



7

EL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL

MARIA LOURDES LABACA ZABALA

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad
del País Vasco.

Doctora por la Universidad de Oviedo.



Sumario

1. Introducción – 2. El reagrupamiento familiar: 2.1 Qué es el reagrupamiento familiar; 2.2 Historia del reagrupamiento según las Leyes; 2.3 Planteamiento para tratar en este apartado – 3. Fundamento jurídico del reagrupamiento familiar: 3.1 Normativa jurídica en la que se apoya – 4. Política de reagrupación: 4.1 Motivos de la reagrupación; 4.2 La legislación sobre el reagrupamiento familiar en España; 5. Régimen precedente: la Ley Orgánica n. 7/85; 6. Régimen vigente: las Leyes Orgánicas ns. 4/2000, 8/2000 y 14/2003: 6.1 El principio de la consideración de la persona; 6.2 Ámbito de aplicación para los no europeos; 6.3 Sujetos reagrupables: art. 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000, modificado parcialmente a través de la Ley Orgánica n. 8/2000, el Real Decreto n. 864/2001, y la Ley Orgánica n. 14/2003 – 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

Palavras-chave

Reagrupamiento Familiar – Leyes – Legislación de Extranjería.



1. INTRODUCCIÓN

En la legislación española, es reciente la preocupación por el tema del reagrupamiento de los inmigrantes como derecho. Es común que todos los países introduzcan, en sus legislaciones, normas que traten de controlar las distintas situaciones en las que pueden encontrarse los extranjeros. Hoy día se está incrementando el control que realiza el Estado sobre las relaciones que pueden derivar de los inmigrantes en nuestro país, más aún cuando proceden de culturas con las que no compartimos los mismos principios y valores.

Se reconocerá el reagrupamiento familiar como un derecho que deriva del ámbito constitucional, del derecho a formar una familia, a la intimidad familiar, reconocidos en el propio texto constitucional, arts. 39 y 18, así como la vía a través de la que se puede lograr el libre desarrollo de la personalidad individual (art. 10.1º de la Carta Magna). Se considera que el reagrupamiento favorece el arraigo del extranjero en el país de acogida.

La protección de la familia se contiene, además de en los textos constitucionales de cada país, en los textos internacionales ratificados por los mismos, como es el caso de España, arts. 10 y 11 del Pidesc,¹ arts. 12, 13, 23 del PIDCP² y art. 16 DUDH,³ entre otros.

¹ Art. 10 Pidesc de 1966. “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: 1º) Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (...) 3º) Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. Art. 11: “Los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia. Los Estados tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

² Art. 12 PIDCP de 1966. “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en el su residencia. (...) 3º) Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”. Art. 13. “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo podrá ser expulsado de él, en

El régimen vigente del derecho al reagrupamiento familiar en el Derecho español se contiene en la Ley Orgánica n. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada parcialmente por la Ley Orgánica n. 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, así como en el Real Decreto n. 864/2001, de 20 de julio, y en la Ley Orgánica n. 14/2003, de 20 de noviembre. En la actualidad se está elaborando el Proyecto de Reglamento de la Ley Orgánica n. 4/2000, que también tendremos en consideración el texto del Proyecto al que haremos referencia es de octubre de 2004.

En el Capítulo II, de la Ley Orgánica n. 4/2000, bajo la rúbrica “reagrupación familiar” se contienen los arts. 16 y 17 en los que se consagra el derecho a la intimidad familiar, así como la delimitación de los familiares reagrupables. El art. 16.1º señala como derecho que asiste a los extranjeros residentes en nuestro país, el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en la Ley Orgánica y de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por España. Seguidamente, en el apartado 2º se contiene el derecho que asiste a los familiares de los extranjeros que residen en España a reagruparse con el residente. Este derecho se extiende a todos los sujetos que se señalan en el artículo siguiente. Por último, en el apartado 3º se afirma: el cónyuge que adquirió la residencia en España, como consecuencia del reagrupamiento familiar y sus familiares con él reagrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que originó la adquisición.

El art. 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000 contiene la determinación de los sujetos que tienen derecho a que se les conceda un permiso de residencia en España para reagruparse con el extranjero residente. Este derecho alcanza:

cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley”. Art. 23: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia”. En todas ellas se establece: “Considerando que el establecimiento de normas comunes y equitativas en materia de reagrupación familiar contribuirá al éxito de la integración de los ciudadanos de terceros países y sus familias en su incorporación a la sociedad y al mercado de trabajo. Urge la necesidad de establecer una política común de la Unión en materia de reagrupación familiar”.

³ Art. 16 DUDH: “Los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a contraer matrimonio y fundar una familia. (...) 3º) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

a) al cónyuge del residente; b) los hijos; c) los menores de edad o incapacitados cuando el residente extranjero sea su representante legal; d) los ascendientes del residente extranjero, cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España; e) cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias.

El régimen descrito ha sido modificado parcialmente a través de las sucesivas leyes promulgadas en el ámbito de extranjería, modificaciones que desarrollaremos a lo largo del trabajo.

Queremos destacar que el fundamento jurídico del derecho al reagrupamiento familiar se desprende, también, del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, en el que se reconoce, “a toda persona (por tanto, también a los extranjeros), el derecho al respeto a su vida privada y familiar” y, por otro lado, se establece:

“que no habrá injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto, esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

De la legislación descrita se desprenden dos principios enfrentados: a) la libertad de residencia y el respeto a la vida personal y familiar del extranjero, y b) el derecho de los Estados a establecer limitaciones al ejercicio de los mismos, aunque dichas limitaciones deben estar expresadas en la ley y ser necesarias y proporcionadas a los fines que persiguen.

En ocasiones, la actividad legislativa de los distintos Estados puede llegar a vulnerar el ejercicio legítimo de los derechos de los extranjeros. Además, no podemos olvidar que incluso el Tribunal Constitucional ha establecido que la potestad legislativa no es absoluta, puesto que

“los requisitos y limitaciones establecidas por el legislador ordinario al ejercicio de derechos y libertades fundamentales deberán ser examinados para comprobar si realmente responden a razonables finalidades de

protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardan la debida proporción con dichas finalidades".⁴

Por tanto, tendremos que cuestionarnos si realmente las limitaciones que se contienen en las distintas normas promulgadas por el Estado en el ámbito de extranjería, se está respetando el límite establecido por el constituyente al legislador o si, por el contrario, son desproporcionadas las medidas y limitaciones adoptadas por éste para proteger determinados bienes o intereses y, por tanto, podríamos considerar inconstitucional determinadas preceptos de la Ley.

La evolución que está sufriendo la legislación que se va promulgando en España y los países de la Unión, nos lleva a pensar que quizás, lo que se pretenda a través de toda esta normativa sea más que integrar, la de asimilar todos los modelos familiares provenientes de otros países y culturas a los propios del país de acogida, sin tener en consideración las peculiaridades y particularidades de otros modelos familiares.

Será a través del mecanismo tradicional de invocar el orden público, como límite al reconocimiento de las singularidades de los mismos, como los Estados en cuestión limitan el ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros, como puede ser el reagrupamiento familiar polígamo, al reconocerse, de forma exclusiva, el derecho al reagrupamiento familiar de un único cónyuge. El conflicto que puede surgir entre estos dos modelos familiares (el modelo familiar monógamo del país de acogida y el polígamo del país de origen) hace que a través del recurso al orden público se limite la aplicación del modelo familiar extranjero, de tal forma que no tenga ningún reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico español por ser contrario a los valores y principios fundamentales. No debemos olvidar que si aplicamos literal e íntegramente la legislación vigente en el ámbito de extranjería, estaremos rompiendo otros modelos familiares y dejando desprotegidos a los sujetos más desfavorecidos de las mismas.

En este punto nos cuestionamos si no se está lesionando el derecho de los inmigrantes con la legislación que se está promulgando por parte de los distintos Estados, estos últimos, en el ejercicio legítimo de las competencias

⁴ STC 1.143/89, de 22 de junio. Fundamento jurídico 2º y 3º.

concedidas por los Convenios Internacionales, están restringiendo, desconfigurando y eliminando la convivencia de otros modelos familiares. Nos referimos concretamente a la legislación de extranjería que están promulgando los distintos Estados, en los que se prohíbe expresamente el reagrupamiento familiar de la familia polígama, en consonancia con la legislación y Directivas homogeneizadoras y orientadoras que se emiten por parte de distintas instancia de la Unión para armonizar (más concretamente diremos que asimilar, los distintos modelos familiares en uno único, la familia matrimonial monógama) las políticas adoptadas por los países de la Unión en el ámbito de extranjería.⁵

Por ello, abordaremos el estudio del reagrupamiento familiar en la legislación española, incidiendo de forma especial, en primer lugar, en la determinación de qué se entiende por reagrupamiento familiar, seguidamente nos ocuparemos de su fundamento jurídico, a continuación trataremos los motivos que han llevado al legislador a ocuparse del tema, así como de la legislación promulgada en España y concluiremos señalando la compatibilidad de dicha legislación con la protección de todo índole que merece la familia, sea cual sea su origen y, de forma especial, de las madres y los hijos.

2. EL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

2.1 Qué es el reagrupamiento familiar

Se habla de reagrupamiento familiar cuando se reúnen, con una persona residente en un país del que no es nacional, los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros.

⁵ *Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, presentada por la Comisión de las Comunidades europeas, de 01 de diciembre de 1999, COM (1999) 638 final, 1999/0258 (CNS), *Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, presentada por la Comisión de las Comunidades europeas, de 10 de octubre de 2000, COM (2000) 642 final, y *Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, presentada por la Comisión de las Comunidades europeas, de 02 de mayo de 2002, COM (2002) 225 final.

Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española, el término reagrupar significa: “agrupar de nuevo o de modo diferente lo que ya estuvo agrupado”,⁶ lo que supone que se agrupa de nuevo la familia que estuvo ya agrupada en el país de origen.

Dentro de las ideas que desarrolla la doctrina en el ámbito del reagrupamiento familiar, queremos destacar que: tal y como establece Kayser, el término reagrupamiento familiar designa en las relaciones internacionales, “la reunión junto a una persona que reside en un país del que no es nacional, de los miembros de su familia más próximos que residen en otro país, en condiciones de entrada y residencia más favorables que para el resto de extranjeros”.⁷ Descrita la situación en estos términos, podemos decir que los Estados pueden regular o no y someter a autorización estas situaciones, tratándolas con mayor o menor amplitud, según conciben éstas situaciones como instrumentos de integración y estabilidad de los inmigrantes, o como factor que incrementa los desequilibrios y la tensión social.⁸ Por otra parte, podemos decir que la en su informe de 1994 puso de relieve la trascendencia social y humana de la reagrupación, así como su carácter esencial para la persona del inmigrante.⁹

Como punto de partida del presente trabajo, queremos destacar que los Estados receptores de emigrantes se resisten a que se hable del reagrupamiento familiar en términos de derecho. Esta resistencia obedece eminentemente a los temores que los Estados experimentan en el tema. Todo ello como consecuencia de que la emigración familiar se contempla como emigración de asentamiento, mientras que la emigración individual se ve como emigración de regreso. En este sentido, se teme que a través del ejercicio de éste derecho se aumente de forma importante la población extranjera.

⁶ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, vigésima edición, Madrid, 1984.

⁷ KAYSER, P. Le regroupement familial dans le droit communautaire. La Convention européenne des droits de l’homme et le droit interne française, en *Rev. La semaine juridique*, n. 21-22, 02 de junio de 1993, p. 235.

⁸ SANTOS ARNAU, L. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar, en *Extranjeros*. PICÓ LORENZO, C. (Dir.). Madrid, 1994, p. 455.

⁹ VII Informe de la OIT, Sesión 59, 1994, p. 27.

Por otro lado, se supone que el inmigrante individual es más fácilmente asimilable, mientras que la familia inmigrante se encierra en sí misma y vive de acuerdo con las costumbres y normas propias del país de origen, que pueden chocar con las del país de acogida, como ocurre con la poligamia.

Con carácter general, podemos decir que el derecho al reagrupamiento familiar se deduce de los arts. 32, 39, 10.1º y 18 CE, así como de distintos Tratados internacionales suscritos por España, entre los que resaltamos, el art. 16 DUDH, el art. 17 del PIDCP, el art. 8 del CEDH, así como el art. 14 del Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias.

Es a través de todas estas vías donde encuentra su protección el reagrupamiento familiar, aunque explícitamente es difícil encontrar un texto legal que se pronuncie abiertamente en su concepción como derecho, a no ser en el ámbito comunitario, hasta la promulgación de las dos Leyes Orgánicas del año 2000.

