

# EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS INMIGRANTES

JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
UNED

## SUMARIO

1. Introducción
2. El derecho a la reagrupación familiar
  - 2.1. Su naturaleza
  - 2.2. Ámbito protegido
  - 2.3. Contenido y límites
3. La reagrupación familiar en el ordenamiento español
  - 3.1. El derecho a la reagrupación familiar en la legislación española de extranjería
  - 3.2. El derecho a la reagrupación familiar y la política de extranjería en la Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

En el proceso actual de transnacionalización de la toma de decisiones políticas y de globalización política y económica, la regulación jurídica de la extranjería ha cobrado un especial interés para la Comunidad Internacional que se ve sobrepasada por el fenómeno de la inmigración.

Los Estados han procedido a elaborar y recoger ciertos principios sobre la base de los cuales se pretende regular la situación de los extranjeros que se encuentran en su territorio poniendo de relieve la facultad estatal a la hora de determinar y regular la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio bajo el cual ejercen su jurisdicción, con la idea de proteger la soberanía estatal y los intereses de la población, por entender que la extranjería constituye una materia que incide directamente en las competencias estatales. Pero, en materia de extranjería, a pesar de las normas de carácter interno de los propios Estados, se ha producido un crecimiento especial de la dimensión internacional en la materia, que se manifiesta, entre otros ele-

mentos, en que se asista cada día con mas frecuencia a una mayor reglamentación internacional sobre el derecho de extranjería que originariamente estaba reservado a la exclusiva competencia estatal<sup>1</sup>.

Esto ha dado lugar a que el Derecho interno no pueda rechazar los mandatos que le impone el Derecho Internacional a través de Acuerdos, Convenios y Tratados ratificados por los Estados y que forman parte de los ordenamientos jurídicos internos.

El desafío que plantean los flujos migratorios al discurso de los derechos humanos y en su institucionalización debe de ser afrontado adecuadamente.

Como indica DE LUCAS<sup>2</sup>, si las libertades públicas y los derechos políticos fueron sobre todo el triunfo de la burguesía frente al detentador del poder absoluto, y si los derechos sociales fueron en gran medida el resultado del empuje del movimiento obrero, de los sindicatos y de los partidos de izquierda, en la actualidad los protagonistas del proceso social de lucha y tensión crítica contra el poder establecido han cambiado. Hoy son los inmigrantes quienes representan un nuevo sujeto universal, desposeídos de todo salvo de su condición de ser humano, quienes luchan por romper el círculo cerrado de la ciudadanía, y es precisamente esa condición de seres humanos lo que les permite convertirse en agentes de la lucha por conseguir una serie de derechos humanos allá donde se puedan encontrar, y que se desenvuelven en un proceso histórico marcado por dos elementos definidores: la sociedad globalizada y el discurso universalista de los derechos, elementos que se predicen en las actuales sociedades democráticas, entre las que se encuentra la sociedad española.

Si los Estados democráticos buscan soluciones a las situaciones producidas por los grandes desplazamientos de población, estas soluciones deben de estar orientadas hacia la conquista de la integración del inmigrante en la sociedad de acogida, y esta integración, creemos que debe de basarse, como primer pilar, en el reconocimiento y garantía de derechos y en una toma en serio del proceso migratorio que se aleje de visiones o tratamientos sectoriales.

## 2. EL DERECHO A LA REGRUPACIÓN FAMILIAR

### 2.1. SU NATURALEZA

El estudio de la naturaleza del derecho a la reagrupación familiar, constituye pieza esencial en su tratamiento. En el Derecho interno comparado no existe un reconocimiento constitucional expreso del derecho a la reagrupación

1. Fernández Rozas, J.C. Legislación básica sobre extranjeros, Madrid, Técno, 1987, pág. 20

2. DE LUCAS, J. «Inmigración. ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión» en Rodríguez, M<sup>a</sup>. E y Tornos, A (eds). *Derechos culturales y derechos humanos de los Inmigrantes*, Madrid, U. Pontificia de Comillas, 2000, págs. 33 y ss.

familiar. Nos encontramos, por consiguiente, ante de un derecho derivado, proclamado por el Derecho Internacional en materia de derechos y libertades. Sin embargo, en este estudio, deberemos de partir de la aceptación del hecho que, para el caso español, la validez interpretativa a que alude el artículo 10.2 CE no convierte a los Tratados internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, puesto que si así fuera sobraría la declaración constitucional de los derechos y libertades y hubiera sido suficiente que el constituyente hubiera hecho una remisión a las Declaraciones Internacionales. Los Textos internacionales son fuente interpretativa de las normas y actos de los poderes públicos, aunque, en tanto que fuente interpretativa, «*contribuyen a la mejor identificación del contenido de los derechos*»<sup>3</sup>.

Se trata de un derecho que está reconocido por vía convencional, pero como derecho que dimana directamente del derecho a la vida familiar y de la protección a la familia, con las excepciones derivadas del art. 19 de la Carta Social Europea<sup>4</sup>, el art. 12 del Convenio Europeo sobre el Estatuto jurídico del Trabajador Migrante, y el Convenio OIT C143 sobre trabajadores inmigrantes de 1975<sup>5</sup> que lo reconocen directamente.

Así, el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, proclama:

*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

El PIDCP, proclama en su art. 17.1, de manera similar a como lo hace la DUDH, que *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia..., reconociendo en su artículo 23 que La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

El PIDESC, manifiesta en su art. 10 que:

*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...*

3. STC 64/1991, de 22 de marzo.

4. Art. 19 CSE: Derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y la asistencia.

A fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y la asistencia sobre el territorio de cualquier otra Parte Contratante, las Partes Contratantes se comprometen:

...

2. A adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, las medidas apropiadas para...la acogida de estos trabajadores y sus familias...

El art. 16 de la Carta Social Europea de 1961, reconoce el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, en los siguientes términos:

*A fin de realizar las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes, se comprometen a promover la protección económica, jurídica y social de la familia...por medio...de cualquier otra medida adecuada.*

La Convención sobre los derechos del niño de 1989, proclama en su art. 9.1 que *Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos*, con las excepciones que se determinen en virtud de procedimientos judiciales, y en su art. 10, manifiesta:

1. *De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en el Estado Parte, o para salir de él, a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expedita. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.*
2. *El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación...los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.*

Tampoco se trata de un derecho reconocido directamente, y con carácter autónomo como tal en el CEDH. Ahora bien, si el Convenio y sus Protocolos adicionales exigen, tal y como ha puesto de manifiesto el TEDH, caso *Soering vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, que «*El Convenio debe interpretarse teniendo en cuenta su específico carácter de garantía de los derechos y libertades públicas por él proclamados... El objeto y finalidad de este instrumento de protección de la persona exigen que sus preceptos se interpreten y apliquen de manera práctica y efectiva*», ello implica que, a través de una interpretación teleológica, sistemática e integradora del Convenio, se permita al TEDH ampliar el ámbito de protección del Convenio, o incluso, reconocer nuevos

5. Convenio que no ha sido ratificado por el Estado español.

derechos, bien por conexión ineludible, bien como incluidos en aquellos derechos reconocidos por el Convenio.

Así ha sucedido con el derecho a la reagrupación familiar, por conexión con el derecho a la vida familiar que proclama y reconoce el art. 8 del CEDH:

*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia.*

Como ha indicado Freixes San Juan<sup>6</sup>, la jurisprudencia del TEDH constituye un instrumento para interpretar los sistemas de derechos de los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto que incorpora un nivel mínimo que, en materia de derechos deben observar los Estados miembros, y configura al TEDH como órgano de aplicación e interpretación del Convenio a tenor de lo dispuesto en el art. 46 del Convenio<sup>7</sup>. El reconocimiento explícito del Tribunal como órgano de aplicación e interpretación del Convenio, reconocimiento efectuado por la práctica totalidad de los Estados, implica que el sistema europeo de derechos comprenderá tanto la letra del Convenio como la interpretación que del mismo realiza el Tribunal, lo cual es especialmente interesante si tenemos en consideración la integración del sistema europeo de derechos en el sistema de derechos de cada uno de los Estados miembros, lo que implica que existe una interacción entre el sistema europeo de derechos y los sistemas internos, interacción que se manifiesta en una doble vertiente; de un lado, la integración del sistema europeo de derechos producido caso a caso en cada uno de los derechos coincidentes en ambos sistemas, y de otro, el sistema europeo configura una serie de interpretaciones de alcance general para todos los derechos y que son aplicables para todos ellos.

También en cuanto se refiere al Derecho Comunitario, como ha manifestado el TJCE, el ámbito de lo familiar, y su defensa o preservación, constituye una preocupación constante, constituyéndose en un derecho fundamental que forma parte amplia del Derecho Comunitario (STJCE, de 18 de mayo de 1989, caso *Comisión c. RFA*).

Existe, por consiguiente, en el ordenamiento Internacional en materia de derechos, un «derecho a la protección de la familia», del cual parece deducido el derecho a la reagrupación familiar, como elemento determinante del

6. FREIXES SANJUÁN. T. «Las principales construcciones jurisprudenciales del ETD» en *Los Derechos en Europa*, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y (coord.), UNED, Madrid, 2001, págs. 442 y 443

7. Art. 46 del Convenio:

1.- Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Presente Convenio.

2.- Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior podrán hacerse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes, o por un período determinado.

