tribunal Constitucional se ha referido en múltiples ocasiones al concepto de orden público como límite al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, poniendo de manifiesto que el contenido del límite “alteración del orden público con peligro para personas o bienes” se refiere a una situación de hecho, es decir, al mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público. STC 36/82, de 16 de junio, STC 66/95, de 8 de mayo, y STC 42/2000, de 14 de febrero.

76 MALAURIE, **Les contrats contrariés a l'ordre public**, Reims, 1953, pág. 3. Ver las valoraciones de J. C. DE BARTOLOMÉ CENZANO, **El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 35-37.

77 L. MARTÍN-RETORTILLO, **Las sanciones de orden público en Derecho Español**, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 35.

78 J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, **Derecho Internacional Privado**, Civitas, 1ª edición, 1999, pág. 215.

79 La posibilidad de reagrupar a los hijos de uno solo de los cónyuges está condicionada, no obstante, a que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo para evitar supuestos de traslado ilícito de menores.

80 Recordemos lo estipulado en el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1989, disponiendo que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será entendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

81 Por lo que respecta al requisito de soltería de los hijos reagrupados, precisaremos que, en la práctica, excluye la posibilidad de reagrupar a hijos menores de edad que sean miembros de países o tradiciones culturales en las que es común que los menores contraigan matrimonio, sin que ello signifique que se encuentren emancipados de sus progenitores.

límite de edad de 18 años como cifra tope para poder reagrupar a los hijos, salvo que estén incapacitados, introduce una importante distinción respecto de los nacionales de la Unión Europea a los que se les permite la reagrupación familiar de sus hijos hasta que estos últimos tienen 21 años, e incluso mayores de dicha edad con tal de que vivan a sus expensas⁸².

En otro orden de cosas, del mismo modo que consideramos que deberían haberse incluido, expresamente, los hijos de las parejas no casadas, creemos que hubiera sido deseable hacer una referencia a los hijos de matrimonios anteriores en los supuestos de poligamia. De hecho, como hemos apuntado anteriormente, la propuesta de Directiva del Consejo de la UE de 2002 admite la entrada y residencia de los hijos de otra esposa si el interés superior del hijo así lo exigiere.

Como no podía ser de otro modo en nuestro ordenamiento jurídico, también es factible la reagrupación de hijos adoptados, previa acreditación de que “la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”. De nuevo aparece la imposición a los inmigrantes del propio sistema, imposible de cumplir cuando la institución se constituyó en otro espacio y tiempo en función de otro ordenamiento jurídico, olvidando el respeto a la identidad cultural del inmigrante y la necesidad de una aproximación intercultural. Actitud poco comprensible cuando en la actualidad, la Ley 18/1999, de 18 de mayo de modificación del artículo 9 apartado 5 del Código Civil dispone que “la atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil”.

En absoluta sintonía con los argumentos esgrimidos por la Profesora MERCEDES MOYA, entendemos, visualizando un horizonte tuitivo del interés del menor, que las adopciones simples o instituciones como la *kafala* marroquí, cuyo estatuto es mucho más limitado que el recogido en nuestro Código Civil para los hijos adoptados, deberían de considerarse aptas para permitir la reagrupación de los menores con el reagrupante extranjero⁸³.

En tercer lugar, se recoge también la posibilidad de reagrupar a los ascendientes del residente legal en España o de su cónyuge siempre que estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. En el caso de los asilados sólo pueden reagrupar a sus ascendientes de primer grado, sin que se haga mención alguna a los de su cónyuge, pero, sin embargo, no se condiciona esta reagrupación a que se encuentren a su cargo.

Finalmente, la Ley Orgánica 8/2000 suprime la letra e) contenida en la Ley 4/2000 por cuanto debía permitirse la reagrupación familiar de otros familiares por motivos humanitarios, un concepto jurídico indeterminado que otorga a la Administración una gran discrecionalidad y que, por consiguiente, debería ser interpretado por los tribunales⁸⁴.

82 Con una tendencia más aperturista, el artículo 57 del *Decreto-Ley* 244/98, sobre extranjería en Portugal incluye dentro de los familiares reagrupables a los hijos menores de 21 años que se encuentren a cargo del residente.

83 M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, en Moya Escudero, M. (coord.), **Comentario sistemático a la Ley de extranjería 4/2000 y 8/2000**, Granada, Comares, 2001, pág. 694.