Una excepción a la falta de regulación que acabamos de expresar podemos encontrar en el art. 44 del Convenio de Naciones Unidas de 1990 sobre protección de los trabajadores migrantes y sus familiares, en el que se establece:

“Los Estados parte, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y el Estado, quienes adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador. Los Estados parte tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migrantes con sus cónyuges, o con aquellas personas que mantengan con el trabajador una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”.

En el ámbito internacional, será el art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,¹⁰ el que protege el derecho a la vida privada y familiar de toda persona, así pues,

¹⁰ Art. 8.1º del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”.

es extensible también éste derecho a los extranjeros residentes en España en forma legal.

En opinión de la mayoría de la doctrina, este derecho no es absoluto, aunque no pueden existir injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio del mismo a no ser que sean necesarias.¹¹ Esta limitación por parte de los Estados al ejercicio de este derecho se contiene expresamente en el propio precepto, en su apartado 2º.¹²

No cabe duda de que la reagrupación familiar permite satisfacer el ámbito personal del inmigrante, en la medida en la que se le permite vivir junto a su cónyuge e hijos. Tal y como establece nuestro texto constitucional, el respeto a la vida familiar y el derecho a fundar una familia, así como la protección de ésta que se encomienda a los poderes públicos se contiene, también, en disposiciones internacionales.

Será el Derecho comunitario el que abra el camino en el campo del reagrupamiento familiar mediante el Reglamento n. 1.612/68, de 15 de octubre, arts. 10 a 12, en los que reconoce como derecho del trabajador comunitario que ejerce el derecho a la libre circulación de personas recogido, en los arts. 48 y 52 del Tratado de Roma. Sin embargo, el reagrupamiento familiar tiene, en el ámbito comunitario, un carácter instrumental, que se establece con el fin de eliminar obstáculos y facilitar el ejercicio de una libertad de circulación, a la que se considera con carácter fundamental.

¹¹ CRÉPEAU, F.; CARLIER, Jean-Yves. "Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation, en *Journal du Droit International*, n. 4º, Oct.-nov.-dec. 1999. p. 1.012. "L'ingérence doit éter prévue par la loi et constituer une mesure qui, dans une société démocratique, este nécessaire á la sécurité nationale, á la sùreté publique, au bien-être économique du pays, á la défense de l'ordre et á la prévention des infractions pénales, á la protection de la santé ou de la morale, ou á la protection des droits det libertés d'autrui".

¹² Art. 8.2º del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950: "No podrá haber injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derechos (el que tiene toda persona al respeto de su vida privada y familiar) sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

Así, pues, podemos decir que el reagrupamiento familiar en el ámbito comunitario no tiene como marco de referencia y fuente inmediata los derechos fundamentales de respeto a la vida familiar antes mencionados, sino la de suprimir la restricción que supondría para la libre circulación el limitar o impedir que el trabajador nacional de un Estado miembro pueda desplazarse por el interior del espacio comunitario acompañado de su familia.¹³

2.2 Historia del reagrupamiento según las Leyes

En España, el derecho al reagrupamiento familiar se introduce por primera vez en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de extranjería n. 7/85, aunque simplemente como “una modalidad de visado”,¹⁴ concepción que se reitera en la Resolución de 15 de febrero de 1994, por la que se dictan instrucciones generales y de procedimiento sobre la tramitación de visados para la reagrupación de familiares de extranjero no nacionales de los Estados miembros. De lo que acabamos de exponer se deduce que el sistema español de extranjería se muestra renuente a proclamar el derecho al reagrupamiento familiar.

El punto de inflexión en relación a considerar el reagrupamiento familiar como un derecho se va a producir como consecuencia del Real Decreto n. 766/92, de 26 de junio, relativo a la entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea. A partir de este momento, el derecho al reagrupamiento se configura, también, por parte de nuestro ordenamiento como un derecho cuyo ejercicio está sometido al cumplimiento de ciertas condiciones. Así también, la Proposición de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, de 09 de abril de 1991, representa un cambio de tendencia en la política de extranjería en nuestro país.

Dos años más tarde, y con el fin de cumplir con la resolución adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión europea de 1993 de armonizar antes del 01 de enero de 1995 las políticas de los Estados miembros en el ámbito del reagrupamiento familiar, el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados, de junio de 1998, incluyó entre sus propuestas la de regular el reagrupamiento familiar, con el fin de

¹³ SANTOS ARNAU, L. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, p. 458.

¹⁴ *Ibidem*, p. 459.

permitir que el derecho a vivir en familia de los extranjeros residentes abarcará, también, al cónyuge e hijos de éste, considerando que con ello se favorecía el arraigo del extranjero en el país de acogida. También se contempla la posibilidad de que transcurrido un período de tiempo razonable, los reagrupados pudieran obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante.¹⁵

El cumplimiento del compromiso asumido por España se materializó, inicialmente, a través del Real Decreto n. 155/96, de 02 de febrero, arts. 23, 28 y 54. Este Real Decreto era el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de extranjería n. 7/85, y que hoy debe considerarse vigente en todo lo que no ha sido previsto en las Leyes Orgánicas promulgadas a partir del año 2000.

El régimen vigente de la regulación del reagrupamiento familiar se contiene en los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, modificada parcialmente por la Ley Orgánica n. 8/2000, así como en el Real Decreto n. 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de las dos Leyes Orgánicas mencionadas anteriormente, art. 8.2º, arts. 14.1º, 40.4º, 44.4º-e). Se ha promulgado una nueva Ley Orgánica que reforma parcialmente alguno de los extremos que se contienen en las dos Leyes citadas anteriormente, nos estamos refiriendo a la Ley Orgánica n. 14/2003, de 20 de noviembre.

Nosotros centraremos el estudio en los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000 (en lo que no ha sido modificado por la Ley Orgánica n. 8/2000) y la Ley Orgánica n. 14/2003, realizando especial énfasis en los tres apartados del art. 16,¹⁶ así como en los apartados a), b), c), d), y e) del art. 17,¹⁷ teniendo presente que, el último de los apartados ha sido derogado por la Ley Orgánica n. 8/2000.

¹⁵ MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia, en la L. O. n. 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, *Actualidad Civil*, n. 14/2001, p. 487.

¹⁶ Art. 16 de la Ley Orgánica n. 4/2000, dentro del Capítulo II, Reagrupación familiar, art. 16: El derecho a la intimidad familiar. 1º) "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. 2º) Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente. 3º) El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición".

¹⁷ Art. 17: Familiares reagrupables: "El extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él a los

Debemos tener en consideración que el apartado d) del art. 17, de la Ley Orgánica n. 4/2000, ha sido modificado por la Ley Orgánica n. 8/2000, y se ha procedido a la supresión de los apartados e) y f), así como a la incorporación de dos nuevos artículos: el art. 18 que hace referencia “al procedimiento para la reagrupación familiar”, y el art. 19 que “establece los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales”. Por último queremos destacar que, el nuevo desarrollo legislativo llevado a cabo a través de la Ley Orgánica n. 14/2003 ha procedido a modificar el apartado 2º del art. 17 y, además, en relación con éste mismo artículo, ha introducido dos nuevos apartados, el 3º y 4º. Se ha modificado, también, el contenido del apartado 2º del art. 18 y se suprime el apartado 4º. Para concluir, se ha modificado el art. 19, en lo que concierne a los efectos de la reagrupación familiar en circunstancia familiares. Todos estos extremos los desarrollaremos a lo largo del presente trabajo.

2.3 Planteamiento para tratar en este apartado

Los extranjeros residentes en España, por tanto, en base a la legislación que acabamos de citar, gozan de plena protección de sus derechos y libertades fundamentales. Dentro de éstos derechos se reconoce el derecho a reunirse

siguientes parientes: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”. b) “Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España”. e) “Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”.

con su familia, entendida como familia nuclear, en el Estado de acogida. Así, pues, el derecho al reagrupamiento familiar del inmigrante legal “no es un favor que se le concede al mismo, sino un derecho”¹⁸ y, por tanto, su disfrute no puede hacerse depender de la situación económica. Además, los requisitos que se exigen a los extranjeros no deben ni pueden dejar vacío de contenido el ejercicio del derecho.¹⁹

Consideramos necesario destacar que en la presente Ley:

“no aparecen principios que impulsen el reconocimiento de la multiculturalidad, que será a la larga un criterio decisivo de la integración, quizás porque se piense, que ésta depende más de leyes sectoriales (de educación y cultura) y de las políticas de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos, que de grandes proclamaciones legales”.²⁰

Lamentablemente, ha sido escasa la relevancia jurídica concedida por el legislador ordinario español a la cuestión de la multiculturalidad, lo que ha supuesto que la respuesta legislativa al conflicto de la multiculturalidad haya sido escasa.²¹ En esta línea, no se permite el reagrupamiento de más de un cónyuge, aunque sí es posible la de los hijos habidos en las sucesivas uniones del residente extranjero polígamo en determinadas circunstancias y siempre que concurren determinados requisitos.

Esta posición que adopta la legislación de extranjería supone, más que un modelo de integración, un modelo de asimilación que pretende obtener el máximo de homogeneidad posible, en este sentido la regulación no se plantea armonizar las peculiaridades del Derecho de familia islámico, del que proceden gran número de inmigrantes, sino que lo que se ha tratado es que los

¹⁸ CARLIER, J. Y. Perspectives et conclusions. Quels droits pour quels étrangers?, en *Revue du Droit des Étrangers*, n. 90, p. 685 y ss.

¹⁹ EZQUERRA UBERO, J. J. El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España en *Migraciones*, p. 187.

²⁰ AJA, E. *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, 2000, p. 251-252.

²¹ ESPLUGUES MOTA, C. Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar), en RODRÍGUEZ BENOT, A. La multiculturalidad: especial referencia al Islam, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, Madrid, 2002, p. 108. Considera el autor que, la ausencia de presión multicultural determina que la respuesta legislativa ofertada hasta el momento sea mínima tanto en número de disposiciones como en sectores abordados.

inmigrantes se adhieran a los valores fundamentales de la cultura de los países de acogida, éste ha sido el principio inspirador de nuestra nueva legislación.²²

Como consecuencia del principio que ha informado la promulgación de la legislación de extranjería (principio de asimilación de los distintos modelos familiares bajo el modelo común de la familia matrimonial monógama, ya que reconoce exclusivamente el derecho al reagrupamiento familiar a la esposa e hijos, y no reconoce la extensión de éste derecho a quienes conviven en relación de pareja,²³ no existiendo matrimonio y concurriendo el resto de elementos que se exigen a dicha relación, como descendencia y relación de dependencia), trataremos de dilucidar si los derechos y restricciones que se contienen en la misma han respetado o, por el contrario, violan los derechos y libertades que el texto constitucional reconoce a los extranjeros residentes legalmente en España, concretamente el derecho a crear y vivir en familia, así como el derecho a la intimidad familiar. Nos planteamos esta cuestión ya que, como bien estableció el Tribunal Constitucional,

²² En el ámbito de extranjería ver, entre otros, los siguientes autores: MOREO, P. La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural, en *Actualidad Civil*, n. 15/2001, p. 530 y ss. GARCÍA RODRÍGUEZ, I. Minorías y derecho internacional privado: introducción, en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (Ed.). *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Madrid: Universidad de Alcalá, 2001, p. 301 y ss. CALVO CARAVACA, A. L.; IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid: Colex, 2000. BORRAS RODRÍGUEZ, A. La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico, en BORRAS RODRÍGUEZ A.; MERNISSI, S. *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona: Caria, 1998, p. 163 y ss. ABARCA JUNCO, A. P. La regulación de la sociedad multicultural, en CALVO CARAVACA A. L.; IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid: Colex, 2000, p. 165 y ss. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. Ius nubendi y orden público matrimonial, en *BJMJ*, n. 1862, p. 431 y ss. GARCÓN ABELLÁN, M. Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración, en *Jueces para la Democracia*, n. 40, 2001, p. 3.

²³ En este sentido se pronuncia el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la *Propuesta modificativa de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, emitido por éste Órgano y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de marzo de 2003. Se establece en la *Recomendación 2.2* que: "recomienda que la definición obligatoria de familia se amplíe para incluir a los compañeros no casados, los hijos ilegítimos y los adultos a cargo del reagrupante". Doce de 26 de marzo de 2003, C 73/18.