3.- Estas declaraciones se remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, que transmitirá copia de ellas a las Altas Partes Contratantes.

derecho a la vida en familia que formaría parte del contenido del derecho a la protección familiar.

En el sistema de derechos europeo, el derecho a la reagrupación familiar, se manifiesta como un derecho activo a la reagrupación familiar que se traduce en el derecho de un extranjero a traer consigo (reagrupar) a determinados parientes al Estado en el cual vive, pero también como un derecho pasivo que implica que el Estado no lo podrá desconocer, salvo en contadas situaciones<sup>8</sup>.

De esta misma manera, una interpretación integral de la Constitución española que es necesaria para la determinación del estatus en materia de derechos y libertades, debido a la existencia de una impregnación recíproca y una imbricación permanente entre los derechos y libertades, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, y los principios, valores y opciones proclamadas por la Constitución, nos permitirá deducir la reagrupación familiar de la obligación que tienen los poderes públicos españoles de proteger social, económica y jurídicamente a la familia, y en especial a los menores (art. 39., CE), pero no del derecho a la intimidad familiar, puesto que el derecho a la intimidad familiar<sup>9</sup> es el derecho a que permanezcan desconocidos aspectos no de la persona individualmente considerada, sino como perteneciente a un grupo de personas entre las que existen determinados vínculos y que se denomina familia, sin que se pueda identificar lo definido con un espacio físico concreto, sino en un contexto de relaciones. No estamos, por consiguiente, cuando hablamos del derecho a la reagrupación familiar, ante un derecho constitucional, por más que algunos sectores doctrinales lo vinculen o consideren implícito en el derecho a la intimidad personal y familiar, puesto que consideramos que la intimidad familiar protege otros bienes jurídicos distintos del derecho a la reagrupación familiar.

El derecho a la intimidad reconocido en la Constitución se extiende a la intimidad familiar, abarcando, no sólo aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación (STC 231/88, de 2 de diciembre). Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de julio de 2000, al afirmar que «el derecho a la intimidad familiar protegido por el art. 18.1 CE es la salvaguardia de la privacidad en las relaciones familiares para que éstas queden exentas e inmunes a las agresiones o invasiones exteriores incluidas las de los poderes públicos.

Como ha manifestado Labrada Rubio<sup>10</sup>, la propia esencia y naturaleza de la familia han constituido las causas de que, desde antiguo, haya tenido una con-

8. LÓPEZ BARBA, E y GARCÍA SAN JOSÉ, D. «El Derecho a la reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el CEDH: un análisis crítico» en *RPJ*, n.º 64, 2001, págs. 67 y 68.

9. REBOLLO DELGADO, L. *El Derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 178 y 179.

10. LABRADA RUBIO, V. *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas, 1998, págs. 167 y ss.

figuración jurídica por el papel que ésta juega en la vida del hombre y de la sociedad. No debemos de olvidar que la familia constituye un elemento natural que contribuye al respeto de la dignidad humana en su seno y al necesario desenvolvimiento de la persona que viven en ella y en ella se desarrollan.

Los tratados Internacionales relativos al desenvolvimiento de los derechos humanos se han hecho eco de estas apreciaciones y han procedido a la protección de la familia. Es de aquí de donde se puede deducir, por consiguiente este derecho, de la protección de la familia y de la vida en familia, que puede quedar rota si no se permite la reagrupación, pero no, como antes hemos apuntado, del derecho a la intimidad, puesto que la prohibición de injerencias en la intimidad familiar, protege la privacidad de las relaciones familiares, pero no las relaciones en sí mismas consideradas.

Este derecho, reconocido por vía de interpretación expansiva convencional, se constituye, sin embargo en una vía de entrada de inmigrantes, lo que puede alterar la tradicional consideración de la regulación del derecho de extranjería como perteneciente a la soberanía interna de los Estados e incluso superar la regulación y contenido constitucional de derechos fundamentales, como sucede, en el caso español, con el derecho de entrar y circular libremente por territorio nacional. Respecto al *derecho a entrar y circular libremente por el territorio nacional, y el concomitante derecho a residir dentro de éste*, según ha afirmado el TC (STC 94/1993, de 22 de marzo), «no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana... ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por las citadas sentencias..., es pues, lícito que las leyes y los Tratados modulen el ejercicio de tales derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar u salir de España y a residir en ella», aunque el propio TC también ha establecido que «esta posibilidad no es incondicional... sino que esta sometida al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (SSTC 115/1987; 107/1984, 99/1985), pues una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esta autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (STC 112/1991, de 20 de mayo).

Como ha manifestado el TEDH en su sentencia de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif vs. Suiza*, «el Convenio no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país en concreto. Sin embargo, expulsar a una persona de un país donde estén viviendo miembros cercanos de su familia puede llegar a vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar tal como se garantiza en el art. 8.1 del Convenio»<sup>11</sup>.

11. Afirmación que ya se había hecho en la STEDH de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquin vs. Bélgica*

En sentido análogo se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General 15, 1986<sup>12</sup>:

*El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él...sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o de residencia, por ejemplo cuando se planteas cuestiones de ...respeto a la vida de la familia.*

Tratándose, por consiguiente de un derecho que se deduce indirectamente por vía convencional del art. 8 del Convenio de Roma, su reconocimiento legislativo en España plantea diversos problemas. El art. 13 reconoce que los extranjeros, e indudablemente el derecho a la reagrupación familiar es un derecho cuya titularidad se debe de otorgar a los extranjeros, gozarán en España de los derechos que reconoce el Título I en los términos previstos en los Tratados Internacionales y en la ley, aun cuando la interpretación llevada a cabo por el propio Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, determina que el término libertades públicas no tiene obviamente un significado restrictivo y que lo que reconoce el artículo 13.1 CE «*es el disfrute de los derechos y libertades del Título I de la Constitución...*» y que el propio Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, matizaba una posible interpretación inicial restrictiva, indicando que «no supone, sin embargo, tal previsión —refiriéndose a la expresión» en los términos que establezcan los Tratados y la ley—, *que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los Tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siguen siendo derechos constitucionales, y por tanto, dotados de protección constitucional...*», de manera que los inmigrantes que se encuentran en territorio español disfrutan de los derechos y libertades que reconoce la Constitución en su Título I, puesto que es la Constitución el principal parámetro al que hay que acudir en la labor interpretativa del precepto, y a pesar de la ambigüedad e indeterminación del texto constitucional, la remisión que el artículo 13.1 hace a la ley, no supone desconstitucionalizar la posición jurídica del inmigrante, de modo que los derechos y libertades de que son titulares serán aquellos que garantiza el Título I CE. No obstante, la Constitución no contempla el derecho a la reagrupación familiar como derecho fundamental, ni puede ser extraído directamente de ninguno de los derechos fundamentales, salvo que se derive del contenido del art. 39 CE, que está contemplado como un principio rector de la política social y económica.

Aun cuando en el Capítulo III no se otorgan derechos fundamentales, y de sus preceptos se pueden extraer mandatos al legislador, pero no derechos

12. Recogida en ARRIAGA IRABURUM, I. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003, pág. 27.

13. STC 107/1984, de 23 de noviembre.

para los ciudadanos<sup>14</sup>, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 53.3, estos principios rectores informarán la legislación positiva, por lo tanto obligan al legislador (STC 172/1989, de 19 de octubre), la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», ello no implica que los mandatos exigidos en el Capítulo III no sean normas jurídicas, puesto que a tenor del art. 9.1 todo el Texto constitucional lo es, no se trata, sin embargo, de una norma jurídica dirigida a los ciudadanos, sino a los poderes públicos. Como ha indicado Prieto Sanchis<sup>15</sup>, los derechos económicos, sociales y culturales son, en su mayoría, derechos prestacionales, es decir, derechos cuya satisfacción no requiere la abstención de los poderes públicos o de otros sujetos, sino de una acción o deber de contenido positivo, cuya satisfacción exige la adopción de importantes decisiones políticas y presupuestarias, lo que puede llevar al constituyente a no otorgarles el grado de vinculación y validez que a otros derechos, ni la posibilidad de extraer de ellos derechos exigibles directamente, para permitir que la suerte de estos derechos corra paralela al desarrollo del Estado Social. Sin embargo los principios rectores del Capítulo III tienen naturaleza jurídica y valor constitucional. Son normas objetivas con respaldo constitucional, aunque como ha mantenido el TC (STC 19/1982, de 5 de mayo) «*la relación existente entre el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1); la igualdad sustancial (art. 9.2) y los principios rectores, determina que éstos no sean normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes*».

En cuanto principios que se pueden configurar como derechos que tienden a remover los obstáculos y diferencias entre los individuos y pretenden la igualdad, por obra del mandato contenido en el art. 9.2 CE, implican una especial obligación para los poderes públicos, y se deben orientar a las clases sociales más desprotegidas, entre las que se encuentran los inmigrantes, y contribuyen a la integración social de los mismos, elemento que, anteriormente hemos considerado básico en una adecuada política de inmigración, puesto que tienden a considerar al hombre en su específica situación social<sup>16</sup>.

Su reconocimiento se realiza en los Tratados Internacionales que sobre Derechos y libertades ha suscrito España los cuales, en cuanto válidamente celebrados y suficientemente publicados, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, cuando estos instrumentos se refieran a derechos y libertades se constituyen en parámetros para que el Derecho Interno regule dichos derechos y libertades, y además, el contenido del art. 10.2 CE lo que hace es reconocer que llegado el momento de interpretar los preceptos de la Constitución sobre derechos y libertades habrá que hacerlo

14. Entre otras, STC 36/1991, de 14 de febrero, o STC 199/1996, de 3 de diciembre.

15. *Estudios sobre...*, Op. cit, págs. 187 y ss.