84 En el país vecino, Portugal, se amplía la reagrupación familiar a los hermanos del extranjero residente si puede probarse que se encuentran bajo su tutela, opción que debe ser valorada positivamente.

C) Procedimiento para la reagrupación familiar

Por lo que respecta al procedimiento que ha de seguirse para tramitar la reagrupación familiar, debemos recordar que será el reagrupante, como único titular del derecho, el que ha de instar de las autoridades correspondientes en España la autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. Pero esto no implica que cualquier extranjero residente pueda convertirse en reagrupante de manera automática. No conviene olvidar que sólo podrá hacerlo si estuviese habilitado para ejercitar el derecho a la reagrupación familiar, es decir, si ha residido legalmente en España durante un año y tiene autorización para residir, al menos, por otro año más⁸⁵, y además, se encuentra en disposición de aportar pruebas que demuestren que dispone de un alojamiento adecuado y de medios de vida suficientes para atender a las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de que no esté cubierta por la Seguridad Social.

Nos encontramos de frente ante una compleja tramitación que obstaculiza, en muchos casos, el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En primera instancia, como decíamos, 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 solicitud se dirigirá por triplicado a la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, a la Comisaría de Policía del lugar de residencia, adjuntando una copia de su pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor; copia del permiso de residencia o permiso de trabajo y residencia ya renovado; acreditación de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender a las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria; acreditación de que dispone de una vivienda suficiente para el reagrupante y su familia, y en los casos de reagrupación de cónyuge, declaración firmada del reagrupante de que no reside con él otro cónyuge para evitar supuestos de reagrupación múltiple en matrimonios poligámicos.

Sin atisbo de duda, en la práctica, lo más relevante para que el proceso de reagrupación familiar llegue a buen fin es obtener un informe favorable de la autoridad administrativa competente sobre la situación del extranjero residente en España. En este sentido, el artículo 44 del Reglamento de ejecución de la Ley 8/2000 exige que el extranjero solicite a la autoridad gubernativa de la provincia en la que resida, un informe acreditativo de que reúne las condiciones previstas, además de disponer de un alojamiento adecuado para sus necesidades de vivienda teniendo en consideración el número de miembros de la familia. La citada acreditación de vivienda se ha de expedir por la Corporación Local, y en su defecto, mediante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. El informe o el acta notarial, que se incorporará al expediente de solicitud de visado y tendrá carácter vinculante, deberá hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuye, el uso al que se destina, número de personas que la habitan, condiciones de equipamiento de la misma, en particular, las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües.

⁸⁵ Como consecuencia de una política migratoria errónea que se desarrolla de espaldas a la realidad, este requisito es, en la práctica, un escollo casi insalvable para muchos extranjeros. Y ello es así porque aunque se cumplan los presupuestos que habilitarían al inmigrante para obtener su primer permiso de residencia y trabajo en España, ese permiso se deniega, en muchas ocasiones, sistemáticamente, amparándose en motivaciones imprecisas que parecen responder, únicamente, a un giro en la ordenación de los flujos migratorios, encrucijada decisiva cuyo desenlace es imposible de prever.

Aunque los testimonios existentes son más impresionistas que exhaustivos, el segundo de los principales problemas que dificulta las posibilidades de reagrupación familiar, además de la obtención del primer permiso de residencia, lo constituye la exigencia de una vivienda suficiente. El perfil más restrictivo con el que queda dibujado el marco jurídico de la extranjería en nuestro país se traduce en discriminaciones como las que se siguen encontrando los extranjeros a la hora de buscar viviendas para alquilar. Como consecuencia de ello, en muchas ocasiones se ven obligados a habitar en guetos, infraviviendas, o viviendas que no cumplen los mínimos requisitos de salubridad.

Por razones fácilmente comprensibles, no es casual el interés que despierta en los Estados la situación económica del reagrupante⁸⁶. En España no existe alusión alguna en relación con las cantidades que serían exigibles con el propósito de reagrupar, sin embargo se prevé que se podrá determinar la cuantía mediante Orden del Ministerio de Interior teniendo en cuenta el número de personas a cargo del solicitante, las que pretende reagrupar y la evolución de los índices generales de precios.

Una vez dicho lo que antecede, hay que añadir que, posteriormente, en el plazo de un mes, el extranjero que va a ser reagrupado debe solicitar el visado de residencia por reagrupación familiar ante la Misión Diplomática u oficina consular de su lugar de residencia, presentando la documentación que acredite el parentesco que le incluiría en alguno de los supuestos contemplados por el artículo 17 de la Ley 8/2000, y adjuntado la copia del informe gubernativo que, previamente, habría solicitado el reagrupante en España, donde debe de constar el Número de Enlace de Visado.