“la potestad de mediación legislativa de los derechos no es absoluta, ni dependiente del arbitrio del legislador ordinario, de forma que cuando el legislador tenga que establecer requisitos o limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responde a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la debida proporcionalidad con dichas finalidades”.²⁴

Se han pronunciado distintas sentencias por parte del Tribunal Constitucional en las que se ha establecido que, en ocasiones, se puede considerar inconstitucional una medida legislativa, cuando la misma trata de proteger un bien o interés y, a su vez, resulta lesionado un derecho fundamental, por considerarse o resultar desproporcionada.²⁵

3. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

3.1 Normativa jurídica en la que se apoya

El fundamento jurídico del derecho que tiene el extranjero residente legalmente en España se contiene, además de en los Tratados internacionales ratificados por España,²⁶ en los arts. 13,²⁷ 10.1º,²⁸ 10.2º,²⁹ 18³⁰ y 39³¹ CE, así

²⁴ STC 113/89. Se plantaba una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Audiencia Provincial de Oviedo respecto al art. 22.1º del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que en la Resolución n. 113/89, Fundamentos Jurídicos 2º y 3º, se declaró inconstitucional.

²⁵ STC 204/97, de 25 de noviembre, F. J. 2º y 5º, STC 123/97, de 01 de julio, F. J. 3º, STC 67/97, de 07 de abril, F. J. 7º.

²⁶ Art. 8 del CEDHLEF, art. 12 PIDCP.

²⁷ Art. 13 CE: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

²⁸ Art. 10.1º CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”.

²⁹ Art. 10.2º CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

como en el art. 27³² del Código civil.³³ Otras normas que perfilan los derechos de los extranjeros en España son: la Ley Orgánica n. 7/85, de 01 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, el Real Decreto n. 155/96, de 02 de febrero, que desarrolla la Ley Orgánica anteriormente citada, así como las dos Leyes Orgánicas promulgadas el año 2000,³⁴ y el Real Decreto n. 864/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica n. 4/2000, reformada por la Ley Orgánica n. 8/2000, en éstas últimas se reconoce expresamente el reagrupamiento familiar como derecho que corresponde a los extranjeros residentes. Así también se ha promulgado la Ley Orgánica n. 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica n. 4/2000, modificada por la Ley Orgánica n. 8/2000, en la que se contienen algunas modificaciones en la materia que nos ocupa.

Queremos destacar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido enunciando, a través de distintas resoluciones, lo que debe entenderse por vida familiar.³⁵ De todo esto se desprende que el derecho al reagrupamiento

³⁰ Art. 18 CE: “Se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar”.

³¹ Art. 39 CE: “Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia... Asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”.

³² Art. 27 del Código Civil: “Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados”.

³³ PÉREZ VERA, E.; ABARCA JUNCO, A. P. Comentarios al art. 13 CE, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, t. II, arts. 10 a 23 ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.). Madrid: Edersa, 1996, p. 192 y 194.

³⁴ L. O. n. 4/2000 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, de 11 de enero y la L. O. n. 8/2000, de 22 de diciembre.

³⁵ Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, incluye la relación matrimonial dentro del ámbito familiar. Reconoce en base al art. 8º del Convenio, que no cabe la expulsión del cónyuge extranjero de un residente, a quien asiste el derecho a su vida familiar. La Sentencia Ahmut contra Holanda, de 28 de noviembre de 1996, delimita el concepto al considerar que entre cónyuges se establece y desarrolla una vida familiar amparada por el Convenio de Roma. La Sentencia Berrehab contra Holanda de 21 de junio de 1988 considera la relación paternofamiliar, incluso si el matrimonio ha concluido como relación familiar, La Sentencia Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, considera que no pueden realizarse distinciones entre los hijos naturales y legítimos o lo que es lo mismos entre filiación matrimonial y no matrimonial.

familiar se constituye en un “derecho fundamental del extranjero cuyo fundamento jurídico residen en el art. 8 del Convenio de Roma, así como, en el art. 18 CE siempre que se circunscriba al círculo familiar que constituye su vida privada y su intimidad”.³⁶

A la hora de proceder a su regulación, el obtenido que ha tenido en consideración el legislador ha sido el de adoptar las medidas necesarias para que sea compatible el ejercicio del derecho por parte de los extranjeros, con la soberanía estatal. En este sentido se ha procedido a reconocer la relación familiar típica de la cultural occidental, la familia matrimonial monógama, no teniendo en consideración que gran número de extranjeros que actualmente residen en España proceden del mundo islámico en el que se reconoce otro tipo de familia como es la polígama. A estos sujetos el Derecho internacional les reconoce “el derecho fundamental a afirmar su identidad, derecho que se sitúa en un contexto plurilegislativo que obliga a los Estados a definir su contenido de forma no uniforme y que preserva a los sujetos de injerencias arbitrarias de los poderes públicos”,³⁷ cuestión que, en principio, no parece haberse tenido en consideración por parte del legislador español.

El derecho al reagrupamiento familiar se fundamenta, principalmente, en el art. 13 CE, en el que se contienen los derechos que corresponden a los extranjeros en nuestro país, en el art. 10 CE, en el que se establece que la dignidad de la persona y su libre desarrollo personal, se constituye en el fundamento del orden político y de la paz social, en el art. 18 CE que contiene como derecho fundamental la intimidad personal y familiar, así como en el art. 39 CE en el que se encomienda a los poderes públicos la protección integral de la familia, sea cual sea su origen, y en especial a los hijos y las madres.

3.1.1 La dignidad de la persona: art. 10 CE

En relación con el contenido de los derechos que corresponden a los extranjeros, se ha establecido que abarca a todos los derechos que “se predicán de

³⁶ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. Comentarios al art. 16 de la Ley Orgánica n. 4/2000, en *Comentarios a la nueva Ley de extranjería, Ley Orgánica n. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 28.

³⁷ BUCHER, A. *La famille en Droit international privé*, p. 98.

la persona en cuanto tal y no como ciudadanos o de aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”.³⁸ Por lo que hace referencia a los límites, se ha considerado que “si bien el propio art. 13.1º CE autoriza al legislador a restringir los derechos de los extranjeros, no le otorga una libertad ilimitada, la limitación deriva tanto del art. 10.1º CE que hace referencia a “los derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana y su libre desarrollo personal, que en base al art. 10.1º CE se constituye en fundamento del orden político español, como en el art. 10.2º CE, ya que a través del desarrollo legislativo no se puede afectar al contenido determinado para el derecho en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por España”.³⁹

3.1.2 Garantía de la intimidad: art. 18 CE

El art. 18 CE en su apartado 1º “garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar”, derecho que ha sido desarrollado a través de la Ley Orgánica n. 1/82, de 05 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. A través de este reconocimiento, el derecho a la intimidad personal y familiar se constituye, al igual que el resto de derechos que se consagran en art. 18, en “derechos fundamentales de la personalidad y no como derechos subjetivos de naturaleza privada, que es como se configuraban anteriormente”.⁴⁰

En relación a la delimitación del concepto del derecho a la intimidad personal y familiar, hemos de decir que ni el propio art. 18 CE, ni la Ley Orgánica que lo desarrollan determinan su contenido,⁴¹ así pues, para establecer el contenido de éste derecho acudimos a Albadalejo, que establece que se constituye como

³⁸ PÉREZ VERA, E.; ABARCA JUNCO, A. P. Comentarios al art. 13 CE, p. 196. STC 107/84 de 23 de noviembre.

³⁹ PÉREZ VERA, E.; ABARCA JUNCO, A. P. Comentarios al art. 13 CE, p. 195. STC 107/84 de 23 de noviembre. En el mismo sentido las STC 99/85, STC 115/87, STC 112/91 y STC 242/94.

⁴⁰ SEMPERE RODRÍGUEZ, C. “Comentarios al art. 18 CE: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en *Comentarios a la Constitución de 1978*. Arts. 10 a 23. ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.). Madrid: Edersa, 1996, t. II, p. 390.

⁴¹ *Ibidem*, p. 396.

contenido del mismo: “el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desea el interesado”.⁴²

Desde una perspectiva liberal,⁴³ la familia es titular de derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra el derecho a la intimidad que se constituye en una “auténtica barrera que impide la intervención del Estado”.⁴⁴ La pasividad del Estado para preservar la intimidad familiar se dará siempre que dentro de este grupo, la familia, se promuevan los valores generales de la sociedad, de forma que cuando esto no se produzca se convertirá en objeto de intervención por parte de los poderes públicos, de no ser así se estaría incurriendo en la perpetuación de opresiones y desigualdades que vulneran el orden público”.⁴⁵ Que la familia debe promover los valores generales de la sociedad y que si no es así existe la obligación de los poderes públicos de intervenir, supone que no se están preservando el derecho a la diferencia del que pueden ser titulares determinadas familias, lo que supone que, a través de esta política intervencionista, el Estado considere que la familia es la correa de transmisión de la cultura mayoritariamente asumida en la sociedad, y que cuando esto no se produce, debe intervenir, lo que acarrea que no se está protegiendo, preservando y promoviendo el pluralismo, consagrado como uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento en el art. 1.1º CE, y la neutralidad, extensible no sólo al ámbito religioso, sino también, al ámbito cultural, entendida ésta como neutralidad del Estado ante las cuestiones culturales, no sólo como no intervención del Estado, sino y sobre todo como promoción del pluralismo, lo cual supone llegar a aplicar incluso la discriminación positiva a favor de las singularidades culturales.

⁴² ALBADALEJO, S. *Derecho civil I*, v. 2. Madrid: Colex, 1996, p. 66.

⁴³ ROCA, E. *Familia y cambio social, (de la “casa” a la persona)*. Madrid: Civitas, 2000, p. 62-63. “El concepto liberal de familia se basa en la filosofía de la mínima intervención porque la intervención coactiva del Estado produce más inconvenientes que ventajas”.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 63-64.

⁴⁵ DINGWALL, R. “Dilemas of family policy in liberal states”, en MACLEAN-KURCZEWSKI (Ed.), en *Family, Politics and the Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 64-65, citado por ROCA, E. en *Familia y cambio social*, p. 65-66.

Este derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra protegido de cualquier intromisión por parte de los particulares⁴⁶ y los poderes públicos, aunque no es un derecho absoluto, sino que es posible que en determinadas ocasiones se encuentre limitado. Esta limitación deber estar legalmente prevista y debe obedecer al interés de proteger otros derechos constitucionales o intereses públicos.⁴⁷ En base a esta limitación, los extranjeros, quizás, no podrán alegar la intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar para legitimar el ejercicio de determinados derechos (como el reagrupamiento familiar de más de un cónyuge).

3.1.2.1 Individual

Por lo que ha establecido el Tribunal Constitucional, la intimidad personal no sólo comprende en su núcleo esencial la protección de datos de la persona, sino que alcanza también a la intimidad corporal, inmune a toda indagación o pesquisas sobre el propio cuerpo, lo que permite entender protegido el sentimiento de pudor, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad.⁴⁸

3.1.2.2 Familiar

Según se desprende de la STC n. 231/88, de 02 de diciembre, la intimidad personal

“no se agota en la propia persona, sino que se extiende a aspectos de la vida privada de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como la familiar, existiendo al respecto un derecho propio y no ajeno a la intimidad, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional”.⁴⁹

⁴⁶ ROCA, E. *Familia y cambio social*, p. 64. “El derecho a la intimidad no es un derecho fundamental que el individuo tenga freno a cualquiera que intente lesionarlo, sino que se ostenta preferentemente frente al Estado, en la concepción liberal es también un sistema para restringir la actuación del Estado”.

⁴⁷ STC n. 110/84. En este sentido, LATORRE SEGURA, A. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n. 44, p. 1.421.

⁴⁸ STC n. 57/1994.

⁴⁹ STC n. 231/88, de 02 de diciembre, Fundamentos jurídicos, 4º y 5º: “no se limita sólo a los vínculos familiares *strictu sensu* (matrimonio), sino también a los familiares de hechos, art. 39 CE”.

Como concreción del derecho a la intimidad familiar y a la protección que deben prestar a la misma los poderes públicos, se ha reconocido el derecho al reagrupamiento familiar del extranjero que reside, de forma legal, en nuestro país. En consecuencia, se ha desarrollado la legislación de extranjería en la que se contiene toda una enumeración detallada de los sujetos titulares del derecho al reagrupamiento familiar. Los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000, parcialmente derogada a través de la Ley Orgánica n. 8/2000, y desarrollada por el Real Decreto n. 864/2001, así como, la Ley Orgánica n. 14/2004, afirman que podrán ejercer éste derecho: el cónyuge, los hijos, los ascendientes y otros familiares.