16. Marcos GARROTE, M.F. Op. cit, pág. 73.

de la forma que mejor se acomode a los Convenios y demás instrumentos Internacionales que sobre la materia haya ratificado nuestro Estado, pero tenemos que afirmar con el Tribunal Constitucional<sup>17</sup>, que el artículo 10.2 CE no ofrece rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución. A lo que obliga el artículo 10.2 es a interpretar los correspondientes preceptos de la Constitución de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios. El tratado Internacional no se convierte «per se» en medida de constitucionalidad de la ley que desarrolla derechos y libertades, sino que tal medida continua estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, *«pero interpretado éste, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el Tratado o Acuerdo internacional»*<sup>18</sup>.

De ello deberemos afirmar que nos encontramos ante un derecho configurado por el Derecho Convencional en materia de derechos y libertades, en virtud de la proyección constitucional en España, de acuerdo con los arts. 10.2 y 96.1CE, de los Tratados Internacionales en materia de derechos y libertades —especialmente deducido del art. 8.1 CEDH, de cuya interpretación, la jurisprudencia del TEDH ha venido a limitar la actuación de los Estados a la hora de dictar normas sobre entrada y residencia de extranjeros<sup>19</sup>— y de la doctrina elaborada por órganos jurisdiccionales supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuyo reconocimiento legislativo, lo eleva a la categoría de derecho con todas las garantías que ello supone desde el punto de vista constitucional, pero lo define como *derecho de configuración legal* —con las limitaciones que para el propio legislador pueda implicar el contenido convencional y el Derecho Comunitario—, y que se convierte en elemento necesario e indispensable para la integración de los inmigrantes.

## 2.2. ÁMBITO PROTEGIDO

El derecho a la reagrupación familiar protege la vida familiar. Ahora bien, la falta de una concepción de familia convencionalmente establecido y admitido, nos obliga a determinar qué concepción de familia queda protegida por este derecho.

El TEDH ha defendido que el art. 8 del Convenio, lo que protege es la existencia de un vínculo lo suficientemente estrecho entre las personas concernidas (STEDH, de 28 de mayo de 1985, caso *Abdoulaziz y otros vs. Reino Unido*).

El derecho al respeto de la vida familiar, y por su conexión con él el derecho a la reagrupación familiar, presupone la existencia de una familia. Pero, además, implica la realidad y efectividad de esta vida familiar.

17. STC 36/1991, de 14 de febrero.

18. STC 28/1991, de 14 de febrero.

19. MASSÓ GARROTE, M.F. *Nuevo Régimen de Extranjería*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 178.

De la conjugación de estos tres requisitos, preexistencia, carácter real y efectividad de la vida familiar, se determina la existencia de la realidad de los lazos familiares y no tanto de que los vínculos sean naturales o legales, así como la existencia de un vínculo de dependencia.

El TEDH defiende un concepto amplio y abierto de vida familiar, protegiendo el vínculo de la vida familiar, que es el que se da, bien entre un hombre y una mujer, unidos ya por el matrimonio —o por una relación estable y duradera—; bien el que se da entre padres e hijos, o incluso entre hermanos.

Respecto a *la vida familiar de las parejas*, el Tribunal protege la relación de vida familiar, independientemente de que se trate de matrimonios legalmente contraídos o uniones de hecho. No obstante, se establecen parámetros distintos a la hora de determinación de la efectividad de la vida familiar de la pareja, puesto que si es matrimonial, se exige la vida en común, fácilmente demostrable si no existe separación legal, mientras que para la determinación de la efectividad de la vida familiar en una unión de hecho, el Tribunal ha recurrido a la determinación de criterios acumulativos a la cohabitación duradera, tales como el tiempo que ha durado la relación o incluso si, como fruto de esta relación, han nacido hijos.

Respecto a la situación en España, si bien es cierto que la legislación no reconoce la equivalencia entre la relación basada en el matrimonio y la simple convivencia —*en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes* (STC 184/1990 de 15 de noviembre)—, el TC ha manifestado:

*«... de esta no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deduce necesariamente que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes convivan establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos, compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en el art. 14»* (STC 184/1990 de 15 de noviembre).

para más tarde indicar:

*«... nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma Fundamental considera siempre a la familia... y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura... esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ellas, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, y cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del citado precepto»* (STC 222/1992 de 11 de diciembre).

De la protección que el concepto vida familiar comporta, en lo relativo a las parejas, quedan excluidas, en España y por el momento, las familias homosexuales —aunque no la pareja homosexual para el TEDH— y las uniones poligámicas, por cuanto un Estado no está obligado a aceptar situaciones jurídicas de terceros Estados que atenten contra sus leyes.

Por consiguiente, tratándose de una pareja, el TEDH ha asumido un criterio material y no formalista que reconoce la existencia de vida familiar cuando existe una relación de convivencia, previa, efectiva y real, tanto entre esposos, como entre personas que conviven de hecho, como si su unión se hubiera basado en el matrimonio.

En lo que *al vínculo familiar entre padres e hijos* se refiere, el Tribunal recuerda al respecto que un niño fruto de una unión matrimonial —o de una relación real y efectiva de convivencia— se incluye de pleno derecho en esta relación, por tanto, desde el momento en que nació el menor, existe entre él y sus padres un vínculo que constituye vida familiar<sup>20</sup>.

Según los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, allá donde la existencia de un vínculo familiar se encuentra establecido, el Estado debe de actuar de manera que permita que ese vínculo se desarrolle y es necesario acordar una protección jurídica que haga posible, desde el nacimiento, la integración del niño en su familia (STED de 13 de junio de 1979, caso *Marcks vs. Bélgica*), constituyendo éste, un derecho que el Tribunal deduce del art. 7 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, relativa a los derechos del niño, según la cual, un niño tiene, en la medida de lo posible, el derecho a ser cuidado por sus padres. Se trata de recordar, en otro orden de cosas, que para un padre o madre y su hijo, estar en contacto representa un elemento fundamental de la vida en familia, incluso cuando la relación entre los padres se haya deshecho (STEDH de 22 de junio de 1989, caso *Eriksson vs. Suecia*)

*...no hay duda de que existe un vínculo de vida familiar en el sentido del art. 8.1 del Convenio, entre los padres y el niño nacido de la relación...Dicha relación familiar natural no termina debido al hecho de que los padres se separen o divorcien y que como resultado de ello el niño deje de vivir con uno de sus padres...* (STEDH, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz vs. Países Bajos*).

El Tribunal no considera, por tanto, que la vida en común sea una condición indispensable para la vida familiar entre los padres y los menores. Según su jurisprudencia, *«El concepto de familia en que se apoya el art. 8 tiene la consecuencia de que un niño nacido de dicha unión forma parte de pleno derecho de esta relación; por consiguiente, desde el momento, y por el mero hecho del nacimiento, existe entre él y sus padres, incluso si éstos no conviven*

20. Entre otras, STEDH, de 19 de febrero de 1996, caso *Gül vs. Suiza*, o STEDH, de 24 de abril de 1996, caso *Boughanemi vs. Francia*.

a la sazón, un lazo que supone una vida familiar» (STEDH, de 21 de junio de 1988, caso *Berrehab vs. Países Bajos*).

La jurisprudencia del Tribunal reconoce, por consiguiente, que el hecho de que se haya roto el vínculo entre los padres no implica la desaparición de vida familiar entre padres e hijos, pero va más allá, al reconocer que existe vínculo familiar, aun cuando los contactos entre padres e hijos no se producen con regularidad por causas ajenas a su voluntad (STEDH, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz vs. Países Bajos*), o incluso cuando le haya sido retirada la custodia a uno de los progenitores (STEDH, de 22 de junio de 1989, caso *Eriksson vs. Suecia*).

Además de la vida familiar que pueda existir entre la pareja, o la que se da entre los progenitores y sus hijos, el TEDH ha extendido el concepto de vida familiar a las relaciones que puedan darse con los familiares más cercanos, como padres y hermanos. Existe reiterada jurisprudencia que ha reconocido la existencia de vida familiar respecto a los padres y hermanos del demandante siempre que se demuestre que existen vínculos especialmente estrechos entre los familiares, y para cuya muestra de efectividad, el Tribunal ha recurrido a la convivencia, o la relación de dependencia, o al contacto mantenido con padres y /o hermanos y a la vinculación con el Estado de acogida.

Así en la Sentencia del Tribunal de 18 de febrero de 1988, caso *Moustaquin vs. Bélgica*, el Tribunal manifiesta atentado de una autoridad pública al derecho de respeto a la vida familiar, alegando que el demandante «vivía en Bélgica, donde residían también sus padres y sus siete hermanos y hermanas, y él no había roto jamás su relación con ellos». En la STEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Ezzouhdi vs. Francia*, se considera como suficiente «...el hecho de que el demandante llegó a Francia a la edad de cinco años y allí ha residido regularmente desde entonces. Es en Francia donde ha recibido educación y trabajado durante varios años. Su madre, sus hermanos y hermanas viven en dicho país, y su padre ha vivido varios años hasta su muerte».