Está claro que en el marco de una visión utilitarista de la inmigración, el visado se utiliza como instrumento destinado al cumplimiento de los fines de la política migratoria. Ahora bien, tratándose de la solicitud de visados por motivos de reagrupación familiar, no podemos perder de vista que existe un interés digno de protección: la familia, y por tanto, la no concesión de visado supone una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho a la vida familiar. Como consecuencia de ello, las solicitudes de visado por reagrupamiento familiar tienen carácter preferente, y la denegación del mismo, en consonancia con el principio constitucional de sometimiento de las Administraciones a la ley y al derecho, siempre debe ser motivada, informando de los hechos o circunstancias que han llevado a que se tome una decisión denegatoria.

En este contexto, una vez que se conceda el visado, el familiar residente en el extranjero deberá recogerlo en los dos meses siguientes a la notificación de la concesión, abriéndose, a partir de este momento, los cauces legales de entrada en España. Una vez alcanzado territorio Schengen a través de nuestro país⁸⁷, se procederá a la solicitud y obtención del permiso de residencia del familiar reagrupado, cuya duración sería igual al período de validez de la autorización de residencia del reagrupante.

D) Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales

Efectivamente, lo normal es que la duración del permiso de residencia que se conceda a los familiares sea la misma que la del permiso del reagrupante, dependiendo

⁸⁶ Mientras que en algunos países como Francia y Portugal las cantidades deben ser equivalentes al salario mínimo, en otros, como Alemania y Países Bajos han de ser iguales o superiores al salario mínimo social. En Reino Unido la única preocupación radica en la exigencia de que no se tengan que utilizar fondos públicos, y en Dinamarca en que el residente subvenga a las necesidades de los miembros de la familia sin ningún tipo de ayudas adicionales.

⁸⁷ Supuesto especial sería el de los hijos de los extranjeros residentes que nazcan en España, puesto que en estos caso, el menor adquiere automáticamente la residencia, en las mismas condiciones que cualquiera de sus progenitores, sin necesidad de obtener, siquiera, la exención de visado.

su vigencia del mantenimiento de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento. Sin embargo, el aspecto que aquí más nos interesa es la posibilidad de que los familiares reagrupados puedan disfrutar de un permiso de residencia independiente en nuestro país.

Esta hipótesis vendría avalada por el artículo 19, que constituye una de las novedades introducidas por la reforma operada por la Ley 8/2000, aun cuando el anterior Reglamento de extranjería aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero ya contenía una disposición bastante parecida. Pues bien, el apartado tercero del artículo 19 confiere a algunos familiares, en concreto cónyuge e hijos, la posibilidad de obtener un estatuto administrativo autónomo.

El cónyuge reagrupado puede tener permiso de residencia independiente cuando haya obtenido autorización para trabajar o acredite haber vivido en España con el reagrupante durante, al menos, dos años. La razón del establecimiento de un plazo de dos años radica en el intento de evitar matrimonios fraudulentos que utilicen este cauce privilegiado para entrar y residir en España y, posteriormente, obtener un permiso de residencia y trabajo independiente. No obstante, es preciso mencionar, como un rasgo favorable de esta regulación, el que se contemple la posibilidad de reducir el plazo de dos años “cuando concurren circunstancias familiares que así lo justifiquen”. Esta previsión legislativa intenta responder a las eventuales situaciones de crisis conyugal y a los posibles malos tratos a los que podría verse sometido el cónyuge ante el temor de ser expulsado, permitiéndole al familiar reagrupado continuar residiendo en territorio español aún cuando se rompa el vínculo matrimonial que justificó su adquisición.

En este mismo sentido, los hijos reagrupados podrán optar a un permiso de residencia independiente al del reagrupante una vez alcanzada la mayoría de edad o cuando obtengan autorización para trabajar.

En este largo camino, la última parada constituye una escueta referencia a otra de las novedades de este artículo 19, que radica en la previsión de que aquellas personas que hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación tengan la posibilidad, a su vez, de reagrupar a sus familiares. Este particular ha sido desarrollado en el artículo 41.5 del Reglamento de ejecución de la Ley, aprobado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que hace necesario, con el propósito de evitar las reagrupaciones en cadena, que el extranjero residente en virtud de reagrupación familiar haya obtenido un permiso de residencia independiente, y que además cumpla los requisitos que establece la legislación de extranjería para poder reagrupar.