3.1.2.3 Mandato constitucional – art. 13 CE

El art. 13 CE reconoce, en su apartado primero, el derecho que asiste a los extranjeros en el territorio español de “tener las libertades públicas que se recogen en el Título Primero del propio texto en los términos que establezcan los tratados y la ley”, por tanto, comprende este Título los derechos y libertades reconocidos en los arts. 10 a 55 CE.⁵⁰ Como consecuencia de este mandato que se contiene en el texto de la Constitución se hizo necesaria la promulgación de distintas leyes que recogemos a continuación. En todas ellas se tratará de reconocer a los extranjeros, “la máxima cota de derechos y libertades, equiparando en la medida de lo posible su ejercicio al de los ciudadanos españoles, limitándolo exclusivamente, cuando lo exijan las medidas necesarias para mantener la seguridad pública”.⁵¹

En relación a las limitaciones en el ámbito de la residencia y circulación de extranjeros en España se reproduce prácticamente, en la legislación española,

⁵⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, en *Actualidad Civil*, 1992, n. 14 a 26, p. 450-453. Ley Orgánica de extranjería n. 7/85, de 01 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Real Decreto n. 155/96, de 02 de febrero. Orden de 08 de enero de 1999, normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar. MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. n. 08/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, en *Actualidad Civil*, n. 14/2001. L. O. ns. 4/2000 y 8/2000 de derechos y Libertades de los extranjeros en España, p. 487 y ss.

⁵¹ Preámbulo de la Ley Orgánica n. 7/85 de 01 de julio.

el tenor literal del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁵² en el que se afirma: el derecho que asiste a “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia”, a pesar de que se reconocen también en el propio texto, el derecho que tienen los distintos Estados a establecer restricciones, “siempre que las mismas se hallen previstas en las leyes y sean necesarias para mantener y proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”, en las distintas normas que se promulgan por parte del legislador ordinario. Con ello se trata de favorecer la integración de los extranjeros en el territorio español.⁵³

Por lo que hace referencia al contenido, alcance y límites de los derechos y libertades de los extranjeros en España se deducirán, de lo que se recoge en el propio texto constitucional, art. 13, y de las leyes que lo desarrollan, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁵⁴

Según se ha establecido en la STC n. 107/84, de 23 de noviembre, el “disfrute de los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en el Título I de la Constitución se efectuará, en la medida que lo determinen los Tratados y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas”, incluyendo el Tribunal Constitucional como contenido imprescindible de estos derechos, aquéllos que son necesarios para garantizar la dignidad personal, entre los que cita, expresamente, la intimidad y la libertad ideológica, entre otros.

En cuanto a los límites, hemos de decir que, a través de distintas sentencias del Tribunal Constitucional, se ha establecido que:

“las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros que recoge el art. 13.1º del texto constitucional, autorizan al legislador ordinario a restringirlos, pero no le otorga libertad ilimitada a la hora de regular

⁵² Preámbulo de la Ley Orgánica n. 7/85 de 01 de julio.

⁵³ Preámbulo de la Ley Orgánica n. 7/85 de 01 de julio.

⁵⁴ PEREZ VERA, E. Comentarios al art. 13 de la Constitución, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Arts. 10 a 23, ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.). Madrid: Edersa, 1996. p. 194.

dichas limitaciones, ya que tendrá que tener en consideración: a) lo que establece el art. 10.1º CE, que contiene limitaciones a la función del legislador ordinario que derivan del respeto a la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social, y, b) el art. 10.2º CE, puesto que la limitación que realiza el legislador de los derechos de los extranjeros no puede alcanzar a los derechos que se contienen en el propio texto constitucional, y en los Tratados Internacionales suscritos por España".⁵⁵

Una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra, entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.⁵⁶

4. POLÍTICA DE REAGRUPACIÓN

Es necesario destacar que el Consejo de Ministros de la Unión Europea adoptó una Resolución para armonizar las políticas de reagrupamiento familiar de los extranjeros en los países de la Unión. Así, pues, adoptaron una serie de principios comunes y determinaron los familiares que podían optar a éstos derechos: el cónyuge, los hijos menores del reagrupante y su cónyuge, los hijos adoptados, que debían armonizarse antes del 1 de enero de 1995.⁵⁷

Además, queremos destacar que, a través de la presente resolución se reservaba el derecho de los Estados a exigir: a) un período previo de residencia del reagrupante; b) la exigencia de vivienda y medios de vida; c) así como, la posibilidad de reagrupar otros hijos que éste o su cónyuge hubiera tenido por separado. También se contemplaba la posibilidad de que, transcurrido un período de tiempo razonable, los reagrupados pudieran obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante.

La normativa promulgada por el legislador español, al igual que ocurre en los países de nuestro entorno, tiene como objetivo principal la asimilación de todos los modelos familiares existentes en otras culturas, al modelo único y homogéneo de la familia monógama, sin tener en consideración las peculia-

⁵⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional, concretamente: STC ns. 99/85, 115/87, STC n. 112/91 y STC n. 242/94.

⁵⁶ PEREZ VERA, E. Comentarios al art. 13 de la Constitución, p. 195.

⁵⁷ Reunión del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 01 de junio de 1993.

ridades del Derecho de familia de otros países, como los musulmanes, aun cuando éste es el origen más frecuente de las inmigraciones actuales en España.⁵⁸

El modelo familiar elegido por el legislador español a efectos del reagrupamiento familiar está en sintonía con el resto de legislaciones de los países de la Unión Europea. Legislación que estará en vigor hasta que entre la futura Directiva comunitaria en esta materia.⁵⁹ Todas las legislaciones contienen normas que precisan el contenido del modelo familiar de su país, lo que acarreará que en ocasiones los inmigrantes no puedan reunir en el Estado de acogida a través del reagrupamiento familiar a todos sus familiares.

Debemos manifestar que existen distintos factores que influyen en el legislador a la hora de delimitar el término familia. Si se pretende por parte del Estado en cuestión que no se incremente el número de inmigrantes, se adoptará una legislación restrictiva a la hora de reconocer el derecho al reagrupamiento familiar.

La familia es el núcleo convivencial en el que se transmiten las tradiciones culturales de las personas, así, pues, una política que favorezca el reagrupamiento familiar de los inmigrantes provenientes de culturas que no comparten un mínimo común de valores del país de acogida acarreará, en opinión de los distintos Estados,

“no solo una grave crisis socioeconómica, sino que hará imposible la asimilación de los mismos y permitirá la introducción de prácticas culturales que están totalmente en contradicción con las disposiciones jurídicas del país de acogida, como son, por ejemplo, la poligamia, la repudiación, la sumisión y la discriminación de la mujer en relación con el hombre, entre otras”.⁶⁰

⁵⁸ MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica n. 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, en *Actualidad Civil*, n. 14, 2001, p. 487 y ss.

⁵⁹ Propuesta modificada (2001/C 62E/04 de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM (2000) 624 final 1999/0258 (CNS), Doce C 62 E, de 27 de febrero de 2001, p. 99.

⁶⁰ PRENCIPE, L. *Famille, migrations, Europe, quelles relations possibles?* en *Migrations Société*, v. 6, n. 35. Paris: Cieme, 1988, p. 33.

A pesar de las reticencias de los Estados a la hora de regular el derecho al reagrupamiento familiar de los inmigrantes instalados regularmente en los distintos países, es necesario “armonizar la legislación de los distintos Estados de la Unión con el fin de que el derecho a vivir en familia de los inmigrantes no esté subordinado a los cambios políticos y coyunturales de los distintos países de la Unión”.⁶¹

4.1 Motivos de la reagrupación

El reagrupamiento familiar sólo tiene sentido en cuanto que procede de un deber de protección de la vida en familia del extranjero, derivado de un derecho fundamental, cuyo contenido esencial no puede desvirtuarse a raíz de la configuración legal. Ese contenido esencial abarca, tanto las relaciones estrictamente afectivas de pareja (cónyuges, parejas de hecho), así como, las relaciones propiamente familiares (filiación, parentesco, dependencia), lo que supone que si bien resulta prudente y lógico, en aras a la seguridad jurídica, que se determinen en las legislaciones promulgadas por los distintos Estados los sujetos reagrupables, esto no significa que se imponga al titular del derecho los parámetros de su vida afectiva y familiar.⁶²

Así, pues, podemos cuestionarnos si la realidad social y jurídica, de los países de los que mayoritariamente proceden los inmigrantes, permiten pensar que el derecho a la vida afectiva de pareja y familiar, en sentido amplio, queda garantizado con las exigencias que se contienen en la legislación. Parece justo, considera Moliner, que por encima de las posibilidades de fraude, de la seguridad jurídica, o de cualquier otra consideración, el extranjero residente debe tener algún margen en la determinación de la persona o personas idóneas con las que quiere compartir su vida afectiva.⁶³

A modo de ejemplo de lo que acabamos de establecer, diremos que, si tenemos en consideración el art. 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000, se incluye dentro de los familiares reagrupables, al cónyuge, excluyendo del mismo a las relaciones convivenciales no matrimoniales, sean éstas homosexuales o

⁶¹ PRENCIPE, L. *Famille, migrations, Europe*, p. 36.

⁶² MOLINER NAVARRO, R. Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. n. 8/2000, p. 487 y ss.

⁶³ *Ibíd.*, p. 487 y ss.

heterosexuales. Esta exclusión acarrea no tener en consideración la indeterminación conceptual en relación con el término familia que realizó el legislador constituyente, lo que permite incluir dentro de dicha unidad convivencial otras realidades familiares, como pueden ser las uniones de hecho. Todo ello supone que estaría justificado el reconocimiento y extensión del derecho al que expresamente hace referencia al cónyuge se extienda a la persona que convive de hecho con el sujeto reagrupante.⁶⁴ La falta de conciencia y omisión legislativa en este sentido del legislador en la ley de extranjería supone la vulneración del contenido esencial del derecho a la vida afectiva y familiar del inmigrante, siempre que en dichas uniones existan hijos comunes.⁶⁵

4.2 La legislación sobre el reagrupamiento familiar en España

Por lo que hace referencia a nuestro país, la familia que se contiene en la legislación de extranjería está constituida por la familia matrimonial nuclear, formada por el cónyuge y los hijos menores o incapacitados que se encuentren a cargo del reagrupante. Este dato adquiere especial relevancia si tenemos en consideración el mandato contenido en el art. 3.2º de la L. O. n. 4/2000, reformado parcialmente por la L. O. n. 8/2000 en el que tras señalar que “las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”, se añade una auténtica “cláusula de salvaguarda”,⁶⁶ de especial trascendencia para el futuro, “sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso, para justificar la realización de actos o conductas contrarias a las mismas”.

Así, el art. 16 de la Ley Orgánica n. 4/2000 reconoce el derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad familiar, que se

⁶⁴ En este sentido se pronuncia, también, la Recomendación 2.2 del Dictamen del Comité de las Regiones sobre la *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, de 26 de marzo de 2003.

⁶⁵ MOLINER NAVARRO, R. Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. n. 8/2000, p. 487 y ss.

⁶⁶ ESPLUGUES MOTA, C. Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar), p. 112.

ejercherà teniendo en consideración lo previsto en la presente Ley y en los Tratados Internacionales ratificados por España.⁶⁷ Será el art. 17 el que contiene la delimitación de los familiares reagrupables. Nosotros centraremos el presente estudio en los apartados a), b), c) y d) de éste artículo, dejando de lado el apartado e), ya que ha sido derogado por la Ley Orgánica n. 8/2000, como hemos expresado anteriormente, así como en el apartado 3º del art. 16, ambos preceptos y sus respectivos apartados no han sido modificados por la Ley Orgánica n. 8/2000. Ésta Ley Orgánica ha introducido dos nuevos artículos, el art. 18 en el que se recoge “el procedimiento para la reagrupación familiar”, y el art. 19 en el que se contiene “los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales”. Los tres últimos artículos citados, art. 17, 18 y 19, han sido modificados en su redacción a través de la Ley Orgánica n. 14/2003 de 20 de noviembre.

4.2.1 Bases para el tratamiento del reagrupamiento

Los criterios generales de la política legislativa con relación a los extranjeros ha sido plasmada en el Preámbulo de la Ley Orgánica n. 8/2000, precisando los que presidían el texto anterior de la Ley Orgánica n. 4/2000. Así, el legislador justifica la reforma, aludiendo a que la experiencia habida en la vigencia del texto anterior, se detectan: “aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma”. Por otro lado, considera necesario conformar la regulación a los Acuerdos de Tampere de 1999, y reconoce que sus nuevas previsiones responden:

“a una situación y características de la población extranjera en España, no sólo en la actualidad, sino de cara a los años venideros, regulándose la inmigración como un hecho estructural lo que ha convertido a España en un país de destino de flujos migratorios”.