Por citar otro ejemplo, de entre varios, el TEDH ha reconocido que el hecho de que el padre y hermanos de un demandante, «...con los cuales ha permanecido constantemente en relación» residan en un determinado Estado, lleva a la Corte a manifestar la violación del derecho a la vida familiar (STEDH, de 26 de septiembre de 1997, caso *El Boujaïdi vs. Francia*).

El Derecho a la reagrupación familiar se manifiesta, por consiguiente, como el derecho de reunir a determinados familiares que viven en el extranjero, o incluso, el derecho de determinados familiares que residen en el extranjero a reunirse con el inmigrante que vive en otro Estado, pero entendiendo que el derecho lo ejerce o se ejerce, respecto al inmigrante que tiene regularizada su situación administrativa.

Si bien es cierto que el art. 1 del CEDH, manifiesta que la titularidad de los derechos y libertades reconocidos en el mismo se efectúa a todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción de los Estados partes, también lo es que permitir el ejercicio de determinados derechos a aquellos que sean residentes en un Tercer Estado, puede estar justificado. Frente a quienes sostienen

que se trata de un derecho respecto de los que, por su estrecha vinculación o inherencia a la dignidad humana no permite al legislador realizar diferencias en razón de residencia, al entender que es un derecho que forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar, con anterioridad ya hemos puesto de manifiesto la diferencia entre el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la vida en familia, del cual el TEDH ha deducido el derecho a la reagrupación familiar, lo cual nos lleva al convencimiento de que el ejercicio de este derecho exige que el extranjero tenga la condición de residente, puesto que si existiera una equiparación con el inmigrante no regularizado se estarían potenciando formas de entrada ilegales o irregulares.

No podemos obviar que una limitación general del goce de los derechos y libertades a los extranjeros residentes resulta desorbitada puesto que en muchos casos nos hallamos ante derechos humanos fundamentales que la Constitución y los Tratados Internacionales predicán de toda persona, con independencia de su nacionalidad o del lugar en que se encuentren. Sin embargo, la distinción entre los no nacionales que se encuentran en un Estado en situación regular de aquellos cuya estancia es irregular, es importante en relación con el derecho legítimo que puede corresponder a todo Estado de sancionar la entrada o permanencia irregular de inmigrantes y en orden a la consecuencia de su expulsión. Ello no obsta para que respecto de tales inmigrantes los poderes públicos no tengan obligaciones reconocidas, tanto por la propia Constitución en su Título I, como internacionalmente, de manera que no se pueda negar la protección de los derechos humanos de dichas personas mientras se encuentran en el territorio del Estado, porque se encuentran bajo su jurisdicción, y el Estado debe de garantizar la protección de sus derechos humanos dentro del ejercicio, tanto de sus obligaciones constitucionales, como internacionales, pero tampoco impide que el legislador, por estar autorizado constitucionalmente según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueda exigir la estancia regular del inmigrante para permitir el ejercicio de ciertas libertades y derechos. Los inmigrantes irregulares, al igual que cualquier persona, y precisamente por esta condición de persona, son acreedores de unos derechos, cuya titularidad, ejercicio y tutela nadie les puede negar puesto que conforman su dignidad, pero la propia situación de irregularidad no puede dar lugar a una situación de privilegio, pues ello provocaría discriminación respecto a los inmigrantes regularizados, y puede exigir el establecimiento de limitaciones especiales en el ejercicio de ciertos derechos. La necesidad de que el inmigrante haya obtenido la autorización de estancia o residencia en España para ejercer determinados derechos constituye una medida acorde con la Constitución y con el Derecho Convencional y el Derecho Comunitario, con los que se pretenda salvaguardar la sociedad democrática, la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, pero además, el mantenimiento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) exige medidas adecuadas a su consecución a través del respeto de sus fundamentos, entre los que se encuentra el «respeto a la ley». El hecho de que la inmigración irregular se produzca, y que haya de recono-

cerse a quienes se encuentran en esta situación, cierto es que no deseada en la mayoría de los casos, los derechos que aseguren su dignidad como persona, no exige al legislador el mantenimiento, en relación con otros derechos y libertades, de una situación de paridad respecto a los inmigrantes regulares. El legislador puede optar por esta equiparación, pero puede no hacerlo puesto que las situaciones de inmigración regular e irregular no pueden ser entendidas de manera homogénea. En el ámbito del Derecho Europeo, por lo que a nosotros respecta, lo más importante es resaltar que el Consejo Europeo de Tampere, mostró el deseo de que la «libertad —entendida en su sentido amplio— no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión», y de perseguir como objetivo «lograr una UE abierta y segura, plenamente comprometida con las obligaciones que emanan...de otros instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos». Sin embargo, en el terreno de lo concreto, cuando el Consejo perfila el concepto de trato justo de los nacionales de terceros países, lo limita a los que «residan legalmente en el territorio de los Estados miembros», concretando que «a una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro... y que cuente con un permiso de residencia...se le debería conceder, en ese Estado miembro, un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible a los ciudadanos de la Unión». En el Consejo Europeo de Sevilla, celebrado durante los días 21 y 22 de junio de 2002, se ha puesto de manifiesto la necesidad de un equilibrio entre tres políticas *a)* la integración de los inmigrantes en situación regular; *b)* una política europea de asilo, y *c)* una posición común en materia de inmigración irregular..

Como ya hemos señalado, este derecho no implica el derecho a entrar o permanecer en el territorio de los Estados partes del Convenio, sino el derecho de que los extranjeros que residan de acuerdo con lo que establece la ley puedan reunirse con los miembros de sus familias para poder así disfrutar de su derecho a la vida familiar.

Para el TEDH los extranjeros, al igual que los nacionales de los Estados parte en el CEDH, tienen derecho a tener y a disfrutar una vida familiar, y para ello les reconoce el derecho a la reagrupación familiar, entendiendo que la vida familiar implica la existencia de lazos materiales y efectivos entre padres e hijos, o entre ascendientes y descendientes y otros familiares, y una real y efectiva vida en común, así como un cierto arraigo del grupo familiar en el Estado en el que residen.

### 2.3. CONTENIDO Y LÍMITES

Como anteriormente hemos manifestado, aunque el Convenio reconoce los derechos a «toda persona», manifestándose que nadie puede sufrir determinadas violaciones a los derechos reconocidos, lo que determina que los derechos que el Título I del Convenio reconoce afectan por igual a «toda persona dependiente de la jurisdicción» de los Estados parte (art. 1 Convenio de

Roma), con independencia de que tengan o no la nacionalidad del mismo, no podemos deducir de ello que toda diferencia de trato a que pueda ser sometido un extranjero sea incompatible con el Convenio, ni con la interpretación realizada por el Tribunal de Estrasburgo.

El derecho a la reagrupación familiar constituye cierto límite a los Estados en orden a permitir la entrada de determinados familiares del extranjero residente, o incluso en orden a dictar una orden de expulsión de un extranjero que pueda ver limitado su derecho a la vida familiar. No obstante se trata de un derecho que no es absoluto, como no lo es casi ningún derecho, sino que su ejercicio puede estar sometido a determinadas limitaciones.

El objetivo fundamental del art. 8.1 Convenio es proteger al individuo contra una acción arbitraria a su vida familiar por parte de las autoridades públicas (STEDH, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz vs. Países Bajos*). Existen, además, obligaciones positivas y negativas inherentes al "respeto" efectivo de la vida familiar.

El contenido del derecho a la reagrupación familiar viene marcado por el respeto al derecho a la vida familiar, y este respeto impone dos tipos de obligaciones para los Estados: de un lado, «la obligación positiva para los Estados de adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los demandantes» (STEDH, de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra vs. Italia*)<sup>21</sup>, y de otro, «la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas que cause la ruptura de los vínculos familiares (STEDH, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz, vs Países Bajos*).

En cualquier enfoque analítico que se adopte —la obligación positiva o la ingerencia— los principios aplicables sobre la justificación según el art. 8.2 son, en general, similares (STEDH, de 21 de febrero de 1990, caso *Powell y Rayner vs. Reino Unido*). En ambos contextos, «se debe de tener en cuenta el equilibrio equitativo entre los intereses en conflicto de las personas y de la comunidad en su conjunto. En ambos contextos, el Estado goza de cierto margen de apreciación al decidir las medidas a tomar para garantizar la conformidad con el Convenio» (STEDH, de 17 de octubre de 1986, caso *Rees vs. Reino Unido*), pero «debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la manera menos onerosa para los derechos humanos. Para lograr esto, deben llevar a cabo una investigación y un estudio adecuados y completos con objeto de encontrar la mejor solución posible que realmente lleve a un equilibrio entre los intereses en conflicto» (STEDH, de 2 de octubre de 2001, caso *Hatton y otros vs. Reino Unido*).

La función del TEDH ha quedado claramente expuesta en varias de sus sentencias. En su Sentencia de 18 de enero de 2001, caso *Coster vs. Reino Unido*, el propio Tribunal ha manifestado que «El Tribunal considera que su

21. Obligación positiva que puede implicar, incluso, la modificación de la legislación (STEDH, de 26 de marzo de 1985, caso *X e Y vs. Países Bajos*)

función no es examinar una legislación y unas políticas en abstracto, sino que su papel consiste en centrarse en la aplicación de medidas o políticas específicas a los hechos de cada caso... (parágrafo 91)... la cuestión que el Tribunal debe resolver, en cada caso, no es la del carácter aceptable o no de una situación general que existe (en cada uno de los Estados) por muy lamentable que sea, a la vista de los compromisos de este país en cuanto a derecho internacional, sino la más restringida de si las circunstancias particulares del caso revelan una violación del derecho de los demandantes...al respeto al ...derecho garantizado por el art. 8 del Convenio...(parágrafo 114)... No incumbe al Tribunal erigirse como tribunal de apelación y resolver sobre el fondo de otras decisiones (parágrafo 127)».