A punto de concluir, sólo nos queda afirmar que la historia no termina aquí. El 20 de julio de 2001, dando la espalda a las voces de innumerables sectores que apuntaban a la presunta ilegalidad de algunos de los preceptos de su articulado, el Gobierno aprobaba el Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería 8/2000. Un año y medio más tarde, el 20 de marzo de 2003, la Sala de lo contencioso-administrativo, sección sexta, del Tribunal Supremo, atendiendo un recurso interpuesto por “Andalucía Acoge” y “Red Acoge” contra el RD 864/2001 de 20 de julio de 2001, dicta una sentencia que pone en entredicho la actual política migratoria del Partido Popular, confirmando la ilegalidad de 13 importantes apartados del Reglamento, al mismo tiempo que le recuerda al Gobierno que, en un Estado de Derecho, todos los poderes públicos están sometidos al principio de legalidad.

La sentencia corrige tres aspectos esenciales: el derecho a la libre circulación, la abusiva regulación de las relaciones que deben regir entre la Administración y los administrados y, por lo que aquí nos interesa, las limitaciones introducidas por el Reglamento en relación con la reagrupación familiar. El precepto reglamentario cuya anulación se pretende en el recurso interpuesto era el 41.5, puesto que los recurrentes

sostenían que este artículo era contrario al 17.2 de la Ley 8/2000, por cuanto únicamente permitía ejercer el derecho a la reagrupación familiar a quienes, habiendo obtenido la residencia en virtud de reagrupación, cuenten con un permiso de residencia con independencia al alcanzado previamente.

Finalmente, el Tribunal Supremo estima, en lo que respecta a este particular, el recurso interpuesto, sentenciado que la necesidad de obtener un segundo permiso para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros que hayan sido, a su vez, previamente reagrupados, es inadmisibile y limita considerablemente el derecho reconocido en la Ley de extranjería 8/2000.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, ya para finalizar, pueden hacerse algunas consideraciones de carácter general.

Frente al panorama que se vislumbra, un camino de pocas luces y muchas sombras, como suele ocurrir en el ámbito de la inmigración, comenzaremos diciendo que, a nuestro juicio, el hito más relevante marcado por la nueva regulación de extranjería radica en la delimitación de la reagrupación familiar, sin atisbo de duda, uno de los temas prioritarios para cualquier política migratoria que se precie, como verdadero derecho, dejando atrás la obsoleta concepción de que se trataba de una mera habilitación destinada a la tramitación de la solicitud de un tipo especial de visado.

Sin embargo, no podemos dejar de valorar negativamente la confusa y desafortunada redacción del artículo 16 de la Ley 8/2000, que da pábulo a multitud de críticas por pretender supeditar a la situación de residencia regular, un derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución española a toda persona: el derecho a la intimidad familiar.

Después de haber reseñado el punto más favorable y el más negativo de la actual regulación del derecho a la reagrupación familiar, hemos de subrayar el retroceso que, en muchos aspectos, suponen las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000, en relación con la pretérita Ley 4/2000, que nos alejan de las directrices marcadas por el Derecho Comunitario que, impulsado por el acervo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y bajo la égida de la Comisión Europea, han supuesto, en los últimos años, una gran contribución para la defensa de los derechos de los extranjeros.

Ciertamente, resulta complicado auspiciar la incidencia real que tendrá en nuestro ordenamiento jurídico la versión final de directiva sobre reagrupación familiar de la Unión Europea, pero, en este momento, nuestra atención se centra, por la proximidad temporal del fallo del Tribunal Supremo, en el giro radical que ha supuesto la estimación del recurso interpuesto por “Andalucía Acoge” y la “Red Acoge”, en lo que respecta a la anulación del artículo 41.5 del Reglamento de ejecución de la ley, abriendo así la puerta al fantasma de las temidas “reagrupaciones en cadena”; decisión que consideramos acertada, porque si los derechos no son “a beneficio de inventario”, no lo son en ninguna circunstancia.

En definitiva, si partimos de que la reagrupación familiar constituye una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero, llegaremos a la conclusión de que la regulación normativa podría haber sido más flexible, porque aunque nos encontremos ante un derecho no configurado, formalmente, como “fundamental”, no debemos olvidar, empero, que deriva del derecho de todo ser humano a vivir junto a su familia.