Partiendo de estas premisas, el bloque I del Preámbulo expone los principios políticos que orientan el tratamiento legal de la inmigración en España: se trata de conjugar tres aspectos: a) el control de flujos; b) la integración de los residentes extranjeros; y c) el desarrollo de los países de origen.

⁶⁷ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. Capítulo II, reagrupación familiar, art. 16, Derecho a la intimidad familiar, p. 113.

La normativa anterior vigente, la Ley Orgánica n. 4/2000, expresaba en su Preámbulo que se proponía como consecuencia de una política legislativa orientada a la integración social del extranjero, considerar preeminente la atención a su entorno familiar. Así, pues, la ley asumía un concepto más extenso de familia de lo que se contemplaba en la Ley precedente de 1985 y su Reglamento de desarrollo de 1996.

Los tres aspectos sobresalientes de la misma serían: a) el reconocimiento de la reagrupación familiar como un derecho, superando su consideración anterior de permiso; b) la doble titularidad del mismo en el reagrupante y los reagrupados; y c) la enumeración abierta e indeterminada de la categoría de familiares a efectos de la reagrupación.

La Ley Orgánica n. 8/2000 señala en su Preámbulo: como primer aspecto a conjugar por la nueva norma, el control de flujos y sólo en segundo término se hace alusión a su integración. De aquí se deduce la restricción del derecho a la reagrupación familiar y de la tasación de las categorías de familiares reagrupables. Con ello, se reafirma y prepondera el factor de seguridad y control en la Unión Europea, fruto del espacio Schengen y de la cumbre de Tampere, lo que ha incidido, decisivamente, en la nueva orientación de la reforma: a) eliminación de la doble titularidad del derecho a la reagrupación; b) condiciones y requisitos muy gravosos para su ejercicio; y c) máxima reducción de las personas reagrupables, evitando, con ello, que la reagrupación se convierta en una puerta abierta e incontrolada a la inmigración.⁶⁸

Por su parte, la Ley Orgánica n. 14/2003 afirma en el punto IV de la Exposición de Motivos que: “las modificaciones que se recogen en la Ley no afectan ni al catálogo de derechos ni a la estructura de la Ley Orgánica n. 4/2000, reformada por la Ley Orgánica n. 8/2000. Así también establece que:

“en materia de reagrupamiento familiar, para evitar fraudes en las reagrupaciones en cadena, se ha incorporado a la Ley Orgánica, como presupuesto para el ejercicio de dicho derecho por parte de un residente que lo fuese en virtud de una previa reagrupación, el que éste sea titular de una autorización de residencia independiente, así como determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar en el caso de ascendientes previamente reagrupados. Se precisa también, los supuestos

⁶⁸ MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica n. 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, p. 503.

en los que los cónyuges e hijos reagrupados pueden acceder a una autorización de residencia independiente, par lo que en todo caso se exigirá que cuenten con una previa autorización para trabajar”.

5. RÉGIMEN PRECEDENTE: LA LEY ORGÁNICA N. 7/85

En la presente Ley Orgánica, no se contiene el derecho al reagrupamiento familiar de los extranjeros, solamente se reconoce el derecho a que gocen de los derechos y libertades que se contienen en el Título I CE,⁶⁹ a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia.⁷⁰

Posteriormente, se promulgaran dos Reales Decretos en los que se contiene por primera vez, en el ordenamiento jurídico español, el derecho que asiste a los familiares de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Estos dos Reales Decretos, si bien no recogen expresamente el reagrupamiento familiar, establecen que serán de aplicación éstos decretos a determinados familiares de los nacionales de otros Estados miembros de la Comunidad, entre los que se recoge expresamente: “el cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho, a los descendientes del cónyuge y del que ostente la nacionalidad de un Estado de la Comunidad”.⁷¹ Estas fueron

⁶⁹ Art. 4.1º de la Ley Orgánica n. 7/85. “Se reconoce el ejercicio de los derechos y libertades, en los términos establecidos en la presente Ley, y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos.

⁷⁰ Art. 6 de la Ley Orgánica n. 7/85. “Sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública, que podrá disponer el Ministerio del Interior, con carácter individual, y que solamente podrá consistir, en medidas adecuadas para el mantenimiento del orden público”.

⁷¹ Art. 2, 2º.a) y 2º.b) del Real Decreto 766/92, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de los nacionales de Estados miembros de la Comunidades Europeas, el artículo único del Real Decreto 737/95 de 05 de mayo, que modifica el Real Decreto anterior, apartados 2º y el contenido del art. 2º, a), b) y c). Así también se reconocen determinados derechos a algunos familiares de los residentes en alguno de los países miembros de la Comunidad Europea, concretamente: art. 8.4º: Si los interesados hubieran fallecido en el curso de su vida activa antes de haber adquirido el derecho a residir en territorio español con carácter permanente, las autoridades competentes expedirán o renovarán la tarjeta de residente a los miembros de su familia cuando concurra alguna de las siguientes condiciones: c) que el cónyuge supérstite, siempre que no estuviere separado de

las primeras normas promulgadas por el legislador español que guardaban cierta relación con el ámbito familiar, aunque hacían referencia solamente al ámbito de los ciudadanos nacionales de algún país miembro de la Comunidad.

Es de destacar que el reagrupamiento familiar aparece por primera vez en una “Disposición Adicional, la tercera, del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería.”⁷² En la presente Disposición Adicional se establece: “que se tratará preferentemente, y tramitará a través del procedimiento de urgencia, las peticiones de visado que se soliciten como consecuencia del reagrupamiento familiar”.⁷³ Será necesario esperar hasta la promulgación del Reglamento de Ejecución de la Ley de extranjería, Real Decreto n. 155/96, para ver como se recoge expresamente el reagrupamiento familiar como derecho que asiste a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio español.⁷⁴

Se promulga este Real Decreto como consecuencia de la Resolución adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, citado anteriormente, para armonizar las legislaciones de los países pertenecientes a la Unión Europea en el ámbito del reagrupamiento familiar. El Real Decreto se encuentra vigente, en todo lo no previsto por la Ley Orgánica n. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

hecho o de derecho, fuera ciudadano español o y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia de su matrimonio con el interesado. Art. 8.5º: Se expedirá o renovará la tarjeta de residencia a los miembros de la familia, sin necesidad de que se cumplan las condiciones previstas en el apartado anterior, cuando el interesado hubiera fallecido después de haber adquirido el derecho a residir en el territorio con carácter permanente. Real Decreto n. 766/92.

⁷² SANTOS ARNAU, L. Elementos jurídicos de la integración de los extranjeros, en TAPINOS, G. P. (Org.), en *Inmigración e integración en Europa*. Barcelona: Fundación Paulino Torras Doménech, 1993, p. 120-121. Cuestión que no está en sintonía con el Derecho comunitario derivado, Reglamento n. 1.612/68, de 15 de octubre, ni con la Ley n. 30 de diciembre de 1986, nº 943, promulgada en Italia o con otros instrumentos internacionales, como la Convención europea de Derechos Humanos, art. 8, en todos ellos se reconoce el derecho al reagrupamiento familiar como un derecho del trabajador.

⁷³ *Ibidem*, p. 121.

⁷⁴ Art. 23.2º, 28.1º y 2, 30.3º, 54 y 56.5º y 7º del Real Decreto n. 155/96 de 02 de febrero. Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica n. 7/85. FORNER, J. J. La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería, en BORRAS RODRÍGUEZ, A.; MERNISSI, S. *El Islam jurídico y Europa*. Barcelona: Caria, 1997, p. 199 y ss.

social, reformado sustancialmente por la Ley Orgánica n. 8/2000, de 22 de diciembre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.⁷⁵

En el presente Real Decreto se establece, dentro de los distintos tipos de visados de residentes, los que pueden concederse como consecuencia del reagrupamiento familiar.⁷⁶ En relación con el visado de residencia que puede ser concedido como consecuencia del reagrupamiento familiar, su regulación se contiene en el art. 23.2º, en el que se afirma que:

“será necesario el informe favorable de la autoridad gubernativa competente, y éste se concederá a los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el art. 54 de este Reglamento, y que así lo soliciten para reagruparse con un familiar residente en España, el informe tendrá carácter vinculante”.⁷⁷

El presente artículo enumera los familiares que tienen derecho a residir en territorio español como consecuencia del reagrupamiento familiar, entre los cuales se encuentra: “el cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge, y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley”,⁷⁸ los hijos, “que en el momento de la solicitud sean menores de edad que no estuvieran casados”.⁷⁹ Así mismo, se señala que “éstos familiares podrán obtener un permiso de residencia independiente por motivo de reagrupamiento familiar”,⁸⁰ aunque también se hace depender el permiso

⁷⁵ MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica n. 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, en *Actualidad Civil*, n. 14, 2001. p. 487 y ss.

⁷⁶ Art. 23.2º del Real Decreto n. 155/96: “Los visados de residencia para reagrupación familiar podrán ser concedidos, previo informe favorable de la autoridad gubernativa competente, a los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el art. 54 de este Reglamento y que lo soliciten para reagruparse con un familiar residente en España”. Dicho informe tendrá valor vinculante con respecto a las condiciones que deban acreditarse por el reagrupante, conforme al art. 28.1 del presente Reglamento. La documentación que se requiere para los visados de residencia y que guardan relación con el reagrupamiento familiar se contienen en los arts. 28.1 y 28.2, así como el art. 30.3º del presente Real Decreto.

⁷⁷ Art. 23.2º del Real Decreto n. 155/96.

⁷⁸ Art. 54.2º.a) del Real Decreto n. 155/96.

⁷⁹ Art. 54.2º.b) del Real Decreto n. 155/96.

⁸⁰ Art. 54.3º del Real Decreto n. 155/96.

de residencia de todos estos familiares, de la residencia legal en España del reagrupante, y de las circunstancias que originaron su concesión.⁸¹

Se reconoce asimismo, un permiso de residencia independiente para el cónyuge y los hijos, siempre que concurren determinadas circunstancias.⁸² Se prohíbe expresamente el reagrupamiento de más de un cónyuge del residente extranjero,⁸³ así, pues, no se permite el reagrupamiento familiar polígamo. Esta limitación ya se encuentra contenida en el apartado "a", del art. 54.2º, puesto que se establece: "que tiene derecho a residir en territorio español el cónyuge del extranjero residente, *siempre que no resida con el extranjero otro cónyuge*", aunque su redacción es más confusa que la que reconoce el apartado 6º.

Por último se recoge como causa de extinción del permiso de residencia: "la separación de hecho o de derecho del cónyuge del residente extranjero, cuando el permiso de residencia se dio como consecuencia del reagrupamiento familiar, a no ser que concurren las circunstancias que se expresan en el art. 54.4º".⁸⁴

En el presente Real Decreto se evita el reconocimiento de la familia polígama, o lo que es lo mismo, el reagrupamiento de más de un cónyuge del residente extranjero. A modo de conclusión, podemos establecer que la presente normativa "conduce a la asimilación-equiparación"⁸⁵ de todos los modelos familiares que pueden existir en los países de los que proceden los

⁸¹ Art. 54.4º del Real Decreto n. 155/96.

⁸² Art. 54.5º y 7º, del Real Decreto n. 155/96. Apartado 5º: "El cónyuge podrá obtener un permiso de residencia independiente cuando: a) obtenga un permiso de trabajo; b) acredite haber convivido en España con su cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar que así lo justifiquen; c) el reagrupante hubiere fallecido con residencia legal en España". Apartado 7º: "los hijos del reagrupante obtendrán un permiso de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad".

⁸³ Art. 54.6º del Real Decreto n. 155/96. "No se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España".

⁸⁴ Art. 60.c) del Real Decreto n. 155/96.

⁸⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. La asimilación e integración del extranjero, p. 451. En el mismo sentido, MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. Capítulo II, Reagrupación familiar, art. 16, derecho a la intimidad familiar, en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, Ley Orgánica n. 4/2000*, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord). Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 114.

inmigrantes en el propio de la cultura occidental, la familia matrimonial monógama, no extendiéndose este derecho al conviviente de hecho.

6. RÉGIMEN VIGENTE: LAS LEYES ORGÁNICAS NS. 4/2000, 8/2000 Y 14/2003

El Acuerdo del Pleno del Congreso, adoptado en junio de 1998, incluyó entre sus propuestas, la de

“regular el reagrupamiento familiar de los extranjeros, para permitir que el derecho a vivir en familia alcanzará a los cónyuges, hijos menores de edad y ascendientes, ya que, se consideraba que los inmigrantes no podían ser considerados exclusivamente como mano de obra, sino como personas titulares de derechos, dentro de éstos se encontraría el de vivir en familia”.⁸⁶

La convivencia familiar en el país de acogida es, en opinión de los sociólogos, uno de los factores que puede contribuir en mayor medida a la integración social del extranjero, así como a su arraigo y permanencia.