Corresponde al Tribunal determinar si la actuación del Estado constituye una «injerencia» y si en el caso de que ésta se hubiera producido, estaba justificada.

El art. 8 del Convenio puede engendrar obligaciones positivas inherentes a un «respeto» efectivo de la vida familiar. Los principios aplicables a dichas obligaciones son comparables a los que regulan las obligaciones negativas. En ambos casos hay que tener en cuenta el equilibrio justo que debe reinar entre los intereses propios del individuo y los de la sociedad en su conjunto, por otro lado, en ambas hipótesis, el Estado goza de cierto margen de apreciación.

Para determinar el alcance de las obligaciones del Estado, el Tribunal debe examinar los hechos del caso basándose en los principios aplicables, que ya fueron enunciados en la STEDH de 28 de noviembre de 1996, caso *Abmut vs. Países Bajos*, o en la STEDH, de 19 de febrero de 1996, caso *Güll vs. Suiza*, de la siguiente manera:

- a) El alcance de la obligación por parte de un Estado de admitir en su territorio a los familiares depende de la situación de los interesados y del interés general.
- b) Según un principio de derecho internacional, los Estados tienen el derecho, sin perjuicio de los compromisos que se derivan para ellos de los Tratados, de controlar la entrada de no nacionales en su territorio.
- c) En materia de inmigración, el art. 8 no podría interpretarse como una imposición a un Estado de la obligación general de respetar una libre elección de los inmigrantes en virtud de diversas consideraciones<sup>22</sup> y que éstas predominen sobre el interés general.

Partiendo pues de la idea de que los Estados partes del Convenio tienen la prerrogativa de controlar, en virtud de un principio de Derecho Internacional establecido y sin perjuicio de los compromisos que derivan de los Tratados, la entrada y estancia de los no nacionales (entre otras STEDH,

22. Por ejemplo de parejas casadas a elegir su residencia común en otro Estado y permitir el reagrupamiento familiar (caso *Abmut*, cit), o incluso las preferencias personales en materia de residencia contraviniendo la normativa urbanística (caso *Coster*, cit).

de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif vs. Suiza*), el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, —en cuyo análisis deberá tener en consideración: si se trata de menores, la edad de éstos; y si se trata de matrimonios, la propia expresión «vida familiar» debe implicar una necesidad de cohabitación, salvo que legalmente no pueda exigirse; y tratándose, en cualquier caso de reagrupación familiar: la situación de los miembros de la familia en su país de origen y su grado de dependencia respecto al familiar reagrupante—, deberá determinar si las decisiones y medidas de ejecución de los poderes públicos del Estado constituyen una injerencia en el derecho al respeto a la «vida familiar» en el sentido del art. 1 del Convenio.

Una vez deducida la injerencia, el Tribunal deberá analizar si ésta está justificada desde el punto de vista del apartado segundo del art. 8:

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto 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 de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

es decir, la actuación del Tribunal deberá determinar, si estaba prevista por la ley, perseguía uno o varios fines legítimos y «era necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar dichos fines.

La primera restricción que impone el art. 8.2 —necesidad de previsión legislativa— parte del respeto esencial al principio de legalidad que debe de regir todo Estado democrático de Derecho que se precie. El principio de legalidad constituye una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, se convierte en uno de los elementos más importantes sobre el que se edifica este tipo de Estado. Es una garantía esencial de nuestro Estado, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que correspondan a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos deben de quedar exentos de la acción del ejecutivo y de sus productos normativos propios (STC 83/1984, de 24 de julio)<sup>23</sup>. Como ha indicado Rubio Llorente<sup>24</sup>, el principio de legalidad sirve para efectuar la realización jurídica de los valores igualdad y libertad: los hombres son libres en la medida en la que están sujetos sólo a la ley, e iguales porque esta ha de ser aplicada por igual a todos.

23. Aunque el principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a las normas reglamentarias, sí prohíbe que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva de ley (STC 83/1984, de 24 de julio).

24. RUBIO LLORENTE, F. «La igualdad en la aplicación de la ley» en García San Miguel (Ed). *Op. cit.*, pág. 47.

En lo que a los fines legítimos se refiere, es necesario hacer un importante trabajo de concreción. En el ámbito Internacional el reconocimiento general de los derechos admite como limitaciones aquellas «*establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática*» (art. 29.2 DUDH), o «*aquellas restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*» (arts. 21 y 22 PIDCP), y en términos similares el art. 11 CEDH, limitaciones que alcanzarán, tanto a inmigrantes, como a los nacionales. El reconocimiento y garantía de los derechos humanos por vía constitucional e Internacional constituyen un progreso de la cultura jurídica y política y el amplio desarrollo de los derechos va unido a la consideración de que existen unos límites en el ejercicio de los mismos, límites que, con carácter general, coinciden con las manifestaciones anteriores: los derechos ajenos; el orden moral; el orden público y el bien común o general de la sociedad democrática<sup>25</sup>. Los derechos ajenos constituyen el límite más evidente y lógico al ejercicio de los derechos, puesto que responde al carácter social de todo derecho y al carácter universal de los derechos humanos y adquiere toda su plenitud en el caso de colisión de derechos. El orden público y la seguridad pública, entendido como el conjunto de condiciones de la vida de convivencia que hacen posible que los individuos y grupos puedan alcanzar y desarrollar sus fines peculiares en un ámbito de seguridad y paz<sup>26</sup>, no puede constituir un límite absoluto que niegue derechos a los inmigrantes, salvo que la situación se encuentre suficientemente concretada. Con respecto al bien común o bienestar general, debemos de entender que se utiliza como defensa de «*todos*», y por consiguiente como manifestación del principio de igualdad que debe presidir el disfrute de los derechos humanos. Respecto al orden moral, si bien desde una perspectiva iusnaturalista es perfectamente razonable este límite, por la íntima conexión existente entre el orden moral natural social y los derechos humanos, desde una postura legalista, difícilmente puede aceptarse como límite al ejercicio de los derechos humanos, salvo que bajo esta expresión se quiera ver el respeto a unos determinados principios éticos, principios que en una sociedad democrática vienen a coincidir, en gran parte, con el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades del hombre. Y lo mismo puede decirse de la cláusula «*bienestar económico y social*», cuya inclusión presenta, al ser una noción extremadamente vaga, la posibilidad de provocar una ampliación considerable a las restricciones a los derechos de los individuos garantizados en el art. 8.1 del Convenio<sup>27</sup>.

25. LABRADO RUBIO, V. *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas, 1998. págs. 191 y ss.

26. Vid. FERNÁNDEZ- GALIANO, A *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, Madrid, Ceura, 1986.

27. Arriaga Iraburu, I. Op.. Cit, pág. 154.

Por lo que respecta a la «necesidad» de la injerencia en una sociedad democrática, en reiteradas ocasiones, el TEDH ha manifestado:

«Una injerencia es considerada necesaria para una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo, si responde a una necesidad imperiosa y, en particular, es proporcionada al fin legítimo perseguido» (SSTEDH, de 19 de febrero de 1998, caso *Dalia vs. Francia*; de 26 de septiembre de 1997, caso *Mehemi vs. Francia*, entre otras).

Aunque inicialmente corresponde a las autoridades nacionales el juzgar la necesidad de la injerencia, y *«a este respecto, es inevitable reconocer un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales que, gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas de su país, se encuentran en principio mejor situados que el juez internacional para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales»* (STEDH, de 18 de enero de 2001, caso *Coster vs. Reino Unido*), *«la extensión del margen depende de la naturaleza del derecho garantizado por el Convenio, de su importancia para la persona afectada y de la naturaleza de las actividades sometidas a restricciones, tanto como de la finalidad de éstas»* (SSTEDH, de 22 de octubre de 1982, caso *Dudgeon vs. Reino Unido*; de 24 de noviembre de 1996, caso *Gillow vs. Reino Unido*), correspondiendo al Tribunal la cuestión de saber si los motivos de la injerencia eran pertinentes y suficientes desde el punto de vista de las exigencias del Convenio (STEDH de 29 de septiembre de 1999, caso *Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido*), puesto que una injerencia en un derecho de la persona es tan grave que deberá respetar los valores y principios de una sociedad democrática, como ha indicado el TEDH<sup>28</sup>, y los postulados del Estado de Derecho, de manera que toda limitación deberá articularse a través de una ley, al objeto de que la regulación de los ámbitos de libertad queden exentos de la acción del ejecutivo y de sus productos normativos (STC 83/1984, de 24 de julio).

El carácter excepcional con que deberá considerarse toda acción que limite o restrinja un derecho o una libertad reconocida constitucionalmente, implica que ésta deberá hacerse sólo por ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho, pero, además, deberá estar motivada y justificada, y deberá ser proporcional al fin perseguido, y así lo ha establecido reiteradamente el TC: *«Cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos ..., el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización, y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican debe explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. de modo que la motivación es (...) un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos»* (SSTC26/1981, de 17 de julio;

28. Entre otras, SSTEDH, *Caso Silver y otros*, de 25 de marzo de 1983; *Partido Socialista Vs. Turquía*, de 25 de mayo de 1998; *Sindicato Independiente de Policía vs. Hungría*, de 20 de mayo de 1999; *News Verlags vs. Austria*, de 11 de enero de 2000.

13/1985, de 31 de enero, entre otras), además, toda limitación para el ejercicio de un derecho, no sólo deberá estar motivada, sino que *«las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido»*, y *«ha de ser aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad»* (STC 291/1993, de 18 de octubre) al fin que se persigue.

Por consiguiente la posición del legislador, al limitar los derechos y libertades, se encuentra especialmente sometida e impregnada por la propia Constitución y por el espíritu constitucional que la rodea, de forma tal que a la hora de regular un derecho o una libertad deberá tener en cuenta el contenido constitucionalmente declarado, pero además, deberá aceptar las exigencias derivadas de la definición del Estado español como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1); los valores superiores del ordenamiento jurídico, y las facultades que de ellos se derivan; deberá tomar en consideración, por mandato del art. 10.2, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, sin olvidar que forman parte del ordenamiento interno, y, especialmente por su sometimiento a la Constitución (art. 9.1) y su vinculación a los derechos y libertades (art. 53.1) deberá tener en cuenta la especial relación de la dignidad de la persona con los derechos.

### 3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Aun cuando la Constitución española no reconoce el derecho a la reagrupación familiar, no pudiendo ser deducido del derecho a la intimidad familiar que proclama el art. 18.1 CE, sino que su aceptación tiene como base la actividad interpretadora y creadora del TEDH como aplicador e intérprete del Convenio europeo, y siendo generosos, de una interpretación integral de la Constitución, en especial de su relación con el art. 39 CE, ha sido la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración la que ha otorgado un tratamiento a la reagrupación familiar como derecho.

Con ello se pone fin a la situación de ignorancia que se vivió durante la vigencia de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en la que se obviaba de manera concluyente el tema, a pesar de que ya existían numerosos pronunciamientos al respecto del TEDH.

El Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 establecía en su Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> que se otorgaría un tratamiento preferente y de urgencia a las solicitudes de visado, permiso de residencia y permiso de trabajo que fueran formuladas por «personas que se propongan su reagrupación con un miembro de la familia, debidamente instalado en España y con capacidad económica suficiente para su sostenimiento...», sin realizar ningún tipo de mención específica posterior.

Tampoco el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba un nuevo Reglamento de ejecución a la LO 7/1985 reconocía la condición

de derecho a la reagrupación familiar, sino que se producía un tratamiento a esta situación como un tipo específico de permiso, aunque el tratamiento se enriquecía en profundidad respecto al Reglamento modificado. Esta falta de profundidad en materia de reagrupación familiar, implicaba, además, una situación de perplejidad fundamentada, principalmente, en dos aspectos:

- a) Entre las razones que justificaban la reforma reglamentaria, la propia Exposición del RD 155/1996 reconocía especialmente «los compromisos internacionales suscritos por nuestro país, que obligan a adaptar nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en estas normas de carácter internacional, especialmente respecto del Tratado de la UE, las disposiciones aprobadas en desarrollo del mismo (admisión de trabajadores extranjeros, *reagrupación familiar*, etc...) y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Shengen, como uno de ellos, y la necesidad de mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros, como requisitos esenciales para su integración, por otro.
- b) Porque el Tribunal Supremo había suplido el reconocimiento legislativo del derecho a la reagrupación familiar<sup>29</sup>, y había tenido ocasión de pronunciarse sobre el «deber» que tenía la Administración de otorgar el visado para la reagrupación familiar en virtud del art. 7.2.a) del Reglamento; o quedaban exentos de la necesidad de visado para el caso de reagrupación familiar cuando ya se encontraran en territorio español, en virtud del art. 5.4 del Reglamento<sup>30</sup> reformado, otorgando a la reagrupación familiar la condición de razón excepcional para la dispensa de visado, al objeto de no alterar la vida familiar<sup>31</sup>, —«es obligado la dispensa de visado en beneficio de la unidad y estabilidad familiar» (STS, de 2 de enero de 1996)—, e incluso llegó a proteger la vida familiar del extranjero, suspendiendo las medidas de expulsión a través de figura del «arraigo familiar» —«no es razonable ni justificable en aquellos supuestos que, al encontrarse la mujer e hijos del solicitante.. en territorio español, en el que están arraigados...» (STS, de 14 de abril de 1998), consolidándose, de esta manera un cuerpo de doctrina que puede sintetizarse en la idea de que es preciso, en base al desarrollo reglamentario de la reagrupación familiar, la protección de la familia, en su unidad y estabilidad.

29. Arriaga Iraburu, I. Op. Cit, págs. 286 y ss.

30. Art. 5.4.RD 1119/1986: «Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado si existieran razones excepcionales que justifiquen tal dispensa»

31. Entre otras, STS 19 de noviembre de 1990; STS 24 de abril de 1993; STS 18 de mayo de 1993; 4 de octubre de 1994, o 16 de octubre de 1995.

### 3.1. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA

Como antes hemos indicado, en España ha sido la LO 4/2000 la encargada de reconocer este derecho. La L.O 4/2000 constituyó un intento de equiparar a inmigrantes y españoles no sólo en derechos fundamentales, sino también en los llamados «derechos económicos, sociales y culturales» sin distinguir, salvo para aquellos para los que se exija, al igual que para los españoles, el cumplimiento de determinados requisitos, en virtud de la situación administrativa, favoreciendo la integración social y luchando contra la discriminación. A estos efectos, la Ley reconoce, y distingue, como pertenecientes a categorías distintas, expresamente el derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia, y eleva a categoría de derecho, como parte del contenido de este derecho a la vida familiar, el derecho de determinados familiares (art. 17) a obtener la residencia en España para reagruparse con el residente (art. 16).

Se alinea así la Ley, con la consideración del TEDH que sostiene que para el desarrollo de la persona es necesario no ser privado de la dimensión familiar, derecho que ha sido defendido en numerosas ocasiones frente a decisiones administrativas de expulsión (STEDH, de 18 de febrero de 1991, Caso *Moustaquin vs Bélgica*; STEDH de 19 de febrero de 1996, Caso *Gull vs Suiza*; STEDH, de 26 de septiembre de 1997, Caso *El Bujaidi vs. Francia*). Se trata, además, en su formulación legislativa inicial, de un derecho que se manifiesta, de acuerdo con su regulación legislativa, en una doble dirección: el derecho del inmigrante residente a reagrupar a sus familiares para poder desarrollarse familiarmente; y el derecho de sus familiares a obtener la residencia para reagruparse.

El punto de arranque de esta nueva perspectiva legislativa en España del derecho que estamos tratando, además de en la doctrina del TEDH, puede situarse en los acuerdos adoptados por el Consejo Europeo de Tampere celebrado durante los días 15 y 16 de octubre de 1999 en cuyo seno se estableció la necesidad de adoptar una política común en materia de asilo e inmigración basada en una serie de principios entre los que se encontraba la *gestión de los flujos migratorios*, incluyendo la reagrupación familiar. La Unión Europea deberá garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de sus Estados miembros, en el seno de una política de integración —integración que debe de ser bidireccional por cuando debe de buscar la adaptación de todos los sujetos implicados, es decir los inmigrantes y la sociedad de acogida— que pasa indefectiblemente por concederles derechos y libertades, y obligaciones, comparables a las de los ciudadanos de la Unión, fomentando la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural, y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.

Junto a ello, y en base a las Conclusiones de Tampere, la Comisión comenzó a trabajar en una propuesta de Directiva al objeto de regular la reagrupación familiar.

La propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, presentada el 1 de diciembre de 1999 y objeto de reiteradas modificaciones<sup>32</sup>, partía de la necesidad de reconocer un «derecho» a la reagrupación familiar. Así, en el comentario al inicial artículo 1 se establecía:

El derecho a la reagrupación familiar, que consagra la propuesta de Directiva, se deriva de la exigencia de proteger la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, así como del derecho al respeto de la vida familiar consagrado por el Derecho Internacional, en particular por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales...

El reconocimiento de este derecho ya partía de la base de dos consideraciones previas:

- a) Se establece un derecho a la reagrupación familiar para los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, y
- b) Este derecho no es absoluto, sino que su ejercicio se somete al cumplimiento de unas condiciones, tanto materiales como procedimentales, fijadas en la propuesta de Directiva.

La LO 4/2000, como antes hemos indicado, deduce el derecho a la reagrupación familiar del reconocimiento al derecho a la vida en familia (art. 16.1 LODYLE) y lo configura como un derecho que se manifiesta en una doble dirección: *el derecho del extranjero residente a reagrupar a sus familiares, y el derecho de los familiares de los extranjeros que residen en España a obtener la residencia para reagruparse con el residente* (art. 16.2 LODYLE), y que se extiende a (art. 17 LODYLE):

1. El cónyuge del residente que no se encuentre separado, de hecho o de derecho.
2. Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de 18 años o estén incapacitados de conformidad con la ley española, o su ley personal, y no se encuentren casados.
3. Los menores de 18 años o incapacitados cuando el residente extranjero sea su representante legal
4. Los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.
5. Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España pro razones humanitarias.