Las Leyes Orgánicas promulgadas a partir del año 2000 establecen un

“régimen jurídico diferenciado, normalmente discriminador, aplicable a un grupo de individuos por su condición personal de extranjeros, que afecta tanto a valores superiores del ordenamiento jurídico recogidos en el art. 1.1º CE, (como son la igualdad, la libertad y la justicia), así como, a principios constitucionales (como la libertad e igualdad efectivas, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad ante la ley e interdicción de la discriminación), arts. 9.2º, 10.1º, 10.2º y 14 CE, por lo que no es de extrañar que el propio texto constitucional en el art. 13.1º delimite los parámetros, dentro de los cuales puede desenvolverse esa desigualdad de trato de los extranjeros, cuyo fundamento es su no pertenencia a la comunidad política subyacente al Estado”.⁸⁷

Las Sentencias del Tribunal Constitucional ns. 107/84 y 99/85 han interpretado el art. 13 CE, considerando que los extranjeros gozan en España: 1) de

⁸⁶ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. Capítulo II, reagrupación familiar, p. 114.

⁸⁷ CHARRO BAENA, P.; RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, J. M. La Ley Orgánica n. 4/2000, análisis técnico-jurídico de sus principales novedades, en *Migraciones*, n. 7, 2000, p. 11.

determinados derechos en los que no cabe realizar ninguna discriminación en relación con los derechos de los nacionales (aquellos que son inherentes a la persona humana);⁸⁸ 2) existen otros, en los que no cabe realizar equiparación,⁸⁹ y 3) por último, existen otros derechos y libertades, el resto, que son de configuración legal. Así, pues, será necesario que para que éstos puedan extenderse o negarse a los extranjeros, que las leyes o los tratados hagan referencia expresa a las mismas.⁹⁰

La base jurídica de este derecho fundamental,⁹¹ que corresponde a toda persona por el hecho de serlo (el derecho a fundar una familia y a vivir en familia), se contiene en el art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950,⁹² así como, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 12⁹³ y 13,⁹⁴ y en el art. 18 CE.⁹⁵ Se deberá, por tanto, conciliar el derecho a vivir en familia que

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 28. En relación a estos derechos en los que no es posible realizar discriminación alguna el autor cita: el derecho a la vida, la libertad ideológica y religiosa y la intimidad.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 28. Entre los que sitúa el autor, los de carácter político, recogidos en el art. 23 CE, como son el derecho al sufragio, el acceso a la función pública.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 28. El autor considera que entrarían dentro de este grupo el resto de derechos y libertades no mencionadas anteriormente.

⁹¹ EZQUERRA UBERO, J. J. El derecho a vivir en familia, p. 186. En el mismo sentido, MURRAY, J. *El derecho a vivir en familia para los inmigrantes en Europa. Un derecho fundamental y un factor clave para la integración*. Madrid, 2000. Pone de manifiesto que la inmigración temporal puede conducir a la creación de una segunda categoría de inmigrantes, con derechos reducidos.

⁹² Art. 8º del CEDH: 1º) "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.". 2º) No podrá haber injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria".

⁹³ Art. 12 PIDCP: 1º) "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a: escoger libremente en él su residencia". (...) 3º) Los derechos mencionados anteriormente no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas sean necesarias para proteger la seguridad nacional...".

⁹⁴ Art. 13 del PIDCP: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley".

⁹⁵ Art. 18 CE de 1978: "Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar".

ostentan los extranjeros residentes legalmente en España con la soberanía del propio Estado, teniendo en consideración que los distintos Estados “tienen un amplio margen de apreciación a la hora de regular la presente legislación”,⁹⁶ teniendo que someterse únicamente a las Directivas que se emanan desde distintas instancias de la Unión y a la legislación interna.

6.1 El principio de la consideración de la persona

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una serie de derechos que, por su naturaleza y conexión con la propia esencia de la persona y su esfera más íntima, son predicables de todo individuo. Estos derechos siempre guardan relación, bien de forma implícita o explícita con el art. 10.1º de la Constitución, en el que se proclama la dignidad de la persona, su libre desarrollo personal y los derechos que le son inherentes. Es en éste ámbito en el que debemos encuadrar también el derecho al reagrupamiento familiar, en el que se tiene en consideración a la persona como titular de éste derecho.

6.2 Ámbito de aplicación para los no europeos

La presente legislación regula el régimen general de extranjería, aunque se excluye claramente a los ciudadanos de la Unión europea, “tal y como viene sucediendo desde el ingreso de España en las Comunidades europeas, aunque la propia ley recoge en su art. 1.2º que: podrá aplicarse a los ciudadanos de la Unión, en aquellos supuestos en los que les sea más favorable que la propia normativa comunitaria”.⁹⁷ Si bien la presente legislación se aplica a todo ciudadano que carece de nacionalidad española, en la práctica regula la situación de los inmigrantes y sus familias que provienen de países extracomunitarios.⁹⁸

⁹⁶ EZQUERRA UBERO, J. J. *El derecho a vivir en familia*, p. 192.

⁹⁷ AJA, E. *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 52-53.

⁹⁸ *Ibíd*em, p. 53. En la práctica se aplica no de forma general a todos los extranjeros (turistas, ejecutivos y cuerpo diplomático) sino a los inmigrantes, trabajadores extranjeros y sus familiares que provienen del extranjero.

6.3 Sujetos reagrupables: art. 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000, modificado parcialmente a través de la Ley Orgánica n. 8/2000, el Real Decreto n. 864/2001, y la Ley Orgánica n. 14/2003

6.3.1 El cónyuge

En relación con el cónyuge, se establece en el art. 17 apartado a) de la Ley Orgánica n. 4/2000 que: podrá reagrupar el extranjero residente “al cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, o se haya celebrado el matrimonio en fraude de ley”. Además, se “prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge a pesar de que la ley personal del extranjero admita esa modalidad matrimonial”. En el mismo sentido se afirma en el art. 41.4º del Real Decreto n. 864/2001, de 20 de julio, que “no se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya cuente con anterioridad con un permiso de residencia”. En el Real Decreto, art. 44.4º.e), dentro de los documentos que se han de adjuntar a la solicitud del informe gubernativo, en los supuestos de reagrupación del cónyuge, se incluye: “la declaración firmada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge”.

La Ley Orgánica n. 14/2003 ha introducido una modificación en relación con el régimen precedente, en relación con los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales. Se señala en el art. 19.1º de la Ley Orgánica n. 8/2000 que el cónyuge podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando: a) obtenga una autorización para trabajar, y, b) acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter especial que lo justifique. En la nueva redacción del art. 19, ha desaparecido el segundo de los requisitos que se exigían al cónyuge para obtener una autorización de residencia independiente, ya no es necesario que acredite la convivencia en España durante dos años.

En relación con el cónyuge, se establece en el apartado a) que: podrá reagrupar el extranjero residente “al cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o se haya celebrado el matrimonio en fraude de ley”. En el tenor literal de este precepto se contiene algunos extremos que son de difícil prueba, como es el caso de la separación de hecho, que eviden-

temente será complicado probar, a no ser que los propios cónyuges así lo manifiesten.⁹⁹

En este sentido, Ezquerro considera que la investigación de la separación de hecho de los esposos

“puede llegar a vulnerar el derecho a la intimidad, por lo que sería más razonable exigir solamente que no haya separación de derecho. Por lo que concierne a la separación de hecho, considera el autor que no es suficiente con el hecho de que exista interrupción de la convivencia por voluntad de uno o ambos cónyuges, además considera que la investigación de estos extremos puede llegar a vulnerar la intimidad, por lo que sería más razonable exigir solamente la separación de derecho”.¹⁰⁰

Más fácil parece la prueba en el segundo de los supuestos, cuando estén separados de derecho, ya que en este supuesto existirá alguna sentencia judicial o resolución de divorcio que recoja dicha situación. En éste último caso, cuando el extranjero residente esté separado de su cónyuge y casado nuevamente se contiene la caución de contrastar la situación en la que se encuentra su primera y sucesivas esposas, así como los hijos menores habidos en esas uniones, antes de proceder a la concesión del reagrupamiento con la segunda o ulterior esposa.

De una primera lectura del término “separación de su cónyuge” que se contiene en la Ley queremos destacar que es posible realizar distintas interpretaciones de la misma. Por un lado, y siguiendo el tenor literal de la Ley, se habla de separación y no de disolución del vínculo matrimonial. Queremos destacar que, según se desprende del art. 83 del Código Civil, la sentencia de separación, frente a lo que ocurre con la de nulidad o divorcio, sólo produce como efecto en nuestro ordenamiento la suspensión de la vida en común de los casados y cesa, asimismo, la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, no implica, por tanto, la disolución del vínculo. En este caso, es posible realizar otra interpretación, en la que dejando la literalidad del precepto se haga referencia con el término separación a la disolución matrimonial.

⁹⁹ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. Comentarios al art. 17 de la L. O. n. 4/2000, en *Comentarios a la nueva Ley de extranjería, L. O. n. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.), Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 121.

¹⁰⁰ EZQUERRA UBERO, J. J. El derecho a vivir en familia, p. 201.

El problema surge a la hora de reagrupar con el extranjero residente a más de un cónyuge, la Ley, expresamente, “prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge a pesar de que la ley personal del extranjero admita esa modalidad matrimonial”, art. 17.a).

La normativa española descarta el reagrupamiento familiar de todas las esposas de un extranjero polígamo. A pesar de que la presente Ley asume un concepto de familia más extensa de lo que hacía la normativa precedente,¹⁰¹ en realidad no reconoce otros modelos familiares que proceden de otras culturas, como es la familia polígama, de lo que se desprende que el objetivo que se persigue a través de la misma es la asimilación de otros modelos familiares sin la menor intención de armonizar las peculiaridades del Derecho de familia islámico, sino que el fin que se persigue es el de homogeneizar todos los posibles modelos bajo el modelo que se comparte en los países europeos que proceden de la cultura occidental.

En este contexto, el legislador español ha seguido las pautas que se han emanado por parte de las instituciones europeas en el que existe un “acuerdo generalizado en las políticas integradoras basadas en el respeto a la diferencia, cultural y religiosa, y en la exigencia de adhesión a determinados valores considerados esenciales en el contexto cultural y jurídico de los países de acogida”.¹⁰²

Afirma EZQUERRA que la legislación de extranjería no ha querido rechazar la residencia en España de un extranjero casado con varias mujeres, porque considera que dicho rechazo podría incitar al repudio, efecto no deseado, y se opta por una solución intermedia, que es la exigencia de reagrupar con el extranjero a una única esposa, pero esta solución no deja de plantear problemas: ¿se puede exigir al marido semejante elección?, se cuestiona Ezquerra.¹⁰³

En relación con el cónyuge, debemos mencionar también el apartado 3º del art. 16 de la presente Ley Orgánica en la que reconoce a éste, “el derecho a conservar la residencia a pesar de que se rompa el vínculo matrimonial que dio origen a la adquisición de la residencia. Este derecho es extensible también a los familiares con él agrupados”. Esta es una novedad en relación con la regulación precedente, ya que en la misma se recogía como causa de extinción

¹⁰¹ MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica n. 8/2000, p. 487 y ss.

¹⁰² *Ibidem*, p. 487 y ss.

¹⁰³ EZQUERRA UBERO, J. J. *El derecho a vivir en familia*, p. 202.

del permiso de residencia “la acreditación de la separación de hecho o de derecho¹⁰⁴ del cónyuge del extranjero, cuando el permiso de residencia hubiera sido concedido como consecuencia del reagrupamiento familiar, a no ser que el cónyuge hubiera obtenido un permiso de residencia independiente, por tener permiso de trabajo o acreditar haber convivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podía ser reducido siempre que concurrieran circunstancias de carácter familiar que así lo justificasen.¹⁰⁵

La nueva Ley Orgánica n. 8/2000 recoge en su art. 19, bajo la rúbrica “efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales”, la posibilidad de acceder a una autorización de residencia independiente para el cónyuge y los hijos siempre que en estos concurren las circunstancias establecidas en el apartado 1º): a) en relación con el cónyuge, siempre que obtenga una autorización para trabajar, y, b) cuando acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años, aunque este plazo puede ser reducido si concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifique. En la misma línea se expresa el art. 41.4º del Real Decreto n. 864/2001, de 20 de julio, en el que se reconoce el derecho al cónyuge reagrupado de obtener un permiso de residencia independiente cuando: 1º) obtenga una autorización para trabajar o 2º) acredite haber vivido en España con el cónyuge reagrupante durante dos años.¹⁰⁶

La concesión al cónyuge de un permiso de residencia independiente tiene gran relevancia, ya que a través de su aplicación puede evitarse que el permiso de residencia se utilice por parte del extranjero residente como un arma en las disputas conyugales.¹⁰⁷ En este punto, queremos destacar que se ha introducido

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 204-205. La extinción del permiso de residencia se producía como consecuencia de la resolución motivada de la administración cuando se acredite la existencia de la separación de hecho o de derecho, art. 60.2º.c) del Reglamento de extranjería, Real Decreto n. 155/96.

¹⁰⁵ Art. 60.c) del Real Decreto n. 155/96, de 02 de febrero de 1996, que desarrolla la Ley Orgánica n. 7/85 sobre derechos y libertades en España y art. 54.5º del mismo Real Decreto. En este sentido, EZQUERRA UBERO, J. J. *El derecho a vivir en familia*, p. 204.

¹⁰⁶ Art. 41.4º del Real Decreto n. 864/2001, de 20 de julio: “mediante certificado de empadronamiento o de inscripción consular, o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencia la continuidad de dicha permanencia en España. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar o humanitario que así lo justifique”.

¹⁰⁷ EZQUERRA UBERO, J. J. *El derecho a vivir en familia*, p. 205.

una modificación del apartado 1º del art. 19, a través de la Ley Orgánica n. 14/2003, en los siguientes términos:

“El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”.

Por otra parte, y en relación al tiempo de la autorización de residencia que se concede a los familiares del extranjero cuando se acepta su solicitud de reagrupación será de una duración igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.¹⁰⁸

Por último, consideramos de interés destacar la modificación que se contiene en la Ley Orgánica n. 14/2003, en relación con el apartado 2º, del art. 17 en el que se afirma:

“Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia independiente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica”.

Es de aquí desde donde es posible reagrupar a la esposa polígama, pero no como tal, sino como madre del hijo que en su día ejerció el derecho al reagrupamiento con su padre. Una vez de que concurran en éste los requisitos que se contienen en el apartado 2º del art. 19, en su última redacción contenida en la reforma de la Ley Orgánica n. 14/2003, es decir, cuenten con una autorización de residencia independiente al alcanzar la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.

¹⁰⁸ Art. 18.3º de la Ley Orgánica n. 8/2000. En el mismo sentido el art. 41.4º del Real Decreto n. 864/2001. “La duración del permiso de residencia que se conceda a estos familiares será la misma que la del permiso concedido al reagrupante y su vigencia dependerá del mantenimiento de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento, si bien el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él reagrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición, siempre que acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años”.

6.3.2 Los hijos

En cuanto a los hijos, se establece en el art. 17, apartado b) de la Ley Orgánica n. 4/2000, que son titulares del derecho al reagrupamiento familiar, “los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, cuando sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal y no estén casados”. Además se afirma que, cuando se trate de hijos de un solo cónyuge, “se requerirá además, que éste ejerza en solitario la patria potestad, o se le haya otorgado la custodia y esté efectivamente a su cargo”. En el supuesto de los hijos adoptivos “deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España”.

En este primer párrafo del apartado, no encontramos ningún problema en relación con el reagrupamiento de los hijos, ya que, por lo que se desprende del tenor literal del precepto, siempre que de la interpretación del mismo se haga referencia a que los hijos son de ambos cónyuges, del residente y de su cónyuge. Las dificultades se plantean, a la hora de determinar lo que se recoge en el presente párrafo en relación con los hijos de uno solo de los cónyuges, ya que la norma establece que, en este caso, será necesario que se ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo.

De la interpretación que podemos realizar de este primer párrafo, los hijos del residente pueden ser hijos que han nacido de la unión con el cónyuge con quien se pretende reagrupar, o de sus anteriores o sucesivos matrimonios. Será, en este caso, cuando surja el conflicto, ya que el residente puede pretender reagrupar con él a los hijos nacidos de uniones polígamas. En este caso, además, debemos tener en consideración que no son reagrupables las distintas esposas-madres de estos hijos, ya que la propia Ley prohíbe expresamente el reagrupamiento familiar con más de una esposa, a pesar de que su Ley personal así lo permita.

En este sentido, la Ley contiene una caución: “cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo”. Lo que el legislador no ha tenido en consideración es que cuando los hijos son de un solo cónyuge y éste es el esposo, el Derecho islámico otorga la patria potestad y custodia de los mismos al padre a partir de determinada edad, por lo que es fácil que se cumpla con este requisito.

Este es el problema que surge de la limitación que recoge la legislación en relación con la prohibición de reagrupar a más de un cónyuge, y la posibilidad de reagrupar a los hijos de uno sólo de ellos, cuando éste es el padre y se le permite, según su ley personal, tener más de una esposa, unión de la que pueden existir hijos, que podrán ser reagrupados con el padre y alejados de la madre.

Este es el conflicto más grave que puede derivar como consecuencia de la voluntad del legislador de homogeneizar los modelos familiares al del país de acogida, sin tener en consideración las peculiaridades de otros modelos como son los que derivan del Derecho de familia islámico, a pesar de ser consciente, quizás, de estar desintegrando los modelos familiares asumidos por otras culturas al separar a los hijos de sus progenitores y obligarles a vivir con uno de ellos, la madre que se queda en su país o el padre extranjero residente.

De todo ello se deduce que será necesario, para que puede ejercitarse éste derecho al reagrupamiento familiar en todos los supuestos planteados, que exista una relación de dependencia, o estén a cargo del progenitor extranjero residente los menores, incapaces o adoptados. El cambio de las circunstancias que dieron origen al reagrupamiento familiar será causa suficiente para que concluya el ejercicio del derecho, a no ser que concurran las circunstancias que se contienen en el art. 19 de la Ley Orgánica n. 8/2000 que desarrollaremos a continuación.

En relación a los hijos reagrupados, también tendrán derecho a obtener un permiso de residencia independiente, siempre que concurran determinadas circunstancias, como son: 1º) alcanzar la mayoría de edad o 2º) obtengan una autorización para trabajar. Este derecho se reconocía también en determinados supuestos en el Reglamento de extranjería, Real Decreto n. 155/96.¹⁰⁹ La misma redacción se contiene en el Real Decreto n. 864/2001.¹¹⁰

Por último, si ponemos en relación el art. 17.2º y el art. 19.2º de la redacción de la Ley Orgánica n. 14/2003, podemos concluir que es posible que se proceda al reagrupamiento de la madre polígama, ejercitada por el hijo que adquiere

¹⁰⁹ EZQUERRA UBERO, J. J. El derecho a vivir en familia, p. 204. Apartados 5º y 7º del art. 54 del Real Decreto n. 155/96.

¹¹⁰ Art. 41.4º del Real Decreto n. 864/2001, de 20 de julio. "Los hijos del reagrupante obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad o cuando obtengan una autorización para trabajar".

una autorización de residencia independiente cuando obtiene una autorización para trabajar, una vez que logra la mayoría de edad (art. 19.2º). Éste podrá reagrupar consigo a su madre, cuando hubiera obtenido la residencia en virtud de una previa reagrupación previa. Para ello, será necesario que: 1) cuente con una autorización de residencia y trabajo independientemente de la autorización del reagrupante, y, 2) acredite reunir los requisitos que se contienen en la presente Ley Orgánica (art. 17.2º).

6.3.3 Los supuestos de representación legal

El art. 17 apartado c) de la Ley Orgánica n. 4/2000 considera que son titulares del derecho al reagrupamiento familiar: “los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal”.

En este caso, utiliza el concepto amplio de familiar, no regido por el criterio del parentesco sino por el de la dependencia y la solidaridad. Se contempla a través de éste precepto la posibilidad de reagrupación para los menores e incapacitados de los que el residente extranjero ostente su representación legal.

Con ello se está significando que, cuando se trata de menores e incapacitados, la categoría de familiar se extiende legalmente, por encima de la filiación, a la representación. Resulta ciertamente congruente este supuesto, puesto que la protección de los intereses del menor exige una directa e inmediata relación con él, que se vería seriamente dificultada por el hecho de encontrarse en otro país.

6.3.4 Los ascendientes

Establece el art. 17, apartado d), de la Ley Orgánica n. 4/2000, que:

“Los extranjeros residentes tienen derecho a que se conceda el permiso de residencia en España para reagruparse con él: a los ascendientes del residente extranjero cuando dependa económicamente de éste, y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”.

La Ley Orgánica n. 8/2000 ha realizado una importante y positiva modificación en éste ámbito, ampliando el supuesto anterior (sólo ascendientes del extranjero residente) a los ascendientes del cónyuge.

Se ha procedido también, a un cambio terminológico, en lugar de establecer “cuando dependan económicamente de él”, se ha pasado a incluir una fórmula más genérica: “cuando estén a su cargo”. Así, pues, la nueva redacción de éste apartado d), se recoge en los siguientes términos: “Los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”.

Se incluye un nuevo párrafo, el tercero, en la Ley Orgánica n. 14/2003, art. 17, en el que se afirma que: “Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupamiento familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditan solvencia económica”. Por tanto, se abre una nueva vía, inexistente hasta ese momento por el desarrollo legislativo realizado por el legislador, por el que podrán los ascendientes reagrupados ejercer el derecho al reagrupamiento. Además, se afirma que: “Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado podrá ejercer el derecho de reagrupamiento en los términos dispuestos en el apartado segundo”, es decir, cuente con una autorización de trabajo y residencia independientes de la autorización del reagrupante.

6.3.5 Otros familiares

El apartado e) del art. 17 de la Ley Orgánica n. 4/2000 contecía: “el derecho al reagrupamiento familiar que asiste a cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”. Hemos de decir que dicho precepto ha quedado derogado por la Ley Orgánica n. 8/2000,¹¹¹ con lo que se ha logrado el fin que se persigue

¹¹¹ ESTEVE GONZÁLEZ, L. “Comentarios al art. 17 de la Ley Orgánica n. 8/2000. Alicante: Compás, 2001, p. 159. Esto no debe considerarse jurídicamente reprochable, en opinión de la autora, siempre y cuando el legislador, que desvincula las situaciones protegibles de la relación de parentesco, conceda el respaldo que concede a las situaciones humanitarias el Real Decreto n. 155/96, de 02 de febrero al contemplar el permiso de residencia por circunstancias excepcionales para situaciones especialmente protegibles o por razones excepcionales, como se contiene el derecho al reagrupamiento familiar que recogió la STS de 29 de abril de 1996 al no exigirle el visado por esta circunstancia.

por parte del legislador, al tratar de restringir al máximo las categorías de familiares reagrupables, limitando al ámbito más estricto de familia matrimonial nuclear, cónyuge y descendientes menores, y sólo en determinados supuestos, a los ascendientes.¹¹²

La Ley Orgánica n. 8/2000 introduce un nuevo precepto, el art. 19, en el que se contienen “los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales”. En los apartados 1º y 2º se afirma que tendrán derecho a obtener una autorización de residencia independiente, el cónyuge y los hijos reagrupados, siempre que concurren en los mismos, determinadas circunstancias: a) obtengan autorización para trabajar, y b) acrediten haber vivido en España con su cónyuge durante dos años..., o, a) cuando alcancen la mayoría de edad, y b) obtengan autorización para trabajar. Esta redacción ha sido modificada por la Ley Orgánica n. 14/2003 en los siguientes extremos: a) El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente, cuando obtenga autorización para trabajar, no siendo necesario que acrediten haber vivido con el cónyuge reagrupante.

Así también la Ley Orgánica n. 14/2003 introduce modificaciones en relación con el contenido del art. 17, apartados 2º, e incluye dos nuevos apartados, concretamente, el 3º y 4º.

En el apartado 2º, del art. 17, en su última reforma, se afirma:

“Que los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas de forma independiente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica”.

De lo que se deduce que los extranjeros en los que concurren los requisitos que se citan anteriormente podrán ejercitar el derecho al reagrupamiento familiar, a pesar de que ellos hayan accedido a ser residentes legales en nuestro país, como consecuencia del ejercicio de otro derecho de reagrupamiento. Se abre, por tanto, otra vía para el ejercicio de éste derecho extensible a sujetos a los que anteriormente no se les hubiera reconocido tal derecho, a modo de

¹¹² MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia, p. 488.

ejemplo, podemos citar: el reagrupamiento de la esposa de un polígamo, a la que la Ley expresamente le prohíbe el reagrupamiento, pero sí es posible el reagrupamiento de la misma, a través del ejercicio del derecho que corresponde al hijo, una vez de que en el mismo concurren los requisitos que hemos citado anteriormente.