32. La Directiva, que tiene fecha de 1 de Diciembre de 1999, ha sido objeto, hasta su reciente aprobación definitiva, de las siguientes modificaciones: 26 de abril de 2000 (DOCE C116E); 27 de febrero de 2001 (DOCE 62E) y 27 de agosto de 2002 (DOCE 203E).

6. Los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE.

Se trata, por consiguiente, de un reconocimiento amplio del derecho a la reagrupación familiar, matizado por algunas cuestiones:

- La ley contempla a la pareja casada, no equiparando a la pareja de hecho, cuyo reconocimiento en la legislación española no se produce.
- En el caso de que la ley personal del extranjero residente contemplara el matrimonio polígamo, la ley española sólo permite la reagrupación de un cónyuge, aunque entendemos que sí permite el de todos los hijos.
- En el caso de nuevas nupcias, la reagrupación del nuevo cónyuge exige que se acredite un procedimiento de separación legal y el mantenimiento de un estatus jurídico adecuado respecto al cónyuge anterior.

Radicalmente distinta es la regulación legislativa que sobre el derecho a la reagrupación familiar efectúa la LO 8/2000 de reforma a la LO 4/2000. El punto de arranque de esta nueva perspectiva legislativa, menos favorable al ejercicio de este derecho que la legislación original, se manifiesta en la reforma al art. 16.2 LODYLE, en cuya virtud, el derecho a la reagrupación familiar se reconoce de manera unilateral, solamente al extranjero residente —los familiares pierden, por consiguiente, el derecho a obtener la residencia para permitir la vida familiar—:

*Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el art. 17.*

Pero, junto a la eliminación de la doble titularidad de este derecho, se exige el cumplimiento de una serie de requisitos legalmente previstos en el art. 18 LODYLE, de nueva creación. El reagrupante deberá haber residido legalmente en España, un mínimo de un año y encontrarse en condiciones legales de residir un año más, debiendo acreditar, además que dispone de un alojamiento adecuado y medios económicos suficientes para su sostenimiento y el de cuantos familiares vaya a reagrupar. El cumplimiento de estos requisitos y la adecuación del proceso al procedimiento legalmente establecido, otorgará al familiar reagrupado una autorización de residencia ligada a la duración y validez del permiso de residencia de reagrupante, de tal manera que la pérdida de la residencia por el reagrupante implicará la de los familiares reagrupados, salvo cuando éstos hayan obtenido un permiso de residencia independiente de acuerdo con los requisitos, y en la forma que preceptúa el nuevo art. 19 LODYLE.

En lo que a los familiares susceptibles de reagrupación, la reforma restringe, de manera clara, los beneficiarios de la reagrupación familiar respecto

a la versión originaria, puesto que se eliminan los apartados e) y f) del precepto original, suprimiéndose así la posibilidad de ampliación de los familiares colaterales, y evitando lo que se ha dado en llamar el «efecto dominó» a que podría dar lugar la inicial LO 4/2000.

Sin embargo, como ha manifestado Massó Garrote<sup>33</sup>, aunque el nuevo art. 17 suprime el supuesto excepcional de acceder a la reagrupación familiar sobre la base de la existencia de razones humanitarias, dicho supuesto está regulado por la propia ley y por los mismos motivos, aunque para acceder a un permiso de residencia temporal. Tampoco toda la reforma legal ha consistido en limitar los supuestos titulares reagrupables, puesto que el nuevo apartado d) del art. 17 amplía los sujetos reagrupables a los ascendientes del cónyuge no residente con los mismos requisitos que para los ascendientes del extranjero residente cuando dependan económicamente de éste, y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia.

Por lo demás, la nueva regulación, al igual que la originaria, pretende evitar los matrimonios ficticios, así como la reagrupación múltiple en el caso de matrimonios polígamos, puesto que en ningún caso se permite la reagrupación de más de un cónyuge, y, en principio, tampoco permite la reagrupación de las parejas de hecho.

No obstante, la nueva redacción del precepto en comentario establece que, reglamentariamente, se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, condiciones que, entendemos, deberían ser establecidos legislativamente.

En lo que al desarrollo reglamentario de la L.O. 8/2000 se refiere, el Tribunal Supremo ha sido el encargado de resolver, mediante STS de 20 de marzo de 2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) el primero de un rosario de recursos que penden sobre la normativa española sobre extranjería.

Esta sentencia (recaída en recurso interpuesto por dos asociaciones pro inmigrantes contra el RD 864/2001 de 20 de julio de 2001 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de 2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, reformada por L.O 8/2000 de 22 de diciembre —en adelante REODYLE—), y que parte —como no podría ser de otra manera, puesto que el Supremo no es el órgano encargado de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, y sobre la L.O 4/2000, modificada por L.O. 8/2000 tendrá ocasión de pronunciarse el TC, como consecuencia de los numerosos recursos de inconstitucionalidad interpuestos—, de un presupuesto principal y básico de todo Estado de Derecho, cual es la necesidad de que todos los poderes públicos deben de respetar el principio de legalidad reconocido en el art. 9.2 y 9.3 CE, constituye un elemento importante en aras a corregir determinadas previsiones reglamentarias en materia de extranje-

33. Op. Cit, págs. 181 y 182.

ría y modifica ciertas peculiaridades sobre la política de inmigración que ha adoptado el ejecutivo al margen de las previsiones constitucionales y legales, declarando nulos de pleno derecho varios artículos reglamentarios que han sido declarados ilegales, de manera tal que su consecuencia jurídica principal es la de su inexistencia, de la cual se derivan otras múltiples.<sup>34</sup>

La L.O. 8/2000 restringe respecto al contenido inicial, el derecho a la reagrupación familiar por cuanto, a pesar de permitir la reagrupación de familiares por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, pone trabas a las primeras reagrupaciones, y remite a una posterior reglamentación el cumplimiento de determinados requisitos art. 17.2 LODYLE), sin embargo, esta modulación reglamentaria, se ha plasmado en el art. 41.5 REODYLE<sup>35</sup>, de manera ilegal, según el TS, puesto que del contenido del precepto impugnado se determina que únicamente se puede ejercer el derecho de reagrupación de los familiares del primer reagrupado cuando éstos contaran con un permiso de residencia obtenido con independencia del conseguido en virtud del derecho de reagrupación inicial, criterio contrario al contenido legal. De ello, el TS, manifiesta, que si bien las nuevas reagrupaciones pueden estar reglamentariamente condicionadas a determinados presupuestos, *«lo que no puede hacer el Reglamento es invertir el criterio de la Ley y prohibir dichas reagrupaciones, máxime cuando la ley, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 CE configura para su ejercicio por los extranjeros, lo que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y a interpretar según las normas internacionales al efecto de las que España es parte»*, recordando al efecto el art. 16 LODYLE en relación con el art. 17.5 CE a la luz del art. 10.2 CE y la normativa internacional (arts. 12 y 16 DUDH; art. 8 de la Declaración Europea y arts. 9 y 10 de la Convención de Naciones Unidas que reconoce los Derechos del Niño) que reconocen este derecho.

La principal consecuencia de esta importante sentencia del Tribunal Supremo, al margen de los recursos que puedan ser planteados por aquellos perjudicados en la aplicación de la disposición reglamentaria, y en cuanto a nosotros ahora nos interesa, fue el anuncio de reforma de la LO 8/2000. Así, se ha aprobado la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000; de la Ley 7/1985 RBRL y de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, en cuya exposición de motivos, se justifica la reforma, no solamente en el incremento del número de residentes extranjeros en España, y en la modificación de las formas en que se produce el hecho migratorio en

34. Un comentario más amplio a la STS de 20 de marzo de 2003, puede verse en GOIG MARTÍNEZ, J.M. «Régimen jurídico y políticas sobre extranjería. Comentario a la STS de 20 de marzo de 2003» en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 12-13, 2.º semestre 2003, 1.º semestre 2004, págs. 631-654

35. El citado precepto reglamentario establecía: Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la LO 4/2000 reformada por la LO 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación.

España, con la consecuente necesidad de luchar contra la inmigración ilegal, sino también en la necesidad de adaptar la normativa interna en materia de derechos y libertades de los extranjeros a las decisiones últimas adoptadas en el seno de la UE, así como en el deseo de *incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo* en el Reglamento de ejecución de la Ley.

Aun cuando los objetivos de la reforma se justifican en: a) la mejora de la gestión; b) el reforzamiento y mejora de los medios e instrumentos sancionadores para la lucha contra la inmigración ilegal, reforzando los procedimientos de devolución, y c) la incorporación de las disposiciones comunitarias relacionadas con la materia, y como indica la Exposición de motivos, las modificaciones no afectan al catálogo de derechos, además de posibles violaciones a derechos fundamentales proclamados en el art. 18 CE, no es cierto en lo que respecta al derecho de reagrupación familiar, puesto que se ha incorporado a la ley, como presupuesto para el ejercicio de dicho derecho por parte de un residente que lo fuese en virtud de una previa reagrupación, y al objeto de «evitar las reagrupaciones en cadena», 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, e igualmente se precisan los supuestos en los que los cónyuges e hijos reagrupados pueden acceder a una autorización de residencia independiente, para lo que, en todo caso se exigirá que cuenten con una previa autorización para trabajo, lo que implica claramente limitar este derecho fundamental, además de endurecer el régimen de entrada en España. Así, la LO 14/2003, de reforma de la LO 4/2000, por la que se modifica el apartado 2 y se introducen dos nuevos apartados, establece:

2. *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 independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta ley orgánica.*
3. *Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos solo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica.*  
*Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.*
4. *Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación.*

Este nuevo contenido, junto a la reforma introducida a los artículos 18 y 19 LODYLE, indican, claramente, cómo, por un lado se limitan contenidos del derecho a la reagrupación familiar respecto a su reconocimiento legislativo inicial, pero sobre todo cómo se han introducido en vía legislativa las apreciaciones de ilegalidad proclamadas por el Tribunal Supremo respecto al contenido del REODYLE, de donde subyace cierto «fraude» al principio de legalidad constitucionalmente proclamado.