Se introduce una novedad en el art. 41.5º del Real Decreto n. 864/2001, en este precepto se permite el reagrupamiento familiar de los familiares de los extranjeros que han obtenido el permiso de residencia como consecuencia de reagrupación familiar. Estos extranjeros para que puedan ejercitar este derecho será necesario que cuenten con un permiso de residencia independiente del permiso del reagrupante y deberán acreditar, además, que reúnen los requisitos previstos en la Ley Orgánica n. 4/2000, reformada por la Ley Orgánica n. 8/2000 y en el presente Reglamento para poder proceder al reagrupamiento.

A pesar de que a través de este precepto se introduce una nueva posibilidad de reagrupar a determinados familiares que no se incluye en los supuestos anteriores, a través de esta vía tampoco es posible el reagrupamiento familiar de las sucesivas esposas, ya que esta posibilidad está prohibida expresamente por las Leyes Orgánicas y el Real Decreto n. 864/2001, aunque sí es posible realizar una interpretación en la que sería factible el reagrupamiento de las mismas, pero no como esposas sino como madres de los hijos que en su día se reagruparon con el padre.

Si el padre reagrupó a los hijos de las uniones polígamas, y éstos adquieren un permiso de residencia independiente de su progenitor (cuando alcancen la mayoría de edad o cuando obtengan una autorización para trabajar, art. 41.4º del Real Decreto n. 864/2001), podrán ejercer este derecho y solicitar el reagrupamiento de sus madres, pero en este supuesto no estaríamos ante el reagrupamiento familiar polígamo, sino ante el reagrupamiento que ejercita el hijo de una unión poligámica. Esta posibilidad se deduce del art. 17.1º.d) de la Ley Orgánica n. 8/2000, en el que se establece que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a: d): “los ascendientes del reagrupante, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”, no estableciéndose expresamente a que se hace referencia cuando se establece “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia”. Consideramos que el reagrupar al hijo con su madre es una causa que justifica suficientemente este reagrupamiento.

7. CONCLUSIÓN

Que en la legislación española no se han promulgado normas dirigidas a reconocer el derecho al reagrupamiento familiar hasta el año 2000.

Que el fundamento jurídico del derecho al reagrupamiento familiar se contiene de forma directa o indirecta, en distintas normas del ordenamiento interno, arts. 10.1º, 13, 18 y 39 de la Constitución, así como en normas internacionales ratificadas por España, entre otras, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Que el reagrupamiento familiar es un derecho que corresponde a todo extranjero que vive en nuestro país de forma legal y que permite satisfacer su libre desarrollo personal.

Que el legislador español se ha resistido en un principio a reconocer el reagrupamiento familiar como derecho, a pesar de lo cual, a partir del año 2000 y con el fin de cumplir con la resolución del Consejo de Ministros de la Unión del año 1993, de armonizar las políticas de los Estados miembros en el ámbito del reagrupamiento, se han ido promulgando distintas normas en el ámbito de extranjería.

Que el objetivo principal que se ha seguido por parte del legislador a la hora de desarrollar la legislación en el ámbito de extranjería ha sido la de asimilar todos los modelos familiares existentes al modelo familiar que se comparte hoy día en Occidente, la familia monógama, a pesar de ser conscientes que, en ocasiones los inmigrantes pueden haber constituido en su país de origen otros modelos familiares.

Que las distintas Leyes de extranjería promulgadas en nuestro país establecen un régimen jurídico discriminador, aplicable a un grupo de individuos por su condición personal de extranjeros.

Que los sujetos a los que se reconoce el derecho al reagrupamiento familiar son: el cónyuge, los hijos y los ascendientes, entre otros.

Que se reconoce el derecho a obtener un permiso de residencia independiente a las esposas e hijos que previamente han sido reagrupados, siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo independiente de la del reagrupante, y acrediten que reúnen los requisitos que exige la propia Ley.

Que la legislación de extranjería prohíbe expresamente el reagrupamiento familiar polígamo, a pesar de ser consciente el legislador, de que en ocasiones

el inmigrante en base a su ley personal puede haber constituido este tipo de familia en el país de origen.

Que esta limitación que se contiene en la legislación supone el desintegrar la unidad familiar constituida por el inmigrante legal en su país de origen en base a su ley personal. Además, consideramos necesario destacar que a través de esta limitación se obliga a los hijos nacidos de estas familias polígamas a convivir con uno de sus progenitores, el que queda en el país de origen o el que emigra.

Que es posible permitir el reagrupamiento de las esposas simultáneas de un polígamo a través del ejercicio del reagrupamiento familiar que puede ejercer el hijo, pero para ello será necesario que éste alcance la mayoría de edad, cuente con una autorización de residencia independiente y obtenga una autorización para trabajar.

Que en el supuesto que acabamos de plantear, sí es posible proceder al reagrupamiento de la madre polígama, pero no como cónyuge, sino como madre del hijo que reagrupó el padre.

Que a través de las distintas modificaciones que se promulgan de la ley de extranjería se han ido introduciendo ciertas mejoras, pero también se conservan y se acentúan graves restricciones que atentan contra el objetivo de integración perseguido por el legislador y se consagra en el propio Título de la Ley Orgánica reformada¹¹³. Todo ello como consecuencia de que

“la integración supone recibir, acoger, tolerar y el legislador ha excluido por razones sociales, otras formas de familia a las que niega el Derecho Humano Fundamental a la vida familiar¹¹⁴ que se contiene en el texto constitucional, y sobre todo, en los textos internacionales ratificados por España”.

Que concluimos afirmando que la legislación promulgada por el legislador ordinario no ha tenido en consideración los distintos modelos familiares

¹¹³ ESTEVE GONZÁLEZ, L. Comentarios al art. 17 de la Ley Orgánica 8/2000, p. 162.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 162. en el mismo sentido ESTEVE GONZÁLEZ, L.; MACBRIDE, R. Fortress Europe: Fear of immigration? Present and future of immigration law and policy in Spain, en *Journal of International Law & Policy*, v. 6, n. 2, 2000, p. 153-192. En el que se contiene la repercusión de los aspectos sociales y culturales en el Derecho de extranjería español dentro del contexto de la Unión Europea y la importancia de una adecuada política de integración.

que existen en las distintas sociedades, sino que ha adoptado el modelo asimilacionista, lo que ha supuesto que se reconozca exclusivamente el modelo familiar de Occidente, la familia matrimonial monógama.

Que el modelo adoptado por el legislador en el ámbito de extranjería desintegra el modelo familiar del extranjero (nos estamos refiriendo a la familia polígama, a la que no se permite ejercitar el derecho al reagrupamiento familiar con más de un cónyuge), obligando al hijo a vivir separado de alguno de sus progenitores, lo que está en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afirma: que la relación que existe entre padres e hijos se constituye en un elemento esencial, cualquier medida adoptada por parte de los Estados que impida dicha relación se constituye en una injerencia no justificada en el ámbito familiar y supone la vulneración del art. 8 del Convenio de Roma.

Que antes de concluir apostamos por la eliminación de la limitación que se contiene en la legislación de extranjería de prohibir el reagrupamiento familiar polígamo, con el fin de que el hijo pueda vivir en familia con todos los sujetos que lo integraban en el país de origen. Así se estaría respetando la resolución adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con lo que señala el art. 8 del Convenio de Roma, así como, con la protección de todo índole que reconoce nuestra texto constitucional en el art. 39 a la familia, y en especial a las madres y a los hijos, sea cual sea su origen y su estado civil.

8. BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, A. P. La regulación de la sociedad multicultural, en CALVO CARAVACA A. L.; IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: Colex, 2000.

AJA, E. *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ALBALADEJO, M. *Derecho civil I*, v. 2. Madrid: Colex, 1996.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. Ius nubendi y orden público matrimonial, en *BJMJ*, n. 1.862. Madrid: Centro de Publicaciones, 2000.

BORRAS RODRÍGUEZ, A. La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico, en BORRÁS RODRÍGUEZ A.; MERNISSI, S. *El Islam jurídico y Europa*. Barcelona: Caria, 1997.

BUCHER, A. La famille en Droit international privé, en *Recueil des cours*. Haque Academy of Internacional, v. 239, 2000.

CALVO CARAVACA, A. L. ; IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: Colex, 2000.

CARLIER, J. Y. Perspectives et conclusions. Quels droits pour quels étrangers?, en *Revue du Droit des étrangers*, n. 90, 1997.

CRÉPEAU, F.; CARLIER, Jean-Yves. Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation, en *Journal du Droit International*, n. 4, oct.-nov.-dec. 1999.

CHARROBAENA, P.; RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, J. M. La Ley Orgánica n. 4/2000, análisis técnico-jurídico de sus principales novedades, en *Migraciones*, n. 7, 2000.

DINGWALL, R. Dilemas of family policy in liberal states, en MACLEAN-KURCZEWSKI (Ed.), en *Family, Politics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

ESPLUGUES MOTA, C. Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar), en RODRÍGUEZ BENOT, A. La multiculturalidad: especial referencia al Islam, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, Madrid, 2002.

ESTEVE GONZÁLEZ, L.; MACBRIDE, R. Fortress Europe: fear of immigration? Present and future of immigration law and policy in Spain, en *Journal of International Law & Policy*, v. 6, n. 2, 2000.

_____. Comentarios al art. 17 de la Ley Orgánica n. 8/2000. Aliconte: Compás, 2001.

EZQUERRA UBERO, J. J. El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable, en *Migraciones*. n. 1, 1997.

FORNER, J. J. La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería, en BORRAS RODRÍGUEZ A.; MERNISSI, S., en *El Islam jurídico y Europa*. Barcelona: Caria, 1997.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I. La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios, en *Actualidad Civil*, n. 14 a 26, 1992.

_____. Minorías y derecho internacional privado: introducción, en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (Ed.). *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2001.

GARCÓN ABELLÁN, M. Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración, en *Jueces para la Democracia*, n. 40, 2001.

GONZÁLEZ LÓPEZ, R. Régimen jurídico de la reagrupación familiar tras la entrada en vigor del Real Decreto n. 864/2001, que aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica n. 4/2000, modificada por la Ley Orgánica n. 8/2000, en *Aranzadi, Sentencias del TSJ y otros Tribunales*, n. 2, 2002.

KAYSER, P. Le regroupement familial dans le droit communautaire. La Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne française, en *Rev. La semaine juridique*, n. 21-22, 02 jun. 1993, p. 235.

LABAYLE, H. Le Droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lectura nacional et exigentes européennes, en *Revue Française du Droit Administrative*, 1993.

LATORRE SEGURA, A. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n. 44, p. 1.421.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.; ADROHER BIOSCA, S.; CHARRO BAENA, P. *La inmigración. Derecho español e internacional*, Madrid: Bosch, 1995.

MARTÍNEZ CANO-CORTES, Y. Comentarios al art. 17 de la L. O. n. 4/2000, en *Comentarios a la nueva Ley de extranjería, Ley Orgánica n. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2000.

_____. Capítulo II, reagrupación familiar, art. 16, derecho a la intimidad familiar, en *Comentarios a la nueva Ley de extranjería, Ley Orgánica n. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2000.

MOLINER NAVARRO, R. M. Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. n. 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, en *Actualidad Civil*, n. 14/2001.

MOREO, P. La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural, en *Actualidad Civil*, n. 15/2001.

MURRAY, J. *El derecho a vivir en familia para los inmigrantes en Europa. Un derecho fundamental y un factor clave para la integración*. Madrid, 2000.

PEREZ VERA, E. Comentarios al art. 13 de la Constitución, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*. ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.). Arts. 10 a 23. Madrid: Edersa, 1996, t. II.

PRENCIPE, L. Famille, migrations, Europe, quelles relations possibles?, en *Migrations Societé*. Paris: Cieme, v. 6, n. 35, 1988.

ROCA, E. *Familia y cambio social, (de la "casa" a la persona)*. Madrid: Civitas, 2000.

SANTOS ARNAU, L. Elementos jurídicos de la integración de los extranjeros. TAPINOS, G. P. (Org.), en *Inmigración e integración en Europa*. Barcelona: Fundación Paulino Torras, 1993.

_____. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar, en *Extranjeros*. PICÓ LORENZO, C. (Dir.). Madrid: CGPJ, 1994.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C. Comentarios al art. 18 CE, en *Comentarios a la Constitución de 1978*. ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.). Arts. 10 a 23. Madrid: Edersa, 1996, t. II.