### 3.3. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

La adecuada observación de una necesaria política común europea en materia de inmigración, puesta de manifiesto en Ámsterdam, aunque tímidamente anunciada en algunos momentos anteriores, se desarrolla ampliamente en Tampere y se continua en Sevilla, bajo la idea de la necesaria integración de la inmigración regular, que tiene su plasmación normativa, tras un largo proceso de deliberaciones y modificaciones, en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

Como ha indicado la Directiva 2003/86/CE, «La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, contribuyendo a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro», por lo que las medidas sobre reagrupación familiar deberán adoptarse con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos de Derecho internacional, en concreto los principios reconocidos en el artículo 8 del CEDH y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Partiendo de una definición de reagrupación familiar (art. 2 d)) como *«la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante»*, y en virtud de la proclamación inicial de que «Los Estados miembros deben aplicar las disposiciones de la presente Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual», se reconoce la necesaria autorización, al objeto de proteger la vida familiar, de los siguientes miembros de la familia (art. 4.1 Directiva):

- a) el cónyuge del reagrupante, y
- b) los hijos menores de edad no casados del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los adoptivos, en virtud de resolución adoptada por autoridad competente; cuando tengan el derecho de custodia y los

tengan a su cargo, o cuando compartan la custodia, siempre que, en este último caso, el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento. No obstante, los Estados podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante.

La necesaria autorización, manifestada con la expresión «*autorizarán*» a que recurre el art. 4.1, nos indica que la reagrupación familiar deberá aplicarse, en todo caso, a los miembros de la familia nuclear, constituida por el cónyuge y los hijos menores de edad, si bien se trata de un derecho matizado en una doble vertiente, puesto que, por un lado, *en relación con la reagrupación del cónyuge*, el art. 4.5 de la Directiva, manifiesta que los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta pueda exceder los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante, lo cual, si bien puede evitar los matrimonios forzados, difícilmente constituye esta una medida, como proclama el texto del art. en comentario, que pueda garantizar un mayor grado de integración, y *en relación con los hijos*, el art. 4.1, permite a los Estados miembros, aunque de manera excepcional, que, cuando el menor tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de la familia se pueda verificar, antes de autorizar su entrada y su residencia, si cumple algún criterio de integración previsto por las legislaciones estatales, lo que podría dejar en manos de los Estados la posibilidad de denegar la reagrupación del mayor de 12 años al entender que la integración puede no producirse al haberse cumplido la edad antes indicada, lo que puede vulnerar diversos Tratados Internacionales en materia de derechos y libertades, y en especial la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en relación con los derechos proclamados en los arts. 9 y 10, en virtud de que el art. 1 del citado Convenio entiende por niño, para los efectos del mismo, «*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*», y para el caso español, puede vulnerar la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (arts. 1, 2 y 3). Además, el art. 4.6 de la Directiva autoriza a los Estados miembros a exigir, también con carácter excepcional, aunque ello no deja de constituir el establecimiento de importantes trabas al objeto de la reagrupación familiar de los hijos menores de edad, que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se presenten antes de que éstos cumplan los 15 años de edad si así lo disponen sus legislaciones vigentes.

Junto a estas importantes trabas, y respecto a los familiares de los que se reconoce con mayor intensidad el derecho a la reagrupación familiar, la Directiva (art. 4.1; Capítulo IV y art. 16) autoriza a los Estados parte el establecimiento del cumplimiento de determinados requisitos. El art. 7 permite que el solicitante de la reagrupación demuestre que dispone:

- a) De una vivienda considerada normal para una familia comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro.

- b) De un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales, para sí mismos y para los miembros de su familia.
- c) De recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia sin que tengan que recurrir al sistema de asistencia social del Estado en que van a residir, correspondiendo a los Estados receptores la evaluación de la suficiencia de los recursos.

En definitiva, trabas cuya medición implica un amplio grado de arbitrariedad para los Estados parte, a las que se unen la posibilidad de que los Estados puedan requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración que reconozca la legislación nacional (art. 7.2) y la de que los Estados puedan requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él (art. 8).

También la Directiva permite denegar una solicitud de entrada y residencia a los miembros de la familia o retirar un permiso de residencia o denegar su renovación a los miembros de la familia (art. 16):

1. Por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 6).
2. Cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva.
3. Cuando se constate que el reagrupante o la pareja no casada ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona.
4. Cuando se demuestre que se utilizó información falsa o engañosa, o documentos falsos para la obtención de la reagrupación familiar.
5. Cuando el matrimonio, la relación de pareja o la adopción se formalizaron al único objeto de que la persona interesada pudiera entrar.
6. Cuando no se cumplan o hayan dejado de cumplirse las condiciones establecidas en la Directiva.

Si bien algunas de estas causas de denegación o retirada de permiso de residencia pueden estar justificadas en orden a prevenir el fraude, en especial las contenidas en los puntos 4, 5 y 6, los motivos fundados en razones de orden, seguridad y salud públicas deberán ser considerados de la manera en que lo hemos hecho anteriormente. Por lo que se refiere a la posibilidad de denegar la solicitud de entrada y residencia con fines de reagrupación familiar o, en su caso, retirar el permiso de residencia o denegar su renovación cuando se deje de realizar vida familiar efectiva habrá que entenderse con los límites que ha establecido el propio TEDH y que hemos examinado al principio de este estudio.

Junto a los familiares respecto de los que la Directiva entiende que es necesaria su reagrupación, y que, como hemos observado, constituyen lo que tradicionalmente se ha considerado la familia nuclear, el art. 4.2 de la

Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan, facultativamente, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 7 y 8, y con los límites contemplados en el art. 6, de otros miembros de la familia, que quedan limitados a:

- a) Los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen
- b) Los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

De la misma manera, aunque con carácter facultativo, de forma tal que no existe equiparación con el cónyuge, los Estados podrán autorizar la entrada y residencia de la «pareja no casada» nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una «pareja registrada» siempre que se acredite el vínculo familiar (art. 5.2) y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. También se permite que los Estados miembros puedan decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar.

La falta de equiparación entre el matrimonio legal y la unión de hecho, implica la no regulación de la reagrupación de los ascendientes directos de la pareja, e incluso de la pareja registrada cuando los Estados no reconozcan el mismo trato a éstas que a los cónyuges, lo que, de manera evidente pone de manifiesto la distinta intensidad en la integración y en la defensa de la vida familiar. Respecto al «matrimonio polígamo», la Directiva permite una única reagrupación, de manera que si el reagrupante ya tuviera a una de sus esposas viviendo en el Estado de acogida no se aceptará ninguna otra reagrupación por matrimonio.

En definitiva, la Directiva prima la reagrupación familiar de la familia legal en beneficio de la familia natural, aunque permite que los Estados que reconozcan un modelo familiar más amplio hagan extensivo este derecho a sus miembros, y establece un amplio número de requisitos en orden a hacer efectivo este derecho que, en muchos casos, constituyen exigencias de difícil cumplimiento y que van a dificultar la efectividad del derecho a la vida familiar proclamado internacionalmente.

Esta visión restrictiva ha ido extremándose a lo largo del proceso de gestación de la Directiva, puesto que su contenido original era más abierto. La Propuesta de Directiva de 1 de diciembre de 1999, regulaba un concepto de reagrupación familiar que contemplaba dos situaciones: la reagrupación familiar en sentido estricto y la formación de la familia (art. 2.e). En el primer caso,

el reagrupante tuvo que dejar a los miembros de su familia para instalarse en un Estado miembro, y desea que se unan a él. En el segundo caso, el reagrupante, después de su entrada en el Estado miembro, decide fundar una familia con un nacional de un tercer Estado que no reside en el Estado miembro y desea que esta persona se una a él. Con un carácter más abierto que la regulación actual, el art. 5.1 del primer texto de la Directiva, reconocía la posibilidad de que las parejas de hecho —y no sólo la pareja registrada— que tuvieran una relación duradera, tuviera que ser reagrupada si la legislación del Estado miembro «asimila la situación de las parejas no casadas a las casadas», asimilación que se podía extender a la «pareja homosexual», aunque entendemos que era necesario, tanto la cohabitación, como la aceptación o regulación legislativa, situación ésta que ha sido obviada.

El tratamiento que la Directiva 2003/86/CE del Consejo, cuyo contenido deberá ser traspuesto por cada Estado hasta el 3 de octubre de 2005 (art. 20), evidencia la necesaria armonización de la política europea en materia de reagrupación familiar, aunque permite importantes diferencias entre los diversos Estados en virtud de una mayor completud de las relaciones familiares por su parte, pero no siempre da cumplimiento a la interpretación que sobre el contenido del derecho a la vida familiar proclamada en el art. 8.1 del CEDH ha realizado el TEDH.